

Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten?

Prof. mr. L.C.J. Sprengers

1. Inleiding

De relatie ondernemingsraad (OR) en vakbond kent vele facetten die de afgelopen decennia in het medezeggenschapsrecht aandacht hebben gekregen.

-Allereerst de relatie tussen de vakbeweging en de OR zelf. In de Monitor medezeggenschap 2000-2003 wordt deze getypeerd als van conflict naar samenwerking. Na aanvankelijke conflicten over de rolverdeling lijken OR en vakbond elkaar intussen te hebben gevonden. Mede onder invloed van de maatschappelijke veranderingen, zoals flexibilisering van de arbeidsverhoudingen, lijkt aan de machtsstrijd een einde te komen en wordt gedacht aan samenwerking. Steeds vaker wordt de OR in CAO's een rol toebedeeld in het afstemmen van arbeidsvoorwaarden op het niveau van de individuele onderneming, aldus de Monitor.¹

-In de relatie tot de ondernemer speelt de vraag of de taakverdeling tussen vakbeweging en OR voldoende duidelijk is om te weten welke aangelegenheden waar voorgelegd dienen te worden. Met name op het terrein het onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, wordt in werkgeverskringen kritisch gekeken naar de wijze waarop het CAO-overleg plaatsvindt als ook gekeken naar alternatieve mogelijkheden, bijvoorbeeld met hierover onderhandelen met de OR. In een AWWN-rapport genaamd 'OR en arbeidsvoorwaarden' wordt geconstateerd dat het meest in het oog springend is de enorme diversiteit en de manier waarop bedrijven de ondernemingsraad tegemoet treden. Een tweede belangrijke conclusie is dat verreweg de meeste gesprekspartners forse kanttekeningen plaatsen bij de kwaliteit van het overleg met de OR.²

-Een derde invalshoek is de relatie tussen OR en de achterban. Hierbij spelen verschillende onderwerpen een rol. Enerzijds de wijze waarop ondernemingsraden contacten met de achterban onderhouden en hoe de achterban tegen de OR aankijkt. Uit een onderzoek hierover, verricht op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, blijkt dat 81% van de werknemers het werk van de OR belangrijk vindt en 60% van de werknemers aangeeft betrokken te zijn bij het werk van de OR. De belangstelling bij de achterban voor het OR-werk blijkt derhalve ruim aanwezig te zijn. Het functioneren van de OR wordt door 72% van de achterban als (redelijk) goed beoordeeld. 45% van de achterban vindt dat de OR als belangrijkste taak heeft het opkomen voor het belang van de werknemers, terwijl 54% vindt dat de OR een afweging moet maken tussen de belangen van de werknemers en het bedrijfsbelang en daarvoor moet opkomen. De onderwerpen waarmee de OR zich bezig moet houden, volgens de achterban, zijn minder omstreden, nl. arbeidsvoorwaarden, arbeidsverhoudingen, reorganisaties en fusies.³

-Op het gebied van het arbeidsrecht is een onderwerp van discussie de wijze waarop afspraken die de ondernemer met de OR maakt op arbeidsvoorwaardelijk terrein moet doorwerken in de individuele arbeidsrelatie. Bij de wetwijziging in 1998 is het huidige artikel 7:613 BW opgenomen over het gebruik maken van de zogenaamde eenzijdige wijzigingsbedingen.

In dat kader is de rol en de betekenis van het verkrijgen van instemming van de OR aan de orde geweest.

-Tot slot is de relatie vakbond en OR een onderwerp dat ook de aandacht heeft van de wetgever. Welke aangelegenheden behoren tot de (wettelijke) bevoegdheden van de vakorganisaties en welke tot de bevoegdheden van de OR? De vraag is hoe dwingend het wettelijk kader wordt neergezet. Welke mogelijkheden worden geboden daar waar er

¹ M. van der Aalst, J. van der Veen, M. van Ewijk, Monitor medezeggenschap, trendrapport 2000-2003, eindrapport, Leiden, 2004 p. 37.

² AWWN, OR en arbeidsvoorwaarden, 2004, p. 18.

³ H.Visee, E. Rosbergen, Achterban over de OR, eindrapport, Ministerie SZW, kenmerk SZW 013, 20 februari 2004, p. I/II.

behoefte aan is om het overleg met vakbond of OR op een andere leest te schoeien dan wettelijk voorgeschreven. De geboden flexibiliteit binnen arbeidsverhoudingen.

De relatie tussen OR en vakbeweging binnen het stelsel van de arbeidsverhoudingen in Nederland heeft derhalve vele facetten die op de dag van vandaag aan verandering onderhevig zijn.

2. Aanleiding

In dit artikel wil ik de verhouding tussen de vakbond en de OR bekijken vanuit de optiek van de wettelijke regelingen en de rechtspraak. Hoe is de taakverdeling tussen vakbond en OR op dit moment in de wet geregeld? Hoe wordt daarmee omgegaan in de rechtspraak en sluiten deze ontwikkelingen nog wel voldoende aan bij de praktijk?

Er zijn vele redenen waarom het boeiend is deze vraag aan de orde te stellen. Voor mij waren er twee aangelegenheden die de aanleiding vormden tot de keuze voor deze invalshoek voor dit artikel.

Ten eerste een geschil dat gespeeld heeft binnen het Ministerie van Justitie over de vraag of een vacaturestop op grond van het instemmings- of adviesrecht aan de departementale OR voorgelegd diende te worden. De voorzieningenrechter was van mening dat er sprake was van een instemmingsplichtig besluit. In appèl is het Gerechtshof Den Haag van mening dat er geen sprake is van een instemmingsrecht, omdat een vacaturestop niet kan worden opgevat als een regeling omtrent het aanstellingsbeleid. Het Gerechtshof geeft aan dat de OR in het algemeen geen bevoegdheden heeft ten aanzien van regelingen over primaire arbeidsvoorwaarden. Omdat een vacaturestop nog fundamenteeler is dan een besluit daaromtrent en overleg met de vakbonden op dit terrein voor de hand ligt, kan niet worden volgehouden dat aan de Departementale ondernemingsraad een instemmingsrecht toekomt, aldus het Hof.

In cassatie is de Hoge Raad niet toegekomen aan een oordeel hierover vanwege het niet ontvankelijk verklaren wegens gebrek aan belang. In de conclusie van de A.G. mr. L. Timmerman is hierover de navolgende opvatting aan te treffen:

“Ik vind dat het Hof een begrijpelijke gedachtegang heeft gevolgd. Ik lees rechtsoverweging 3.2 als volgt: Het Hof beschouwt het besluit van de ondernemer om gedurende een zekere tijd geen werknemers aan te nemen of in bepaalde functies aan te stellen als te vallen binnen de in beginsel vrije bevoegdheid van de OR (dat is mijns inziens de reden waarom het Hof het woord fundamenteel gebruikt). De vraag van het afkondigen van een personeelsstop is volgens het Hof verwant met het tot stand brengen van primaire arbeidsvoorwaarden. Voor zover de ondernemer over het afkondigen van de personeelsstop met werknemers zou dienen te onderhandelen, ligt het voor de hand dat hij dit volgens het Hof met de daarvoor in aanmerking komende vakbonden en niet met de OR doet. Dat laatste vind ik een niet onbegrijpelijke redenering. Over de ook enigszins verwante aangelegenheid van collectieve ontslagen vindt immers overleg plaats met de vakbonden. Ik verwijs naar de hierboven genoemde Wet melding collectieve ontslag.”⁴

Aan deze redenering ligt blijkbaar de gedachte ten grondslag dat ten aanzien van met name fundamentele aangelegenheden er een vrije beslissingsruimte voor de ondernemer dient te zijn. Voor zover daarover al overleg met vakbond of OR vereist is, ligt het voor de hand dat het overleg hierover plaatsvindt met de vakorganisaties, met een verwijzing naar de taakafbakening op grond van de Wet melding collectief ontslag. Een interpretatie waar ik hierna nog enige inhoudelijke kritiek op zal leveren (zie 5.2).

⁴ HR 10 september 2004, JAR 2004, 238, p. 315/316.

Waar het mij hierom gaat is dat er geredeneerd wordt vanuit een taakverdeling tussen vakbond en OR bij een aangelegenheid als deze, waarbij blijkbaar sprake is van elkaar uitsluitende bevoegdheden. Blijkbaar dienen de wettelijke regelingen zo geïnterpreteerd te worden dat ofwel vakorganisaties ofwel de OR bevoegd zijn.

Een tweede aanleiding vormt het door de regering recent ingediende wetsontwerp tot invoering van de Wet medezeggenschap werknemers. Een wetsvoorstel waarmee beoogd wordt te komen tot een intrekking van de Wet op de ondernemingsraden en een nieuwe, anders gestructureerde en gemoderniseerde regeling voor de medezeggenschap vorm te geven.⁵

Op het moment dat de regeling van de medezeggenschap bij wetgeving wordt gewijzigd, niet door het aanpassen op onderdelen van een bestaande wet, maar het volledig introduceren van een nieuwe wet (zij het overigens voor een groot deel gebaseerd op de oude wettekst), is het alleszins gerechtvaardigd om de vraag aan de orde te stellen of de positionering van de OR binnen de arbeidsverhoudingen in Nederland op basis van de nieuwe wet voldoende aansluit bij de ontwikkelingen in deze arbeidsverhoudingen in de afgelopen jaren als ook voldoende ruimte biedt voor toekomstige ontwikkelingen. Daarbij is een belangrijk aandachtspunt de taakafbakening tussen vakbonden en OR. Een onderwerp dat in het nu voorliggende wetsontwerp echter geen prominente plaats heeft gekregen.⁶

3. Invalshoek

Kijkend naar de arbeidsverhoudingen in Nederland dan valt te constateren dat er sprake is van een grote diversiteit in de wijze waarop overleg plaatsvindt, de partijen waartussen overleg plaatsvindt en de onderwerpen waarover overleg plaatsvindt. Aan het CAO-overleg komt een zeer grote betekenis toe en het valt ook niet te verwachten dat dit in de nabije toekomst wezenlijk anders zal worden. De positie van de vakorganisatie, hoewel onderhevig aan kritiek met name in verband met een procentuele afname van de organisatiegraad, lijkt nog steeds stevig te zijn voor wat betreft de rol als CAO-onderhandelaar. Ongeveer 80% van de werknemers in Nederland zijn werkzaam op arbeidsvoorwaarden die direct of indirect bepaald worden door de inhoud van arbeidsvoorwaardenregelingen waarover met vakorganisaties is onderhandeld.⁷ Vanwege de behoefte aan maatwerk, decentrale vormgeving van arbeidsvoorwaarden, krijgen CAO-afspraken steeds vaker een raamkarakter, waarbij differentiatie op ondernemingsniveau mogelijk is. Omdat er niet in alle gevallen op ondernemingsniveau vakbondsoverleg plaatsvindt, komt het in toenemende mate voor dat daarbij een rol wordt toegekend aan de OR.

Voorts is het zo dat binnen de ondernemingen waar geen CAO voor geldt en waar ook geen CAO wordt gevolgd, de OR soms meer bevoegdheden uitoefent ten aanzien van de arbeidsvoorwaardenregelingen dan de wet voorschrijft.

De arbeidsverhoudingen in Nederland kenmerken zich derhalve door een grote diversiteit en het inspelen op variërende behoefte aan flexibiliteit en maatwerk.

Om het collectief overleg tussen ondernemer en de vertegenwoordigers van de werknemers op een goede wijze wettelijk te regelen, vind ik dat de relatie tussen vakbonden en OR beschouwd moet worden als communicerende vaten en dat er geen sprake is van elkaar beconcurrerende partijen. Dit betekent dat de taakafbakening een meer dynamisch dan statisch karakter dient te hebben. Hiermee bedoel ik dat bij een taakafbakening waarbij de ene partij uitsluitend bevoegd is en de andere partij geen bevoegdheden heeft, er geen

⁵ Kamerstukken II, 2004-2005, 29 818, nr. 1-3.

⁶ Zie voor eerste commentaren op dit wetsontwerp: S.F.H.Jellinghaus, Naar een nieuwe Wet Medezeggenschap Werknemers!?, *Arbeid Integraal* 2004-5, p. 123-129; L.C.J.Sprengers en M. van Leeuwen-Scheltema, *WMW*²:Waarom Moet WOR Weg?, SR 2004-12.

⁷ M.F.P.Roer, De betekenis van de CAO en het algemeen verbindend verklaren van de CAO, SZW-werkdocument no. 271, december 2002, p.9: 65% valt onder CAO, 9% gebonden door AVV CAO en 10% arbeidsvoorwaardenregeling overheid. Totaal 84%.

sprake is van communicerende vaten, maar dat er schotten geplaatst zijn waardoor er ook lacunes in het collectief overleg kunnen ontstaan. Het creëren van een wettelijke regeling die uitgaat van een dynamische taakafbakening tussen vakbond en OR sluit het best aan bij de arbeidsverhoudingen, zoals we die in Nederland kennen.

Hierna zal ik de taakverdeling tussen vakbonden en OR op drie deelgebieden nader onderzoeken. Al deze deelgebieden hebben betrekking op het ondernemingsniveau. De vakorganisatie heeft in de Nederlandse arbeidsverhoudingen vaak een verdergaande taak en bevoegdheid daar waar het betreft de rol op centraal niveau in overleg met regering en werkgeversorganisaties en het deelnemen in adviesorganen als de SER en de Stichting van de Arbeid, als ook op bedrijfstakniveau waar CAO-afspraken gemaakt worden voor gehele bedrijfstakken.

Op dat niveau opereert de OR niet. De OR is ingesteld voor de onderneming waarin de werknemers die hij vertegenwoordigt werkzaam zijn. Het collectief overleg dat het ondernemingsniveau overstijgt, laat ik in dit artikel daarom verder buiten beschouwing. Ik zal achtereenvolgens gaan kijken naar de taakafbakening tussen vakbonden en OR ten aanzien van:

- het ondernemersbeleid (paragraaf 4);
- de ondernemersbesluiten: overname -en fusiebesluiten en reorganisatiebesluiten (paragraaf 5); en
- het arbeidsvoorwaardenoverleg (paragraaf 6).

Aan het slot zal ik conclusies trekken (paragraaf 7) en de stellingen poneren behorend bij mijn betoog, die tijdens het congres besproken zijn (paragraaf 8).

4. Ondernemersbeleid

4.1 Taken en bevoegdheden vakbonden

Er zijn geen wettelijke regelingen waarin in het algemeen als bevoegdheid voor de vakbonden wordt omschreven dat zij door de ondernemer geïnformeerd dienen te worden over het door hem te voeren beleid.

Wat wel voorkomt is dat er sprake is van een regulier overleg tussen vakbonden en werkgever bij ondernemingen waar door de vakbonden CAO's worden afgesloten. Het overleg vindt dan niet alleen plaats om tot CAO afspraken te komen, maar ook tussentijds kan het zijn dat overleg plaatsvindt over het algemeen beleid dat de ondernemer voorstaat. Soms vindt een dergelijk overleg ook ondersteuning in CAO bepalingen, zeker in ondernemings-CAO.

Aan de vakbonden is wel een controlerende bevoegdheid toegekend ten aanzien van het ondernemersbeleid. Bij de herziening van het enquêterecht in 1970 is ook aan de vakorganisaties een bevoegdheid toegekend om een enquêteverzoek in te dienen, zoals nu geregeld in art. 2:347 BW. Dit voorstel was gebaseerd op een voorstel van de commissie Verdam. De commissie gaf aan dat het toekennen van enquêterecht aan werknemerszijde een erkenning is van de plaats die de werknemers in het maatschappelijk bestel innemen. Omdat in de onderneming de arbeidsfactor een integrerend bestanddeel is, is het redelijk dat door een hem vertegenwoordigende instantie kan worden opgekomen tegen ernstige beleidsfouten op sociaal of economisch gebied die zijn belangen bedreigen. Ter onderbouwing van de keuze om het enquêterecht aan de vakbonden toe te kennen gaf de commissie aan:

“De vraag is daarbij gerezen op welke wijze aan de werknemers een plaats in de regeling behoort te worden ingeruimd. De onderhavige bevoegdheid aan de werknemers individueel toe te kennen, leek de commissie niet wenselijk, aangezien de werknemers daartoe niet vrij genoeg tegen de leiding der onderneming staan en een zo ruime mogelijkheid tot misbruik aanleiding zou kunnen geven. De commissie

heeft overwogen of het enquêterecht aan de OR ware toe te kennen. Zulk een toekenning stuit echter, naar de grote meerderheid der commissie meent, op bezwaren. De OR is een college van overleg en beraad waarvan de ondernemer voorzitter is. Met het karakter van dit college lijkt niet in overeenstemming dat het een procesgang tegen de ondernemer opent. Een praktisch bezwaar is voorts dat het college geen rechtspersoonlijkheid bezit. De commissie heeft de oplossing gezocht in toekenning van de onderhavige bevoegdheid aan elk van de erkende van de centrale werknemersorganisaties, die enerzijds zelfstandig staan tegenover de leiding der onderneming en anderzijds, gemakkelijker dan bij hen aangesloten vakorganisaties, afstand kunnen nemen van incidentele moeilijkheden in een onderneming. De commissie heeft evenwel gemeend dat de OR niet geheel behoort te worden uitgeschakeld: het is immers van belang dat dit college in de gelegenheid wordt gesteld de zienswijze over de situatie in de onderneming te geven.⁸

Tijdens de parlementaire behandeling werd er door verschillende leden van Tweede Kamer op aangedrongen om werknemersorganisaties zonder tussenkomst van algemeen centrale organisaties tot het uitlokken van enquête bevoegd te verklaren. Dit heeft geleid tot het indienen van een amendement waarbij het enquêterecht wordt toegekend aan een vereniging van werknemers, die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt en tenminste twee jaar in het bezit is van de rechtspersoonlijkheid, mits zij krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is. Dit is de tekst zoals nu nog in de Wet is opgenomen.⁹

De keuze voor de vakorganisaties is onder meer ingegeven door het feit dat de OR op het moment dat de wettelijke regeling tot stand kwam nog onder voorzitterschap stond van de ondernemer en een procesgang van OR tegen de ondernemer als bezwaarlijk werd beschouwd. Bij de wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden 1979 is de zelfstandige OR pas in de wetgeving gekomen, die aan deze beide aspecten een einde heeft gemaakt. In 1993 heeft nog een wijziging plaatsgevonden van het enquêterecht waaraan voorafgegaan is een adviesaanvraag aan de SER. In het SER-advies is ingegaan op de vraag of er reden was om het enquêterecht ook aan de OR toe te kennen. Geadviseerd is om dit niet te doen. Als argumenten werden met name aangevoerd het feit dat de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft en niet beschikt over een eigen vermogen om een schadevergoeding te kunnen voldoen bij te lichtvaardig gebruik maken van het enquêtemiddel.¹⁰ Het SER-advies is door de wetgever gevolgd in 1993. Sindsdien is de huidige wettelijke regeling van kracht, waarbij het enquêterecht is toegekend aan de vakorganisatie en niet aan de OR. In het kader van het SER-advies over de aanpassing van de WOR is de discussie hierover weer aangezwengeld. Inmiddels zijn de vakorganisaties van mening dat de tijd rijp is om aan de ondernemingsraad ook het enquêterecht toe te kennen.¹¹ De werkgevers –en Kroonleden blijven bij het SER-advies uit 1998.¹²

Het enquêterecht biedt de vakorganisaties een wettelijke mogelijkheid om de ondernemer aan te spreken op het gevoerde ondernemersbeleid. De vakorganisaties kunnen schriftelijk hun bezwaren tegen het door de ondernemer gevoerde beleid of de gang van zaken kenbaar maken aan het bestuur en de Raad van Commissarissen van de rechtspersoon (art. 2:349 lid 1 BW). De ondernemer zal deze bezwaren moeten onderzoeken en nagaan of hij naar aanleiding daarvan maatregelen wenst te nemen, pas daarna kan een enquête verzoek bij de Ondernemingskamer door de vakorganisaties worden ingediend. Deze enquêtebrief is vaak een reden voor de ondernemer om in overleg te treden met de vakorganisaties. Zie

⁸ Rapport Commissie Verdam 26-11-2004, Herziening van het ondernemingsrecht, Den Haag 1965, p.65.

⁹ C.A. Boukema, (losbladige) Rechtspersonen, art. 2:347, commentaar onder 1 en 2.

¹⁰ SER advies 88/14.

¹¹ SER Advies 03/12, p. 67 e.v.

¹² SER Advies 03/12, p. 75 e.v.

bijvoorbeeld de enquêtebrief die door de AbvaKabo aan KPN is gestuurd en door FNV Bondgenoten en Getronics in verband met bezwaren tegen het gevoerde beloningsbeleid ten aanzien van de leden van de raad van bestuur en vertrekkende leden van de raad van bestuur.¹³

Een vakorganisatie dient de OR de gelegenheid te geven zijn standpunt hierover aan hem kenbaar te maken (art. 2:349 lid 2 BW).

Mocht op basis van dit overleg geen aanvaardbare oplossing worden getroffen dan heeft de vakorganisatie de mogelijkheid om een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer in te dienen wanneer er gerede twijfel is aan de juistheid van het gevoerde beleid (art. 2:350 BW). Ook voorlopige voorzieningen zijn mogelijk (artikel 2:349a BW).¹⁴ Indien naar aanleiding van het onderzoek de vakorganisatie van mening is dat er sprake is van wanbeleid kan een tweede verzoek bij de Ondernemingskamer worden ingediend om te laten vaststellen dat deze opvatting juist is en vergaande voorzieningen te laten treffen.

Voorts heeft de vakorganisatie nog een andere bevoegdheid: het gebruik maken van het collectief actierecht. In Nederland is dat niet geregeld in een aparte wetgeving maar is de juridische basis daarvoor aan te treffen in artikel 6 lid 4 ESH.¹⁵ Wanneer er sprake is van belangengeschillen in tegenstelling tot rechtsgeschillen, kan onder omstandigheden gebruik gemaakt worden van het collectief actierecht. Het collectief actierecht zal door vakorganisaties niet snel ingezet worden in het kader van kritiek op het ondernemingsbeleid als zodanig, maar gericht zijn op concrete ondernemersbesluiten, zoals het sluiten of reorganiseren van onderneming of in het kader van CAO overleg.

4.2 Ondernemingsraad

Het ondernemersbeleid heeft een prominente plaats gekregen in de medezeggenschapsregelingen. Het vormt een onderwerp dat met grote regelmaat op de agenda van het overleg tussen ondernemer en OR staat.

In de bepaling over het overlegrecht (artikel 23 WOR) is aangegeven dat ondernemer en OR iedere aangelegenheid de onderneming betreffend op de agenda van het overleg kunnen plaatsen. Dit kan ook betrekking hebben op het ondernemersbeleid. Minimaal twee keer per jaar dient in het overleg de algemene gang van zaken besproken te worden. Aan deze overlegvergadering zijn een aantal informatierechten gekoppeld die er voor dienen zorg te dragen dat de OR adequaat geïnformeerd is over het strategische, bedrijfseconomische en sociale beleid. Voorts heeft de OR een algemeen informatierecht dat hem de mogelijkheid biedt om alle informatie die hij redelijkerwijs nodig heeft voor zijn taak op te vragen.

De OR kan initiatiefvoorstellen indienen over iedere aangelegenheid de onderneming betreffend, dus ook ten aanzien van het door ondernemer gevoerde beleid.

Voornemens tot vaststellen van het ondernemersbeleid zijn niet aan het advies of instemmingsrecht onderhevig. Het beleid betreft de fase voorafgaand aan de formulering van concrete voorgenomen besluiten.¹⁶ Wel kan het zijn dat in het verleden uitgezet beleid een

¹³ M.Holtzer, Kroniek Medezeggenschapsrecht 2003: de positie van de ondernemingsraad in de besturing van de onderneming'opgenomen in: G. van Solingen en M.Holtzer (red): Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004, Kluwer: Deventer 2004, p.84/85.

¹⁴ Een mogelijkheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen is bij de wijziging van 1993 in de wet gekomen en is voor het eerst aan de orde geweest in een procedure gevoerd door een vakorganisatie: OK Hof Amsterdam 17 maart 1994, NJ 1995, 408 (Jansen Pers).

¹⁵ Voor een recent overzicht van de ontwikkelingen inzake het collectief actierecht zie: A.Ph.C.M.Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?, Kluwer: Deventer 2004 (Reeks VvA 33); L.C.J.Sprengers & R.v.d.Stege, Slechts een beetje staken mag? Het collectief actierecht ex artikel 6 vierde lid en 31 ESH in de Nederlandse rechtspraak, NJCM-bulletin, 2004-5, p. 651-668; G.J.J.Heerma van Voss en A.Keizer, Commentaar Europees Sociaal handvest e.a., S&J 74-V, Kluwer 2004, commentaar bij art. 6 lid 4 en 31 ESH.

¹⁶ L.G.Verburg, art. 24 WOR: voorwetenschap maakt niet altijd gelukkig, SR 1998-12, p. 364-367.

referentiekader vormt bij nadien ter advies voorgelegde besluiten met name indien deze afwijken van het gevoerde beleid.¹⁷

Bij overlegvergaderingen waar het beleid centraal staat, waar de algemene gang van zaken besproken wordt, dient niet alleen de bestuurder aanwezig te zijn maar ook vertegenwoordigers vanuit toezichthoudende organen zoals de Raad van Commissarissen of de Raad van Toezicht (art. 24 WOR). Hiermee wordt het gewicht van dit onderwerp benadrukt en het belang aangegeven dat enerzijds de OR kennis kan nemen van de standpunten die hier over leven bij het toezichthoudend orgaan en omgekeerd dat via rechtstreekse contacten vertegenwoordigers van het toezichthoudend orgaan kennis kunnen nemen van de standpunten die bij de OR leven. Bij overlegvergaderingen waar gesproken wordt over een adviesaanvraag is eveneens geregeld dat een vertegenwoordiger van het toezichthoudend orgaan daarbij aanwezig dient te zijn (art. 25 lid 4 WOR).

Voorts kent de wet aan de sommige ondernemingsraden nog een vorm toe van indirecte medezeggenschap die een rol speelt met name ten aanzien van het ondernemersbeleid. Dit betreft de inbreng bij de samenstelling van de toezichthoudende organen. In het kader van de structuurregeling hebben ondernemingsraden van bepaalde grote rechtspersonen de mogelijkheid om aanbevelingen te doen ten aanzien van vacatures die ontstaan binnen de Raad van Commissarissen. Sinds 1 oktober 2004 is ook bepaald dat er sprake is van een bijzonder voordrachtsrecht ten aanzien van eenderde van de leden van de raad van commissarissen. Deze mogen alleen benoemd worden op basis van een voordracht van de OR (art. 2:158 BW en 268 BW).¹⁸

Naast wettelijke regelingen die inbreng van de OR op de samenstelling van een toezichthoudend orgaan regelen, zijn er ook CAO's die dit waarborgen. Met name in de non-profit sector komt het voor dat er voorschriften zijn ten aanzien van de samenstelling van de Raad van Toezicht en de inbreng van de OR daarbij.¹⁹

4.3 Visie wetgever

In het ondernemingsrecht is een ontwikkeling gaande om de bevoegdheden van de aandeelhouders te vergroten. In het kader van de 'corporate governance' discussie is dit aan de orde gesteld. Deze ontwikkeling, door Van der Heijden aangeduid met de typering westenwind²⁰, heeft er toe geleid dat de positie en de bevoegdheden van de aandeelhouder een veel belangrijkere plaats zijn gaan innemen in de discussie. Mede ingegeven door economische teruggang is de roep tot aanpassing van het ondernemingsrecht groot om te komen tot een flexibel en concurrerend wettelijk kader.²¹

In het kader van de corporate governance discussie is de positie van de vertegenwoordigers van werknemers onderbelicht gebleven.²² In de aanbevelingen van de Commissie Tabaksblad die door de wetgever zijn overgenomen, is dit geen onderwerp van wezenlijke beschouwing geweest. Ten aanzien van de structuurregeling geeft de Commissie Tabaksblad aan dat gezien haar taakopdracht zij hier niet over gaat, maar laat toch merken voorstander te zijn van afschaffing van de structuurregeling en de daarin ook opgenomen positie van de medezeggenschap.²³

¹⁷ OK Hof Amsterdam, 16 maart 2000, JAR 2000, 80 (Philips Terneuzen) waar het niet betrekken van het achterliggende beleid, dat afweek van een recent doorgevoerd reorganisatiebesluit, bij een adviesaanvraag voor een nieuwe reorganisatie reden was om het besluit kennelijk onredelijk te verklaren. OK Hof Amsterdam, 29 december 2004, JAR 2004/44 (Politie Gelderland Midden), waar aan een besluit dat afweek van eerder vastgesteld beleid extra motiveringseisen werden gesteld.

¹⁸ Wet in verband met aanpassing structuurregeling, Stb. 2004, 370.

¹⁹ Bv. art. 14:2 lid 2 CAO Gehandicaptenzorg; Art. 33 CAO Kinderopvang; Art. XIV.3c CAO Welzijn.

²⁰ P.F. van der Heijden, Westenwind, Balans 2004

²¹ Kamerstukken II, 2003/04, 29752, nr. 2.

²² C. de Groot, Beginselen van Social Governance, SMA 2002, p. 291 e.v.

²³ Commissie Corporate Governance, De Nederlandse corporate governance code, Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen, 9 december 2003, pt. 54 en 55.

Met ingang van 1 oktober 2004 is de structuurregeling gewijzigd. De samenstelling van de raad van commissarissen is op een andere leest geschoeid. De benoemingsbeslissing is bij de aandeelhoudersvergadering neergelegd en niet meer via een systeem van coöptatie. Ook ten aanzien van de vaststelling van de jaarrekening zijn de bevoegdheden van de aandeelhouders versterkt als ook op andere onderdelen.

Mede voortvloeiend uit een SER advies is er voor gekozen om de OR de bevoegdheid te geven om een bijzonder voordrachtsrecht uit te oefenen ten aanzien van eenderde van de aandeelhouders. Over de vraag of de positie van de OR op basis van deze nieuwe regeling verbeterd is of verslechterd wordt wisselend gedacht.²⁴

In de nota over modernisering van het ondernemingsrecht is de Minister van Justitie niet expliciet ingegaan op de toekomst van de structuurregeling. Onduidelijk is of de inbreng van de factor arbeid bij de samenstelling van het toezichthoudend orgaan op deze wijze in de toekomst gehandhaafd zal worden. De druk om dit af te schaffen is duidelijk waarneembaar. Aan de andere kant speelt ook een ontwikkeling op Europees niveau ten aanzien van de medezeggenschapsrechten in het kader van de Europese vennootschap, waar uitdrukkelijk een keuze tussen een zgn. one of two tier-stelsel mogelijk blijft.²⁵

In het wetsontwerp tot invoering van de WMW worden de bevoegdheden van de OR ten aanzien van het ondernemersbeleid niet uitgebreid. Er is eerder sprake van een beperking van de bevoegdheden. Onder de noemer van het weghalen van verouderde of onnodige bepalingen wordt onder meer de frequentie van het overleg over de algemene gang van zaken teruggebracht naar éénmaal per jaar in plaats van tweemaal per jaar. Frequentie van het verschaffen van informatie die hierbij nodig is wordt ook teruggedroefd. De aanwezigheidsverplichting van de toezichthouders wordt ook teruggebracht naar minimaal één keer per jaar. De aanwezigheid van toezichthouders bij de behandeling van een adviesaanvraag in overlegvergadering komt te vervallen.²⁶

Over de vraag of uitbreiding van de bevoegdheid van een OR ten aanzien van het enquêterecht vereist is, had de SER verdeeld geadviseerd.²⁷ In het wetsontwerp WMW vindt geen uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad plaats, ook niet ten aanzien van het enquêterecht.

Geconstateerd kan worden dat de in huidige visie van de wetgever het toekennen van een rol van vakbond of OR op het terrein van ondernemersbeleid geen prioriteit heeft. De taken en bevoegdheden zoals deze tot op heden zijn geregeld zijn, zullen gehandhaafd blijven dan wel verminderd worden.

4.4 Taakafbakening voldoende geregeld?

Uit de beschrijving van de huidige verdeling van taken en bevoegdheden wordt duidelijk dat het zwaartepunt van het overleg over het ondernemersbeleid binnen de onderneming ligt in het overleg tussen OR en ondernemer. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat een aantal bepalingen die nu in de WOR staan en in de WMW niet meer terug zullen komen te lichtvaardig zijn geschrappt. In ieder geval blijkt uit de memorie van toelichting onvoldoende welke visie ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de OR op het terrein van het

²⁴ R.H. van het kaar, 'Het SER-advies inzake de structuurregeling: winst voor de (groot)aandeelhouders, verlies voor de werknemers', SR 2001, p. 80 e.v.; P.A.M. Witteveen, 'Het wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad', *Ondernemingsrecht* 2002-8, p. 231-236; L.C.J. Sprengers, 'Ondernemingsraad en toezichthouders', opgenomen in: *Congresbundel De werknemer in het ondernemingsrecht*, Kluwer 2004 (Serie vanwege Van der Heijden instituut, nr. 76) p. 37-53.

²⁵ D.C. Buijs, *Gevolgen van de SE voor het structuurregime*, opgenomen in: *Congresbundel De werknemer in het ondernemingsrecht*, Kluwer 2004 (Serie vanwege Van der Heijden instituut, nr. 76), p. 85-98.

²⁶ L.C.J. Sprengers en M. van Leeuwen-Scheltema, 'WMW²: Waarom Moet WOR Weg?', SR 2004-12.

²⁷ Het werknemersdeel is voor toekenning van een enquêterecht aan de OR (SER-advies 03/12, p. 67-69) en het werkgeversdeel en de kroonleden zijn tegen (p. 75-77).

ondernemersbeleid en met name ook ten aanzien van de contacten daarover met de toezichthoudende organen aan de wetswijziging ten grondslag liggen. Een aantal wijzigingen hebben daar een merkbaar effect op zonder dat dit nader wordt toegelicht.

De vraag die met name gesteld kan worden is of het niet toekennen van enquêterecht aan een OR gehandhaafd zou moeten worden. Geconstateerd kan worden dat hier sprake is van een statische bevoegdheidsverdeling. De bevoegdheden berusten uitsluitend bij de vakorganisaties.

Rood heeft reeds gewezen op het feit dat er aan de verdeling van de bevoegdheden tussen vakbonden en ondernemingsraden nauwelijks een conceptie ten grondslag ligt en dat een fundamentele discussie over de taken van de een en die van de ander niet is gevoerd. Een theoretisch concept voor die verdeling zou hebben kunnen zijn: vakorganisaties, zodra het gaat om belangen van werknemers op macro- of meso-niveau, ondernemingsraden wanneer belangen op ondernemingsniveau aan de orde zijn. Hoewel een dergelijk concept niet uitsluitend theorie is, constateert Rood dat het geen algemene gelding heeft.²⁸ Per bevoegdheid zal ik hierna nagaan of wijziging van de afbakening van de bevoegdheden gewenst is.

Het is de vraag of de oorspronkelijke argumenten zoals door de commissie Verdam genoemd zijn om geen enquêterecht aan een OR toe te kennen, nog opgaan. Is de zelfstandige OR inmiddels niet voldoende gepositioneerd binnen de arbeidsverhoudingen om een dergelijke taak ook te kunnen verrichten? Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid hoeft niet bezwaarlijk te zijn, indien in een wettelijke regeling aan de OR het enquêterecht wordt toegekend. Ook het feit dat een OR geen schadevergoeding kan betalen wegens het ontbreken van een eigen vermogen, overtuigt mij niet. De rechtspraak heeft duidelijk gemaakt dat tot op heden er geen veroordeling tot betaling van schadevergoeding heeft plaatsgevonden vanwege een te lichtvaardig gebruik van het enquêtemiddel.²⁹ De wijze waarop ondernemingsraden omgaan met de beroepsmogelijkheden in het kader van het adviesrecht geven ook geen aanleiding om te concluderen dat de kans op misbruik van de enquêtebevoegdheid groot zal zijn.

De ontwikkelingen van de afgelopen jaren hebben duidelijk gemaakt dat de toenemende aandacht op het aandeelhoudersbelang het grote risico met zich meebrengt dat alleen het (te) korte termijnbelang vanuit het aandeelhoudersperspectief, het doorslaggevende richtsnoer voor het ondernemersbeleid wordt. Dit kan grote risico's met zich mee brengen, zoals in Nederland onder meer naar voren gekomen in de problemen die zich hebben voorgedaan bij het AHOLD-concern. De druk om gunstige cijfers te presenteren, al dan niet gecombineerd met eigen belang van de bestuurders in verband met optieregelingen of andere beloningsarrangementen, kan zo groot worden dat zelfs regels overtreden worden. Het is derhalve van belang dat er voldoende correctiemechanismen zijn om het zelfreinigend vermogen van de onderneming te stimuleren. Het enquêterecht kan daarbij een belangrijke rol vervullen. Geconstateerd kan worden dat het enquêterecht de afgelopen jaren een belangrijk middel geworden is bij geschillen in de onderneming over het ondernemersbeleid. De toename van het aantal enquêtezaken is niet te wijten aan het aantal enquêteprocedures dat door de vakorganisaties is gestart. Deze blijven beperkt in aantal. Er is sprake van een terughoudend gebruik van het enquêtemiddel door de vakorganisaties.³⁰ Eén van de afwegingen die bij vakorganisaties spelen bij de vraag of al dan niet een enquête middel zal moeten worden ingezet, is of er voldoende leden binnen de onderneming aanwezig zijn die het rechtvaardigen om de schaarse vakbondsmiddelen en –tijd in te zetten. De keuze om het enquêterecht te gebruiken, is derhalve niet altijd op inhoudelijke argumenten gebaseerd, maar het kan ook gaan om meer pragmatische redenen. Door de statische taakverdeling op dit terrein kan dit tot gevolg hebben dat dit enquêtemiddel niet ingezet wordt in situaties waar dit wel mogelijk of opportuun zou zijn. Het is de vraag of het toekennen van enquêterecht

²⁸ M.G.Rood, Wijziging van enquête- en/of structuurregeling?, opgenomen in: C.J.Loonstra, H.W.A.Staal, W.Zeijlstra (red), Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996, Kluwer: Deventer 1996, p. 226.

²⁹ SER Advies 03/12, p. 68.

³⁰ R.H. van het Kaar, Het enquêterecht en de vakbond, SR 2004, 75, p. 354.

aan de OR in aanvulling op de bevoegdheden van de vakorganisaties daarom geen meerwaarde zou hebben: een meer dynamische taakafbakening. De vraag die daarbij speelt is of zowel aan de vakorganisaties als aan de OR een dergelijke bevoegdheid moet worden toegekend. Het belang om een enquêterecht bij vakorganisaties neer te leggen blijft voor mij nog steeds overeind. De meer onafhankelijke positie die een vakorganisatie kan innemen speelt een belangrijke rol. De zwaarte van het enquêtemiddel gezien de verwijten ten aanzien van het gevoerde ondernemersbeleid in combinatie met de omvang van de voorzieningen die kunnen worden gevorderd, maken dat het toekennen van deze bevoegdheden aan vakorganisaties in veel gevallen een belangrijke meerwaarde kan hebben. Dit neemt hier echter niet weg dat er gevallen kunnen zijn waarbij het toekennen van enquêterecht aan de OR een toegevoegde waarde heeft. In een procedure ex art. 26 WOR kan de OR alleen een bepaald concreet besluit aan de orde stellen. Dit brengt beperkingen met zich mee, zowel ten aanzien van de omvang van de te treffen voorziening als ook ten aanzien van het tijdstip waarop het ondernemersbeleid ter discussie gesteld kan worden. Ik zou er daarom ook geen voorstander van zijn om de enquêtebevoegdheid bij de vakbonden weg te halen en alleen bij de OR neer te leggen, zoals bijvoorbeeld Van Duren-Kloppert voorstelt.³¹ Dat zou wat mij betreft een nieuwe statische afbakening van bevoegdheden met zich meebrengen, die zeker op dit onderdeel niet gewenst is. Rood heeft ook aangegeven er voorstander van te zijn om in aanvulling op het enquêterecht van de vakbonden aan de ondernemingsraad een vergelijkbare bevoegdheid toe te kennen vanwege een sterke rechtvaardigheidsnotie en doelmatigheidsoverwegingen. Hij gaf aan dat het hierbij niet gaat om een keuze tegen de vakorganisatie. Voor beide actoren vindt hij dat een plaats is weggelegd.³² Geconstateerd kan worden dat inmiddels blijkens het SER-advies over de aanpassing van de WOR uit 2003 de vakorganisaties zelf niet meer tegen een rol op dit terrein zijn.

Gezien de aard van de bevoegdheid en de omstandigheden waarin daarvan gebruik gemaakt zal worden, denk ik dat het toekennen van een dergelijke bevoegdheid aan zowel vakbond als OR niet problematisch behoeft te zijn. Indien wel behoefte bestaat aan een afbakening in het kader van deze bevoegdheden, dan zou ik voorstander zijn van een resultaatgebonden afbakening. Dit wil zeggen dat afhankelijk van het resultaat, namelijk of er van een bepaalde bevoegdheid daadwerkelijk gebruik gemaakt wordt, bepaald moet worden of de bevoegdheden van de OR komen te vervallen. Dit zou kunnen inhouden dat de OR-bevoegdheid vervalt, indien een vakorganisatie van het enquêterecht gebruik maakt of heeft gemaakt over dezelfde aangelegenheid. Gezien de aard van de bevoegdheid van het enquêterecht, is het mijns inziens niet nodig om zo'n nadere taakafbakening aan te brengen. Wel zal van belang zijn om op te nemen dat een OR gehouden is om de vakorganisaties te informeren over de inhoud van de enquêtebrief en de gelegenheid te geven om daarop commentaar te leveren. Het spiegelbeeld van hetgeen nu in art. 2: 349 lid 2 BW is geregeld voor het geval een vakorganisatie een enquêteprocedure start.³³

5. Ondernemersbesluiten

5.1 Overname –en fusiebesluiten

5.1.1 Vakbonden

³¹ B. van Duren-Kloppert, 'Enquêterecht en medezeggenschap: tijd voor Doornroosje om te ontwaken?' Arbeidsrecht 2004, 36, p. 50.

³² Rood 1996, p. 228/229.

³³ Ook voor het toekennen van een enquêterecht aan de ondernemingsraad hebben zich recent uitgesproken: L. Timmerman, 'Waarom dient de structuurregeling in de een of andere vorm te worden gehandhaafd', (p. 6) is daarvoor met name wanneer in de vennootschap door onderlinge conflicten een impasse in de besluitvorming is ontstaan en G. van Solinge, 'Minder Macht, meer medezeggenschap' (p.18). Beide artikelen zijn opgenomen in: congresbundel De werknemer in het ondernemingsrecht, Kluwer 2004 (Serie vanwege Van der Heijden instituut, nr. 76)

Er is geen wettelijke regeling waarin een verplichting is opgenomen voor een werkgever om de vakorganisatie te informeren of te raadplegen ten aanzien voorgenomen besluit tot overname of fusie. Wel kunnen beginselen van behoorlijk ondernemerschap, zoals die indirect voortvloeien uit de enquêtebevoegdheid van de vakorganisatie of de maatschappelijke zorgvuldigheid die een werkgever jegens de vakorganisatie, mede voortvloeiend uit art. 6:162 BW, in acht moet nemen met zich meebrengen dat een werkgever een vakorganisatie dient te raadplegen. De normen zoals vastgelegd in de SER-fusiegedragsregels vormen daarvoor een belangrijke kapstok.

De SER-fusiegedragsregels zijn geen wettelijke normen, maar hebben toch een zeer belangrijke betekenis. In 2001 zijn de Fusiegedragsregels 2000 van kracht gegaan.³⁴

In deze regeling wordt als fusie omschreven de verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen (art. 1 sub d). Onderneming wordt op een vergelijkbare wijze gedefinieerd als in de WOR, een meer organisatorische dan vennootschapsrechtelijke invulling van het begrip.³⁵ Uit de ruime definitie van de fusie begrip blijkt dat daar ook overnames onder vallen. Doorslaggevend is of er zeggenschap overgaat, niet of er personeel overgaat.³⁶ De fusiegedragsregels zijn van toepassing indien bij een fusie tenminste betrokken is een in Nederland gevestigde onderneming of samenstel van ondernemingen waar in de regel 50 of meer werknemers zijn (art. 2 lid 1). Dit correspondeert met het aantal werknemers dat in de WOR is opgenomen als grens voor de verplichting om een ondernemingsraad in te stellen.

In art. 3 lid 1 Fusiegedragsregels staat het uiterste moment van informeren van de vakverenigingen omschreven, nl: voordat de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan dienen de vakbonden van de inhoud daarvan in kennis te worden gesteld. In art. 4 lid 1 is over het tijdstip van informeren aangegeven dat dit moet liggen voordat partijen overeenstemming over de fusie hebben bereikt. Voorts staat in art. 4 uitgewerkt welke informatie daarbij dient te worden verschaft (lid 2), het bieden van de gelegenheid aan de vakbonden om hun oordeel uit te spreken (lid 3) en de onderwerpen waaraan in het overleg met de vakbonden aandacht kan worden besteed: het ondernemingsbeleid, maatregelen die genomen gaan worden om eventuele nadelige gevolgen voor de werknemers op te vangen en het tijdstip en de wijze waarop het personeel kan worden ingelicht. Dit biedt een basis om overleg te plegen over een sociaal plan, indien noodzakelijk. Niet is voorzien in een verplichting om een sociaal plan af te spreken.

In lid 7 staat dat partijen de betrokken ondernemingsraad in de gelegenheid stellen kennis te nemen van het oordeel van de vakbonden over het voornemen, opdat de ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies.

In de Fusiegedragsregels, zoals die voor 2001 golden, stond opgenomen dat een van de onderwerpen van overleg met vakbonden was het tijdstip waarop de ondernemer het overleg met de OR zal gaan voeren. Hierop is in de juridische literatuur de nodige kritiek gekomen, omdat deze bepaling op gespannen voet staat met de voorschriften van art. 25 WOR met name lid 2 dat advies gevraagd moet worden op een moment dat dit nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming.³⁷ De nu geldende bepaling kent deze problemen niet meer.

De Fusiegedragsregels kennen geen zware sancties. Wel bestaat de mogelijkheid een geschil voor te leggen aan de bij het besluit in het leven geroepen geschillencommissie, die in een openbare beslissing kan aangeven of de fusiegedragsregels niet juist zijn nageleefd en kan in voorkomende gevallen daarbij aangeven dat een niet behoorlijke naleving een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is (art. 32 lid 3 FGR). De vraag kan

³⁴ Besluit inwerkingtreding SER-besluit Fusiegedragsregels 2000, Stcrt. 2001,175, p. 23. Zie hierover R.H. van het Kaar, artikelsgewijs commentaar opgenomen in losbladige Rechtspersonen, Kluwer, Deventer; P.A.M. Witteveen, Focus op Fusiecode, Arbeidsrecht 2000, 3 en 5.

³⁵ Art. 1 sub a Fusiegedragsregels 2000 en art. 1 sub c WOR.

³⁶ R.H. van het Kaar, Rechtspersonen, art 1 FGR 2000, aant. 5.

³⁷ Zie voor vindplaatsen van deze kritiek R.H. van het Kaar, Rechtspersonen, art. 4 FGR, aant. 6

gesteld worden of schending van de gedragsregels de mogelijkheid voor vakbonden kan opleveren tot het instellen van een vordering op grond van onrechtmatige daad? De Hoge Raad heeft zich hierover nog nooit hoeven uitlaten. Wel over andere gedragsregels heeft de Hoge Raad aangegeven dat overtreding van een niet-bindende gedragsregel onvoldoende grond biedt voor het oordeel dat is gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.³⁸ In de juridische literatuur wordt echter in het algemeen aangenomen dat overtreding van de SER Fusiegedragsregels onrechtmatig kan zijn.³⁹ Kemperink benadrukt dat het dan wel moet gaan om essentiële overtredingen van de gedragsregels, zoals het bewust niet raadplegen van vakorganisaties of het onthouden van essentiële informatie.⁴⁰

Ondanks het feit dat de Fusiegedragsregels geen zware sancties kennen, spelen zij toch een belangrijke rol en worden goed nageleefd. De normen kunnen, zoals hiervoor aangegeven, een rol spelen in een enquêteprocedure of vordering op grond van onrechtmatige daad. Ook kan in een CAO een rol worden toegekend aan de vakbonden. Dit kan door de Fusiegedragsregels van toepassing te verklaren in de CAO op andere ondernemingen dan genoemd in de FGR (art. 2 lid 2 FGR). Voorts kan het zijn dat in een CAO in het algemeen informatie en overlegverplichtingen bij fusies zijn opgenomen. Daarmee vervallen de verplichtingen van de Fusiegedragsregels niet.⁴¹

5.1.2. Ondernemingsraad

De wetgever heeft in de WOR een adviesrecht toegekend bij de meeste voorgenomen fusie –en overname besluiten.

Fusiebesluiten zijn in de meeste gevallen adviesplichtig omdat er sprake is van een besluit tot overdracht van de zeggenschap over de ondernemer (art. 25 lid 1 sub a WOR). In het verleden is nog wel discussie gevoerd over de vraag of een aandelenoverdracht als overdracht van zeggenschap in de zin van de WOR kan worden beschouwd. Honée had in zijn proefschrift de stelling betrokken dat er dan geen sprake is van een adviesplichtig besluit, omdat de ondernemer, de rechtspersoon, geen wijziging ondergaat. Alleen als de zeggenschap over de onderneming overgaat, zou er sprake van een adviesrecht kunnen zijn.⁴² Deze opvatting heeft echter in de literatuur en rechtspraak geen steun ondervonden.⁴³ In 2003 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat in het kader van de toepassing van de WOR, in dat geval bij een statutenwijziging, er geen zelfstandige betekenis moet worden toegekend aan het onderscheid tussen vennootschap en ondernemer.⁴⁴

Bij overnamebesluiten moet een onderscheid gemaakt worden tussen het overgenomen worden en het overnemen. In beide gevallen is er sprake van een adviesrecht voor de OR, voor zover er sprake is van een belangrijk besluit. Het overgenomen worden kan adviesplichtig zijn op grond van overdracht van zeggenschap (art. 25 lid 1 sub a WOR) wanneer er sprake is van een aandelen overgang. Indien er sprake is van activatransactie, dan zal de adviesplichtigheid gebaseerd zijn op art. 25 lid 1 sub c (beëindiging werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan); art. 25 lid 1 sub d (belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de onderneming).

Het overnemen van een andere onderneming zal veelal op grond van art. 25 lid 1 sub b WOR gevallen adviesplichtig zijn. Indien het een overname in het buitenland betreft is de zgn. buitenlandclausule van toepassing. Dan is er alleen sprake van een adviesrecht indien

³⁸ HR 8 januari 1960, *NJ* 1960, 415; HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378 en HR 27 juni 1987, *NJ* 1987, 191.

³⁹ G.N.H.Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Kluwer, Deventer 2002, p. 139.

⁴⁰ Kemperink 2002, p. 140.

⁴¹ R.H. van het Kaar, *Rechtspersonen*, art. 2 FGR, aant. 2.

⁴² H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen) Deventer:Kluwer 1981, p. 149.

⁴³ Rood/Van der Heijden, *Wet op de ondernemingsraden*, art. 25 WOR, aant. 4, p. 286-288.

⁴⁴ OK Hof Amsterdam 30 december 2003, *JAR* 2004/45, SR 2004, 49, m.n. L.C.J.Sprengers.

redelijkerwijs is te verwachten dat de buitenlandse overname kan gaan leiden tot adviesplichtige besluiten binnen de onderneming, die de ondernemer in Nederland in stand houdt. Het voornemen van de wetgever is om de buitenlandclausule in de WMW te handhaven. Binnen de SER hadden de werknemersleden aangedrongen op het laten vervallen van deze bepaling, omdat deze miskent dat met dergelijke voorgenomen besluiten een beslag wordt gelegd op de financiële ruimte die door de ondernemer niet meer op een andere manier kan worden ingezet. Dit maakt een dergelijk besluit van belang ongeacht of de overname in het buitenland plaatsvindt.⁴⁵

Fusie –en overname besluiten kunnen de nodige personele gevolgen met zich meebrengen. Hierover zal in het kader van het adviesrecht met de ondernemingsraad het overleg moeten worden gevoerd. Daarbij zal inzage gegeven moeten worden in de beweegredenen die ten grondslag liggen aan het voorgenomen besluit en de gevolgen daarvan voor de in de onderneming werkzame personen en de maatregelen die overwogen worden om deze op te vangen (art. 25 lid 3 WOR). Veelal vindt de opvang van de personele gevolgen plaats in de vorm van een sociaal plan. Hierbij kan sprake zijn van een samenloop tussen de bevoegdheden van de vakorganisaties en de ondernemingsraad (zie hierna 5.2.2. en 5.2.3). De OR kan de besluiten voorleggen aan de Ondernemingskamer, indien hij van mening is dat de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). Van belang is dat de overeenkomst nog niet tot stand is gekomen, voordat de OK heeft geoordeeld, in verband met de bepaling (art. 26 lid 5, slotzin WOR) dat een voorziening van de Ondernemingskamer door derden verworven rechten niet kan aantasten. De vraag is of dit geldt ten opzichte van iedere derde of alleen de derde te goeder trouw.⁴⁶

Ook vindt er geregeld discussie plaats over het moment waarop aan de ondernemingsraad advies moet worden gevraagd bij fusie -of overname besluiten. Dit moet zijn op een moment dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. Dat betekent onder meer voorafgaand aan de ondertekening van een intentieverklaring⁴⁷ of voordat een bindend bod wordt uitgebracht, zo blijkt uit de rechtspraak.⁴⁸

De ondernemingsraad heeft een vergaande bevoegdheid bij deze besluiten, die met de nodige waarborgen in de rechtspraak is omkleed.

5.1.3. Taakafbakening voldoende geregeld?

Ik heb eerder aangegeven dat ik van mening ben dat de Fusiegedragsregels in een wettelijke regeling verankerd zouden moeten worden met daarbij behorende effectieve sancties.⁴⁹ Dat heeft betrekking op de wettelijke status van de regeling en niet zozeer op de inhoud van de in de Fusiegedragsregels opgenomen voorschriften tot raadpleging van de vakorganisaties.

⁴⁵ SER Advies 03/12, p. 66/67.

⁴⁶ Een vraag die door de OK is opgeworpen in OK Gerechtshof Amsterdam 15 april 1999, JAR 1999/101; JOR 2000/1. Zie daarover L.Verburg, De OK, de medezeggenschap en het jaar 1999, Arbeidsrecht 2000/1, p. 18; J.H.M.Willems, Res non inter alios acta, opgenomen in de Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002, Kluwer, Deventer 2002, p. 93-94; L.C.J.Sprengers, Verzet door OR en vakorganisaties: de bescherming van medezeggenschapsrechten versus de belangen van derden, opgenomen in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, p. 267-277.

⁴⁷ Het hangt wel af van de inhoud van de intentieverklaring. Indien daarin een zekere, voorwaardelijke, binding wordt aangegaan zal er snel kunnen zijn van een adviesrecht. HR 7 oktober 1998, NJ 1998, 778; JAR 1998, 251 (NS Reizigers).

⁴⁸ OK Hof Amsterdam 19 oktober 2001, (BBA) JAR 2001, 235, SR 2001, p. 347 mn. R.H. van het Kaar.

⁴⁹ L.C.J.Sprengers, Verzet door OR en vakorganisaties: de bescherming van medezeggenschapsrechten versus de belangen van derden, opgenomen in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, 275/276.

Geconstateerd kan worden dat er bij fusie –en overname besluiten sprake is van een dynamische afbakening van de bevoegdheden tussen vakbonden en ondernemingsraden. Het zwaartepunt van de bevoegdheden ligt bij de ondernemingsraden, die in de meeste gevallen bij deze besluiten een wettelijk adviesrecht hebben. Dit sluit echter de bevoegdheden van de vakbonden in voorkomende gevallen niet uit. Het zal afhangen van de aard van het voorgenomen besluit en de personele consequenties daarvan op korte of lange termijn of de vakorganisatie intensief met de gemelde voornemens aan de slag zullen gaan. Doordat is de Fusiegedragsregels 2000 de tekst over het moment van inschakelen van de ondernemingsraad is aangepast, is de strijdigheid van de Fusiegedragsregels met de wettelijke regeling van de WOR inmiddels weggenomen. Gezien vanuit de afbakening van de bevoegdheden tussen vakbonden en OR is er geen reden om tot aanpassing van de regelgeving over te gaan. Er is sprake van een voldoende dynamische bevoegdheidsafbakening.

5.2 Reorganisatiebesluiten

5.2.1. Vakbonden

Besluiten tot het doorvoeren van een reorganisatie binnen de onderneming gaan in de meeste gevallen gepaard met personele gevolgen. Mede afhankelijk van de omvang van deze gevolgen is er een wettelijke bevoegdheid vastgelegd voor de vakorganisaties. In de Wet Melding Collectief Ontslag is bepaald dat bij voorgenomen besluiten tot het beëindigen van de dienstbetrekking met tenminste 20 werknemers in een werkgebied van het CWI binnen een periode van 3 maanden, de werkgever dit dient te melden aan de vakorganisaties die leden binnen de onderneming hebben. Doel van de raadpleging van de vakorganisaties is om de mogelijkheden om collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen alsook de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen meer bedoeld om bij te dragen tot de herplaatsing of omscholing van ontslagen werknemers (art.3 WMCO). Deze wettelijke regeling is gebaseerd op een Europese richtlijn.⁵⁰ Deze Europese richtlijn verplicht om in de nationale wetgeving te regelen dat werknemersvertegenwoordigers worden geïnformeerd en geraadpleegd over het overwogen collectief ontslag. Op basis van de richtlijn hoeft het niet specifiek te gaan om representatieve werknemersorganisaties.⁵¹ Het is op basis van deze wettelijke regeling dat Timmerman in de conclusie aangehaald in paragraaf 2 tot het oordeel is gekomen dat over collectieve ontslagen het overleg met de vakbonden dient plaats te vinden.⁵² Indien we echter naar de Wet op de Ondernemingsraden kijken, dan mag bij een collectief ontslag dat voldoet aan de criteria van de Wet Melding Collectief Ontslag er vanuit gegaan worden dat een ondernemingsraad daarbij op grond van de Wet op de Ondernemingsraden ook een bevoegdheid zal hebben. Immers gezien de wijze waarop het begrip ‘belangrijk’ in het kader van artikel 25 WOR wordt geïnterpreteerd door de Ondernemingskamer zal een voorgenomen besluit dat een gedwongen ontslag voor meer dan 20 werknemers betreft door de Ondernemingskamer als belangrijk worden beschouwd.⁵³

⁵⁰ Richtlijn van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag (98/59/EG), PbEG L 225 van 12 augustus 1998, p. 16.

⁵¹ J.P. Heinsius, Collectief ontslagrecht, (diss. Universiteit Leiden) Boom Juridische Uitgeverijen 2004, p.63-67.

⁵² Opvallend is overigens dat de AG bij deze zaak die binnen de overheidssector speelt verwijst naar een wettelijke regeling, de WMCO, die niet voor de overheidssector geldt.

⁵³ Zie bijvoorbeeld OK NS Reizigers waarbij een besluit dat betrekking had op beperkt aantal personeelsleden (60 FTE op een totaal van 10.000) ook als belangrijk werd beschouwd. Daar was (zelfs) nog geen sprake van gedwongen ontslagen. Hof Amsterdam 30 oktober 2002, JOR 2003/10, SR 2003/9 mn. L.C.J.Sprengers.

Voorts zullen vakorganisaties vaak bij reorganisaties bevoegdheden hebben op basis van een CAO-afspraken. Geregeld wordt in dergelijke CAO-afspraken maken een relatie gelegd met het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 25 WOR.⁵⁴

Het beeld is dat juist uitgegaan moet worden van naast elkaar staande bevoegdheden van vakbonden en ondernemingsraden en niet, waar AG Timmerman van uit lijkt te gaan, van elkaar uitsluitende bevoegdheden.

Ook als belangenbehartiger voor de individuele belangen van leden kunnen vakorganisaties zich bij reorganisaties melden bij een werkgever. Dit is een feitelijke bevoegdheid die ligt in het verlengde van de individuele rechten van de leden en soms ook een basis heeft in CAO-bepalingen.

Bij conflicten die betrekking hebben op een reorganisatie kan het zijn dat vakorganisaties gebruikmaken van het collectief actierecht, indien zij druk willen uitoefenen op de werkgever om te komen tot een andere besluitvorming of tot een ander sociaal plan.⁵⁵

In bijzondere gevallen kan ook het enquêterecht een middel zijn dat door vakorganisaties wordt aangewend bij reorganisatiebesluiten, indien dit gebaseerd is op een beleid waarvan de juistheid wordt betwijfeld.⁵⁶

5.2.2. Ondernemingsraad

De belangrijkste bevoegdheid van een ondernemingsraad bij reorganisatiebesluiten is het adviesrecht. Het begrip reorganisatie als zodanig wordt niet in artikel 25 lid 1 WOR genoemd. Het is een verzamelbegrip voor onderdelen die daarin wel genoemd worden zoals inkrimping van de werkzaamheden, belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden of in de organisatie van de onderneming. In het kader van artikel 25 WOR dient de ondernemer in de adviesaanvraag naast de inhoud van het voorgenomen besluit en de beweegredenen die aan het voorgenomen besluit ten grondslag liggen, informatie te geven over de gevolgen die het voorgenomen besluit zullen hebben voor de in de onderneming werkzame personen alsmede de maatregelen die worden overwogen om deze gevolgen op te vangen. Op dit punt kan er sprake zijn van overlap met bevoegdheden van de vakorganisaties.

Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat het hier niet alleen gaat om een informatieplicht over de te treffen maatregelen, maar dat artikel 25 lid 3 WOR ook een norm impliceert dat de maatregelen die redelijkerwijs nodig zijn om de gevolgen op te vangen genomen dienen te worden. Uit de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Doornbos blijkt dit laatste. De ondernemer had het voornemen om een vestiging in Zutphen te sluiten waar 16 mensen werkzaam waren die hun werkzaamheden zouden kunnen continueren in een andere vestiging van de ondernemer te Rotterdam. Dit betekende een

⁵⁴ Enkele willekeurige voorbeelden van CAO's, die in 2004 algemeen verbindend zijn verklaard, met bepalingen over het raadplegen van vakbond en OR bij reorganisatie, waaronder collectief ontslag valt: art. 6 CAO Openbaar Vervoer 2004, AVV 7-12-2004, Stcr. 2004, 226; art. 3 lid 7 CAO Kartonnage en Flexibele Verpakkingsbedrijven 2004, AVV 27-10-2004, Stcr. 2004, 210; art. 55 CAO Timmerfabrieken 2004, AVV 9-8-2004, Stcr. 2004, 153. Voor de overheidssector is een dergelijke taakafbakening tussen vakbonden en OR onder meer terug te vinden in art. 113 ARAR.

⁵⁵ Zie over acties tegen ondernemersbesluiten L. Tilstra, Grenzen aan het stakingsrecht (diss. RUG) Kluwer 1994, p. 94-98; HR 28 januari 2000, NJ 2000, 292, JAR 2000/63 (Douwe Egberts) dat betrekking had op een collectieve actie tegen mogelijke uitbesteding, waarbij geoordeeld werd dat het ultimatum remedium beginsel werd geschonden. Dit heeft tot kritiek geleid van het Comité van Deskundigen van ESH, Conclusions XVII-1, 6 april 2004, www.coe.int/T/E/Human_Rights/Esc. Zie hierover A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor? Kluwer 2004, (Reeks Vva 33)p. 73 e.v.; L.C.J. Sprengers & R.v.d. Stege, Slechts een beetje staken mag? NJCM-Bulletin 2004-5, p. 660/661 en 666-668. Recent Vzgn.Rb. Utrecht 8 december 2004, LJV AR 7826 inzake Arriva -FNV Bondgenoten e.a.

⁵⁶ Zie voor een enquêteprocedure tegen ondernemersbeleid bestaand uit het blijven reorganiseren OK Hof Amsterdam 8 oktober 1998, NJ 1999, 349; JAR 1999/10 (CNV Bedrijvenbond-EBS); OK Hof Amsterdam 18 mei 2004, JOR 2004/195, (FNV Bondgenoten-DTG e.a.) SR 2004-9, p. 352-355 m.n. R.H. van het Kaar; Ondernemingsrecht 2004, 193 mn. R.M.Hermans.

vermeerdering van de reistijd van minimaal 3 uur per dag. De ondernemer was alleen bereid regelingen te treffen over reistijd en reiskosten. De ondernemingsraad vond dat er ook een sociaal plan moest komen met daarin regelingen om ook de gevolgen op te vangen van diegenen die terecht het werk naar Rotterdam niet zouden kunnen volgen. De Ondernemingskamer komt tot de conclusie dat de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet zijn standpunt kon volhouden dat er geen regelingen getroffen zouden moeten worden voor degenen die niet mee konden naar Rotterdam. De stelling van de ondernemer dat voor die personen in een mogelijke ontbindingsprocedure bij de kantonrechter op dat moment maar vastgesteld zou moeten worden op welke vergoeding zij aanspraak zouden kunnen maken, was in de optiek van de Ondernemingskamer niet afdoende. In het overleg met de OR moet inzage gegeven worden in de regelingen die getroffen worden om de gevolgen op te vangen van degenen die het werk niet naar Rotterdam kunnen volgen.⁵⁷

Het lijkt er op dat het voorschrift van artikel 25 lid 3 WOR een verdergaande normatieve werking heeft ten aanzien van de totstandkoming van het sociaal plan dan bijvoorbeeld de voorschriften uit de Wet Melding Collectief Ontslag. De laatste wettelijke regeling bevat een inspanningsverplichting tot consultatie van de vakbonden en niet tot een resultaatverplichting om overeenstemming te bereiken.⁵⁸ Op grond van art. 25 lid 3 WOR dienen die regelingen getroffen te worden die in redelijkheid nodig zijn om de gevolgen van het voorgenomen besluit op te vangen.

5.2.3 Sociaal plan

Bij veel reorganisaties komt er een sociaal plan tot stand. Er is geen wettelijke regelgeving over de verplichting om een sociaal plan te treffen, althans niet in het civiele arbeidsrecht.⁵⁹ Bij de overheid is in verband met het overeenstemmingsvereiste dit verdergaand geregeld.⁶⁰ Zoals uit bovenstaande is gebleken, kunnen zowel vakorganisaties als de ondernemingsraad een bevoegdheid hebben bij reorganisaties. In de rechtspraak van de Ondernemingskamer over het adviesrecht is de vraag aan de orde geweest hoe met deze samenloop moet worden omgegaan. Artikel 25 WOR kent immers geen bepaling als artikel 27 lid 3 WOR, waarin aangegeven is dat wanneer een aangelegenheid inhoudelijk in een CAO is geregeld het instemmingsrecht van de ondernemingsraad vervalt.

Uit de rechtsspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat het primaat om te onderhandelen over een sociaal plan bij de vakbonden berust. De centrale ondernemingsraad (COR) ING had in een geschil zich op het standpunt gesteld dat, gezien de adviesbevoegdheid die de COR heeft op grond van de WOR hij ook toegelaten zou moeten worden als derde partij aan de onderhandelingstafel over een sociaal plan. Nu ondernemer en vakorganisaties dit niet wensten, werd de vraag aan de Ondernemingskamer voorgelegd of dat (kennelijk) onredelijk was. De Ondernemingskamer gaf aan dat het primaat om te onderhandelen over een sociaal plan berust bij de vakbonden. Aan de ondernemingsraad komt wel de mogelijkheid toe om in het kader van het adviesrecht zijn visie op het bereikte onderhandelingsresultaat kenbaar te maken.⁶¹

In de praktijk is een ontwikkeling waarneembaar dat in die situaties waar zowel vakorganisatie als ondernemingsraad bij een reorganisatie betrokken zijn, er gekozen wordt

⁵⁷ OK Gerechtshof Amsterdam 16 juli 2004, ARO 2004,105, JAR 2004, 222, SR 2004, 83 m.n. L.C.J.Sprengers.

⁵⁸ J.Heinsius 2004, p. 150.

⁵⁹ Heinsius spreekt is na een rechtsvergelijkende studie naar de uitwerking van de richtlijn inzake collectief ontslag uit voor een wettelijke verplichting tot het afsluiten van een sociaal plan, Heinsius 2004, p.388-396.

⁶⁰ Zie art. 113 ARAR op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat (onderdelen van) een sociaal plan dat de rechten en verplichtingen van ambtenaren bij een reorganisatie regelen onder het overeenstemmingsvereiste vallen. Zie hierover L.C.J. Sprengers (losbladige) het Burgerlijke Ambtenarenrecht, art. 113/118 ARAR, aant. 4 en art. 113 ARAR, aant. 4 en 5.

⁶¹ OK Gerechtshof Amsterdam 31 januari 1994, NJ 1995, 417 (COR ING).

voor een taakafbakening waarbij de vakorganisaties de onderhandelingen over het sociaal plan voeren en de ondernemingsraad bij het adviesrecht over de organisatorische kanten en overige gevolgen van het besluit adviseren. Indien echter ondernemer en vakbonden niet tot een akkoord komen over het sociaal plan, kan dat reden zijn voor de ondernemingsraad om een negatief advies uit te brengen. De juridische mogelijkheden van de OR inclusief de beroepsmogelijkheden van de WOR worden mede gebruikt als ondersteunend middel voor de onderhandelingspositie van de vakorganisatie. De vakorganisaties hebben niet de mogelijkheid om een juridische toets te laten plaatsvinden ten aanzien van de uitkomsten van het onderhandelingstraject. Er is geen verplichting vastgelegd in wetgeving om tot een sociaal plan te komen. Het betreft hier collectieve arbeidsvoorwaardenonderhandelingen tussen gelijkwaardige partijen. Hier is geen rol toebedeeld aan de rechter. De vakorganisaties hebben de mogelijkheid om bijvoorbeeld via collectieve acties druk op de werkgever uit te oefenen om alsnog tot een aanpassing van een concept sociaal plan te komen.

De ondernemingsraad heeft wel de mogelijkheid om in een procedure bij de Ondernemingskamer de besluitvorming op zijn redelijkheid te laten toetsen.

Wat ook voorkomt is dat een ondernemingsraad een advies uitbrengt onder de voorwaarde dat er alsnog een sociaal plan met de vakbonden tot stand komt. Mocht op enig moment vast komen te staan dat een het sociaal plan niet tot stand komt, dan mag de ondernemer niet overgaan tot de uitvoering van het besluit alvorens hij eerst opnieuw advies heeft ingewonnen bij de ondernemingsraad.⁶²

Tot op heden is er geen ondernemingsraad in geslaagd om in een procedure bij de Ondernemingskamer gelijk te krijgen in een geval dat de ondernemingsraad van mening is dat het met de vakbonden overeengekomen sociaal plan niet ver genoeg gaat. Het besluit van de ondernemer om zich te houden aan de afspraken met de vakbonden wordt niet kennelijk onredelijke geoordeeld. In een recente beschikking van de Ondernemingskamer is dit nog eens bevestigd.⁶³

De betekenis van een sociaal plan in ontslagprocedures heeft ook in de rechtspraak de nodige aandacht gekregen.

In de eerste versie van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters inzake 685-procedures, was geen bijzondere aandacht besteed aan de betekenis van een afgesloten sociaal plan. In de rechtsspraak kwamen voorbeelden voor dat bij een landelijke reorganisatie bij een werkgever verschillende kantonrechters tot verschillende uitkomsten wat betreft de op te leggen vergoeding kwamen in vergelijkbare gevallen. De een door voor de vergoeding het sociaal plan aan te houden en de ander door de kantonrechterformule toe te passen. Dit riep vragen op ten aanzien van de legitimatie van een dergelijke opstelling en de rechtszekerheid. In de tweede versie van de kantonrechterformule is wel aandacht besteed aan de verhouding van de ontbindingsvergoeding en sociaal plan in aanbeveling 3.6.⁶⁴ Daarin is bepaald dat de kantonrechter in geval van ontbinding wegens een reorganisatie een vergoeding zal toekennen overeenkomstig een ter zake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk is overeengekomen door de werkgever met tot de CAO-onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij een onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In de toelichting wordt aangegeven dat de aanbevelingen dienen te wijken voor een sociaal plan afgesloten met een representatieve vakorganisatie en eventueel tezamen met de ondernemingsraad. Daarbij gaat het om de ondernemingsraad als medeondertekenaar van een sociaal plan met vakbonden. Als rechtvaardiging voor deze afwijking wordt verwezen naar het min of meer collectieve karakter van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten in verband met een reorganisatie; de solidariteitsgedachte versus het individualiteitsbeginsel; omstandigheid dat de som van de

⁶² OK Gerechtshof Amsterdam 30 januari 1997, JAR 1997, 39 (OR EBS).

⁶³ OK Gerechtshof Amsterdam 1 november 2004, ARO 2004, 141 (OR Tibbet & Britten)

⁶⁴ Aanbevelingen Kring der Kantonrechters d.d. 8 oktober 1999, T&C Arbeidsrecht, bijlage B.2

vergoedingen volgens de aanbevelingen doorgaans niet betaalbaar is, soms mede vanwege de hoge kosten van met de vakbonden overeengekomen en aan de werknemer aangeboden alternatieven die maatschappelijk wenselijker worden geacht zoals bemiddeling, omscholing en outplacement; het feit dat het sociaal plan veelal maatwerk is, toegesneden op personeelsopbouw en een inbreuk daarop het soms fragiele evenwicht verstoort; en de omstandigheid dat een eventuele inbreuk op het sociaal plan een aanzuigende werking en bovendien een precedentwerking kan hebben.

In 3.6.7 van de toelichting op de Aanbevelingen wordt aangegeven dat in het geval de werkgever enkel met de ondernemingsraad een sociaal plan afgesloten heeft waarbij de vakorganisaties geen partij zijn geweest, er in zijn algemeenheid onvoldoende grond bestaat om bij de toekenning van de vergoeding af te wijken van de aanbevelingen. Het is immers de vraag in hoeverre de ondernemingsraad zeker bij kleinere bedrijven voldoende afstand tot de ondernemer kan nemen om een objectieve uitspraak te doen over de noodzaak van de reorganisatie en het treffen van afvloeiingsregelingen die lager zijn dan de aanbevelingen. Bovendien geldt dat de ondernemingsraad een overlegorgaan is dat de werknemers niet kan binden.

De in de Aanbevelingen neergelegde afbakening tussen de positie van de vakbonden en ondernemingsraad is als statisch te kwalificeren. De woorden “in zijn algemeenheid” laten wel nog enige ruimte dat in bijzondere omstandigheden het oordeel anders kan luiden, waardoor de afbakening iets minder statisch lijkt. Als echter gekeken wordt naar de argumenten die aangevoerd worden om een sociaal plan te volgen in afwijking van de kantonrechterformule, dan gaan deze evenzeer op in een geval een sociaal plan met een ondernemingsraad is afgesloten, althans in beginsel. Het uitgangspunt dat een ondernemingsraad in het algemeen ongeschikt is om een goed sociaal plan af te sluiten is een generalisatie die voorbij gaat aan de praktijk, die zeer uiteenlopend is. De rechtspraak biedt ook een divers beeld over de betekenis die kantonrechters hechten aan een sociaal plan afgesloten met een ondernemingsraad. In een recente beschikking van de kantonrechter Rotterdam was een situatie aan de orde waarbij de ondernemer er niet in was geslaagd om met vakbonden tot overeenstemming te komen over een sociaal plan. Vervolgens komt de ondernemer met de OR wel tot overeenstemming, waarbij de OR aangaf met de rug tegen de muur te staan vanwege de dreiging met een faillissement en daarom niet anders kon dan akkoord gaan met een sociaal plan met een C-factor ter hoogte van 0,34. De kantonrechter geeft aan dat deze omstandigheden geen aanleiding om af te wijken van het Sociaal Plan. “De kantonrechter dient immers het Sociaal Plan inhoudelijke te beoordelen en na te gaan of toepassing van het Sociaal plan in de gegeven omstandigheden tot een evident onbillijke uitkomst leidt. heeft er geen moeite mee om dit met de OR overeengekomen sociaal plan te volgen.”⁶⁵ De kantonrechter vindt het feit dat het sociaal plan met een OR tot stand is gekomen, die zelf aangeeft onder druk te staan, geen reden om dit sociaal plan daarom terzijde te schuiven, in afwijking van hetgeen in de Aanbevelingen is gesteld.

De betekenis van het sociaal plan voor individuele werknemers is ook aan de orde geweest in de rechtspraak van de Hoge Raad. In het arrest Bulut/Troost heeft de Hoge Raad aangegeven dat het een gerechtvaardigd belang is van de ondernemer om als uitgangspunt te nemen dat hij het personeel bij een reorganisatie over één kam wenst te scheren.⁶⁶ Het betrof hier een kennelijk onredelijk ontslagprocedure waarbij een vakbondslid, aangesloten bij een vakorganisatie die het sociaal plan niet had meeondertekend, ging procederen. De rechtbank is tot volgende oordeel gekomen, waarvan de Hoge Raad aangeeft dat dit geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting:

‘(..) een ontslag, waarbij aan de werknemer een voorziening wordt aangeboden die overeenkomt met de in een sociaal plan opgenomen regeling, eerst dan als kennelijk

⁶⁵ Ktr. Rotterdam 27 augustus 2004, JAR 2004, 249.

⁶⁶ HR 14 juni 2002, JAR 2002, 165.

onredelijk [kan] worden aangemerkt, indien in die regeling op onvoldoende wijze tegemoet wordt gekomen aan de bijzondere omstandigheden van de individuele werknemer, welke bijzondere omstandigheden zodanig gekwalificeerd moeten worden dat de werkgever de betreffende werknemer niet met anderen over een kam kan en mag scheren.'

Voorts is de Hoge Raad van mening dat de rechter de inhoud van het sociaal plan wel (marginaal) dient te toetsen. Dus niet zonder meer mag het feit dat er een sociaal plan is, maatgevend beschouwd worden. Maar het feit dat de ondernemer een sociaal plan hanteert, heeft een normatieve werking waar ook de rechter rekening mee dient te houden. Deze norm die door de rechtbank was geformuleerd en door de Hoge Raad in cassatie is onderschreven, redeneert vanuit de positie en de handelwijze van de werkgever. Het is een gerechtvaardigd belang van de werkgever om in beginsel de werknemers over een kam te scheren, tenzij er sprake is van (door de werknemer te stellen) bijzondere omstandigheden. Een sociaal plan afgesloten met een ondernemingsraad zal bezien vanuit dit perspectief ook een zelfde normatieve werking hebben. Ook dan geldt dat de werkgever met hantering van dit sociaal plan de werknemers over een kam mag scheren, mits het sociaal plan wel aan de redelijkheidstoets voldoet. De rechter dient dat wel expliciet te toetsen. Wat dat betreft lijkt de betekenis van een sociaal plan in de optiek van de Hoge Raad minder afhankelijk te zijn van de contractspartij aan werknemerszijde. Loonstra legt in zijn commentaar op dit arrest het zwaartepunt bij het oordeel van de Hoge Raad dat het sociaal plan een aanwijzing vormt dat de voorziening toereikend is en geeft aan dat een 'aanwijzing' te beschouwen is als een zwak criterium.⁶⁷ Door zich op het begrip 'aanwijzing' te focussen heeft Loonstra naar mijn mening onvoldoende de normatieve betekenis onderkend die de Hoge Raad in navolging van de rechtbank toekent aan het sociaal plan als instrument voor de werkgever om alle werknemers in beginsel over een kam te scheren. Mijn conclusie uit het arrest Bulut/Troost is dan ook dat het sociaal plan als normatief instrument een zware betekenis heeft.

In april 2004 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het voornemen kenbaar gemaakt om te komen tot een aanpassing van het ontslagbesluit.⁶⁸ De normen te hanteren bij ontslagprocedures door de CWI zouden gewijzigd moeten worden. Uitgangspunt zou het afspiegelingsbeginsel moeten zijn niet meer per bedrijfsvestiging, maar per groep inwisselbare functies, en daarbinnen dient per leeftijdscategorie het anciënniteitsbeginsel gevolgd te worden. Tevens stelt de Minister voor om het mogelijk te maken om bij CAO afgesloten met de vakorganisaties van deze ontslagvolgorde af te wijken. Indien deze afwijking objectief en toetsbare criteria bevat, dient deze door de CWI gevolgd te worden. Hiermee wil de minister tegemoet komen aan de wens om maatwerk, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden bij een reorganisatie binnen een bepaalde onderneming meer ruimte te geven. Indien dit opgenomen zou worden in het ontslagbesluit, krijgt de vraag wanneer er sprake is van een CAO extra betekenis. Er zullen zich immers twee mogelijkheden voor gaan doen. Allereerst dat er in reguliere bedrijfstak of ondernemings-CAO's afwijkende regelingen kunnen worden opgenomen, waarin wordt afgeweken van het ontslagbesluit. Ten tweede dat er een sociaal plan wordt afgesloten en dit wordt aangemeld bij het Ministerie op grond van art. 4 lid 3 Wet Loonvorming als zijnde een CAO.⁶⁹ Hier is sprake van een statische afbakening van de bevoegdheden tussen vakbond en ondernemingsraad. De brief van de minister kent deze mogelijkheid alleen toe aan een sociaal plan afgesloten met vakorganisaties.

⁶⁷ C.J.Loonstra, Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan, opgenomen in Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht, Kluwer: Deventer 2004, p. 240-242.

⁶⁸ Brief Minister SZW dd 25 mei 2004, AV/IR/2004/30/38.

⁶⁹ Zie over de vraag of een sociaal plan als CAO kan worden aangemerkt: D.J.Buijs, Afvloeiingsregelingen, opgenomen in: L.G.Verburg en W.Zondag (red.) Arbeidsrechtelijk aspecten van reorganisatie, Kluwer: Deventer 2003, par. 5.3.4; Loonstra 2004, par. 5.6.

De Minister heeft advies gevraagd aan de Stichting van de Arbeid. Over de mogelijkheid om bij CAO af te wijken van de regels van het ontslagbesluit, wordt volstrekt verschillend gedacht, zo blijkt uit het op 9 december 2004 uitgebrachte advies.⁷⁰ VNO/NCW en LTO Nederland zijn het met het voorstel van de Minister eens, maar zijn ook van mening dat deze mogelijkheid zou moeten gelden voor een sociaal plan afgesloten met een ondernemingsraad. Het CNV ondersteunt het voornemen van de Minister. De overige partijen (MKB, FNV en MHP) wijzen het voorstel af. Zij zijn van mening dat het toelaten van afwijkingen van het ontslagbesluit kan leiden tot een ongewenste diversiteit in ontslagregels. Zij vinden dat er eenduidigheid in de regeling voor ontslag om bedrijfseconomische redenen dient te blijven.

Met deze laatste partijen ben ik van mening dat er onder het motto van het creëren van maatwerk niet te lichtvaardig een proces in gang wordt gezet, waarbij de weg open staat voor vele uiteenlopende ontslagregels die gelden bij bedrijfseconomische ontslagen. De rechtseenheid en rechtszekerheid zijn er mee gediend dat de belangrijkste regels van het ontslagrecht centraal worden vastgesteld. Voorkomen moet worden dat het ontslagrecht verwordt tot een lappendeken van uiteenlopende normen.

Indien de Minister het ontslagbesluit toch op deze wijze zou aanpassen, dan kan vervolgens wel de vraag aan de orde komen wat de rechtvaardiging is om dan aan een sociaal plan met de ondernemingsraad met van het ontslagbesluit afwijkende regels geen betekenis toe te kennen. In de praktijk kunnen zich dan situaties voor gaan doen, vergelijkbaar aan die met betrekking tot de vergoeding vastgelegd in een sociaal plan met een ondernemingsraad. Wat daarbij van belang is, is dat in het voorstel van de Minister ontbreekt is een toetsing van de contractspartij. Er worden geen eisen aan de vakorganisatie gesteld die een CAO kan afsluiten waarin wordt afgeweken van de regels in het ontslagbesluit. Het probleem dat zich voordoet bij het algemeen verbindend verklaren daar waar er sprake is van een ondernemings-CAO met een niet-representatieve vakbond.⁷¹ De behoefte aan een toets te stellen aan werknemersverenigingen om CAO's af te kunnen sluiten, waartoe Fase onder meer nadere criteria heeft ontwikkeld⁷², zou dan aan belang toenemen.

5.2.4 Taakafbakening voldoende geregeld?

Als gekeken wordt naar de taakafbakening tussen vakbonden en ondernemingsraad bij reorganisaties dan valt op dat er sprake is van een grote overlap in bevoegdheden. In de verhouding tussen vakbonden en ondernemingsraad leiden deze bevoegdheden in de praktijk nauwelijks tot problemen. Er is meestal afstemming tussen vakbonden en ondernemingsraad al dan niet via de kaderleden van de vakbonden die in de ondernemingsraad actief zijn. De meerderheid van de leden in de ondernemingsraad zijn tevens vakbondslid.⁷³

Voor de werkgever kunnen deze overlappende bevoegdheden met zich meebrengen dat niet in alle gevallen goed duidelijk is met wie waarover onderhandeld dient te worden. Met het oog daarop zou overwogen kunnen worden om een resultaatsafhankelijke taakafbakening in artikel 25 WOR te introduceren. Gedacht zou kunnen worden aan het vastleggen dat indien in een sociaal plan met de vakorganisaties afgesloten de opvang van de personele gevolgen inhoudelijk en uitputtend geregeld is, het adviesrecht van de ondernemingsraad dienaangaande komt te vervallen, vergelijkbaar als bij het instemmingsrecht geregeld in art. 27 lid 3 WOR.

⁷⁰ STAR, Advies inzake heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag, 9 december 2004.

⁷¹ Het AVV-beleid van de Minister SZW, vastgelegd in 'Toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO-bepalingen', par. 4.2, is dat verzoeken om uitzondering van ondernemings-CAO's afgesloten met een personeelsbond niet en met een kleine werknemersvereniging wel worden gehonoreerd, zie besluit 1 december 2003, Stort. 2003, 234.

⁷² W.J.P.M.Fase, De schone CAO-schijn, SMA 2004-2, p. 55-61.

⁷³ In de Monitor Medezeggenschap 2000-2003 wordt aangegeven dat 60% van de OR-leden vakbondslid zijn: M.v.d.Aalst, J.v.d.Veen, M.v.Ewijk 2004, p. 37.

Een belangrijk verschil met het instemmingsrecht is echter dat gezien de onderwerpen die in het instemmingsrecht aan de orde zijn veelal het gehele instemmingsrecht vervalt, omdat een bepaalde regeling inhoudelijk in de CAO is opgenomen.

Bij een reorganisatie heeft het overleg met de vakorganisaties in de meeste gevallen betrekking op de opvang van de personele gevolgen, uitmondend in een sociaal plan. Het adviesrecht van de ondernemingsraad heeft op meer betrekking. Namelijk ook op de wijzigingen die in de organisatie worden aangebracht, de beweegredenen die daaraan ten grondslag liggen, de gevolgen voor de toekomstige organisatie zoals bevoegdheidsverdeling, investering ondernemingsplan, nieuwe medezeggenschapsstructuur etc. Indien een bepaling als hier voorgesteld opgenomen zou worden in artikel 25 WOR zou deze in de meeste gevallen ertoe leiden dat slechts een deel van het adviesrecht wordt ingeperkt.

Omgekeerd kan het ook zijn dat de vakbonden voorafgaand aan het onderhandelen over een sociaal plan de beweegredenen die aan de reorganisatie ten grondslag liggen, de noodzaak en omvang van een reorganisatie of eventuele alternatieven aan de orde willen stellen. Pas als daarover voldoende informatie is verschaft en overgelegd is gevoerd kan er bereidheid ontstaan om te onderhandelen over een sociaal plan.

Daarmee lijkt een dergelijke afbakening zijn doel voorbij te schieten. Zowel de rol van de vakorganisaties als die van de ondernemingsraden wordt daarmee ingeperkt op een wijze die niet zal aansluiten bij de wijze waarop behoefte aan overleg aanwezig zal zijn in verschillende gevallen. Een strikte afbakening zou dan ook alleen maar een schijn duidelijkheid creëren of een niet goed werkbaar keurslijf.

Heinsius komt met een andere oplossing. Hij stelt voor om de rol van de vakorganisaties in de WMCO te laten vervallen en het overleg over een sociaal plan aan de ondernemingsraad over te laten.⁷⁴ Daarmee wordt de wettelijke verplichting van een 'twee-sporen-overleg', vervangen door een 'een-spoor-overleg'. Daar waar er aan werkgeverszijde en/of werknemerszijde behoefte bestaat aan het toekennen van een rol aan de vakbonden kan dit dan alsnog bij CAO worden geregeld. Er is sprake van een vereenvoudiging van de wettelijke verplichtingen voor de werkgevers, aldus Heinsius. Daarmee kiest hij voor een statische wettelijke bevoegdheidsverdeling die volgens mij onvoldoende recht doet aan de rol die de vakbonden binnen de Nederlandse arbeidsverhoudingen nog steeds vervullen, ook bij het afsluiten van sociale plannen.

De afbakening van bevoegdheden, zoals die blijkt uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer over het primaat van de vakorganisaties bij de onderhandelingen over een sociaal plan, is te kenmerken als een dynamische taakafbakening. Het adviesrecht van de OR heeft materieel pas betekenis, indien er niet met de vakorganisaties is onderhandeld, geen akkoord met de vakbonden is bereikt of bepaalde onderwerpen in het sociaal plan met de vakbonden niet zijn geregeld.

Geconstateerd kan worden dat in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, anders dan in de rechtspraak van de Ondernemingskamer, uitgegaan wordt van een statische afbakening ten aanzien van de betekenis van de sociaal plannen afgesproken met vakorganisaties dan wel met de ondernemingsraad. Een zelfde statische afbakening is terug te vinden in de mogelijke toekomstige wijziging van het ontslagbesluit. De Minister zal nog moeten besluiten of hij naar aanleiding van het advies van de STAR zijn voornemen onverkort handhaaft. Met name is de vraag in welke mate decentrale vrijheid om af te wijken van het ontslagbesluit wel gewenst is en niet te zeer ten koste zal gaan van rechtseenheid en rechtszekerheid.

De vraag is of de redenen die aanleiding zijn om een dergelijke afwijking bij sociaal plan te introduceren, zonder meer met zich mee te brengen dat een dergelijke afwijking dan alleen gerechtvaardigd is, indien er sprake is van een sociaal plan afgesproken met representatieve vakbonden. Met name vanuit de positie van de (kleine) werkgever waar geen CAO geldt of gevolgd wordt en waar vakorganisaties ook niet onderhandelen over reorganisaties is het de vraag of een dergelijke werkgever uitgesloten dient te worden van de mogelijkheid om ook

⁷⁴ J.Heinsius 2004, p.372-388.

een maatwerk sociaal plan op te stellen. Zie bijvoorbeeld de wetsgeschiedenis over het totstandkomen van de Arbeidstijdenwet waar de personeelsvertegenwoordiging is geïntroduceerd om de werkgevers die geen ondernemingsraad hadden toch de mogelijkheid te bieden om via het overeenstemmingsvereiste af te wijken van de standaardnormen.⁷⁵

6. Arbeidsvoorwaarden

6.1 Historie

De relatie tussen de bevoegdheden van de vakbonden en de ondernemingsraad ten aanzien van de arbeidsvoorwaardenregelingen, heeft van oudsher veel aandacht gekregen. Waar dient de grens te liggen? Enerzijds gaat het om de vraag welke taken bij wet aan de ondernemingsraad toegekend dienen te worden op het terrein van de arbeidsvoorwaardenvorming. Anderzijds de vraag welke mogelijkheden bij wet geboden dienen te worden aan ondernemer en ondernemingsraad om in aanvulling op het wettelijke kader verdergaande afspraken te maken over de rol van de OR op het terrein van de arbeidsvoorwaardenvorming.

Voorafgaand aan de wijziging van de Wet op de Ondernemingsraden, die in 1998 is doorgevoerd, heeft er binnen de SER een uitgebreide discussie plaatsgevonden over de afbakening van de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van arbeidsvoorwaardenregelingen.⁷⁶ De SER bracht een verdeeld advies uit over de rol van de ondernemingsraad bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De ondernemersleden en twee kroonleden wijzen op het feit dat de tussen werkgevers en werknemers geldende arbeidsvoorwaarden zijn gebaseerd op de door hen gesloten arbeidsovereenkomsten, individueel of collectief. Het instemmingsrecht van de OR daarentegen, verplicht de werkgever over voorgenomen besluiten met de ondernemingsraad in onderhandelingen te treden. Een dergelijke wettelijke dwang past niet in een modern systeem van vrije arbeidsvoorwaardenvorming.⁷⁷ Een ander deel van de Raad, de werknemersleden en negen kroonleden beveelt aan dat de wetgever aan de OR instemmingsrecht toekent ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen betreffende arbeidsvoorwaarden voor zover deze niet (pleegt te) zijn geregeld in een voor de onderneming geldende CAO. Daarbij geven zij wel aan dat er geen doorwerking toegekend zou dienen te worden aan regelingen die met de OR tot stand komen.⁷⁸

Voor de wetgever was dit verdeeld advies van de SER mede de reden om in 1998 de bestaande bevoegdheidsverdeling, zoals die aangebracht is in de Wet op de Ondernemingsraden sinds 1979, op dit onderdeel te handhaven. Wel is de mogelijkheid geboden om de rol van de ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden als extra bevoegdheid uit te breiden (bij CAO of ondernemingsovereenkomst, artikel 32 WOR). In het SER-advies dat in 2003 is uitgebracht worden geen nieuwe inhoudelijke standpunten ingenomen over dit onderwerp.⁷⁹ Verwezen wordt naar het SER-advies uit 1994, dat wat dit deel betreft als bijlage bij het advies wordt gevoegd. De vraag of de ontwikkelingen in de afgelopen 10 jaar op het terrein van het arbeidsvoorwaardenoverleg in Nederland aanleiding geven tot enige aanpassing, wordt blijkbaar ontkennend beantwoord.

In de Nota inzake zelfregulering gaat de toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in op de relatie tussen wetgever, sociale partners en medezeggenschapsorganen in de arbeidsverhoudingen. Deze nota van 9 juli 2002 zet uiteen op verzoek van de Eerste Kamer hoe de juridisch-technisch aspecten van de relatie CAO-ondernemingsraad in elkaar steken.⁸⁰ In deze nota wordt de stand van zaken opgemaakt van

⁷⁵ Kamerstukken II, 1995/96, 24615, nr. 3, p. 28 e.v.

⁷⁶ SER-advies '94/06, het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR, hoofdstuk 5, p.91-129.

⁷⁷ SER-advies 94/06, p. 102.

⁷⁸ SER-advies 94/06, p.107

⁷⁹ SER-advies 03/12, p. 63/64.

⁸⁰ Kamerstukken I, 2001/02, 222a, nr. 9b.

de effecten van de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming.

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp WMW geeft de regering aan dat zij in het advies van de SER geen reden ziet om een wijziging aan te brengen in de opvatting dat het onwenselijk is de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad uit te breiden. Indien er verdergaand maatwerk nodig is dan dient dat bij CAO of ondernemingsovereenkomsten tot stand te komen.⁸¹

Uit deze toelichting blijkt dat het kabinet in het introduceren van een geheel nieuwe wettelijke regeling voor de medezeggenschap geen reden ziet om de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming diepgaand te beschouwen of te herzien.

6.2 Bevoegdheden vakbonden

De vakbonden zijn van oudsher de aangewezen partij op het terrein van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Internationale verdragen waarborgen het recht van vakverenigingen op onbelemmerd collectief onderhandelen.⁸² De erkenning van deze bevoegdheid en de wettelijke inkadering van het resultaat van deze bevoegdheid, de CAO, is opgenomen in de Wet op de CAO in de Wet op het Algemeen verbindend verklaring en onverbindend verklaren van bepalingen van CAO's.

Uitgangspunt daarbij is dat er geen verplichting is om te komen tot afspraken. Of er een collectieve arbeidsovereenkomst tot stand komt, is het resultaat van vrije onderhandelingen. Voor de overheidssector is dit iets anders geregeld waar sprake is van een overeenstemmingsvereiste in het kader van het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. Dit houdt in dat zonder overeenstemming bereikt te hebben een wijziging van regelingen met betrekking tot rechten en verplichtingen van ambtenaren niet kan plaatsvinden. Wel is voorzien in een advies en arbitrageregeling.⁸³

De Wet AVV biedt in bepaalde omstandigheden de mogelijkheid aan CAO-partijen om de wetgever te verzoeken om (bepalingen van) CAO's algemeen verbindend te verklaren zodat deze de status van de wettelijke regeling krijgt die ook geldt voor partijen die niet aangesloten zijn bij werkgevers- of werknemersorganisaties, mits ze vallen onder de werkingsfeer van de CAO.

In artikel 1 Wet CAO is een ruime definitie opgenomen van het begrip collectieve arbeidsovereenkomst. Daaronder vallen arbeidsvoorwaarden die voornamelijk of uitsluitend bij arbeidsovereenkomsten in acht dienen te worden genomen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het vooral aan CAO-partijen is om te bepalen wat bij een CAO wordt afgesproken. Wat dat betreft kiest de Hoge Raad voor een ruime interpretatie.⁸⁴

De CAO heeft nog steeds een zeer grote betekenis in de arbeidsvoorwaardenvorming in de Nederlandse arbeidsverhoudingen. Ongeveer 80% van de beroepsbevolking werkt op basis van arbeidsvoorwaarden die direct of indirect van een CAO zijn afgeleid.

Belangrijkste kenmerk van een CAO is de directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten voor degenen die direct betrokken zijn bij de CAO, de leden van de partijen die de CAO hebben afgesloten en de indirecte doorwerking op grond van artikel 14 Wet CAO. Het is de werkgever niet toegestaan afspraken te maken die strijdig zijn met de CAO met niet gebonden werknemers.

In de loop der jaren hebben de nodige veranderingen plaatsgevonden die van invloed zijn op de wijze waarop het arbeidsvoorwaardenoverleg plaatsvindt. De wijzigingen in arbeidsorganisaties hebben meer behoefte doen ontstaan aan decentraal maatwerk. Er is meer behoefte aan flexibiliteit in de arbeidsvoorwaarden. De positie van de vakorganisaties binnen de ondernemingen is onder meer gewijzigd door een afname van de

⁸¹ Kamerstukken II, 2004/05, 29 818, nr.3, p.12/13.

⁸² Onder meer in het ESH, IAO-verdrag nr. 98 en 154.

⁸³ Zie L.C.J.Sprengers in Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht (red. E.Verhulp) BJU Den Haag, 2002, p. 224-226.

⁸⁴ HR 30 januari 1987, NJ 1987, 936.

organisatiegraad, veranderingen in de organisatie van het vakbondswerk binnen de ondernemingen en de opkomst van ondernemingsraden. Dit heeft ertoe geleid dat CAO's vaker het karakter hebben gekregen van een raamregeling, waarbij er nadere uitwerkingen op decentraal niveau vereist zijn. Uitwerkingen die weer op allerlei manieren kunnen worden vormgegeven. Door overleg tussen vakorganisaties en de ondernemer, door overleg met de ondernemingsraad of eenzijdig door de werkgever binnen een bepaalde bandbreedte bij de CAO voorgeschreven. Daarbij kan de vraag aan de orde komen of een decentraal tot stand gekomen overeenkomst ook de status van een CAO heeft en daarmee dezelfde bindende werking.⁸⁵

6.3 Bevoegdheden ondernemingsraad

De bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaardenregelingen zijn in artikel 27 WOR geregeld. Daarin is een limitatieve opsomming opgenomen van regelingen die ter instemming aan de OR moeten worden voorgelegd. Onder meer wordt genoemd: een winstdelingsregeling, beloningssysteem, werktijd en vakantieregeling. In het wetsontwerp WMW wordt voorgesteld om deze limitatieve opsomming van bevoegdheden niet uit te breiden. Er zijn twee belangrijke afbakeningsnormen van toepassing bij het instemmingsrecht: een opgenomen in de wet en één in de toelichting bij de wet.

Allereerst artikel 27 lid 3 WOR. Daarin is geregeld dat wanneer aangelegenheid die onder het instemmingsrecht valt inhoudelijk geregeld is in een CAO of een daarmee gelijk te stellen regeling in de publiekrechtelijke sector dat dan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad vervalt. Uit de wetsgeschiedenis en uit de rechtspraak blijkt dat met 'inhoudelijk' bedoeld wordt een uitputtende regeling. Op het moment dat een CAO-afpraak beleidsvrijheid biedt aan de ondernemer om binnen de kaders van de CAO bepaalde keuzes te maken, kan het zijn dat vervolgens toch nog instemming aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden indien er nadere regels getroffen worden bij die uitwerking die onder het instemmingsrecht vallen.⁸⁶

Deze bepaling wordt ook wel aangeduid met het 'primaat van de CAO'. Uitgangspunt van de WOR is dat de CAO-afspraken voorgaan. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WMW wordt dit met zoveel woorden wederom aangegeven. De CAO is en blijft naar overtuiging van de regering het belangrijkste instrument met betrekking tot het collectief vaststellen van arbeidsvoorwaarden.⁸⁷

Een tweede afbakening wordt gevormd door het begrip primaire arbeidsvoorwaarden. De onderwerpen die in artikel 27 WOR zijn opgenomen worden begrensd in die zin dat het instemmingsrecht zich niet uitstrekt ten aanzien van primaire arbeidsvoorwaarden. Onder primaire arbeidsvoorwaarden wordt onder meer verstaan de hoogte van het loon, de arbeidsduur, het aantal vakantiedagen. Voor zover een regeling betrekking heeft op primaire arbeidsvoorwaarden heeft de ondernemingsraad geen instemmingsrecht. Deze norm is niet opgenomen in de wet, maar blijkt uit de toelichting op de WOR.⁸⁸ Deze norm speelt in de rechtspraak wel een belangrijke rol. Uit de rechtspraak blijkt dat niet in alle gevallen op een consistente wijze met de interpretatie van dit begrip wordt omgegaan. De rechtspraak maakt duidelijk dat het vaak moeilijk is om de inhoud dan wel de ratio van deze norm op zijn juiste waarde in te schatten.

In een uitspraak uit 2000 heeft de Hoge Raad aangegeven dat aan deze toelichting bij de WOR op dit moment nog steeds betekenis toekomt. Een besluit binnen de belastingdienst tot

⁸⁵ A. Stege, De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners, (diss. VU) Kluwer: Deventer 2004, p. 190/191, geeft aan dat daar alleen sprake van kan zijn indien een dergelijk akkoord op grond van de CAO wordt aangemerkt als CAO en ook cfr. art. 4 lid 3 Wet Loonvorming is aangemeld. Een opvatting die ik deel.

⁸⁶ Rb. Haarlem 7-4-1987 en 2-8-1988, ROR 88,36 (Bols).

⁸⁷ Kamerstukken II, 2004/05, 29 818, nr.3, p.58.

⁸⁸ bv. Kamerstukken II, 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 12.

het afschaffen van bijzonder verlof, dat erop neerkwam dat een jaarlijks toegekende dag of dagen voor bijzonder verlof werd geschrapt waarover geen overleg met de vakorganisaties in het kader van het reguliere CAO-overleg had plaatsgevonden, diende desalniettemin evenmin ter instemming aan de ondernemingsraad voorgelegd te worden, omdat het betrekking had op primaire arbeidsvoorwaarden.⁸⁹

In de in par. 2 aangehaalde zaak over de vacaturestop was het Hof Den Haag van mening dat de ondernemingsraad geen bevoegdheden ten aanzien van een vacaturestop toekwam vanwege het feit dat een ondernemingsraad geen bevoegdheden heeft over primaire arbeidsvoorwaarden. Een vacaturestop dient te worden beschouwd als nog fundamenteler dan primaire arbeidsvoorwaarden en dat derhalve daarover het overleg met de vakorganisaties dient plaats te vinden. Op deze wijze wordt het begrip primaire arbeidsvoorwaarden niet gebruikt om te bekijken of de aangelegenheid die aan de orde is daarop geen betrekking heeft, maar wordt deze norm gebruikt als een maatstaf om de het belang van de aangelegenheid te meten. Een mijns inziens onjuist gebruik van dit criterium.

Een goed voorbeeld van de wijze waarop met de huidige formulering van het instemmingsrecht een rechter kan komen te worstelen met de afbakening van de bevoegdheden van de OR bij arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden is terug te vinden in een beschikking van de Kantonrechter Amsterdam van april 2004.⁹⁰ In die procedure ging het om verschillende onderdelen van het beloningsbeleid, dat was vastgelegd in een beleidsnota getiteld "approach to rewards 02/03".

Minutieus werden de verschillende elementen uit dit beloningsbeleid gelicht en diende de te worden beantwoord waarover aan de ondernemingsraad een instemmingsrecht toekwam. De kantonrechter kwam onder meer tot de navolgende conclusies:

- Het besluit tot het wijzigen van een uitkeringspercentage bij over-achievement in het sales bonusplan betreft louter de hoogte van de beloning van de betrokken werknemers en is mitsdien niet instemmingsplichtig.
- Het besluit tot het wijzigen van de mix van corporate objectives, waarbij een groter accent wordt gelegd op de individuele prestaties en voorts een iets groter accent wordt gelegd op de individuele prestaties en voorts een iets groter accent op de groepsresultaten, betreft weliswaar niet louter de hoogte van de beloning van de betrokken werknemers, maar is niettemin niet OR-instemmingsplichtig. De WOR heeft immers niet de strekking om instemming van de ondernemingsraad als voorwaarde te stellen voor een besluit van de werkgever om de hoogte van de arbeidsbeloning- en primaire arbeidsvoorwaarden- van één (groep van) werknemers te wijzigen door het stellen van andere toetsingskaders.
- Het besluit tot het toekennen aan alle werknemers van een kans op een éénmalige bonus van € 1.000,- is instemmingsplichtig, gezien het feit dat slechts sprake is van een kans maken op die bonus. Dit maakt dat de regeling niet uitsluitend de beloning van de werknemers raakt, maar een regeling is die juist ook bepaalt welke werknemers wel en welke niet in aanmerking komen voor opties.
- Eveneens is instemmingsplichtig het besluit tot het toekennen aan alle werknemers van een éénmalige uitkering van een aantal aandelen. Het heeft weliswaar niet direct betrekking op de onderlinge rangorde van de beloningen tussen bepaalde functies binnen de onderneming, maar nu ter zake geen eerdere regeling van kracht is geweest, is sprake van een regeling die de onderlinge rangorde van beloningen tussen bepaalde functies binnen de onderneming raakt.

Op de inhoud van de redeneringen van de kantonrechter valt nog wel één en ander aan te merken. In het kader van dit betoog is het echter een illustratief voorbeeld van de wijze

⁸⁹ HR 11 februari 2000, JAR 2000, 86 (OR Belastingdienst).

⁹⁰ Ktr. Amsterdam 2 april 2004, JAR 2004, 207 (BT Nederland).

waarop de bepalingen in artikel 27 lid 1 WOR met name vanwege het begrip primaire arbeidsvoorwaarden kunnen leiden tot zeer ingewikkelde rechtspraak.

Voorts bestaat de mogelijkheid om de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaardenvorming uit te breiden. De WOR is een minimumregeling en het is mogelijk om bij CAO of ondernemingsovereenkomst aan de ondernemingsraad extra bevoegdheden toe te kennen die ook betrekking kunnen hebben op primaire arbeidsvoorwaarden. In een geschil tussen vakbonden en het ingenieursbedrijf Grabowski in 1992 heeft de President van de Rechtbank Den Haag dit al beslist. In die zaak wenste de ondernemer geen CAO-overleg met de vakorganisaties te gaan voeren. Op de vooravond van de aankondiging van acties werd met de ondernemingsraad een arbeidsvoorwaardenprotocol afgesproken, waarbij de ondernemingsraad de rol kreeg toebedeeld over de primaire arbeidsvoorwaarden voor de onderneming vast te stellen. In een procedure aanhangig gemaakt door de vakbonden, was de President van mening dat een dergelijke afspraak niet strijdig is met het minimumkarakter van de WOR.⁹¹ Bij de totstandkoming van de wetwijziging in 1998, waarbij de ondernemingsovereenkomst werd geïntroduceerd is dit door de wetgever nog bevestigd.⁹²

6.4 Wetsontwerp WMW

Op het gebied van de verdeling van bevoegdheden tussen vakbonden en ondernemingsraad wordt in het wetsontwerp geen wijziging aangebracht. Het primaat van de CAO blijft gehandhaafd. De CAO is en blijft naar de overtuiging van de regering het belangrijkste instrument met betrekking tot het collectief vaststellen van de arbeidsvoorwaarden. Daarom komt de ondernemingsraad geen instemmingsrecht toe over aangelegenheden die reeds inhoudelijk in de CAO geregeld zijn. Dat geldt zowel voor wat betreft de aangelegenheden die in het kader van het instemmingsrecht geregeld zijn, als voor een uitbreiding van de bevoegdheden van de OR op grond van een ondernemingsovereenkomst, zie art. 27 lid 3 en 32 lid 3 WOR. In de toelichting wordt voorts aangegeven:

“Dit primaat van de CAO komt er aldus op neer dat de OR geen rol toekomt bij het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden wanneer de materie bij CAO of een publiekrechtelijke arbeidsvoorwaardenregeling geregeld is. Wanneer dit evenwel niet het geval is kunnen ondernemer en OR de advies- en instemmingsrechten uitbreiden tot aangelegenheden in de arbeidsvoorwaardensfeer”.⁹³

Wat hierbij opvalt is dat in de hele toelichting bij de WMW geen enkele aandacht wordt besteed aan het begrip primaire arbeidsvoorwaarden. Terwijl juist de toelichting bij de WOR op dit punt de reden vormde voor de Hoge Raad om te oordelen dat een ondernemingsraad bij het afschaffen van bijzonder verlof geen instemmingsrecht toekwam vanwege de bedoeling van de wetgever dat de ondernemingsraad geen bevoegdheden over primaire arbeidsvoorwaarden zou hebben. Wat moet nu geconcludeerd worden uit het feit dat in de memorie van toelichting bij de WMW geen aandacht wordt besteed aan het begrip primaire arbeidsvoorwaarden? De aangehaalde passage uit de MvT is voor tweeërlei uitleg vatbaar. Indien naar de eerste zin gekeken wordt, dan zal duidelijk zijn dat bepalend is of de aangelegenheid inhoudelijk in een CAO geregeld is of niet, is dat niet het geval, dan kan de ondernemingsraad op grond van artikel 27 lid 1 WOR toch een bevoegdheid hebben, ook al zou het betrekking hebben op primaire arbeidsvoorwaarden. De tweede zin lijkt er meer op te duiden dat indien een aangelegenheid niet in de CAO is geregeld, de ondernemingsraad extra bevoegdheden kan krijgen op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden. Uit de context van hetgeen in de toelichting staat opgenomen, mag worden afgeleid dat de wetgever geen bedoeling heeft om op dit punt een wijziging aan te brengen ten opzichte van

⁹¹ Pres. Rb Den Haag 19 mei 1992, JAR 1992,22.

⁹² Kamerstukken II, 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 25-27.

⁹³ Kamerstukken II, 2004/05, 29 818, nr. 3, p.58.

de strekking van de WOR. Echter, het uitblijven van een toelichting roept wel de vraag op of dit zo is. De keuze voor een nieuwe wet waarbij alle wetsartikelen opnieuw worden toegelicht en waarbij niet wordt aangegeven dat de toelichting die bij de WOR gegeven is nog steeds betekenis toekomt, maakt de vraag eens te meer relevant hoe de wetgever nu aankijkt tegen de bevoegdheden van de ondernemingsraad op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden.

6.5 Binding werknemer en status overeenkomst met OR.

Zowel op basis van de WOR als ook op basis van de WMW komt aan afspraken die gemaakt worden tussen ondernemer en de ondernemingsraad geen directe werking toe.

In de toelichting bij de WMW wordt aangegeven dat een regeling met instemming van de OR totstandgekomen geen doorwerking heeft in individuele arbeidsovereenkomsten, zoals bij een CAO wel het geval is. Willen deze afspraken doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten, dan zal de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming nodig zijn van ieder van de betrokken werknemers afzonderlijk. Verwezen wordt ook nog naar de mogelijkheid van het eenzijdig wijzigingsbeding.⁹⁴

Dat deze systematiek nog wel eens tot onduidelijkheden kan leiden, maakte bv. de wetsgeschiedenis over het initiatiefwetsvoorstel over de zondagarbeid duidelijk. Door de indieners van het wetsontwerp werd aangegeven, dat indien er op basis van de ATW besloten zou worden dat de bedrijfsomstandigheden het nodig maken dat er zondagarbeid plaatsvindt en daartoe overeenstemming bereikt is met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, dat dan de individuele werknemer geen stem in het geheel meer heeft.⁹⁵ In de behandeling van dit wetsontwerp in de Eerste Kamer is daarover nog discussie ontstaan, omdat de regering de voorgestelde wijziging, die er op neer komt dat expliciet de instemming van de werknemer bij zondagarbeid wordt geregeld, overbodig vond. De indieners van het initiatiefwetsontwerp, mev. Bussemaker en de heer van Dijke, gaven aan dat zij die opvatting niet delen. Zij betoogden dat het geldend recht op dit punt niet duidelijk is en verschillend kan worden geïnterpreteerd, een weeffout. Explicitering van het instemmingsvereiste van de individuele werknemer is daarom nodig.⁹⁶

Een voorbeeld dat duidelijk maakt dat de regeling op dit punt toch zo complex is geworden dat zelfs in een wetgevingstraject geen voldoende duidelijkheid bestaat over de mate van binding van werknemers ten gevolge van instemming van de OR.

Binnen veel ondernemingen is gebruikelijk dat de arbeidsvoorwaardenregelingen alsook andere regelingen die gelden binnen de onderneming vastgelegd worden in een personeelshandboek. Mede onder invloed van de Hoge Raad-rechtspraak inzake IBM en AKZO⁹⁷ is er op ruimere schaal overgegaan tot het incorporeren van de inhoud van deze personeelsgidsen in de individuele arbeidsovereenkomst, waarbij veelal ook gekozen is voor een zogenaamd eenzijdig wijzigingsbeding. Aangegeven wordt bij de arbeidsovereenkomst dat de werknemer instemt met de inhoud van het personeelshandboek, alsmede toekomstige wijzigingen daarvan.

Een bijzondere vraag ten aanzien van de binding van de werknemer doet zich voor op het moment dat in een CAO de bevoegdheid om op decentraal niveau afspraken te maken neergelegd wordt bij de ondernemingsraad. Wat is vervolgens de status van een dergelijke overeenkomst? Daarbij kunnen zich verschillende varianten voordoen. Indien hetgeen de ondernemer en de ondernemingsraad overeenkomen vervolgens door CAO-partijen bekrachtigd wordt en gemeld wordt bij het Ministerie op grond van artikel 4 lid 3, is aan alle formele vereisten voldaan die ook door de Hoge Raad zijn gesteld (zie hiervoor 5.2.3.)

⁹⁴ Kamerstukken II, 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 59.

⁹⁵ Kamerstukken II, 2000/01, 27 224, nr. 7, p.7.

⁹⁶ Kamerstukken I 2001/02, 27 224, NR.74, p. 4

⁹⁷ HR 7 oktober 1988, NJ 1898, 335.

Indien niet aan al deze vereisten voldaan wordt, kan er discussie over gevoerd worden wat de status van die OR-afspraken dan is. In de Nota inzake zelfregulering heeft de minister de discussie die erover gevoerd is uiteengezet.⁹⁸ Van der Heijden stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst welke conform artikel 32 lid 1 WOR een uitwerking van een regelopdracht in een CAO is, bindend is voor de individuele werknemers. De ondernemingsraad treedt als het ware op als de verlengde arm van CAO-partijen en bindt werknemers op grond van de wet CAO.⁹⁹ Stege wijst op het belang van aanpassing van de statuten van de werknemersvereniging. Daarin zou dan dienen te staan dat nadere afspraken die in de vorm van overeenkomsten tussen werkgever en ondernemingsraad worden afgesloten en gebaseerd zijn op een CAO-bepaling, de leden van de vereniging zullen binden.¹⁰⁰ Voorts wijst Stege op de mogelijkheid van het verstrekken van een volmacht door CAO-partijen en de mogelijkheid van bekrachtiging achteraf door CAO-partijen. Met name de eisen die de Hoge Raad stelt voor het verkrijgen van rechtskracht van een CAO-bepaling, brengt met zich mee dat de melding bij het Ministerie een zwaarder vereiste is gaan worden dan in het verleden gedacht. Indien de CAO-bepalingen nader uitgewerkt moeten worden, zal om dezelfde werking te krijgen melding van deze uitwerkingen ook weer noodzakelijk zijn. Het is de vraag of dit een gewenste effect is, maar lijkt wel de conclusie die getrokken moet worden uit de Hoge Raad rechtspraak.

6.6 Taakafbakening voldoende geregeld?

De wijze waarop in de taakverdeling tussen vakbonden en ondernemingsraad het primaat van de CAO voorop is gesteld, vind ik juist. Het belang van de CAO in de Nederlandse arbeidsverhoudingen staat nog steeds buiten kijf, zoals de regering ook terecht constateert. De wijze waarop dat vertaald is in artikel 27 lid 3 WOR is mijns inziens te beschouwen als een resultaatsafhankelijke afbakening. Dit is geen statische maar een dynamische afbakening. Afhankelijk van de vraag of vakorganisaties daadwerkelijk CAO-afspraken gemaakt hebben, wordt gekeken of er nog een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad resteert.

De vraag kan gesteld worden of in die situaties waar er geen CAO is, het terecht is dat de rol van de ondernemingsraad dan niet toeneemt. Is het niet te beschouwen als een onderbenutting van de aanwezige overlegstructuur. De wetgever heeft het nodig geacht om medezeggenschap via ondernemingsraden bij wet op te leggen aan arbeidsorganisaties. Dient dan ook niet bekeken te worden welke functies de medezeggenschap bij wezenlijke besluiten zou kunnen vervullen binnen dergelijke organisaties. Met name daar waar vakorganisaties geen overleg voeren kan dat gaan spelen.¹⁰¹

Met name de niet in de wet opgenomen afbakeningnorm ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden stuit bij mij op bezwaren. Er is sprake van een statische norm, die er toe leidt dat er gaten ontstaan in het collectief overleg op plekken of over onderwerpen waar dat niet gewenst is. Zie bijvoorbeeld de zaak over de bijzondere beloning bij de belastingdiensten. Op centraal niveau vindt het CAO-overleg met de vakbonden plaats waarbij dit geen onderwerp van overleg was, omdat het ging om besluiten van het hoofd van de diensteenheid, op een niveau waar geen decentraal georganiseerd overleg aanwezig is. Op dat niveau vindt wel het overleg met de ondernemingsraden plaats. In zo'n situatie past het binnen de taakafbakening tussen vakbonden en ondernemingsraden dat ten aanzien van dergelijke besluiten die op decentraal niveau geïnitieerd en besloten worden, dan ook de ondernemingsraad een bevoegdheid heeft. Voorts blijkt uit de rechtspraak dat de wijze waarop het begrip primaire arbeidsvoorwaarden wordt geïnterpreteerd, leidt tot nuancering

⁹⁸ Kamerstukken 1 2001/02, 222A, NR.9b, p.7-9

⁹⁹ B.F. van der Heijden, SMA 1998, NR. 5

¹⁰⁰ A. Stege, SR 1999.10

¹⁰¹ Uit het AWWN rapport 'Eigentijds Arbeidsvoorwaardenoverleg' blijkt bijvoorbeeld dat veel van de 300 AWWN leden waar geen CAO voor geldt, overleg met de ondernemingsraden over de arbeidsvoorwaardenregeling voeren p. 42.

in de bevoegdheidsverdeling, die niet in alle gevallen als functioneel gezien kan worden. De ondernemingsraad mag zich bijvoorbeeld wel uitlaten over het beloningssysteem, de onderlinge rangorde van de beloningen, maar niet over de hoogte van de beloning. Terwijl voor een ieder binnen de onderneming de hoogte van een beloning natuurlijk een zeer wezenlijk element bij de beoordeling van de systematiek vormt. Bij onderhandelingen in het kader van het instemmingsrecht, in die gevallen waar er wel sprake is van een systeemwijziging, komt het met grote regelmaat voor dat ook voorwaarden ten aanzien van de hoogte van de beloning worden gesteld. Misbruikt de OR dan zijn instemmingsrecht voor niet wettelijke doeleinden? Deze bevoegdheidsafbakening is verwarrend en niet (meer) passend bij het toekennen van een instemmingsrecht over een onderwerp als beloningssysteem, winstdelingsregeling, werktijdredegeling e.d.

Voorts kan de vraag gesteld worden of het niet toekennen van enige vorm van directe doorwerking aan ondernemingsraadafspraken de werkgever niet een instrument ontnemt om centrale afspraken binnen de onderneming op een goede wijze geordend te krijgen. Binnen veel ondernemingen is het zo dat werknemers wanneer ze in dienst treden geconfronteerd worden met de resultaten van het collectieve overleg die vastgelegd zijn in de CAO, personeelsgids en/of andere vorm arbeidsvoorwaardenregelingen. Er wordt in een arbeidsovereenkomst vastgelegd voor welke onderdelen specifieke afspraken worden gemaakt en voor het overige wordt verwezen naar deze algemene regelingen. Ligt het dan niet voor de hand om de volgorde om te keren door aan te geven dat de afspraken met de ondernemingsraad met betrekking tot de inhoud van de personeelsgids of arbeidsvoorwaardenregeling direct doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst, tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst anders is afgesproken. Voorts zou een rechterlijke toetsingsmogelijkheid aan de redelijkheid en billijkheid er voor kunnen waken dat in individuele gevallen de directe doorwerking tot (apert) onredelijke gevolgen zouden leiden. De bezwaren tegen een dergelijk voorstel zullen met name het grootst zijn bij degenen die de primair klassiek contractuele en individualistische benadering hangen en ervan uitgaan dat die het contract sterk bepalend is voor de arbeidsverhouding.

Degenen die uitgaan van een meer institutionele benadering zullen daar minder moeite mee hebben. Volgens deze benadering wordt de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen niet zozeer bepaald door hetgeen contractueel is vastgelegd maar meer door hetgeen voor een goed functionerende werkorganisatie noodzakelijk is. De zogenoemde institutionele theorie gaat ervan uit dat een arbeidsovereenkomst niet louter een individuele zaak tussen één werkgever en één werknemer is, maar dat de werknemer toetreedt tot een samenwerkingsverband, de onderneming. Datgene wat wordt afgesproken heeft zijn weerslag op de relaties met andere werknemers. Wijzigingen die zich in de onderneming voordoen hebben weer invloed op de inhoud van het contract.¹⁰²

In bovengenoemd voorstel wordt een mix gezocht tussen het belang van de onderneming en het belang van de contractvrijheid van de werknemer. Juist door afwijkingen bij individuele afspraak zowel bij het aangaan als bij het totstandkomen van wijzigingen mogelijk te maken, wordt dit belang geborgd. Echter indien er niet individueel wordt onderhandeld staat het belang van de ondernemer om op eenvoudige wijze de doorwerking van collectief totstandgekomen regelingen in de individuele arbeidsrelatie voorop.

Een ander belangrijk argument tegen de toekenning van directe doorwerking aan afspraken met de OR is dat dit een groot negatief effect zal hebben op de positie van de vakbonden als CAO-partij. Het is de vraag of de positie van de vakbonden bij het CAO-overleg niet meer

¹⁰² Naar aanleiding van het arrest Van de Lely/Taxi Hofman (HR 26 juni 1998, JAR 1998/199. Herhaald in HR 28 april 2000, JAR 2000/120 en HR 14 november 2003, JAR 2003/296 en NJ 2004, 138 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss) is de richtingenstrijd in de juridische literatuur weer onder het voetlicht gekomen. Zie hierover P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Deventer, 2001, p. 13, 101-102; P.F. van der Heijden, De wederkerige dienstbetrekking, in: P.F. van der Heijden (red.), Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?, Den Haag: Sdu 1999, p. 43-55.

afhangt van de aanhang, positie in ondernemingen en bedrijfstakken en deskundigheid van de vakbeweging. Dat zijn de belangrijkste waarborgen voor de vakbeweging om de positie bij het CAO-overleg in de toekomst te blijven te behouden. Indien de vakbeweging daarin niet slaagt gaat daar de grootste bedreiging voor de positie als CAO-partij vanuit.¹⁰³

Aan werkgeverszijde wordt nog steeds vaak geklaagd over het niveau van de ondernemingsraden en wordt de ondernemingsraad daarom ook niet gezien als een aantrekkelijke partner om over arbeidsvoorwaarden te overleggen. Ook ondernemingsraadsleden zelf geven aan dat zij zich niet voldoende geëquipeerd voelen om dergelijke onderhandelingen goed te voeren. Voorts blijft staan dat het primaat van de CAO geldt en dat bepalingen strijdig met de CAO nietig blijven. Indien doorwerking aan afspraken met de OR zou worden toegekend blijft de mogelijkheid bestaan dat op individuele basis andere afspraken gemaakt worden. Er is derhalve geen sprake van een nietigheidssanctie, zoals bij een CAO.

Tot slot is een punt van aandacht de positie van de ondernemer waarvoor geen CAO geldt, direct, noch indirect. Kan er soms toch niet een te rechtvaardigen belang zijn om ook de mogelijkheid te geven om af te wijken van wettelijke bepalingen daar waar die mogelijkheid geboden wordt om bij CAO van een wettelijke regeling af te wijken. Bij de totstandkoming van de Arbeidstijdenwet is aandacht besteed aan de mogelijkheid om ook ondernemingsraad en personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid te geven om overeenstemming te bereiken over afwijkingen van de standaardregelingen om op die manier de groep werkgevers die niet direct of indirect onder CAO-bepalingen vielen, toch de mogelijkheid te geven daarvan gebruik te maken. Ook in andere situaties kan dit een relevante afweging zijn.

Hierbij dient wel de kanttekening gemaakt te worden, dat met alle behoefte om mogelijkheden voor maatwerk te creëren de wetgever ook de rechtseenheid en rechtszekerheid in ogenschouw zal moeten blijven houden. Indien in toenemende mate de ruimte wordt gebonden om bij CAO of met instemming van de OR af te wijken van wettelijke regels, verwordt het arbeidsrecht tot een lappendeken. Het wordt dan voor alle betrokkenen moeilijker om een goed inzicht te krijgen in het geldende recht. De wetgever zal steeds meer studie moeten laten verrichten over de mate, omvang en inhoud van decentrale afwijkingen om inzicht te krijgen wat effecten zijn of kunnen zijn van toekomstige wetwijzigingen. De rechtshulpverleners en rechters zullen zich over steeds meer maatwerk normen moeten buigen. Zij zullen meer werk moeten verrichten om zich het geldende recht per geval eigen moeten maken. Werkgevers en werknemers zullen bij de afweging van het wel of niet gebruik maken van de mogelijkheid om maatwerk afspraken te maken goed moeten buigen over de effecten daarvan op het moment dat een dergelijke afspraak wordt gemaakt als ook in relatie tot toekomstige wijzigingen van de wetgever. Ik wil niet beweren dat het creëren van meer maatwerk door mogelijkheden te bieden van wettelijke regels af te wijken niet wenselijk kan zijn, maar geeft tevens aan dat enige terughoudend en weloverwogenheid wel op zijn plaats is, vanwege de hiervoor geschetste effecten.

7. Conclusies

Ik heb dit artikel geschreven vanuit de aanname dat de relatie tussen vakbonden en OR beschouwd moet worden als communicerende vaten en dat er geen sprake is van elkaar beconcurrerende partijen. Dit betekent dat de taakafbakening een meer dynamisch dan statisch karakter dient te hebben. Hiermee bedoel ik dat bij een taakafbakening waarbij de ene partij uitsluitend bevoegd is en de andere partij geen bevoegdheden heeft, er geen sprake is van communicerende vaten, maar dat er dan sprake is van schotten die geplaatst zijn, waardoor er lacunes in het collectief overleg kunnen ontstaan. Het opstellen van

¹⁰³ W.G.M.Plessen, Van een demonstratie, een stoute werkgever en een flexibelere CAO, SMA11/12, p.485/487 wijst ook op het gevaar van een te beperkt dispensatiebeleid door sociale partners voor een steeds grotere druk op de CAO (en de ondergraving daarvan) n.a.v. de Smead zaak (Vzgnr. Rb Groningen 6 augustus 2004, JAR 2004/198.

wettelijke regelingen die uitgaan van een dynamische taakafbakening tussen vakbond en OR sluit het best aan bij de arbeidsverhoudingen, zoals we die in Nederland kennen.

In paragraaf 4 heb ik geconstateerd dat ten aanzien van het ondernemersbeleid het zwaartepunt van de wettelijke bevoegdheden bij de ondernemingsraad ligt: aan de ondernemingsraad zijn hierover overleg –en informatierechten toegekend, waarbij het ondernemersbeleid met structureel aan de orde dient te komen. Aan de vakorganisatie is het middel van het enquêterecht toegekend. Een bevoegdheid om incidenteel, wanneer er een vermoeden is van wanbeleid een procedure bij de Ondernemingskamer te starten. Ik ben van mening dat het niet toekennen van enquêterecht aan een OR niet logisch voortvloeit uit deze taakafbakening. Op het terrein van het enquêterecht is sprake van een statische bevoegdheidsverdeling. Het toekennen van enquêterecht aan de OR, in aanvulling op de bevoegdheden van de vakorganisaties zou leiden tot een meer dynamische taakafbakening. Vervolgens zijn verscheidene ondernemersbesluiten aan de orde gekomen in paragraaf 5. Ik heb allereerst geconcludeerd dat er bij fusie –en overname besluiten sprake is van een dynamische afbakening van de bevoegdheden tussen vakbonden en ondernemingsraden. Het zwaartepunt van de bevoegdheden ligt bij de ondernemingsraden, die in de meeste gevallen bij deze besluiten een wettelijk adviesrecht hebben. Dit sluit echter de bevoegdheden van de vakbonden in voorkomende gevallen op basis van de Fusiegedragsregels 2000 niet uit. Doordat in de Fusiegedragsregels 2000 de tekst over het moment van inschakelen van de ondernemingsraad is aangepast, is de strijdigheid van de Fusiegedragsregels met de wettelijke regeling van de WOR inmiddels weggenomen. Bij reorganisatiebesluiten komen aan vakbonden en ondernemingsraden allebei bevoegdheden toe. Samenloop doet zich met name voor ten aanzien van het sociaal plan. De afbakening van bevoegdheden, zoals die blijkt uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer over het primaat van de vakorganisaties bij de onderhandelingen over een sociaal plan, is te kenmerken als een dynamische taakafbakening. Het adviesrecht van de OR heeft materieel pas betekenis, indien er niet met de vakorganisaties is onderhandeld, geen akkoord met de vakbonden is bereikt of bepaalde onderwerpen in het sociaal plan met de vakbonden niet zijn geregeld.

In de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters wordt, anders dan in de rechtspraak van de Ondernemingskamer, uitgegaan wordt van een statische afbakening ten aanzien van de betekenis van een sociaal plan afgesproken met vakorganisaties dan wel met de ondernemingsraad. Een zelfde statische afbakening is terug te vinden in de mogelijke toekomstige wijziging van het ontslagbesluit, voor wat betreft de mogelijkheid om bij CAO af te wijken van het ontslagbesluit. De Minister zal nog moeten besluiten of hij naar aanleiding van het advies van de STAR zijn voornemen onverkort handhaaft.

Kijkend naar de doelstellingen die geformuleerd zijn in de Aanbevelingen van de Kring der Kantonrechters om een sociaal plan met de vakorganisaties in beginsel te volgen, kan geconstateerd worden dat deze evenzeer gelden voor een sociaal plan afgesloten met de ondernemingsraad. Uit de Hoge Raad rechtspraak valt een normerende werking van het sociaal plan af te leiden. Het belang van de werkgever om alle werknemers bij een reorganisatie door middel van toepassing van een zelfde sociaal plan over een kam te scheren, wordt in de rechtspraak onderkend. Wel dient de rechter het sociaal plan in individuele gevallen (marginaal) op de redelijkheid te toetsen. Deze rechtspraak heeft gevolgen, zowel voor een sociaal plan afgesloten met een vakbond als met een OR.

Op het terrein van de arbeidsvoorwaardenvorming, dat in paragraaf 6 aan de orde kwam, staat het primaat van de CAO voorop. Het belang van de CAO in de Nederlandse arbeidsverhoudingen staat nog steeds buiten kijf. De wijze waarop dat vertaald is in artikel 27 lid 3 WOR, is te zien als een resultaatsafhankelijke afbakeningsnorm. Dit is geen statische maar een dynamische afbakening. Afhankelijk van de vraag of vakorganisaties daadwerkelijk CAO-afspraken gemaakt hebben, wordt gekeken of er nog een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad resteert.

Met name de niet in de wet opgenomen afbakeningsnorm ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden stuit bij mij op bezwaren. Er is sprake van een statische norm, die er toe leidt dat er gaten ontstaan in het collectief overleg op plekken of over onderwerpen waar dat

niet gewenst is. Voorts heb ik kanttekeningen geplaatst bij het niet toekennen van enige vorm van directe doorwerking aan afspraken met de ondernemingsraad. Ontneemt dit de werkgever niet een instrument om centrale afspraken binnen de onderneming op een goede wijze geordend te krijgen. Zou het niet meer voor de hand liggen, kijkend naar de wijze waarop in arbeidsovereenkomsten veelal verwezen wordt naar in collectief met vakbonden en/of OR totstandgekomen arbeidsvoorwaardenregelingen, om de volgorde om te keren door aan te geven dat de afspraken met de ondernemingsraad met betrekking tot de inhoud van de personeelsgids of arbeidsvoorwaardenregeling direct doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst, tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst anders is afgesproken. Voorts zou een rechterlijke toetsingsmogelijkheid aan de redelijkheid en billijkheid er voor kunnen waken dat in individuele gevallen de directe doorwerking tot (apert) onredelijke gevolgen zouden leiden.

De conclusie van dit onderzoek naar de afbakening van de bevoegdheden van vakbonden en ondernemingsraden in de wetgeving en rechtspraak, is dat nog niet op alle terreinen er sprake is van communicerende vaten. Wel zijn met name in de rechtspraak over het sociaal plan ontwikkelingen waarneembaar, waarbij in aanvulling op de bevoegdheden van de vakbonden, de ondernemingsraad een verdergaande betekenis krijgt.

8. Stellingen

De stellingen die ten behoeve van het congres door mij zijn geformuleerd luiden:

Stelling 1:

Verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad dient niet statisch in regelgeving te worden vastgelegd, maar dynamisch. Dit kan leiden tot meer aanvullende bevoegdheden voor de OR.

Stelling 2:

De afbakening van de bevoegdheden van de OR, zoals geregeld in art. 27 WOR, aan de hand van het primaire arbeidsvoorwaarden criterium is niet langer gewenst.

Stelling 3:

Afspraken met de ondernemingsraad dienen direct door te werken in de individuele arbeidsovereenkomsten, tenzij in de arbeidsovereenkomst anders is bepaald.

Stelling 4:

Een sociaal plan, afgesproken door vakbond of OR, dient door de kantonrechter gevolgd te worden in 685-procedures, behoudens een (marginale) toets aan:

- representativiteit
- wijze van totstandkomen
- (on)redelijkheid.

Mijn persoonlijk opvattingen over deze stellingen zijn in het voorafgaande aan de orde gekomen. De opvatting van de deelnemers aan het congres over deze stellingen zijn elders in deze bundel aan te treffen.