

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad van de gemeente Diemen/gemeente Diemen

Onvoorwaardelijk gevraagd advies aan OR is niet voor beroep vatbaar indien sprake is van politiek primaat.

Op 14 april wordt de ondernemingsraad (OR) advies gevraagd over het voorgenomen besluit de zogenoemde PIOFACH-taken (Personeel, Inkoop, Organisatie, Financiën, Automatisering en Informatisering, Communicatie, Huisvesting en Juridische Zaken) van drie verschillende gemeenten onder te brengen in een Shared Service Organisatie (SSO DUO+). Op 24 april 2015 adviseert de OR negatief. Op 30 april 2015 heeft de gemeenteraad van gemeente Diemen ingestemd met het voorstel van het college van B&W om (uitsluitend) de bedrijfsvoeringstaken naar de SSO DUO+ over te dragen. Bij brief van 13 mei 2015 heeft het college van B&W de ondernemingsraad bericht te hebben besloten tot overdracht van de bedrijfsvoeringstaken van gemeente Diemen naar de SSO DUO+ met ingang van 1 januari 2016.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het besluit om (enkel) de PIOFACH-taken over te hevelen naar de SSO DUO+ is, overeenkomstig artikel 1 lid 2 van de Wet gemeenschappelijke regelingen, een besluit van het college van B&W, na verkregen toestemming van de gemeenteraad. Het college van B&W is niet als bestuurder in de zin van de WOR aan te merken (zie art. 46d aanhef en onderdeel a onder 3° WOR). Bovendien vergt het besluit in kwestie een politieke afweging van de daaraan verbonden voor- en nadelen en valt het besluit als zodanig onmiskenbaar onder de reikwijdte van het 'primaat van de politiek'. Op grond van artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR is het besluit van adviesrecht en beroepsrecht uitgesloten, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de gemeente betrokken personen – gevolgen die in dit geding echter niet aan de orde zijn, aangezien daarover blijktens de brief van de bestuurder d.d. 13 mei 2015 nog adviesaanvragen en besluiten zullen volgen. Dat gemeente Diemen zonder enig voorbehoud (onverplicht) advies heeft gevraagd en heeft gehandeld alsof het in artikel 25 WOR neergelegde adviesrecht van de ondernemingsraad op het besluit van toepassing is, heeft naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet tot gevolg dat de ondernemingsraad tegen dit besluit toch met vrucht beroep kan instellen. De regel zoals deze blijkt uit vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat wanneer een ondernemer zonder voorbehoud advies heeft gevraagd, de voorschriften van het adviesrecht inclusief beroepsprocedure daarop van toepassing zijn ('eens gegeven blijft gegeven'), geldt naar het oordeel van de

Ondernemingskamer niet voor zover het desbetreffende besluit van medezeggenschap is uitgesloten op de voet van artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR. Toepassing van die regel in een geval als het onderhavige zou immers ertoe (kunnen) leiden dat een democratisch genomen besluit waaraan een politieke afweging ten grondslag ligt alsnog wordt onderworpen aan rechterlijke toetsing, terwijl artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR dat nu juist beoogt te voorkomen (vgl. HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR2013:1139 (De Mirandabad) en de daarin aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad). De omstandigheid dat de WOR-bestuurder onverplicht advies heeft gevraagd over een besluit dat vanwege het primaat van de politiek aan medezeggenschap is onttrokken, kan er daarom niet toe leiden dat besluitvorming van democratisch gelegitimeerde organen aldus kan worden doorkruist door medezeggenschap van werknemers. Een andere opvatting zou bovendien leiden tot het ongerijmde resultaat dat, indien de Ondernemingskamer gemeente Diemen zou verplichten tot intrekking of ongedaanmaking van het besluit, de vrijheid van het college van B&W en de gemeenteraad om zelfstandig de voor- en nadelen van het besluit af te wegen zou worden aangetast. Op bovenstaande gronden komt de Ondernemingskamer terug van de andersluidende opvatting die ten grondslag ligt aan OK 9 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7331 (OR gemeente Middelburg).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4890

Zaaknummer: 200.171.409/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, F. van der Wel, M.A. Scheltema, A.J. Wolfs en J. den Boer

Advocaten: L.J.M. van Westerlaak, M.J.J. Rutten en E.A.M. van Gaal

Wetsartikelen: 25 WOR en 46d WOR