

## Kan de OR al beroep instellen bij de OK als er nog geen besluit is genomen maar de ondernemer duidelijk maakt geen advies aan de OR te zullen vragen?

Hof Amsterdam 28-10-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2871

**Instantie**

Hof Amsterdam

**Datum**

28 oktober 2020

**Magistraten**

Mrs. G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, M.P. Nieuwe Weme, W. Wind, A.J.C.C.M. Loonen

**Zaaknummer**

200.280.323/01 OK

**JCDI**

JCDI:ADS251742:1

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Medezeggenschapsrecht

Ondernemingsrecht / Bijzondere onderwerpen

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

**Brondocumenten**

ECLI:NL:GHAMS:2020:2871, Uitspraak, Hof Amsterdam, 28-10-2020

**Wetgeving**

Art. 25, 26 WOR

### Essentie

**Beroepsrecht OR.**

Kan de OR al beroep instellen bij de OK als er nog geen besluit is genomen maar de ondernemer duidelijk maakt geen advies aan de OR te zullen vragen?

### Samenvatting

*De coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging U.A. wil haar onderneming splitsen in een agribedrijf, Abeos Agri, en een uitzendtak, Abeos Uitzend, waarbij de bedoeling is dat Abeos Uitzend na de splitsing op basis van een dienstverleningsovereenkomst ondersteunende stafdiensten zal verlenen aan Abeos Agri. De OR van de coöperatie adviseert negatief over de splitsing waarbij hij ook aangeeft dat hij geen inzicht heeft gekregen in de betreffende dienstverleningsovereenkomst. De coöperatie besluit toch tot splitsing over te gaan, zonder het sluiten van een dienstverleningsovereenkomst en voert minnelijk overleg met de OR. Daarin vraagt en krijgt de OR de toezegging dat hem om advies zal worden gevraagd ten aanzien van de dienstverleningsovereenkomst. Nadat de splitsing is doorgevoerd en bij Abeos Agri een OR is ingesteld, vraagt de OR aan de ondernemer (directeur Abeos Agri) wat de status is van de dienstverleningsovereenkomst. De directeur van Abeos Agri laat weten dat er nog geen definitieve overeenkomst is, onder de toevoeging dat hij niet voornemens is deze overeenkomst ter advies voor te leggen aan de OR omdat er zijns indien geen plicht tot adviesaanvraag is. Daarop laat de OR aan de bestuurder weten dat hij die mededeling als een besluit in de zin van art. 25 WOR ziet en stelt de OR een verzoek in bij de Ondernemingskamer ex art. 26 WOR.*

*OK: Er is sprake van een adviesplichtig besluit met betrekking tot de dienstverleningsovereenkomst. De bestuurder van Abeos Agri is daarnaast ook gebonden aan de gedane toezegging ten tijde van de onderhandelingen over de splitsing. Hoewel er in dit geval nog geen sprake is van een door de ondernemer genomen besluit, heeft de ondernemer zich definitief op het standpunt gesteld dat hij geen advies zal vragen. In dit geval brengt een redelijke toepassing van art. 26 WOR en de Linge-leer mee dat de OR niet hoeft te wachten op het genomen besluit alvorens beroep in te stellen op de grond van ten onrechte geen advies is gevraagd.*

### Verwant oordeel

## Zie ook:

- Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, *RO* 2015/48 (*Provincie Zuid-Holland*);
- Hof Amsterdam (OK) 19 april 2013, *ROR* 2013/8 (*NCRV*);
- Hof Amsterdam (OK) 24 maart 1991, *ROR* 1991/6;
- Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, *NJ* 1981/271 (*Lingeziekenhuis*);
- R.D. Poelstra en L.C.J. Sprengers, 'Inleiding: de Ondernemingskamer en het Adviesrecht', in: *40 jaar rechtspraak Ondernemingsrecht over adviesrecht* (Den Haag 2019), § 1.3.2;
- *Rood's Wet op de ondernemingsraden* 2019 (Kluwer), aant. 2.1.1 bij art. 26 WOR.

## Wenk

Het is vaste rechtspraak (zie ook de aangehaalde rechtspraak en literatuur) dat de ondernemer verantwoordelijk is voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject en ook dient de ondernemer ervoor te zorgen dat de medezeggenschap ten volle tot haar recht komt. Dat betekent dat de ondernemer het traject zorgvuldig vorm moet geven en moet volgen en dat de ondernemer duidelijk en eenduidig met de OR moet communiceren. Dat geldt ook als – zoals in dit geval speelde – de besluitvorming in fases werd opgesplitst (eerst de splitsing en later het aangaan van de overeenkomst tot dienstverlening). In dat geval is het aan de ondernemer om ervoor te zorgen dat er geen onduidelijkheid ontstaat over die fasering en dient hij te waarborgen dat die fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap (zie de bovengenoemde OK-uitspraken inzake NCRV en Zuid-Holland).

Abeos Agri meende in deze zaak dat het besluit tot het aangaan van de dienstverleningsovereenkomst niet adviesplichtig was. Daarmee maakt de OK korte metten. Het besluit om de onderneming niet toe te rusten met eigen ondersteunende diensten maar in plaats daarvan deze diensten op contractuele basis af te nemen, is adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 sub b en e WOR. Daarnaast was Abeos Agri gebonden aan de toezegging van de coöperatie dat advies aan de OR zou worden gevraagd ten aanzien van de dienstverleningsovereenkomst.

Abeos Agri stelde in deze zaak verder dat de OR niet ontvankelijk was in haar verzoek bij de OK omdat er nog geen besluit was genomen. Art. 26 lid 1 WOR bepaalt dat de OR bij de OK in beroep kan gaan indien (i) het besluit van de ondernemer afwijkt van het OR-advies en (ii) er na het advies nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden waardoor – als die feiten en omstandigheden bekend waren geweest – de OR een ander advies zou hebben uitgebracht. In de Lingeziekenhuis-uitspraak oordeelde de OK dat de OR ook beroep in kan stellen wanneer de ondernemer in het geheel geen advies heeft gevraagd terwijl het wel om een adviesplichtig besluit ging (de Linge-leer).

In het voorliggende geval was er echter nog geen besluit genomen maar had de ondernemer alleen laten weten geen advies te zullen gaan vragen. Het beroepsrecht van art. 26 WOR kan alleen worden ingesteld tegen genomen besluiten (zie ook art. 25 lid 5 WOR) en niet tegen uitvoeringsbesluiten of voorgenomen besluiten van de ondernemer. Desondanks oordeelt de OK hier, met een verwijzing naar de Linge-leer, dat in een geval als hier aan de orde – wanneer er nog geen besluit is genomen maar wel duidelijk is gemaakt dat er geen advies wordt gevraagd – de OR niet hoeft te wachten totdat de ondernemer daadwerkelijk het besluit neemt, aldus de OK. De OK vervolgt dat de OR derhalve niet alleen is aangewezen op een verzoek tot nakoming ex art. 36 WOR (een verzoek van de OR bij de sector kanton tot nakoming van de WOR door de ondernemer). Volgens de OK zou het moeten wachten op een besluit slechts leiden tot vertraging waarmee geen redelijk belang is gediend. Ook meent de OK dat het de OR in een lastige positie zou plaatsen omdat de ondernemer dan ook kan stellen dat hij de OR überhaupt niets hoeft mee te delen als hij (in dit geval: ten onrechte) meent dat er geen sprake is van een adviesplichtig besluit, waardoor de OR dan geen kennis krijgt van een genomen besluit. Met dit oordeel lijkt de OK wel een erg (te) ruime uitleg te geven aan de reikwijdte van art. 26 WOR, zie ook de kritische noot bij deze uitspraak in *JAR* 2020/301). De vraag is of die erg/te ruime uitleg ook nodig is. Als de OR nog geen weet heeft van een genomen besluit, wordt de beroepstermijn van art. 26 WOR verlengd tot het moment dat de OR wél kennis draagt van het genomen besluit. Daarnaast staat voor de OR te allen tijde de weg van art. 36 WOR open (het bovengenoemde verzoek dat ingediend kan worden bij de sector kanton).

Artikel 36 lid 2 WOR bepaalt dat de OR de kantonrechter kan verzoeken te bepalen dat de ondernemer gevolg dient te geven aan hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald. De kantonrechter kan op grond van art. 36 lid 5 WOR in zijn uitspraak aan de ondernemer een verplichting opleggen om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten, mogelijk zelfs op straffe van een dwangsom.

A.J. Beljaars-Vink

## Partij(en)

Beschikking inzake

De ondernemingsraad van Abeos Agri Holding B.V., te AlmenHoH, verzoeker, advocaat: mr. J. de Waard, te Utrecht, tegen

Abeos Agri Holding B.V., te Almen, verweerster, advocaten: mrs. P.H.E. VoûteenG.T. Hensen, beiden te Amsterdam.

# Uitspraak

## Ondernemingskamer:

### 1. Het verloop van het geding

#### 1.1

Partijen worden hierna de ondernemingsraad en Abeos Agri genoemd. Abeos Uitzend Holding B.V. wordt hierna Abeos Uitzend genoemd.

#### 1.2

De ondernemingsraad heeft bij verzoekschrift van 29 juni 2020 de Ondernemingskamer verzocht, zakelijk weergegeven, om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad,

- a. te oordelen dat Abeos Agri bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit tot het aangaan van een overeenkomst van dienstverlening met Abeos Uitzend zonder voorafgaand advies te vragen aan de ondernemingsraad;
- b. Abeos Agri te gebiedten het besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken alsmede te verbieden handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit.

Voor het geval Abeos Agri nog niet heeft besloten tot het aangaan van een overeenkomst van dienstverlening met Abeos Uitzend, heeft de ondernemingsraad verzocht te bepalen dat Abeos Agri die overeenkomst niet kan aangaan zonder voorafgaand advies te vragen aan de ondernemingsraad.

#### 1.3

Abeos Agri heeft bij verzoekschrift van 27 augustus 2020 geconcludeerd dat de ondernemingsraad in zijn verzoek niet ontvankelijk is, althans dat het verzoek dient te worden afgewezen.

#### 1.4

Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 17 september 2020. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van partijen toegelicht aan de hand van overgelegde aantekeningen. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

### 2. Inleiding en feiten

#### 2.1

Deze uitspraak beantwoordt de vraag of Abeos Agri in de gegeven omstandigheden aan de ondernemingsraad advies dient te vragen over de tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend te sluiten overeenkomst van dienstverlening. De activiteiten van Abeos Agri en van Abeos Uitzend behoorden aanvankelijk tot dezelfde onderneming, gedreven door de Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging U.A. (hierna: de coöperatie). Per 1 juli 2019 is de onderneming gesplitst waarbij de ondersteunende (staf)diensten zijn ondergebracht bij Abeos Uitzend. De overeenkomst van dienstverlening (ook *service level agreement* of SLA genoemd) regelt de voorwaarden waarop Abeos Uitzend als opdrachtnemer ondersteunende (staf)diensten verleent aan Abeos Agri als opdrachtgever.

#### 2.2

De coöperatie is in 1971 opgericht met als doelstelling de continuïteit van het agrarisch bedrijf van haar leden te waarborgen ingeval van ziekte of overlijden. De activiteiten zijn later uitgebreid met sectorspecifieke werkzaamheden, zoals klauwverzorging, vee scheren en pluimvee vangen, en met het uitzenden van personeel in onder meer de agrarische sector, de bouw en het transport.

#### 2.3

Op 16 april 2019 heeft de bestuurder van de coöperatie aan de ondernemingsraad van de coöperatie advies gevraagd over de splitsing van de onderneming van de coöperatie in een agrarisch bedrijf en een uitzendbedrijf. Die splitsing wordt in navolging van partijen de herstructurering genoemd. De adviesaanvraag over de herstructurering houdt onder meer in:

“Hoewel het op grond van de WOR (...) wellicht niet is vereist dat aan de OR op al de diverse onderdelen advies wordt gevraagd, is in gezamenlijk overleg besloten dat gelet op de onderlinge samenhang tussen alle deelbesluiten die gezamenlijk het voorgenomen besluit tot herstructurering vormen (...), integraal en als één ondeelbaar besluit, aan de OR voor advies voor te leggen.

(...)

De indirecte medewerkers die in dienst zijn van de [coöperatie] – met uitzondering van de commerciële functies binnen de

agri-markt – zullen in het uitzendbedrijf worden geïntegreerd. De back-office activiteiten ten behoeve van het agrarische bedrijf zullen worden uitgevoerd door het uitzendbedrijf op basis van een service level agreement.”

## 2.4

De ondernemingsraad heeft negatief geadviseerd over de herstructurering. Een voetnoot in zijn advies van 15 mei 2019 houdt in:

“Overigens heeft de OR geen inzicht gekregen in de inhoud van de desbetreffende SLA, zodat hierover geen inhoudelijk oordeel kan worden gegeven in het kader van de voorliggende adviesaanvraag. De OR ziet dit als een adviesplichtig onderwerp in de zin van art. 25 lid 1 WOR (duurzame samenwerking en/of het groepsgewijs inlenen van arbeidskrachten) en verwacht dat hierover te zijner tijd advies zal worden gevraagd.”

## 2.5

De coöperatie heeft – in afwijking van het negatieve advies van de ondernemingsraad – besloten tot de herstructurering en bij brief van 23 mei 2019 dat besluit gemotiveerd (zonder in te gaan op de hierboven geciteerde opmerking van de ondernemingsraad). Nadien hebben de ondernemingsraad van de coöperatie (vertegenwoordigd door dezelfde advocaat die thans de ondernemingsraad bijstaat) en de coöperatie (vertegenwoordigd door een externe bedrijfsjurist) overleg gepleegd over een minnelijke regeling ter voorkoming van een procedure bij de Ondernemingskamer over het besluit tot herstructurering. In dat kader heeft de advocaat van de ondernemingsraad bij brief van 5 juni 2019 onder meer geschreven:

“Verder wil de OR duidelijke toezeggingen dat hij dan wel de ondernemingsraden vanaf 1 januari 2020 tijdig adviesaanvragen worden voorgelegd ter zake van de (verdere) uitvoering van dit besluit (bijvoorbeeld ten aanzien van de inhoud van de Service level agreements of ten aanzien van voorgenomen benoemingen van bestuurders).”

In reactie daarop heeft de bedrijfsjurist van de coöperatie op 6 juni 2019 onder meer geschreven:

“De gevraagde toezegging dat adviesplichtige besluiten die moeten worden genomen nadat de herstructurering (...) op 1 juli 2019 formeel zal zijn afgerond, tijdig ter advisering aan de alsdan in functie zijnde OR('en) voorgelegd moeten worden, lijkt mij eerlijk gezegd overbodig, omdat deze verplichting al volgt uit artikelen 25 en 30 WOR, dus met inbegrip van adviesplichtige besluiten die voortvloeien uit het herstructureringsbesluit maar pas na 1 juli 2019 zullen worden genomen. Anderzijds zie ik ook geen bezwaar om dit nog eens expliciet schriftelijk vast te leggen. Uitsluitend ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat indien jij onverhoopt het oog zou hebben op uitbreiding van het adviesrecht van artikel 25 en/of 30 WOR, dat dit voor de directie een brug te ver zal zijn.”

De getroffen regeling is uiteindelijk vastgelegd in een e-mailwisseling tussen 14 en 21 juni 2019 die onder meer inhoudt:

“6. [OR:]Adviesrecht/uitvoeringsadvies tav SLA, (nadere) focusstrategie en andere adviesplichtige besluiten -> dit staat niet meer ter discussie.

[Coöperatie:]Zoals gezegd: art. 25 WOR zal worden nagekomen.

[OR:]Akkoord”

## 2.6

Per 1 juli 2019 heeft de herstructurering (formeel) haar beslag gekregen. De coöperatie houdt alle aandelen in Abeos Agri en alle certificaten van aandelen in Abeos Uitzend. Er bestaat thans een personele unie tussen het bestuur van Abeos Agri en Abeos Uitzend.

## 2.7

Als gevolg van de herstructurering is op 2 januari 2020 een ondernemingsraad ingesteld voor Abeos Agri. De ondernemingsraad heeft op 2 maart 2020 aan de bestuurder van Abeos Agri onder meer geschreven:

“Na de overlegvergadering van 26-2-2020 heeft de OR nog onduidelijkheid over de (...) Service Level Agreement oftewel SLA's of andere vormen van service verlening tussen beide onafhankelijke bedrijven, die zouden worden afgesloten tussen[Abeos Agri] en [Abeos Uitzend].

In de overlegvergadering heeft u gezegd dat er tussen de bedrijven nog onderhandeld wordt hierover en dat er dus nog geen SLA is afgesloten.

(...)

Graag ontvangt de Ondernemingsraad binnen 14 dagen informatie over hoe ver de onderhandelingen zijn. De Ondernemingsraad herinnert u aan dat hij op dit onderdeel een voorgenomen besluit verwacht waarop een advies kan worden uitgebracht in de zin van art. 25 lid 1 WOR.”

## 2.8

Op 16 maart 2020 heeft de bestuurder van Abeos Agri bevestigd dat er nog geen definitieve overeenkomst is met betrekking tot de “back office-diensten” en voorts onder meer geschreven:

“Gelet op onze bedrijfsmatige ervaring met het werken met een SLA geven wij er op dit moment de voorkeur aan om de samenwerking op met name hoofdlijnen (rechten en plichten van de bedrijven) vast te leggen. Wij verwachten binnen enkele weken een geschikte concept overeenkomst van dienstverlening gereed te hebben. Tenslotte, u verwijst (...) naar artikel 25 lid 1 WOR. U zult begrijpen dat de overeenkomst van dienstverlening zoals hierboven is beschreven zich hiervoor niet kwalificeert. Los van deze formele kwestie, zullen wij de concept overeenkomst van dienstverlening u binnenkort doen toekomen.”

## 2.9

Bij brief van 19 maart 2020 heeft de ondernemingsraad zijn verwachting dat advies zal worden gevraagd over de overeenkomst van dienstverlening gehandhaafd, waarna de ondernemer op 27 maart 2020 aan de OR heeft geschreven:

“(…) deze te sluiten overeenkomst (...) [is] geen adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 lid 1 WOR. Indien jullie menen dat dit wel het geval is, dan vernemen wij graag de inhoudelijke gronden waarop jullie dit standpunt baseren. Nog beter lijkt het ons om (...) even af te wachten op de conceptovereenkomst zodat de inhoud leidend kan zijn.”

## 2.10

Abeos Agri heeft op 9 april 2020 een concept overeenkomst van dienstverlening toegezonden aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft daarop te kennen gegeven een aantal vragen over de concept overeenkomst te hebben en aangedrongen op een adviesaanvraag. De bestuurder heeft vervolgens zijn standpunt gehandhaafd dat er geen verplichting bestaat advies te vragen en heeft een algemene toelichting gegeven op de in de bijlage bij de concept overeenkomst genoemde tarieven en op de toepassing van de Algemene verordening gegevensbescherming. Nadat de ondernemingsraad op 20 mei 2020 nadere vragen over de inhoud van de concept overeenkomst had gesteld, heeft de bestuurder op 8 juni 2020 aan de ondernemingsraad onder meer geschreven:

“Met de door u gestelde nadere vragen (...) overschrijdt u naar onze mening de grenzen van uw informatierecht. (...). Desondanks, zullen wij ook uw nadere vragen beantwoorden, waarbij wij wel aantekenen dat met deze ruimhartige invulling van uw informatierecht (art. 31 WOR), de grenzen zijn bereikt en het onderwerp “overeenkomst van dienstverlening” ruim voldoende is behandeld en nu echt als afgesloten moet worden beschouwd.”

## 2.11

De ondernemingsraad heeft op 16 juni 2020 aan de bestuurder laten weten deze mededeling zekerheidshalve te beschouwen als een besluit in de zin van artikel 25 WOR en dat hij daartegen beroep zal instellen.

## 3. De gronden van de beslissing

### De standpunten van partijen

#### 3.1

De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek kort gezegd ten grondslag gelegd dat hij aan de hierboven in 2.4 en 2.5 genoemde correspondentie de verwachting mocht ontlenen dat over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening advies zal worden gevraagd en dat, afgezien van die verwachting, het besluit tot het sluiten van de overeenkomst van dienstverlening adviesplichtig is op grond van artikel 25 lid 1 WOR.

#### 3.2

Het verweer van Abeos Agri houdt kort gezegd in dat de coöperatie geen verwachtingen heeft gewekt, geen sprake is van een adviesplichtig besluit en dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk is in zijn beroep omdat hij dit niet heeft ingesteld binnen een maand nadat hem duidelijk was dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening.

### Is het beroep tijdig ingesteld?

#### 3.3

Het is sinds OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (Linge Ziekenhuis) vaste rechtspraak dat op de voet van artikel 26 WOR beroep openstaat tegen een besluit in de zin van artikel 25 WOR indien de ondernemer heeft verzuimd de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen. Het ten onrechte niet (tijdig) vragen van advies, betekent niet alleen dat de ondernemingsraad niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de inhoud van en de beweegredenen voor het voorgenomen besluit en dat hij daarop geen invloed heeft kunnen uitoefenen, doch ook dat de ondernemer niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de zienswijze van de ondernemingsraad, die juist in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen is ingesteld.

### 3.4

De Ondernemingskamer verwerpt het ontvankelijkheidsverweer van Abeos Agri. In een geval waarin de ondernemer een adviesplichtig besluit neemt zonder advies te hebben gevraagd, kan de ondernemingsraad op de voet van artikel 26 WOR beroep instellen binnen een maand nadat de ondernemingsraad van het besluit in kennis is gesteld. In dit geval moet als (te nemen) besluit worden aangemerkt het besluit tot het finaliseren van een overeenkomst van dienstverlening tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend met een bepaalde inhoud. Dat Abeos Agri daartoe inmiddels heeft besloten staat niet vast – ter zitting bleek dat er nog geen ondertekende overeenkomst is – en aan de ondernemingsraad is in ieder geval niet medegedeeld dat zodanig besluit is genomen. Daaruit volgt dat de termijn van artikel 26 lid 2 WOR niet is verstreken; anders dan Abeos Agri kennelijk meent vangt die termijn niet aan met de mededeling dat geen advies zal worden gevraagd. In een geval als dit waarin de ondernemer zich jegens de ondernemingsraad definitief op het standpunt stelt dat hij geen advies zal vragen brengt een redelijke toepassing van artikel 26 WOR en de Linge-leer wel mee dat (a) de ondernemingsraad niet hoeft te wachten op (mededeling van) het genomen besluit alvorens beroep in te stellen op de grond dat ten onrechte geen advies is gevraagd en (b) de ondernemingsraad niet uitsluitend is aangewezen op een verzoek tot nakoming op de voet van artikel 36 WOR. Een andere opvatting – inhoudende dat de ondernemingsraad als hem is medegedeeld dat geen advies zal worden gevraagd pas beroep kan instellen nadat het besluit is genomen – zou slechts leiden tot vertraging waarmee geen redelijk belang is gediend. Bovendien zou die andere opvatting de ondernemingsraad in een lastige positie plaatsen indien de ondernemer zich, als uitvloeisel van zijn opvatting dat het te nemen besluit niet adviesplichtig is, tevens niet geroepen voelt om de ondernemingsraad in kennis te stellen van het besluit. Het beroep is dus tijdig ingesteld.

#### Is het besluit adviesplichtig?

### 3.5

Het is voorts vaste rechtspraak dat de ondernemer primair verantwoordelijk is voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject en ervoor zorg moet dragen dat de op de wet gebaseerde medezeggenschap ten volle tot haar recht komt. Dat betekent dat de ondernemer het medezeggenschapstraject zorgvuldig moet vormgeven en daarover eenduidig dient te communiceren met de ondernemingsraad. Dat geldt ook indien besluitvorming gefaseerd plaatsvindt in die zin dat advies gevraagd wordt over een besluit terwijl bepaalde wezenlijke aspecten daarvan nog niet zijn uitgewerkt. Dan moet de ondernemer voorkomen dat onduidelijkheid ontstaat over de fasering en moet hij waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap (zie onder meer OK 19 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689 (NCRV) en OK 17 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451 (provincie Zuid-Holland)).

### 3.6

Terecht is niet in geschil dat Abeos Agri gebonden is aan de uitlatingen van de coöperatie over het verloop van het medezeggenschapstraject en dat de ondernemingsraad van Abeos Agri zich kan beroepen op de wijze waarop de ondernemingsraad van de coöperatie die uitlatingen redelijkerwijs mocht begrijpen.

### 3.7

Omdat de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening ten tijde van de adviesaanvraag op 16 april 2019 nog niet bekend was, terwijl de splitsing reeds op 1 juli 2019 zijn beslag zou krijgen, is de besluitvorming gefaseerd. Op 23 mei 2019 is besloten tot de herstructurering – inclusief toedeling van de ondersteunende (staf)diensten aan Abeos Uitzend en het uitgangspunt dat Abeos Agri op contractuele basis ondersteunende (staf)diensten zal gaan afnemen van Abeos Uitzend – terwijl besluitvorming over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening pas nadien heeft plaatsgevonden. Dat is op zichzelf toelaatbaar maar mag er niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de medezeggenschap.

### 3.8

Het besluit om (als onderdeel van de meer omvattende herstructurering) Abeos Agri niet toe te rusten met eigen ondersteunende (staf)diensten, maar in plaats daarvan deze diensten op contractuele basis af te nemen van Abeos Uitzend is adviesplichtig op de voet van artikel 25 lid 1 sub b en e WOR. Indien de voorgenomen inhoud van de overeenkomst van dienstverlening bekend zou zijn geweest ten tijde van de adviesaanvraag over de herstructurering, had de ondernemingsraad ook daarover advies mogen uitbrengen en had de ondernemingsraad die inhoud kunnen betrekken bij zijn advies over het toedelen van de ondersteunende (staf)diensten aan Abeos Uitzend en over de herstructurering als zodanig. Het adviesrecht van de ondernemingsraad is immers niet beperkt tot de hoofdlijnen van een voorgenomen adviesplichtig besluit maar strekt zich vanzelfsprekend ook uit over alle onderdelen daarvan en alle mogelijke gevolgen daarvan. Ter zitting heeft Abeos Agri nog aangevoerd dat ten tijde van het advies van 15 mei 2019 voor de ondernemingsraad (van de coöperatie) voldoende duidelijk was wat de (beperkte) *scope* van de overeenkomst van dienstverlening zou zijn en dat de ondernemingsraad daarover dus had kunnen adviseren. Dat argument miskent dat niet is gebleken dat de coöperatie aan de (toenmalige) ondernemingsraad wezenlijk meer informatie heeft verstrekt over de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening dan is weergegeven in de hierboven in 2.3 geciteerde passage uit de

adviesaanvraag.

### 3.9

Nadat de ondernemingsraad in zijn advies over de herstructurering duidelijk had gemaakt te zijner tijd ook te willen adviseren over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening, heeft de ondernemer (toen nog de coöperatie) niet duidelijk gemaakt dat hij daarover geen advies zou vragen. Integendeel, de ondernemer liet weten de gevraagde toezegging overbodig te vinden in het licht van artikel 25 WOR (zie 2.5). Ook in de daaropvolgende e-mailwisseling (zie 2.5) heeft de ondernemer bepaald niet duidelijk gemaakt dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst. Aldus heeft de ondernemer in strijd met de door hem in acht te nemen zorgvuldigheid ten aanzien van het medezeggenschapstraject gehandeld. Indien het de ondernemingsraad toen duidelijk was gemaakt dat de ondernemer geen advies zou vragen over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening, had de ondernemingsraad die opvatting mede ten grondslag kunnen leggen aan een beroep tegen het besluit tot herstructurering.

### 3.10

Met het standpunt van Abeos Agri dat het sluiten van de overeenkomst van dienstverlening slechts een uitvoeringsbesluit in de zin van artikel 25 lid 5 WOR, gaat zij eraan voorbij dat ook over een uitvoeringsbesluit advies gevraagd moet worden (zij het dat geen beroep open staat tegen een uitvoeringsbesluit). Het standpunt dat het aangaan van de overeenkomst slechts een uitvoeringsbesluit is, is bovendien onjuist. De inhoud van de overeenkomst op basis waarvan Abeos Agri ondersteunende (staf)diensten, die voor de continuïteit van haar bedrijfsvoering essentieel zijn, betreft van Abeos Uitzend is immers een wezenlijk element van de herstructurering. Uit de stukken blijkt dat een belangrijk motief voor de herstructurering is dat dat het agribedrijf en het uitzendbedrijf elk een wezenlijk andere bedrijfscultuur kennen en de splitsing het mogelijk maakt dat zij zich ieder op een eigen wijze verder ontwikkelen. Ook tegen die achtergrond ligt het in de rede om de contractuele relatie tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend met betrekking tot de ondersteunende (staf)diensten zorgvuldig vorm te geven. Vanuit het perspectief van Abeos Agri is daarbij (nog afgezien van de tarieven) van belang welke (kwaliteits)eisen aan de dienstverlening worden gesteld en wat de consequenties zijn indien Abeos Uitzend daaraan niet voldoet, of Abeos Agri verplicht is alle diensten af te nemen van Abeos Uitzend of dat zij (onder bepaalde omstandigheden) de vrijheid heeft bepaalde diensten elders te betrekken en of de continuïteit van voor haar bedrijfsvoering essentiële (staf)diensten voldoende is gewaarborgd.

### 3.11

De tegenwerping van Abeos Agri dat de overeenkomst van dienstverlening weinig om het lijf heeft snijdt daarom geen hout. Het gaat immers niet slechts om wat staat in de concept overeenkomst die aan de ondernemingsraad is toegezonden. Het gaat erom op welke wijze de rechtsverhouding tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend optimaal kan worden vormgegeven, mede met het oog op diverse (toekomst)scenario's. Opmerking verdient dat indien de besluitvorming niet gefaseerd zou hebben plaatsgevonden de ondernemingsraad van de coöperatie daarover had kunnen adviseren, terwijl als gevolg van de fasering de ondernemingsraad van Abeos Agri daarover thans kan adviseren vanuit het perspectief van Abeos Agri (en (desgewenst) de ondernemingsraad van Abeos Uitzend vanuit het perspectief van Abeos Uitzend). De voorkeur van de ondernemer om de samenwerking slechts op hoofdlijnen vast te leggen (zie 2.8) en niet meer gedetailleerd te regelen, is een keuze waarover de ondernemingsraad behoort te kunnen adviseren. Nu aan de ondernemingsraad geen advies is gevraagd kan van hem niet verlangd worden in deze procedure al zijn vragen, bedenkingen en bezwaren met betrekking tot de overeenkomst kenbaar te maken. Die zijn immers thans niet aan de orde, maar pas nadat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen op basis van een adviesaanvraag waarin de beweegredenen voor het voorgenomen besluit uiteen zijn gezet.

## Slotsom

### 3.12

Uit het bovenstaande volgt dat Abeos Agri ten onrechte geen advies gevraagd heeft over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening. Het verzoek is daarom toewijsbaar als hierna in het dictum vermeld.

## 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verklaart dat Abeos Agri bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid een overeenkomst van dienstverlening met betrekking tot ondersteunende (staf)diensten met Abeos Uitzend kan sluiten, zonder over de inhoud van die overeenkomst advies te vragen aan de ondernemingsraad;

verbiedt Abeos Agri om zodanige overeenkomst aan te gaan zonder dat zij de ondernemingsraad in de gelegenheid heeft gesteld over de inhoud daarvan advies uit te brengen;

voor zover Abeos Agri heeft besloten tot het aangaan van een bepaalde overeenkomst van dienstverlening met betrekking tot ondersteunende (staf)diensten met Abeos Uitzend: gebiedt Abeos Agri dit besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan

ongedaan te maken;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. G.C. Makkink, voorzitter, mr. M.M.M. Tillema en mr. M.P. Nieuwe Weme, raadsheren, en W. Wind en prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen, raden, in tegenwoordigheid van mr. B.J. Blok, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 28 oktober 2020.