

Mag het iets minder, of moet er meer?

KANTTEKENINGEN BIJ DE SER-ADVIESAANVRAAG OVER DE WIJZIGING VAN DE WOR

80 In deze bijdrage gaat de auteur in op enkele onderwerpen die in de adviesaanvraag aan de SER over de wijziging van de WOR door de minister aan de orde zijn gesteld of juist niet aan de orde zijn gesteld. Hij besteedt aandacht aan de plaats van de ondernemingsraad (OR) in de onderneming en de naleving van de verplichting een OR in te stellen. De auteur vindt de evaluatie van de WOR een uitgelezen moment om te bezien of een OR nieuwe bevoegdheden moet krijgen. Hij denkt daarbij met name aan het enquêterecht, de arbeidsvoorwaardenregeling en de WOR bij de overheid.

1 De plaats van de ondernemingsraad in de onderneming

In de SER-adviesaanvraag over de aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is de vraag gesteld wat de plaats is of dient te zijn van de OR in de onderneming, meer specifiek, in de besturing van de onderneming.¹ Verwezen wordt daarbij naar het initiatiefwetsontwerp van Groen Links over de openbaarheid van topinkomens en naar de discussie in de Tweede Kamer over de evaluatie van de WOR en de wijziging van de structuurregeling.

Deze vraag komt uit bij de vraag wat de positie van de OR in de onderneming is of behoort te zijn. Indien de OR als orgaan van de rechtspersoon wordt gezien, dat de inbreng van het personeel waarborgt bij allerlei de onderneming betreffende aangelegenheden (of in ieder geval als een rechtssubject als bedoeld in art. 2:8 BW), is het logisch dat niet alleen in de WOR, maar ook in Boek 2 BW en andere wettelijke regelingen die betrekking hebben op besluitvorming binnen rechtspersonen, aandacht wordt besteed aan de bevoegdheden van de OR.

Indien daarentegen de OR meer gezien wordt als een medezeggenschapsorgaan dat alleen een functie heeft daar waar de besluitvorming (directe) gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen met zich meebrengt, ligt het meer voor de hand om de positie en bevoegdheden van de OR alleen in de WOR te regelen.

In de huidige wet is in art. 2 WOR aangegeven dat de OR moet worden ingesteld in het 'belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen'. Daar wordt wel uit afgeleid dat de OR niet alleen tot taak heeft (louter) de personele belangen te behartigen en mee te nemen bij zijn standpuntbepaling, maar dat het mede de taak van de OR is om het ondernemingsbelang mee te wegen bij zijn positiebepaling.

Dit wettelijk uitgangspunt impliceert een bredere positie van de OR binnen de onderneming. Dit sluit ook aan bij de wijze waarop de positie van de OR binnen de onderneming en binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen sinds 1979 is geëvolueerd. Een OR heeft zowel binnen als buiten de onderneming een gezicht gekregen. Bij voorvallen binnen een onderneming waaraan in de media aandacht wordt besteed, wordt bijvoorbeeld de (voorzitter van de) OR haast als vanzelfsprekend gehoord, naast de visie van de directie.

Binnen het ondernemingsrecht is onder de naam corporate governance een proces in gang gezet om binnen rechtspersonen de rol van de toezichthoudende organen, zoals bijvoorbeeld de raad van commissarissen (RvC), in te perken ten gunste van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). Deze over het kanaal en Atlantische oceaan overgewaaid opvattingen krijgen binnen de Nederlandse verhoudingen steeds meer aanhang. Gesimplificeerd wordt wel gesproken over een keuze voor een shareholders- of stakeholders-model. Onder druk van grote beurschandalen als bij Enron en Ahold en de discussie over (de besluitvorming over) de inkomens van bestuurders is de roep naar meer bevoegdheden van de aandeelhouders steeds groter geworden.

Een vraag die daar meteen aan moet worden gekoppeld, is of een proces tot versterking van de zeggenschap van aandeelhouders ook aanleiding geeft om de positie van de OR te herbezien. Is er naast corporate governance behoefte aan social governance², of moet ervan worden uitgegaan dat social governance een integraal onderdeel van corporate governance uitmaakt? Ik neig steeds meer naar het laatste. Ik ben niet voor een (absolute) scheiding tussen het rechtspersonenrecht en het medezeggenschapsrecht. Ik ben niet voor het uitsluitend regelen van de positie van de OR binnen de kaders van de WOR.

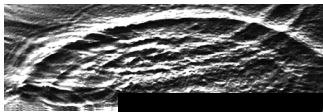
Op het moment dat de bevoegdheden van de aandeelhouders als orgaan van de onderneming worden gewijzigd, dient tegelijkertijd de positie van de OR in ogenschouw te worden genomen. Indien de OR gezien wordt als een van de organen van de onderneming, ligt het voor de hand dat bij wijzigingen van de bevoegdheden tussen bestuur, RvC en aandeelhoudersvergadering tegelijkertijd de positie van de OR wordt betrokken.

In een modelcode zoals ontwikkeld door de Commissie-Tabaksblad wordt aan de OR nagenoeg geen rol toegekend. Aangegeven wordt dat de RvC in zijn reglement moet aangeven hoe de omgang met (onder meer) de OR wordt vormgegeven.³ Het louter beperken van de code tot de relatie van slechts een deel van de organen binnen de onderneming komt vreemd over en leidt tot een regeling, die geen goede weergave biedt van de verhoudingen binnen Nederlandse ondernemingen.

Ik wil op een aantal aspecten nader ingaan.

* PROF. MR. L.C.J. SPRENGERS IS HOOGLEERAAR AAN DE UNIVERSITEIT LEIDEN EN REDACTEUR VAN DIT BLAD.





Mag het iets minder, of moet er meer?

ARTIKEL EN

1.1 Informatievoorziening ten aanzien van inkomens- en vertrekregelingen

Aan de SER wordt met name gevraagd, als uitkomst van de behandeling van het initiatiefwetsontwerp van Groen Links in de Tweede Kamer, over de uitbreiding van het informatie-recht van de OR op dit punt een advies uit te brengen.⁴

Met de wetwijziging die betrekking heeft op de openbaar-making van inkomens van leden van raad van bestuur in de jaarrekening, is met name ten behoeve van de aandeel-houder hierin al voor de grote vennootschappen voorzien.⁵ In de Trendnota Arbeidszaken Overheid 2004 wordt aange-geven dat in de publieke sector de inkomens van functiona-rissen die boven het inkomen van de minister-president uit-komen, openbaar gemaakt zullen worden.⁶

Als er met name van wordt uitgegaan dat transparantie in voorkomende gevallen kan leiden tot het voorkomen van ex-cessieve, redelijkerwijs niet te verantwoorden beloningsar-rangementen (niet zozeer in absolute zin, maar vooral in re-latieve zin in verhouding tot de besluitvorming die betrekking heeft op de overige werknemers) is er veel voor te zeggen om op dit punt het informatierecht van de OR te verbreden. Er zal zonder meer een noodzaak tot verantwoor-ding over de opbouw en redelijkheid van de beloningsarran-gementen van uitgaan. Hiervan zal een preventieve werking uitgaan om geen 'niet te verantwoorden regelingen' te tref-fen en zal een prikkel uitgaan om in algemene zin geen an-dere normen toe te passen tussen verschillende groepen per-soneelsleden. Indien bijvoorbeeld in moeilijke tijden aan het personeel een loonoffer wordt gevraagd om de onderneming er bovenop te helpen, is het van groot moreel belang als-mede in het belang van het verkrijgen van acceptatie, dat een vergelijkbare norm bij de beloning van de top wordt ge-hanteerd. Indien voor de top andere normen worden gehan-teerd, moet dit ook uit te leggen zijn. De wetenschap dat, na-dat deze informatie aan de OR bekend is gemaakt, daarover vragen gesteld kunnen worden, zal een doorwerking heb-ben. De OR kan hierbij een belangrijke taak vervullen, niet alleen bij beursgenoteerde ondernemingen, maar over de hele linie.

De rol van de OR is in de aankomende wijziging van Boek 2 BW waarin de structuurregeling wordt gewijzigd en de rol van de AVA wordt vergroot ten aanzien van de beloning van bestuurders en commissarissen ook aan de orde geko-men. Een tijdige informatievoorziening ligt daarbij voor de hand. Zo is in het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de aanpassing van de structuurregeling ook voorzien in een informatieverplichting jegens OR over het beloningsbeleid (zie het voorgestelde art. 2:135 lid 2 BW).⁷ Het regelen van vergelijkbare informatierechten voor de OR, ook binnen andere rechtspersonen, is mijns inziens op zijn plaats.

1.2 De bevoegdheden van de OR als met een code, zoals opgesteld door de Commissie corporate governance, gewerkt gaat worden

Van belang is de informatievoorziening aan en het overleg met de OR te regelen, indien gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheid om de code niet toe te passen op onderde-len. Wel moet dan worden uitgelegd waarom er van de code wordt afgeweken. Voorts zou het voor de hand liggen aandacht te besteden aan de mogelijkheden van de OR bij handelen in strijd met de modelcode.

1.3 De verschuiving van de bevoegdheden naar de AVA

Met de verschuiving van de bevoegdheden van RvC naar de AVA, lijkt het met name van belang om de toetsende rol van de OR te vergroten. Dit zou mijns inziens het beste kunnen worden gerealiseerd door toekenning van het enquêterecht aan de OR, zie hierna par. 3.1.

2 De naleving van de verplichting een ondernemingsraad in te stellen

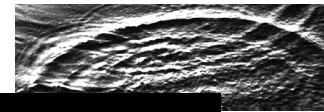
Uit het evaluatieonderzoek is naar boven gekomen dat ruim 70% van de OR-plichtige ondernemingen daadwerkelijk een OR heeft. Deze uitkomst ligt te ver van de gewenste volledi-ge naleving. Het kabinet wil niet via het strafrecht de nale-ving van de WOR bevorderen. Wat het kabinet betreft moet de oplossing worden gezocht in het herkenbaarder ma-ken van de OR voor zowel de achterban als voor de onder-nemer als goede partner. Goed functionerende onderne-mingsraden kunnen op zich weer bijdragen aan een betere naleving van de wet. De positieve uitstraling van de OR ver-groten leidt tot meer werfkracht. Zo kunnen de ideeën van het kabinet worden samengevat.

Daarnaast wordt aan de SER gevraagd om met aanbevelin-gen te komen over mogelijkheden die nog kunnen leiden tot verbetering van de naleving.⁸

Ik deel de opvatting dat het verhogen van de naleving niet via de weg van bijvoorbeeld het strafrecht (Wet op de econo-mische delicten) moet worden gezocht. Om de medezeggen-schap vorm te geven is een vereiste dat er binnen de onder-neming ook werknemers kenbaar maken dat zij als OR-lid willen functioneren. Een strafrechtelijke boete of veroorde-ling, zal de start van een OR te veel onder druk zetten.

Maar ik ben wel voorstander om in de wetgeving meer drempels in te bouwen, die de ondernemer prikkelen om toch een OR in te stellen.

Nu kan geconstateerd worden dat een ondernemer die geen OR heeft vrijelijk besluiten kan nemen die advies- of instem-mingsplichtig zijn, zonder dat de rechtskracht daarvan ter discussie staat. Er gaat geen stimulans van de huidige rege-ling uit om een ondernemer toch te prikkelen een OR in te stellen. Er is geen sanctie op het schenden van de wet. Wel kan een belanghebbende daarover een geschil aanhangig maken en kan er een kantonrechterbeschikking komen, waarna eventueel onder de druk van een dwangsom de on-dernemer moet overgaan tot het opstellen van een voorlopig reglement en het uitschrijven van OR-verkiezingen. In dit traject bestaan voor de ondernemer die niet wil, de nodige mogelijkheden om vertraging op te laten treden, om het mo-ment dat een OR daadwerkelijk actief wordt, uit te stellen. Het lijkt mij daarom effectiever om in de WOR te voorzien in voorschriften die de rechtsgeldigheid van de besluitvorming in een dergelijk OR-loos tijdperk aanpakt. In de praktijk blijkt dat zich in ondernemingen waar geen OR is wel besluiten kunnen voordoen, waarbij er op enig moment toch behoefte aan medezeggenschap kan ontstaan bij het personeel. Bij een grote reorganisatie met veel nadelige gevolgen of bij een overname bijvoorbeeld, gaan er vaak stemmen op bij het per-soneel, dat het toch niet zo kan zijn dat de ondernemer een-zijdig, zonder overleg met een vertegenwoordiging van het personeel, overgaat tot besluitvorming. Soms ontstaat er een medezeggenschapsplatform dat met de ondernemer ad hoc afspraken maakt over zijn status. Soms gaat de onderne-



mer ongestoord door. Uit de rechtspraak blijkt wel dat een ondernemer die bezig is met de instelling van een OR, niet straffeloos vóór de verkiezing van die OR besluiten kan nemen, die nog wel verder uitstel dulden.⁹

In situaties waar echter nog geen aanvang is gemaakt met het opstarten van een traject om een OR in te stellen, lijken er weinig beperkingen voor de ondernemer te zijn om zonder overleg tot besluitvorming over te gaan.

Het is mijns inziens daarom van belang om de achteroverleunende houding van een ondernemer ten aanzien van het niet-naleven van de WOR niet te 'stimuleren' of te gedogen. Het is daarom aan te raden om met het oog daarop een of meer bepalingen in de WOR toe te voegen.

Ik zie een aantal mogelijkheden waarlangs dat kan.

De meest vergaande mogelijkheid is om in die ondernemingen waar in strijd met de wet niet is overgegaan tot het instellen van een OR, aan iedere belanghebbende de mogelijkheid te bieden om besluiten door de rechter te laten vernietigen, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn genomen. Een dergelijk vorderingsrecht zou onder de algemene geschillenregelingen kunnen worden gebracht. Als belanghebbenden zouden in dit verband beschouwd kunnen worden de in de onderneming werkzame personen en de vakbonden. Een dergelijke vordering zou binnen een maand nadat het besluit in de onderneming bekend is gemaakt of van uitvoering redelijkerwijs is gebleken, moeten worden ingediend.

Dit brengt met zich mee dat er voor de ondernemer, zolang hij geen OR heeft, een extra onzekerheid ontstaat met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.

Als nadeel van dit voorstel kan worden gezien dat de ondernemer die wel een OR wenst in te stellen, maar geen werknemers bereid vindt om daarin zitting te nemen, ook met deze sanctie wordt geconfronteerd. De tweede mogelijkheid ondervangt dit bezwaar.

Een tweede mogelijkheid is om het initiatief om te komen tot het instellen van een OR wat meer bij de ondernemer weg te halen. De bevoegdheden ten aanzien van de voorbereiding van het voorlopig reglement zouden kunnen worden gelegd bij een verkiezingscommissie, die naast de voorbereiding van het voorlopig reglement, ook na vaststelling van dit voorlopig reglement door de ondernemer, de taken met betrekking tot de organisatie van de verkiezing heeft.

Voorts dient in de WOR bepaald te worden dat zodra er zo'n verkiezingscommissie is, het de ondernemer niet meer is toegestaan advies- en instemmingsplichtige besluiten te nemen, anders dan nadat hij dit conform de voorschriften van de WOR aan de verkiezingscommissie heeft voorgelegd als ware het een OR. De verkiezingscommissie krijgt dan de status van een OR in oprichting met alle bevoegdheden van de OR. Hiermee is het voor een ondernemer niet meer aantrekkelijk om de verkiezing van een OR te traineren of tegen te werken. Immers, de verkiezingscommissie kan alle bevoegdheden van een OR uitoefenen, totdat de rechtsgeldig gekozen OR er is.

Aandacht verdient dan wel hoe een dergelijke verkiezingscommissie samen te stellen. Ik zie als mogelijkheden:

- Indien de ondernemer valt onder de werkingssfeer van een of meer CAO's of deze vrijwillig toepast, komt de bevoegdheid toe aan de vakbonden die partij zijn bij deze CAO om uit de werknemers werkzaam bij die ondernemer een verkiezingscommissie samen te stellen.

- Een groep werknemers kan zich aan de ondernemer presenteren als verkiezingscommissie, indien zij een handtekeninglijst kunnen overleggen waaruit blijkt dat zij de steun van een bepaald percentage van de werknemers hebben, bijvoorbeeld 25%. Eventueel kan dit gecombineerd worden met een maximum aantal handtekeningen.

Dergelijke regelingen stimuleren een ondernemer, meer dan de huidige wettelijke regeling, om ook daadwerkelijk over te gaan tot het instellen van een reguliere OR. In ieder geval wordt daarmee een houding ontmoedigd die wordt ingegeven door het zo lang mogelijk tegenwerken van het instellen van een OR. Mocht de ondernemer de verkiezingscommissie niet voldoende representatief vinden, dan zal hij er aan moeten meewerken dat de verkiezingen zo spoedig mogelijk kunnen plaatsvinden, waarna hij zijn voornemens aan de gekozen OR kan voorleggen. In de tussentijd kan hij ervoor kiezen om advies- en instemmingsplichtige besluiten tot een minimum te beperken. Indien de ondernemer daarentegen de verkiezingscommissie als een waardige OR i.o. ziet, zal hij deze frequenter kunnen raadplegen als ware het een OR. Geschillen over het instellen van een verkiezingscommissie kunnen onder de werkingsfeer van art. 36 lid 1 WOR worden gebracht, zodat belanghebbenden daartegen bezwaar kunnen aantekenen. Bij de beoordeling van deze bezwaren zal het feit dat er binnen de onderneming op het moment dat de verkiezingscommissie is ingesteld er in het geheel geen OR is, terwijl de wet die wel voorschrijft, een belangrijk criterium dienen te zijn. De meeste bezwaren zullen immers slechts van tijdelijke aard zijn en komen te vervallen nadat de OR is gekozen.

3 Moet er meer?

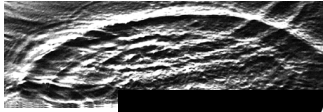
Het kabinet geeft aan geen aanleiding te zien in de WOR om nieuwe bevoegdheden aan de OR toe te kennen, vanwege de geconstateerde onderbenutting van bevoegdheden door ondernemingsraden.¹⁰ Ik ben van mening dat op het moment dat een evaluatie van de WOR plaatsvindt, bezien moet worden of de huidige positie van een OR binnen de onderneming, gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen en de ontwikkelingen in de rechtspraak, aanpassing vereist. Het feit dat niet alle ondernemingsraden al hun bevoegdheden benutten is wat mij betreft geen argument om niet aan deze vraag toe te komen.

3.1 Enquêterecht

Ondernemingsraden kunnen op grond van art. 26 WOR een procedure aanhangig maken bij de Ondernemingskamer (OK) tegen een besluit van de ondernemer dat genomen is zonder advies aan de OR te vragen, dan wel dat de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot dat besluit had kunnen komen. Deze procedure heeft steeds betrekking op een bepaald concreet besluit. In die procedure kan niet het beleid van de ondernemer ter discussie worden gesteld, hooguit daar waar het besluit in kwestie een uitvloeisel is van het ondernemersbeleid.

In het kader van het enquêterecht kan het gevoerde beleid in bredere zin aan de orde worden gesteld in een procedure bij de OK. Deze bevoegdheid komt toe aan aandeelhouders, vakorganisaties en de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam. De vraag kan worden opgeworpen of de OR inmiddels niet is uitgegroeid tot een dermate vaste factor





Mag het iets minder, of moet er meer?

ARTIKEL EN

binnen de onderneming, dat er ook een reden kan zijn om deze bevoegdheid aan de OR toe te kennen.

Er zijn reeds eerder geluiden geweest om hiertoe over te gaan.¹¹

Ik ben hiervan eveneens voorstander. De volgende ontwikkelingen maken dat het toekennen van het enquêterecht aan ondernemingsraden mijns inziens op zijn plaats is:

- De OR is sinds de eerste Wet op de Ondernemingsraden van 1950 en met name na de wetwijziging van 1979, uitgegroeid tot een orgaan dat een zelfstandige positie inneemt binnen een rechtspersoon.
- Er is een ontwikkeling gaande waarbij met name aandeelhouders steeds meer gebruik maken van het enquêterecht dat is uitgegroeid tot een belangrijk middel bij geschillen over het beleid binnen ondernemingen. Aan de kant van de vakorganisaties wordt in mindere mate gebruik gemaakt van het enquêtemiddel. Gezien het feit dat vakorganisaties niet in alle ondernemingen vertegenwoordigd zijn, omdat er geen of onvoldoende leden aanwezig zijn binnen een onderneming of omdat het overleg op een hoger, (bedrijfstak)niveau plaatsvindt tussen CAO-partijen, wordt niet in al die situaties waar dit gewenst is, overgegaan tot het gebruikmaken van het enquêterecht. Een enkele keer wordt er op initiatief van de OR door een vakorganisatie toch gebruik gemaakt van het enquêterecht.¹²
- De WOR heeft strikte kaders waaraan geschillen getoetst worden. Het totaalbeeld, het gevoerde ondernemingsbeleid, is moeilijk binnen die kaders aan de orde te stellen, terwijl het in een aantal gevallen toch van groot belang voor de in de onderneming werkzame personen kan zijn dat niet alleen een concreet besluit getoetst wordt door de OK, maar juist het door de ondernemer gevoerde beleid.
- In het kader van de corporate governance discussie is er een verschuiving waarneembaar in de bevoegdheidsverdeling binnen ondernemingen. De bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering neemt toe, ook in relatie tot de toezichthouders, de RvC. De mogelijkheid om een RvC naar huis te sturen zal de positie van de aandeelhoudersvergadering ten opzichte van de toezichthouder versterken.

Een dergelijke ontwikkeling vraagt om een nieuw evenwicht in de controlerende bevoegdheden.

Binnen stichtingen is een model populair geworden waarbij de directie, nu meestal als raad van bestuur aangeduid, een veel dominantere positie inneemt. Het bestuur, nu meestal raad van toezicht, staat op een veel grotere afstand en heeft daardoor in veel gevallen veel minder grip en zicht op het door de raad van bestuur gevoerde beleid. Vaak wordt deze toezichthoudende taak marginaal ingevuld.

Deze verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling binnen rechtspersonen, maken dat het toekennen van het enquêterecht aan de OR als een soort reactie, een herstel van evenwicht kan worden gezien. Daar waar toezichthoudende organen hun taken om welke reden dan ook niet naar behoren uitoefenen, kunnen zij in het kader van een enquêteprocedure door de OR ter verantwoording worden geroepen. Dit is een zeer belangrijke aanvulling om te stimuleren dat de organen binnen rechtspersonen op een zorgvuldige wijze invulling blijven geven aan hun taak.

3.2 Arbeidsvoorwaardenregelingen

Voorafgaand aan de laatste wetwijziging die in 1998 van kracht is geworden, heeft er een uitgebreide discussie plaatsgevonden over de rol van de OR ten aanzien van arbeidsvoorwaardenregelingen.

Het niet in de wet genoemde begrip 'primaire arbeidsvoorwaarde', speelt een belangrijke rol bij de afbakening van de bevoegdheden van de OR. Uit de rechtspraak blijkt dat er met regelmaat discussie plaatsvindt over de grens van de bevoegdheid van de OR in relatie tot het begrip 'primaire arbeidsvoorwaarde'.

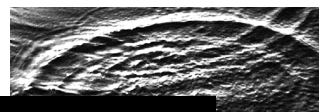
- Het afschaffen van het automatisme dat de niet-CAO-loners het percentage van de CAO-loonstijging automatisch krijgen, werd door de Rechtbank Middelburg gezien als liggend op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden en daarom niet instemmingsplichtig.¹³
- Het toekennen van een schaarstetoeslag aan een bepaalde categorie werknemers, werd door de Rechtbank Maastricht integraal onder het instemmingsrecht geplaatst. Het argument van primaire arbeidsvoorwaarden speelde geen rol.¹⁴
- Een bijzonder-verlof-regeling bij de Belastingdienst werd door de Hoge Raad gezien als liggend op het terrein van primaire arbeidsvoorwaarden en daarom niet instemmingsplichtig.¹⁵
- Een optieregeling bij Philips werd niet als een primaire arbeidsvoorwaarde beschouwd, omdat het niet ging om aantal of hoogte van de opties, maar om de bepaling van de groepen en condities waaronder men voor de regeling in aanmerking kon komen.¹⁶
- Een vacaturestop werd door het Hof Den Haag als niet-instemmingsplichtig beschouwd omdat dit onderwerp nog belangrijker was dan 'primaire arbeidsvoorwaarden'.¹⁷

Deze opsomming is niet volledig maar geeft een indicatie tot welke onduidelijkheden het begrip 'primaire arbeidsvoorwaarden' kan leiden bij de taakafbakening van de bevoegdheden van de OR. Het is ook de vraag of er nog een noodzaak is om langs deze lijn de bevoegdheid van de OR in te kaderen. Is de afbakening van art. 27 lid 3 WOR, het primaat van de CAO, niet voldoende? Indien een aangelegenheid inhoudelijk in een CAO of een rechtspositieregeling bij de overheid is geregeld, vervalt het instemmingsrecht van de OR. Daarmee is gewaarborgd dat daar waar met de vakorganisaties over de primaire arbeidsvoorwaarden wordt onderhandeld, de OR geen bevoegdheid toekomt. Maar in andere situaties heeft de OR een bevoegdheid ten aanzien van de in art. 27 lid 1 WOR genoemde onderwerpen, waarbij de scheidslijn tussen wat nu tot de primaire of secundaire arbeidsvoorwaarden behoort dan niet meer relevant is.

Waar veel ondernemingsraden tegenaan lopen is dat zij ook ten aanzien van regelingen die niet tot de primaire arbeidsvoorwaarden behoren en die niet in de CAO geregeld zijn, toch geen bevoegdheden hebben.

Een groot aantal secundaire arbeidsvoorwaardenregelingen, die liggen in de sfeer van (on)kostenvergoedingsregelingen vallen ook buiten het bereik van het instemmingsrecht van de OR.

In het verleden hebben ondernemingsraden in juridische procedures geregeld getracht het instemmingsrecht van de OR ten aanzien van autokostenvergoedingsregelingen, lease-auto's enzovoort onder het instemmingsrecht te krijgen.



Als laatste redmiddel is door ondernemingsraden bij IBM en AKZO getracht via het arbeidsreglement alsnog een instemmingsrecht over de wijziging van autokostenvergoedingsregelingen boven tafel te krijgen. De Hoge Raad heeft dit niet gehonoreerd.¹⁸

Het is echter de vraag waarom een onderwerp als autokostenvergoedingsregelingen en leaseregelingen niet onder de bevoegdheden van de OR worden gebracht. Het zijn bij uitstek onderwerpen waar binnen ondernemingen veel over gesproken wordt. Het zijn onderwerpen die sterk leven bij de achterban. Bij uitstek dus onderwerpen om de vertegenwoordigers van de in de onderneming werkzame personen daarover een bevoegdheid toe te kennen. Om de aandacht voor de OR te vergroten is in ieder geval van belang om de OR zeggenschap te geven over die onderwerpen die bij de achterban sterk leven.

Een ander goed voorbeeld zijn regelingen die worden getroffen met betrekking tot kinderopvang. Het is wel zeer de vraag of een OR op grond van art. 27 WOR hierover een bevoegdheid heeft. Is het te beschouwen als een regeling in verband met de arbeidsomstandigheden? Het zou dan moeten gaan om een regeling in verband met het welzijn, in verband met de arbeid omdat nu eenmaal een goed ondergebracht kind het werk mogelijk en plezieriger maakt. Dit lijkt vrij vergezocht. Is het dan een onderdeel van het beloningssysteem? Ook daar past het, kijkend naar de toelichting van de wet, niet echt onder. Terwijl het onderwerp als zodanig naar zijn aard eigenlijk onder het instemmingsrecht thuis zou horen.

Indien er al niet wordt gekozen om een rigoureuze wijziging aan te brengen in de afbakening van de bevoegdheden van de OR hierover door bijvoorbeeld alle arbeidsvoorwaardenregelingen onder het instemmingsrecht te brengen, met handhaving van het primaat van de CAO, dan zou het in ieder geval toch op zijn plaats zijn om de rol van de OR ten aanzien van de secundaire arbeidsvoorwaardenregelingen, onkostenvergoedingsregelingen en dergelijke, beter te regelen. Er is geen steekhoudende motivering te geven waarom een OR bij dergelijke onderwerpen, als ze niet in de CAO geregeld zijn, geen bevoegdheid zou moeten worden toegekend. Het zijn onderwerpen waar de achterban vaak een groot belang aan hecht en waar nu juist de OR een belangrijke functie zou kunnen vervullen. In 1998 heeft de Tweede Kamer met een krappe meerderheid het voorstel van het kabinet om onkostenvergoedingsregelingen onder het instemmingsrecht te brengen verworpen, door een amendement van het VVD-kamerlid Van der Stoep c.s. aan te nemen.¹⁹ Er is alle reden om op dit punt opnieuw met voorstellen te komen.

3.3 Wet op de ondernemingsraden bij de overheid

In 1995 is de WOR bij de overheid ingevoerd. In 2001 heeft het kabinet haar standpunt naar aanleiding van de evaluatie van de WOR bij de overheid kenbaar gemaakt.²⁰

De invoering van de WOR werd gezien als een verbetering van de kwaliteit van de medezeggenschap bij de overheid. Het kabinet achtte een verdere groei van de medezeggenschap bij de overheid van grote betekenis. Er werden toen door het kabinet geen concrete voorstellen gedaan tot aanpassing van de WOR bij de overheid.

Het belangrijkste knelpunt was de afbakening van de bevoegdheid van de OR bij de overheid versus het primaat

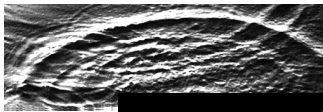
van de politiek. Er was een discrepantie te constateren tussen de uitleg van deze wettelijke bepaling door de OK en de Hoge Raad, waarbij beide rechterlijke colleges zich op de wetsgeschiedenis baseerden, maar tot een andere uitkomst kwamen.

Het kabinet heeft zich geschaard achter de uiterst beperkte uitleg die de Hoge Raad geeft aan de bepaling over het primaat van de politiek. Die uitleg komt erop neer, dat er alleen een rol is weggelegd voor de OR indien het gaat over een aangelegenheid die betrekking heeft op een publiekrechtelijke taak, voorzover het gaat om de personele gevolgen van een dergelijk besluit. Daarbij is een vereiste dat in het besluit concreet wordt uitgewerkt hoe de personele gevolgen worden opgevangen. Indien er slechts sprake is van inherente gevolgen die vastzitten aan het (politieke) besluit, dan komt aan de OR geen bevoegdheid toe.²¹ Het kabinet onderschrijft dit oordeel maar geeft tegelijkertijd aan dat inschakeling van de OR ten aanzien van de personele gevolgen op het moment dat het politiek besluit nog niet is genomen, met name in het geval het politiek besluit wordt genomen op hetzelfde niveau als waar de gevolgen daarvan voor het personeel zich manifesteren, in het algemeen aanbeveling verdient.²²

Met deze 'Hoge Raad'-uitspraak en het kabinetsstandpunt is de duidelijkheid over dit onderwerp nog niet gecreëerd. Sindsdien heeft de Hoge Raad nog een beschikking gewezen waarin het primaat van de politiek centraal stond en waarin de Hoge Raad dezelfde strikte lijn hanteerde.²³ Een uitspraak die evenmin voldoende duidelijkheid bracht.²⁴ In de lagere rechtspraak zijn sindsdien nog de nodige vragen aan de rechter voorgelegd inzake het primaat van de politiek, waaruit blijkt dat de grenzen van deze bepaling allerminst al duidelijk zijn afgebakend.²⁵

Om de navolgende twee redenen ben ik van mening dat in het komende traject van wetwijziging van de WOR met name aan de bepaling over het primaat van de politiek in de WOR aandacht zou moeten worden besteed:

- De praktijk, ook na de evaluatie, geeft aan dat het aan de rechterlijke macht overgelaten wordt om in concrete situaties de grenzen te trekken van deze bepaling. Nu is dat de taak van de rechterlijke macht. In dit geval moet echter geconstateerd worden dat de wetgever vanwege de tweeslachtige wetsgeschiedenis en de discrepantie tussen wettekst en bedoeling van de wetgever, zijn verantwoordelijkheid moet nemen op het moment dat hij overgaat tot het aanpassen van een wettelijke regeling na een gehouden evaluatie. De wetgever zou moeten constateren dat de wettelijke regeling, zoals die nu in de WOR is opgenomen, aanscherping vereist om meer duidelijkheid te geven aan de overheidsondernemers en ondernemingsraden over de grenzen van de bevoegdheden van de OR.
- Ik heb mij in het verleden herhaaldelijk kritisch uitgelaten over deze wettelijke bepaling als zodanig. Ik zal dat hier niet herhalen. Ik constateer echter een ontwikkeling dat overheidsondernemers de ruimte die de 'Hoge Raad'-rechtspraak hen geeft ook bewust gaan nemen, door aan ondernemingsraden bij de overheid voor te houden, dat zij pas een adviesrecht hebben op het moment dat de ondernemer ertoe overgaat de personele gevolgen van een besluit te regelen. De overheidsondernemer die het voorgenomen besluit formuleert, heeft daarbij de mogelijkheid om te bepalen wanneer de OR



Mag het iets minder, of moet er meer?

ARTIKEL EN

aan de bak mag, afhankelijk van het moment waarop hij besluit de personele gevolgen in kaart te brengen. Indien volstaan wordt met de mededeling dat aan dit besluit onmiskenbaar personele gevolgen zitten, maar dat die pas in een later stadium van de besluitvorming uitgewerkt zullen worden, heeft de overheids-OR in die fase het nakijken. Het moment van vastleggen van de personele gevolgen wordt het doorslaggevende criterium en niet het belang van het beschermen van het primaat van de politiek. Deze ontwikkeling heeft tot gevolg dat de wens van het kabinet dat overheidsondernemers ondernemingsraden bij de overheid vroegtijdig inschakelen ook bij politieke besluiten, eerder verder weg komt te liggen dan dichterbij.

Ik acht dit niet gewenst omdat:

- dit haaks staat op de doelstelling die ten grondslag ligt aan art. 25 lid 2 WOR dat de OR moet worden ingeschakeld op het moment dat zijn advies nog wezenlijke invloed kan hebben op de besluitvorming;
- het voorkomt dat in alle gevallen vroegtijdig reeds de opvatting van de OR bekend is bij de overheidsondernemer, zodat die meegewogen kan worden bij de besluitvorming; en
- het inperken van de bevoegdheden van de OR bij de overheid alleen dan aan de orde moet zijn, indien het primaat van de politiek dit vereist. Deze oorspronkelijke

doelstelling van de wetgever verschuift zo wel erg ver naar de achtergrond. Daarvoor in de plaats lijkt de regel eerder geworden te zijn: daar waar de politiek beslist, is medezeggenschap niet gewenst.

4 Conclusie

De OR heeft in de loop der tijd een duidelijke plaats binnen de onderneming veroverd. Uit de SER-adviesaanvraag blijkt dat het kabinet van mening is dat er geen reden is om op dit moment de bevoegdheden van de OR uit te breiden, mogelijk wel te verminderen (zie daarover de bijdrage van mr. R.A.A. Duk elders in dit blad).

Ik ben van mening dat de verschuiving van bevoegdheden binnen rechtspersonen, onder invloed van de corporate governance-discussie, het nodig maakt om ook de bevoegdheden van ondernemingsraden aan te passen. Met name de verschuiving van meer bevoegdheden naar aandeelhouders geeft daar aanleiding toe. Ook om ervoor te zorgen dat het percentage ondernemers dat een OR heeft ingesteld stijgt, is het gewenst om aanvullende bepalingen in de WOR op te nemen, waartoe ik voorstellen heb gedaan. Tot slot ben ik op drie onderwerpen ingegaan die mijns inziens meer aandacht zouden moeten krijgen bij de komende wetswijziging, waaraan in de SER-adviesaanvraag geen aandacht is besteed.

1. Brief van minister De Geus van SZW van 27 juni 2003, 'Adviesaanvraag aanpassing Wet op de Ondernemingsraden', AV/CAM/2003/50134, p. 6-7.
2. C. de Groot, 'Beginselen van Social Governance', SMA 2002, p. 291 e.v.
3. Commissie corporate governance, *De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van goede corporate governance en best practice* bepalingen, Den Haag 1 juli 2003, art. II.1.1 (concept), www.commissiecorporategovernance.nl.
4. Wetsvoorstel Wet openbaarheid topinkomens, Kamerstukken 28163.
5. Wet 18 april 2002, Stb. 2002, 225.
6. Kamerstukken II 2003/04, 29204, nr. 1-2, p. 21.
7. Kamerstukken I 2002/03, 28179, nr. 309.
8. Brief van minister De Geus van SZW van 27 juni 2003, 'Adviesaanvraag aanpassing Wet op de Ondernemingsraden', AV/CAM/2003/50134, p. 8.
9. Gerechtshof Amsterdam (OK) 1 november 1990, ROR 1990, 132 (OR Baxter).
10. Brief van minister De Geus van SZW van 27 juni 2003, 'Adviesaanvraag aanpassing Wet op de Ondernemingsraden', AV/CAM/2003/50134, p. 4.
11. Zie bijvoorbeeld reacties op SER-adviesaanvraag van zijde FNV en Nederlandse Vereniging voor Medezeggenschap (NVM), NVM-standpunt, april 2003, www.NVmedezeggenschap.nl, FNV brief maart 2003, p. 14, www.fnv.nl/nieuws.
12. Zie bijvoorbeeld enquêteprocedures inzake *Janssen Pers*, Gerechtshof Amsterdam (OK) 17 maart 1994, NJ 1995, 408 en *YVC*, Gerechtshof Amsterdam (OK) 21 oktober 1999, ROR 1999, 17, waarbij vakorganisatie in nauw overleg met de ondernemingsraden heeft geopereerd. De ondernemingsraden hebben gelijktijdig met de enquêteprocedure een

procedure bij de OK aanhangig gemaakt om het adviesrecht te claimen.

13. Rb. Middelburg 24 november 1994, JAR 1994/265 (*Hercules*).
14. Rb. Maastricht 30 mei 1994, JAR 1994/180 (*Thomas Regout BV*).
15. HR 11 februari 2000, JAR 2000/86 (*belastingdienst*).
16. Hof Den Bosch 31 juli 2002, JAR 2002/187 (*Philips*).
17. Hof Den Haag 21 december 2002, JAR 2003/15 (*ministerie van Justitie*).
18. HR 7 oktober 1998, NJ 1989, 335 (*IBM*). Op dezelfde datum is een vergelijkbare beslissing gewezen inzake *Akzo*.
19. Kamerstukken II 1996/97, 24615, 42.
20. Brief Minister BZK 13 februari 2001, zie ook SR 2001, p. 118-120.
21. HR 26 januari 2000, JAR 2000/30 inzake Gemeente Rijswijk. Op dezelfde dag is een vergelijkbare uitspraak gewezen inzake Waterschap Polderdistrict Betuwe.
22. Brief Minister BZK 13 februari 2001, p. 13.
23. HR 1 maart 2002, NJ 2002, 295; JAR 2002/80 (*Rijksrecherche*).
24. Zie hierover bijvoorbeeld R.A.A. Duk, 'Het primaat van de politiek en de Hoge Raad 1 maart 2002: het raadsel vergroot?', SMA 2002, p. 318-321.
25. Zie onder meer: Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 augustus 2002, ARO 2002, 144; ROR 2002, 26 (*Inspectie gezondheidszorg*); Vznr. Rb. Den Haag 24 september 2002, JAR 2002/245; Hof Den Haag 21 oktober 2002, JAR 2003/15 (*DOR ministerie van Justitie*) ligt bij de Hoge Raad; Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 juni 2003, ARO 2003, 122 (*Gemeente Gorinchem*); Gerechtshof Amsterdam (OK) 20 februari 2003 en 3 juli 2003, SR 2003, 65 (*GOR Gevangeniswezen*). Inmiddels loopt nog een procedure bij de OK over de adviesplichtigheid van de oprichting van het Shared Servicecentre HRM voor het Rijk.