

Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid

met bijdragen van:

Mr. R.A.A. Duk

Mr. L.C.J. Sprengers

Mr. E.M. Veldstra

Mr. R.J.G.M. Widdershoven

met een inleiding van:

Mr. A.L. Asscher



VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht
nr. 24

Kantttekeningen bij de WOR voor de overheid

met bijdragen van:

Mr. R.A.A. Duk
Mr. L.C.J. Sprengers
Mr. E.M. Veldstra
Mr. R.J.G.M. Widdershoven

met een inleiding van:

Mr. A.L. Asscher

Uitgeverij Kluwer Deventer 1996

Aanbevolen citeertitel

Duk, R.A.A., e.a.; Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid,
Reeks VvA 24, Deventer 1996.

Secretariaat VvA

Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 0348-421752, fax: 0348-434701

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Haarlem

Editing: E.J. Heppner-Wentink

ISBN 90 312 1461 2

© 1996 Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijk toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912^j het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot: Kluwer B.V., Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Inhoudsopgave

Ten geleide	vii
-----------------------	-----

Inleiding	
A.L. Asscher	1

Een marktconforme dode mus?	
R.A.A. Duk	7

WOR bij de overheid: hoe marginaal is de rol van de ondernemingsraad?	
L.C.J. Sprengers	19

1 Inleiding	19
2 Primaat van de politiek	21
3 Voorbeeld vuilophaaldienst	22
4 Is ondernemingsraad bij overheid meer dan belangenbehartiger personeel?	28
5 Conclusie	29

Totstandkoming van de WOR bij de overheid	
E.M. Veldstra	31

Inleiding	31
Oude situatie	31
Evaluatie dienstcommissieregeling	32
Normalisatie, tenzij....	33
Marktconforme medezeggenschap	33
Uitgezonderde sectoren	34

Marktconform, maar toch enkele uitzonderingen	35
Positie van de SER	36
Overgangssituatie	37
Evaluatie	38
Ten slotte	38
 De WOR in een bestuursrechtelijke context	
R.J.G.M. Widdershoven	41
 Inleiding	41
Een uitstapje naar de onderwijsmedezeggenschap	42
Cumulatie van WOR- en Awb-rechtsbescherming bij instemmingsgeschillen	45
Samenloop van WOR- en Awb-rechtsbescherming bij adviesgeschillen	49
Tegenstrijdige uitspraken in adviesgeschillen?	52
Afronding	56
 Auteurs	59

Ten Geleide

Op 8 december 1995 werden voor de Vereniging voor Arbeidsrecht enkele voordrachten gehouden over de regeling van de medezeggenschap bij de overheid en vond daarover een discussie plaats.

Op verzoek van het VvA-bestuur hebben de sprekers hun inleidingen op schrift gesteld. Zij zijn opgenomen in dit boekje en dragen, naar het VvA-bestuur hoopt, bij tot de ontwikkeling van dit onderdeel van het medezeggenschapsrecht.

Namens het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht,

Prof. mr. L.H. van den Heuvel, voorzitter.

Inleiding

A.L. ASSCHER

Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht heeft mij verzocht een voorwoord te schrijven bij de publikatie van de voordrachten, welke de Mrs Duk, Sprengers, Veldstra en Widdershoven op 8 december 1995 hebben gehouden over de regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de Ondernemingsraden, wet van 13 april 1995, Stb. 1995, 231.

Duk, Sprengers en Widdershoven hebben terecht kritische kanttekeningen bij deze Wet geplaatst. Zo ook Rood in zijn artikel in SMA 1995, blz. 629. 'Geen Rechtsbescherming voor ambtenaren van een OR?' Dat neemt niet weg dat deze Wet de medezeggenschap bij de Overheid zonder meer een flinke stap vooruit brengt, hetgeen het functioneren van de overheidsondernemingen ongetwijfeld ten goede zal komen. Het Beroepsrecht op de Ondernemingskamer of de rechter geeft de Ondernemingsraden voor het Overheidspersoneel bij de besluiten als bedoeld in artikel 25 en 27 van de WOR een goede stok achter de deur bij de onderhandelingen met de bestuurder. Verstandige Ondernemingsraden trachten hun doeleinden immers in het overleg te verwezenlijken via onderhandelen en niet via procederen.

Een boeiende vraag is, over welke aangelegenheden van de onderneming het overleg mag gaan.

Artikel 46d onder b van de Wet bepaalt ter zake:

'Ten aanzien van een onderneming, waarin uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, gelden de volgende bijzondere bepalingen:

- b. *Voor de toepassing van artikel 23, derde lid, zijn onder de aangelegenheden de onderneming betreffende niet begrepen de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, noch het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.'*

De Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23551, nr. 3 blz. 5 houdt hierover onder meer het navolgende in:

'De bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij de overheid zijn opgenomen in het nieuwe Hoofdstuk VIIB.

In de eerste plaats betreft dit de uitdrukkelijke bepaling - artikel 46d, onderdeel a (later b toevoeging ALA) - dat de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan alsmede het beleid daarvan den de uitvoering van die taken niet tot de onderwerpen worden gerekend, die in de overlegvergadering aan de orde kunnen komen, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen. In concreto betekent dit, dat de ondernemingsraden bij de overheid geen recht op overleg hebben over besluiten van democratisch gecontroleerde organen (kabinet en Staten-Generaal, college van burgemeester en wethouders en de raad, etc.) over de vaststelling van taken, het beleid en de uitvoering van die taken. Deze besluiten zijn voor de ondernemingsraden bij de overheid een gegeven, maar de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de werkzaamheden van het personeel (bijv. gevolgen voor de personeelsformatie, veranderingen in arbeidsomstandigheden, reorganisatie van werkzaamheden e.d.) behoren wel tot de aangelegenheden die de onderneming betreffen en vallen in ieder geval wel onder het recht op overleg van de ondernemingsraad. Dit vloeit overigens ook al voort uit het bepaalde in de laatste volzin van artikel 23, derde lid'.

Voor de beantwoording van de vraag, waarover het overleg mag gaan, is ook de wetsgeschiedenis van artikel 23, lid 3 van de Wet op de Ondernemingsraden (ingevoerd bij de herziening van de Wet van 15 juli 1979, Stb. 79, 448), onverminderd van betekenis gebleven.

Bijvoorbeeld het antwoord van de Minister blijkend Tweede Kamer, zitting 1977-1978, 13954, nr. 110, blz. 23:

'De leden van de P.v.d.A.-fractie hebben enkele vragen gesteld over de in dit artikellid aangebrachte beperking van het begrip < < aangelegenheden, de onderneming betreffende> > . De leden van de C.D.A.-fractie zouden graag een uitvoeriger en duidelijker toelichting op deze wijziging ontvangen.

Naar aanleiding van de situatie bij de Nederlandsche Bank N.V. en tegen de achtergrond van de voorziene uitbreiding van de werkingssfeer van de wet tot publiekrechtelijke rechtspersonen als de SER, de PBO-organen, de bedrijfsverenigingen, TNO, enz., is gezien in hoeverre ondernemingsraden van ondernemingen die (mede) publiekrechtelijke taken uitvoeren, deze taken in het overleg aan de orde zouden kunnen stellen. Dit heeft geleid tot de wijziging van het derde lid van artikel 23, waardoor de bespreekbevoegdheid (en het daaraan gekoppelde informatierecht) van de ondernemingsraad met betrekking tot aan de ondernemer opgedragen publiekrechtelijke taken is beperkt tot de uitvoering van deze taken voor zover deze uitvoering de werkzaamheden van het personeel betreft. Hierbij kan gedacht worden aan gevolgen voor de personeelsformatie, veranderingen in de werksituatie, reorganisatie van de werkzaamheden, wijzigingen in de verdeling der interne bevoegdheden, e.d. Uit het bovenstaande zal duidelijk geworden zijn dat het hier inderdaad gaat om taken met een publiekrechtelijk karakter. Om misverstand uit te sluiten hebben wij dan ook nu het woord <<publiekrechtelijk>> in de wettekst ingevoegd. Wij nemen aan dat er door deze verduidelijking bij de leden van de P.v.d.A.-fractie geen behoefte meer bestaat aan een opsomming van de bedoelde taken'.

Zie ook:

- Tweede Kamer, zitting 1977-1978, 13954, nr. 106, blz. 12;
- Tweede Kamer, zitting 1977-1978, 13954, nr. 109, blz. 26;
- Tweede Kamer, 20 september 1978, blz. 36;
- Eerste Kamer, zitting 1978-1979, 13954, nr. 8d, blz. 13.

De overlegbevoegdheid is derhalve beperkt. Dit is met de onderhavige wetswijziging niet anders geworden zoals de sprekers Duk en Sprengers onder aanhaling van de relevante passages uit die wetsgeschiedenis aantonen. Wel is de scheiding tussen de aangelegenheden de onderneming betreffende en de publiekrechtelijke taak nog onduidelijker geworden. Zo bepaalt artikel 30 van de Wet op de Ondernemingsraden dat advies gevraagd dient te worden over benoeming en ontslag van de bestuurder en artikel 46 lid d onder a onder meer dat de bestuurder niet de Minister is. Aan te nemen valt derhalve dat de secretaris-generaal de bestuurder is. Geheel zeker is dat niet, want de toelichting op de betreffende Nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23551, nr. 5, blz. 5 is niet helder.

Deze luidt als volgt:

'Bij het begrip <<bestuurder>> in de zin van de WOR gaat het om degene die bij het organisatorisch samenwerkingsverband rechtstreeks de feitelijke leiding van de arbeid uitoefent. Bij een ministerie wordt die feitelijke leiding van de arbeid in de praktijk veelal niet door de minister uitgeoefend, maar door hem overgelaten aan bepaalde ambtenaren. Hetzelfde geldt voor de gemeenten, provincies en waterschappen. Ook daar wordt de feitelijke leiding van de arbeid veelal overgelaten aan bepaalde ambtenaren en niet rechtstreeks uitgeoefend door een lid van het college van burgemeester en wethouders, de commissaris van de Koningin, een lid van gedeputeerde staten, of een lid van het dagelijks bestuur van een waterschap.

Niet uitgesloten is echter dat in sommige gevallen toch discussie kan ontstaan over de vraag of vraag of de rechtstreekse feitelijke leiding bij de arbeid bij een van de genoemde ambtsdragers berust, die dan als bestuurder in de zin van de WOR zou moeten worden beschouwd.

Wij delen de mening van de leden van de GPV-fractie dat over het begrip < < bestuurder > > in de zin van de WOR bij de overheid geen verwarring mag ontstaan en dat een strikt onderscheid tussen politiek verantwoordelijke en niet-politiek verantwoordelijke personen wenselijk is. Bij nader inzien zijn wij dan ook van mening dat het, mede naar aanleiding van de vraag van de leden van de D66-fractie, beter is om in de wet uitdrukkelijk te bepalen dat bij de overheid voor de toepassing van de WOR de minister, de staatssecretaris, de commissaris van de Koningin, een lid van gedeputeerde staten, een lid van het college van burgemeester en wethouders en een lid van het dagelijks bestuur van een waterschap niet als bestuurder in de zin van de WOR zijn aan te merken. Bij de bijgevoegde nota van wijziging wordt in artikel 46d van het wetsvoorstel een bepaling ter zake ingevoegd.

Het feit dat ambtenaren en niet de minister kunnen worden aangemerkt als bestuurder in de zin van de WOR, laat onverlet dat de minister op grond van artikel 44 van de Grondwet politiek verantwoordelijk is en blijft voor de leiding van het ministerie. Introductie van het begrip <<leidinggevende>> in de overheidssector achten wij niet verhelderend en evenmin nodig'.

Het is een geluk voor Minister Sorgdrager, die blijkens perspublicaties de top van haar departement wil wijzigen, dat bij het Ministerie van Justitie op grond van Artikel II van de Overgangsbepaling nog geen Ondernemingsraad is ingesteld. Daardoor hoeft zij nog geen advies te vragen over de benoeming en het ontslag van de bestuurder van de onderneming.

Wij gaan nog boeiende discussies tegemoet.

juli 1996

Een marktconforme dode mus?

R.A.A. DUK

1. Het zou idealisten wellicht verboden moeten worden om Nederlandse wetsgeschiedenis te bestuderen. De parlementaire historie van de regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de ondernemingsraden¹ biedt overtuigend bewijsmateriaal voor die enigszins cynische stelling. Bij de beoefenaren van de juridische discipline is medezeggenschap, meer dan bij voorbeeld zekerheidseigendom of de gemeenschappelijke regeling, een onderwerp dat voer voor idealisten is: per slot van rekening behoort het sinds Den Uyl — toen nog niet zoon Xander, voorzitter van de Bedrijfscommissie voor de overheidssector, maar de oude Joop — tot het verplichte maatschappijhervormende basispakket. Vanuit dat idealistisch perspectief ligt belangstelling voor de verhouding tussen medezeggenschap voor ambtenaren en 'het primaat van de politiek' in de rede. Daarbij botsen immers noties die op zichzelf ieder voor zich de idealist in ons kunnen aanspreken. Het behoeft dan ook geen verbazing te wekken dat juist vanuit de medezeggenschapsrechtelijke invalshoek niet alleen aandacht is besteed aan, maar ook kritiek is uitgeoefend op een uit de wetsgeschiedenis blijkende benadering waarin het door de wetgever gepostuleerde primaat de medezeggenschap voor ambtenaren, hoe zeer ook in andere passages als 'marktconform' gepresenteerd en met de mond als essentieel beleden, in belangrijke mate beperkt. De aan het onderwerp gewijde literatuur, met name de artikelen van Van

1 Wet van 13 april 1995, Stb. 231. Zie voor de parlementaire geschiedenis Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, nrs. A en 1 tot en met 9, Hand. TK (4 oktober 1994), pp. 6-223/239, Bijl. Hand. EK 1994-1995, 23 551 nrs. 48/48d en Hand. EK (11 april 1995), pp. 26-1116/1135. De 'dode mus' van de titel van deze bijdrage is ingebracht door de VVD-fractie in de Tweede Kamer; zie Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, no. 4, p. 2 en Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, no. 5, p. 3.

der Heijden, Sprengers en Van Peijpe,² kan mede worden gezien als een poging om voor de medezeggenschap te redden wat er te redden valt door dat in art. 46d sub *b* WOR neergelegde primaat te relativieren en langs die weg met name het adviesrecht, dat het voornaamste slachtoffer van dat primaat is, te revitaliseren. In die bijdragen aan het wetenschappelijk debat wordt ruim aandacht geschonken aan de vele vrome woorden over het grote belang van een adequate medezeggenschap die in het bijzonder de eerstverantwoordelijke minister, die van Binnenlandse Zaken (eerst minister Dales, even minister De Graaff-Nauta en vanaf de Tweede Nota van Wijzigingen, van 23 september 1994, minister Dijkstal), schriftelijk en mondeling tegenover beide Kamers heeft gewijd. Die ministeriële uitlatingen nodigen uit tot selectief citeren, omdat niet is nagelaten kool en geit te sparen door weliswaar het primaat van de politiek telkens weer voorop te stellen, maar bijna even vaak te benadrukken welke vooruitgang de overheidssector met de voorgestelde 'marktconforme' medezeggenschap zou boeken, en in dat verband op zijn minst te suggereren dat de uit dat primaat voortvloeiende beperkingen van de medezeggenschap in de praktijk best zullen meevallen.³

2. Politiek is al lang niet meer (alleen) de kunst van het mogelijke, maar lijkt in belangrijke mate te zijn verworden tot het (en dan vooral schijnbaar) verzoenen van wat onmogelijk te verzoenen is. Evident is dat daadwerkelijke medezeggenschap bij de overheid en het primaat van de politiek op gespannen voet staan, en dat een keuze vóór voorrang van het een, in casu dat primaat, onvermijdelijk afbreuk doet aan het ander. Reeds in de Memorie van Toelichting is getracht de scherpe kantjes van die tegenstelling weg te slijpen door er op te wijzen (dat uit art. 23, derde lid, WOR toch al voortvloeit) dat ook in de marktsector publieke beleidsbepaling en uitvoering van publieke taken buiten de medezeggenschap vallen en het adviesrecht bij die onderwerpen

- 2 P.F. van der Heijden, 'Ondernemingsraden bij de overheid en het primaat van de politiek', SR 1993, p. 131, L.C.J. Sprengers, 'De invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid', SR 1994, pp. 350/355 en T. van Peijpe, 'Medezeggenschap en de grenzen van het politieke primaat', NJB 1995, pp. 134/137.
- 3 Zie Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, nr. 3, pp. 5/7, en nr. 8, pp. 8/12, en Bijl. Hand. EK 1994-1995, pp. 1/4; zie daarover ook L.C.J. Sprengers, a.w. (n. 2), pp. 352/353 en T. van Peijpe, a.w. (n. 2), p. 135.

beperkt is tot een beoordeling van de personele consequenties.⁴ Dat is op zichzelf juist, maar minder dan de halve waarheid, omdat in de marktsector publieke taken nu eenmaal van niet meer dan bijkomende betekenis zijn; er is dan ook nauwelijks rechtspraak waarin art. 23, derde lid, een rol speelt.

3. De apaiserende geluiden van ministeriële zijde waaraan hierboven is gerefereerd, zijn van belang voor een aantal voor een goed begrip te onderscheiden deelonderwerpen, die hierna achtereenvolgens zullen worden besproken. Een eerste vraagpunt — onder 4. gezien — is hoe ruim het overheidsbegrip is waarvoor de uitzondering van art. 46d sub *b.* een rol speelt. In de tweede plaats is er de — onder 5. besproken — vraag bij welke categorieën besluiten het primaat van de politiek wel en bij welke het niet aan de orde is. Een derde — onder 6. en 7. behandeld — punt dat in dit verband aandacht verdient, is of, en zo ja: in hoeverre, bij de beoordeling van de redelijkheid van personele consequenties de achterliggende argumentatie voor het 'politieke' besluit gewicht in de schaal legt. Voor de toepassing van het bijzondere regime bij de overheid is verder van belang de — onder 8. besproken — kwestie in hoeverre het politieke element consequenties heeft voor de wijze waarop moet worden overlegd alsmede die — onder 9. aan de orde — met wie, als 'bestuurder', de ondernemingsraad van een overheidslichaam het overleg moet voeren.

4. Voor de beoordeling van het eerste in de vorige paragraaf aangeduide punt, dat van de omvang van het overheidsbegrip, is van belang dat in de Memorie van Toelichting is benadrukt dat het bijzonder regime 'alleen betrekking heeft op besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen'.⁵ Daarom zou besluitvorming van, bij voorbeeld, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman onder het commune medezeggenschapsrecht vallen. Vanuit praktisch oogpunt valt het aldus gemaakte onderscheid zeker te begrijpen: indien een orgaan (in beginsel) zelfstandig beslist, doet zich niet

4 Vgl. OK 23 december 1993, ROR 1994/4, JAR 1994, 15; zie over de daaruit voortvloeiende problematiek ook TVVS 1993, pp. 21/22 en 83 en T. van Peijpe, a.w. (n. 2), p. 135.

5 Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, nr. 3, p. 5; zie ook T. van Peijpe, a.w. (n. 2), p. 136.

de — hierna (onder 8.) kort te bespreken — knelpunten in de besluitvorming voor die optreden als het gaat om de totstandkoming van een regeerakkoord, een compromis in de ministerraad of het gemeen overleg tussen regering en parlement. Echter: als de wetgever op dit punt een beperking van het primaat van de politiek tot sommige, maar niet alle overheidslichamen heeft bedoeld, dan is hij wel bijzonder slecht uit zijn woorden gekomen. In de eerste plaats: de wettekst zelf onderscheidt op dat punt niet. Bovendien: art. 46*d* sub *b* spreekt van beleid en uitvoering in dezelfde termen als waarin dat in art. 23, derde lid, gebeurt, en volgt men de leer van de Ondernemingskamer⁶ over dat derde lid (dat in de uit de toelichting sprekende, juiste visie voor de daarin genoemde lichamen geldt als de specifieke overheidsregeling toepassing mist), dan is irrelevant of er al dan niet 'democratische controle' is. Voor zover overheidsbeleid aan privaatrechtelijke rechtspersonen is overgelaten, is die (directe) controle sowieso moeilijk voor te stellen, en het ligt niet in de rede het samenstel van wettelijke bepalingen zo te interpreteren dat de medezeggenschapsrechten bij de uitvoering van beleid verder gaan, met name: óók die uitvoering betreffen, wanneer deze is opgedragen aan publiekrechtelijke, maar niet democratisch gecontroleerde lichamen dan wanneer die uitvoering is overgelaten aan privaatrechtelijke rechtspersonen. In art. 46*d* sub *b*. is aan het rijtje van art. 23, derde lid, weliswaar 'de publiekrechtelijke vaststelling van taken' toegevoegd, en alléén voor die vaststelling zou dan de aanwezigheid van de democratische controle verschil uitmaken, maar niet in te zien valt dat, laat staan waarom, voor zover een zelfstandig bestuurslichaam al uit hoofde van een hem daartoe gelaten bevoegdheid de eigen taken (nader) kan vaststellen, dat vaststellingsproces geen 'publiekrechtelijk' karakter zou dragen en, dus, 'lock, stock and barrel', onder het 'normale' medezeggenschapsrecht zou vallen. Daar komt een ander argument bij, dat in de loop van de wetsgeschiedenis overigens weinig aandacht heeft gehad.⁷ Publiekrechtelijke besluitvorming (anders dan - vooralsnog - bij wijze van algemeen verbindend voorschrift) is, normaliter via het bestuursprocesrecht, aan rechterlijke controle onderworpen, en aanvaarding van een beroep op de Ondernemingskamer in advieszaken tegen besluiten van bestuurslichamen roept daardoor de mogelijkheid

6 Blijkend uit de in n. 4 bedoelde beschikking.

7 Zie echter T. van Peijpe, a.w. (n. 2), p. 135 (l.k.).

van tegenstrijdige rechterlijke beslissingen op, zeker als men aanneemt dat strijd met de wet een besluit als zodanig kennelijk onredelijk maakt. (Het is overigens de vraag of de Ondernemingskamer in het kader van haar marginale toetsing zo ver wil gaan, of dat zij het voor verwerping van het beroep van een ondernemingsraad voldoende acht dat een aangevallen besluit niet *duidelijk* in strijd is met wettelijke bepalingen, althans die uit andere regelingen dan de WOR zelf.⁸) Voor zover ik heb kunnen vaststellen, is verder nog niet eerder geconstateerd dat art. 46d zo opgezet is dat het een merkwaardig 'gat' vertoont. De uitzondering van art. 46d sub b. geldt slechts wanneer in de publieke onderneming 'uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht', zodat publiekrechtelijke lichamen waarvan het personeel in hoofdzaak op arbeids-overeenkomst werkt, niet onder Hoofdstuk VII B ressorteren. Voor zover door dergelijke lichamen, zoals bij voorbeeld pleegt te gebeuren bij de verschillende 'schappen', toch ook publiekrechtelijke vaststelling van taken plaatsvindt, lijkt het adviesrecht daarop dientengevolge onverkort van toepassing, zij het dat voor zover het (niet om de vaststelling van taken, maar) om (daaruit als het ware 'voortvloeiend') beleid en uitvoering gaat, die lichamen weer wèl een beroep op art. 23, derde lid, toekomt. Erg consistent is het legislatieve bouwwerk daarmee niet, en de hier geschetste complicaties maken duidelijk dat de afgrenzing van het overheidsbegrip en daarmee van het gebied waarop de uitzondering van art. 46d sub b. van toepassing is, zo is geformuleerd dat de rechter in de toekomst nog wel wat knopen zal moeten doorhakken.

5. In het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer heeft de CDA-fractie gevraagd naar de scheidslijn tussen wel en niet aan het adviesrecht onderworpen (voorgenomen) besluiten als het gaat om zulke zaken als 'een personele afslankingsoperatie'.⁹ In antwoord daarop is door de regering 'benadrukt' dat in het gekozen systeem alleen de publiekrechtelijke vaststelling van taken etc. buiten het overleg- en daarmee het adviesrecht valt, en dat de door die fractie gegeven voorbeelden

8 Vgl. OK 3 mei 1990, ROR 1990/9.

9 Bijl. Hand. EK 1994-1995, 23 551, nr. 48a, p. 2.

'... geen betrekking (hebben) op de vaststelling van de publiekrechtelijke taak. De genoemde aangelegenheden behoren derhalve tot de onderwerpen van overleg ...

Enkel wanneer bij een personele afslankingsoperatie duidelijk politieke besluitvorming plaatsvindt over bij voorbeeld taakafstoting of taakvermindering, ligt dat genuanceerder. Ten aanzien van de taakafstoting of taakvermindering geldt het primaat van de politiek

...¹⁰

Dit komt, met alle verschuldigde eerbied, het abacadabra van een minder begaafde tovenaarsleerling nogal nabij. Bezuinigingen zijn immers een onderwerp waarover de besluitvorming veelal een bij uitstek politiek karakter draagt. Voor zover bezuinigingen al kunnen worden doorgevoerd zonder dat tegelijkertijd het takenpakket van de overheid wordt aangepast, zal het daarbij normaliter in elk geval gaan om een kwestie van wijziging van de wijze van uitvoering van die taken, en daarvoor geldt de uitzondering van art. 46d sub *b*. evenzeer als voor de vaststelling van die taken. Ook van een op het oog zo 'onschuldig' besluit als een herindeling van een ministerie zonder (wezenlijke) personele consequenties valt, anders dan de regering in het citaat doet voorkomen, moeilijk vol te houden dat het niet onder de uitzondering kan vallen: met zo'n herindeling zal immers wijziging komen in (de verantwoordelijkheid voor) de uitvoering van de taken die zijn opgedragen aan de verschillende bij die reorganisatie betrokken diensten.¹¹ Het in het citaat uit de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer als een soort lakmoestest voorgehouden onderscheid tussen bezuinigingen die wèl en andere die niet 'duidelijk politiek' zijn, is er een waarmee niet goed valt te werken, al was het maar omdat daarbij *motieven* doorslaggevend worden, zonder dat de wettekst ruimte laat voor de relevantie daarvan, en terwijl in de praktijk vaak sterk uiteenlopende motieven tegelijk een rol kunnen spelen. Aan de praktijk zou beter dan thans is gebeurd, met de wetsgeschiedenis richting zijn gegeven als voor de verschillende in art. 25, eerste lid, WOR bedoelde onderwerpen stuk voor stuk zou zijn nagegaan of (resp. onder

¹⁰ Id., nr. 48b. p. 2.

¹¹ In de uitspraak genoemd in n. 4 ging het om de overdracht van zekere controletaken van de GMD aan bedrijfsverenigingen, en werd de uitzondering van art. 23, derde lid, van toepassing geacht.

welke omstandigheden) voorgenomen besluiten daarover op grond van het primaat van de politiek al dan niet onder de 'jurisdictie' van de ondernemingsraad van een overheidslichaam vallen. Opmerkelijk vanuit terminologisch oogpunt is nog dat in de Memorie van Antwoord wordt gesproken van 'de vaststelling van de publiekrechtelijke taak', terwijl in de wettelijke formulering het karakter van de taken onbepaald is — en terecht, nu het onderscheid tussen publieke en andere taken van de overheid, op zijn minst, weinig scherp is —, maar het om de wijze van vaststelling van taken gaat. Van de in deze paragraaf bedoelde ministeriële uitspraken kan, al met al, moeilijk worden gezegd dat zij getuigen van een diep en helder doordenken van de problematiek, en ook hier geldt, dientengevolge, dat wettekst en wetsgeschiedenis op cruciale punten zo weinig houvast bieden dat aan de rechter een relatief ruime interpretatiemarge is gelaten.

6. Het beeld dat uit de wetsgeschiedenis oprijst, is niet minder verward wanneer het gaat 'om de uitzondering op de uitzondering', die voor de personele gevolgen. Het moge duidelijk zijn dat de ondernemingsraad, bij 'belangrijke' besluiten, voor advies moet worden ingeschakeld als, beter: *voor zover*, het om die gevolgen gaat, maar de lezer van de parlementaire stukken tast op een nogal wezenlijk punt in het duister: in hoeverre kan bij het verplichte overleg over de gevolgen van een voorgenomen besluit met de ondernemingsraad de 'achterliggende' politieke besluitvorming zelf alsnog ter discussie komen te staan? In een (naar mijn schatting beperkt) aantal gevallen zal men met een aanvaardbare mate van scherpheid kunnen onderscheiden tussen het publiekrechtelijke (voorgenomen) besluit zelf en de gevolgen daarvan, zeker als men dat besluit beperkt houdt (zoals bij een 'principebesluit'), maar veelal zullen die gevolgen, in elk geval voor een belangrijk deel, inherent zijn aan, en daarmee onlosmakelijk onderdeel uitmaken van het besluit: men kan een besluit vaak het best beschrijven door aan te geven wat de consequenties daarvan zijn, inclusief de (eventuele) personele gevolgen. Men kan daarbij dan wel, met de minister, benadrukken dat de politieke besluitvorming een 'gegeven' is, ook voor de rechter, en dat daarom disputen beperkt moeten blijven tot die personele gevolgen,¹² maar wie dat zegt, definieert het probleem weg zonder het op te lossen. Dat wegdefinieren is daarbij met de

12 Bijl. Hand. EK 1994-1995, 23 551, nr. 48b, p. 2.

wettekst zelf niet onmiddellijk te verenigen, omdat het behouden deel van het 'normale' adviesrecht nu eenmaal de personele gevolgen betreft zonder uitzondering of restrictie voor die gevolgen die inherent zijn aan het 'politieke' (deel van het) besluit.

7. Het is opmerkelijk, maar vooral bijzonder jammer dat uit het parlementaire debat niet blijkt dat regering en volksvertegenwoordiging te rade zijn gegaan bij de jurisprudentie van de Ondernemingskamer. De uitzondering van art. 46*d* sub *b*. is er een voor 'de gevolgen (van het besluit) voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen', en bij die uitzondering spelen twee wezenlijk verschillende aspecten die met zoveel woorden tot uitdrukking komen in art. 25, derde lid, een rol: die gevolgen, als zodanig, enerzijds en 'de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen' anderzijds. Bij dat laatste aspect gaat het om zulke vragen als die of, gegeven de uit een besluit voortvloeiende personeelsreductie, gedwongen ontslagen al dan niet te vermijden zijn, en die of de getroffen financiële en andere voorzieningen genoegzaam zijn,¹³ punten die zich op zichzelf, in elk geval tot op zekere hoogte, nog wel los van het 'eigenlijke' besluit laten beoordelen. Bij de gevolgen als zodanig is de band met het besluit echter, zoals reeds in de vorige paragraaf aangegeven, veel directer, en vaak onlosmakelijk. 'Sprakmakende' casusposities uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer zijn die waarin het op redelijkheid te beoordelen gevolg het verdwijnen van werkgelegenheid was, omdat het eigenlijke besluit ertoe strekte de productie te beëindigen of te beperken dan wel naar elders over te brengen.¹⁴ In dat type gevallen is het juist het grote gewicht van de gevolgen van het besluit die meebrengt dat de ondernemer, zeker als de ondernemingsraad voor het personeel minder zwaarwegende alternatieven heeft gesuggereerd (ook wanneer hij dat doet zonder deze zelf uit te werken), deugdelijk — en niet 'vaag en algemeen' — moet aangeven waarom de gewraakte aanpak wordt gekozen, en niet een alternatief waarin die gevolgen niet of althans in mindere mate optreden. Het is op zijn minst een serieuze vraag of een ondernemingsraad die

13 Vgl. b.v. OK 20 april 1989, ROR 1989/4 en OK 25 april 1991, ROR 1991/15.

14 Vgl. OK 27 november 1986, NJ 1988, 359, ROR 1986/31, OK 22 oktober 1987, ROR 1987/30, OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845, ROR 1988/29 en OK 28 november 1991, ROR 1992/7 (resp. Organon, Smit Internationale, Fluke en BAT).

om de gevolgen te verzachten een alternatief met minder zwaarwegende personele consequenties voorstelt, op zijn medezeggenschapsrechtelijke nummer kan worden gezet met het argument dat 'de politiek' nu eenmaal voor een andere oplossing heeft gekozen, en gelet op het primaat ook zonder medezeggenschapsrechtelijk risico kon kiezen. Een praktijkvoorbeeld dringt zich op dit punt op. Eind 1995 meldde de media het protest tegen een voornemen van de marineleiding om werkzaamheden van Katwijk naar Den Helder over te brengen. Zou de uitsluiting van art. 53a voor het Ministerie van Defensie c.s. niet bestaan, dan zou de overheid zich op een eventueel beroep van 'zijn' ondernemingsraad kunnen (trachten te) verdedigen met de exceptie dat bij die overplaatsing sprake is van (een andere wijze van) uitvoering van publiekrechtelijk vastgestelde taken, en zou daardoor de vraag rijzen of tot die vaststelling tevens de bepaling van de lokatie behoort waarop die taken worden uitgevoerd. Wie op die vraag een antwoord wenst, zoekt daarnaar vergeefs in de wetsgeschiedenis. Op eerste gezicht lijkt die plaats misschien niet al te 'publiekrechtelijk' van aard, maar bij dit soort besluiten spelen vaak typisch 'politieke' overwegingen, zoals bij voorbeeld spreidingsbeleid, (denk aan de PTT) een belangrijke rol.

8. Indien en voor zover het adviesrecht van art. 46d sub *b.* van toepassing is, is van belang op welk moment in het politieke besluitvormingsproces precies inschakeling van de bij de materie betrokken ondernemingsraad dient plaats te vinden. Wat het moeilijke vraagstuk van het inschakelingsmoment betreft biedt de wetsgeschiedenis van de hier besproken regeling geen duidelijkheid, en daarmee moet worden teruggevallen op art. 25, tweede lid, WOR, op grond waarvan advies moet worden gevraagd op zodanig moment dat het nog van 'wezenlijke invloed' kan zijn. Ook in de 'normale' privaatrechtelijke context is (nog steeds) weinig helder hoe vroeg dat inschakelingsmoment moet resp. hoe laat het mag liggen, omdat ook bij de invoering van dat tweede artikellid, de wetgever helderheid niet tot eerste doelstelling lijkt te hebben verkozen.¹⁵ Wat het inschakelingsmoment betreft is de situatie bij de overheid extra problematisch door de eigenaardigheden van de politieke besluitvorming. De WOR gaat uit van een als eenheid

15 Zie over dit onderwerp voor de 'normale' situatie met name J.J.M. de Laat, P.L.J. Bosch en W. Zeijlstra, 'Lijn(en) in het ondernemingsrecht', SMA 1991, pp. 766/775.

begrepen en optredende ondernemer (een concept dat ook — hier niet te bespreken — problemen oplevert bij besluitvorming in concernverband) die een welomlijnd voorstel formuleert. In publieke termen is dat tot op grote hoogte vergelijkbaar met een wetsvoorstel of een aan de gemeenteraad voorgelegd voornemen van burgemeester en wethouders. Terwijl in het bedrijfsleven de 'interne' besluitvorming pleegt te zijn afgerond op het moment dat het voornemen (naar buiten en, daarmee) bij de ondernemingsraad komt, begint het spel van geven en nemen, met zijn vaak zo verrassende uitkomsten, in de politiek dan vaak pas. Zo kan in een uiteindelijk besluit een laat voorgesteld amendement of een in extremis ingediende motie een wezenlijke verandering bewerkstelligen, óók wat de gevolgen van het besluit betreft — bij voorbeeld (zoals tegenwoordig bij de invoering van wijzigingen in de sociale verzekeringswetgeving eerder regel dan uitzondering lijkt) door een invoeringsmoment te vertragen —, en het is niet eenvoudig een aanpak te bedenken waarin de overheids-ondernemingsraad op een zinnige wijze bij dat proces kan worden betrokken én betrokken kan blijven zonder dat dat, via allerlei 'terugkoppelingen', leidt tot wezenlijke vertragingen in het politieke besluitvormingsproces.

9. Niet alleen voor art. 46d sub *b.*, waarop de schijnwerpers in het voorgaande in het bijzonder zijn gericht, getuigt de wetsgeschiedenis eerder van goede (althans vriendelijk geformuleerde) wil dan van helder inzicht; dat geldt evenzeer voor de in dat artikel sub *a.* gegeven negatieve omschrijving van de publiekrechtelijke 'bestuurder'. Art. 1 WOR definieert, onder meer, wie de hoedanigheid van bestuurder bezit. Het is op zijn minst goed verdedigbaar dat dat bij een (als onderneming gezien) ministerie de minister zelf is, en in elk geval — bij een actieve minister — kan zijn, en het is evenzeer begrijpelijk dat de wetgever het adviesrecht van art. 30 WOR niet voor de benoeming en het ontslag van ministers (en andere, specifiek genoemde politieke ambtsdragers) wil laten gelden. De voor de hand liggende legislatieve benadering zou mijn inziens zijn om te bepalen dat, voor zover een dergelijke politieke ambtsdrager volgens de wettelijke definitie bestuurder is, in zijn plaats de aan hem rapporterende hoogste ambtelijke leiding als bestuurder(s) wordt aangemerkt. In plaats daarvan is, bij Nota van Wijzigingen, gekozen voor een 'negatief' systeem: de wetgever heeft er namelijk mee volstaan aan te geven dat de opgesomde

politieke ambtsdragers géén bestuurders zijn, zonder zich (kenbaar) te realiseren dat daarmee de ambtelijke leiding niet, en zeker niet perse, bestuurder in de zin van de WOR wordt; daarvoor blijft immers nodig dat de betrokken functionarissen aan de definitie van art. 1 WOR voldoen. De gekozen oplossing is problematisch omdat, anders dan de wetsgeschiedenis doet voorkomen,¹⁶ het enkele 'overlaten' door de minister aan de secretaris-generaal van de feitelijke leiding over de arbeid op het ministerie niet doorslaggevend behoeft te zijn: zou die benadering opgaan, dan zou het adviesrecht van art. 30 WOR voor de leden van de Raad van Bestuur van een grote onderneming immers op overeenkomstige wijze gefrustreerd kunnen worden, en dat lijkt niet echt de bedoeling van het gebruikte begrippenapparaat. Nu op dit punt de intentie van de wetgever weliswaar ongelukkig onder woorden is gebracht, maar de intentie helder is, zal het door de gekozen opzet veroorzaakte en hier geconstateerde probleem hopelijk voornamelijk van academische betekenis (blijken te) zijn. Maar mooi is, desalniettemin, anders.

10. In elk geval wèl van groot praktisch belang is de problematiek die hierboven de meeste aandacht heeft gekregen, te weten die van de precieze consequenties van de keuze van de wetgever voor het primaat van de politiek. Diezelfde politiek schampert wel eens, recent nog bij monde van Commissaris van de Koningin Van Kemenade, over rechters die op de stoel van de wetgever zouden gaan zitten. De rechter kan echter moeilijk anders wanneer, zoals bij de keuze voor dat primaat, de wezenlijke problemen van afbakening die daardoor worden opgeroepen, — ondanks de waarschuwende vinger¹⁷ reeds vooraf opgestoken door de Raad van State¹⁷ — niet serieus zijn doordacht, de gekozen wettelijke formulering 'open' is en, ten slotte, de wetsgeschiedenis, alleen al door zijn vele tegenstrijdigheden en accentverschillen, allesbehalve richtinggevend kan worden genoemd. Kortom: er lijkt weer, onbedoeld, een 'lawyer's paradise' te zijn gecreëerd. Het woord is aan de Ondernemingskamer.

16 Zie b.v. Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 511, nr. 5, pp. 5/6.

17 Zie Bijl. Hand. TK 1993-1994, 23 551, no. A, p. 6 (l.k.).

WOR bij de overheid: hoe marginaal is de rol van de ondernemingsraad?

L.C.J. SPRENGERS

1 Inleiding

De behoefte aan een goede medezeggenschapsregeling voor de overheidssector is niet pas de laatste decennia aan de orde, maar is al van het begin van deze eeuw in discussie.

Zo onderbouwde in 1891 de ambtenaar Detiger¹ zijn pleidooi voor het toekennen van medezeggenschapsrechten aan ambtenaren over dienstzaken op de navolgende wijze:

'Men denke maar eens aan het invoeren van een of andere machine, die tal van werklieden broodeloos kan maken. Ik denk hier aan de meermalengeopperde automatische gaslantaarnopsteking, waardoor tal van lantaarnopstekers overbodig worden. Schort daar nu niet wat aan, dat zoo'n nieuwigheid kan worden ingevoerd zonder dat de werklieden ook maar een greintje te vertellen hebben.'

Inmiddels is het gemeengoed geworden dat ook ambtenaren medezeggenschapsrechten hebben over besluiten die voor hen gevolgen hebben.

In het ARAR is in 1931 voor het eerst een regeling van dienstcommissies opgenomen, die in 1982 inhoudelijk sterk gewijzigd is.

¹ M. Algra, *Wie Zwijgt, wordt niet gehoord; geschiedenis van de medezeggenschap in Nederland*, Amsterdam 1989, p. 39.

N.a.v. een motie van het PvdA-Kamerlid Moor is de regeling voor dienstcommissies zo aangepast, dat deze aan ondernemingsraden vergelijkbare bevoegdheden kregen, zoals vastgelegd in de Wet op de ondernemingsraden na de wetwijziging van 1979.²

Uit een evaluatie³ van het functioneren van de regeling van de medezeggenschap van de dienstcommissies in 1987 bleken een aantal knelpunten, onder meer:

- de onduidelijke bevoegdhedenstructuur binnen de rijksoverheid en de koppeling van de bevoegdheden van dienstcommissies aan de bevoegdheden van haar gespreks- en overlegpartner, het hoofd van dienst;
- het ontbreken van een beroepsgang naar een onafhankelijke rechterlijke instantie; en
- het ontbreken van mogelijkheden om een medezeggenschapsstructuur vorm te geven.

De wetgever is tot de conclusie gekomen dat de regeling van de medezeggenschap bij de overheid niet meer als marktconform te beschouwen was.⁴ Gekozen is om de medezeggenschap voor (het grootste gedeelte van) de overheidssector onder te brengen in de WOR, omdat daarmee de geschetste knelpunten worden ondervangen.

Inmiddels is met ingang van 5 mei 1995⁵ de WOR ook op de overheidssector van toepassing. Onder meer is er een nieuw hoofdstuk 7b toegevoegd aan de Wet op de ondernemingsraden waarin de bijzondere bevoegdheden voor ondernemingsraden bij de overheid opgenomen zijn.

Een van de bijzondere bepalingen heeft betrekking op de beperking van bevoegdheden voor de ondernemingsraad bij de overheid ten aanzien van onderwerpen die vallen onder de publieke taak van de overheid. Ook wel aangeduid als het primaat van de politiek.⁶

2 Prof. mr. M.G.Rood, Collectief Ambtenarenrecht, 's Gravenhage 1989, p. 193.

3 Instituut voor Sociaal Wetenschappelijk Onderzoek (IVA) Evaluatie van de nieuwe regeling dienstcommissies 1987.

4 TwK 1993-1994, 23 551 nr. 3 p. 1 e.v.

5 Stb 1995, 23.

6 Zie hierover onder meer: prof. mr. P.F. van der Heijden 'Ondernemingsraden bij de overheid en het primaat van de politiek' SR 1993-6, p. 131 mr. L.C.J.Sprengers, de invoering van de wet op de ondernemingsraden bij de overheid, SR 1994-12, p. 350 e.v. mr. L.C.J. Sprengers en R. van der Stege, de paradox van het politieke

2 Primaat van de politiek

In het nieuw toegevoegde hoofdstuk 7b is in artikel 46d sub b WOR bepaald, dat aan de ondernemingsraad geen overlegrecht toekomt over aangelegenheden de onderneming betreffend die vallen onder de:

- de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan;
- het beleid ten aanzien van die taken; en
- de uitvoering van die taken, "behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen".

Door de ondernemingsraad het overlegrecht daarover te onthouden, vervalt ook de bevoegdheid van de ondernemingsraad verdergaande bevoegdheden zoals het advies, instemmings- en initiatiefrecht over dergelijke aangelegenheden uit te oefenen.

In art. 23 lid 3 WOR is reeds een vergelijkbare bepaling opgenomen, met uitzondering van de vaststelling van de publiekrechtelijke taak. Tot nu toe had deze bepaling een beperkte werking, namelijk voor privaatrechtelijke ondernemingen die zich bezig houden met de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.⁷

De wetgever heeft ervoor gekozen om het primaat van de politiek in een apart wetsartikel op te nemen om het gewicht hiervan te onderstrepen. De betekenis van deze bepaling neemt enorm toe door het onderbrengen van nagenoeg de gehele overheidssector onder de WOR.

Met deze bepaling wordt beoogd, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting, om buiten twijfel te stellen dat de voor de ondernemingsraad bij de overheid aangebrachte beperking alleen betrekking heeft op besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden

primaat, Praktijkblad voor Medezeggenschap, december 1994, p. 28 e.v. en januari 1995, p. 32 mr. T. van Peijpe Medezeggenschap en de grenzen van het politieke primaat, NJB 1995-4, p. 134 e.v.

7 Voor rechtspraak over art. 23 lid 3 WOR zie: OK Gerechtshof A'dam 23-12-1993, JAR 1994,15; SR 1994-3, p. 94; ROR 1994/4 (OR GMD/GAK); en Rb. A'dam, 20-10-1993, JAR 1993,57;SR 1994-2,p.55; ROR 1994/3; (ondernemingsraden omroepen/NOS).

genomen. "Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om de beperking verder te laten gaan dan noodzakelijk is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek".⁸

Gezien het feit dat met de introductie van de WOR bij de overheid ook de toetsing door de onafhankelijke rechter geïntroduceerd wordt, heeft dit punt extra aandacht gekregen. De ministers geven aan dat de reden waarom aan de ondernemingsraad bij de overheid geen adviesrecht inzake politieke besluiten wordt toegekend, is gelegen in het feit dat daaraan een beroepsrecht, op de Ondernemingskamer is verbonden.⁹

De ministers zijn van mening dat de politieke organen zelf een belangenafweging moeten maken en dat daarbij geen rechterlijke toets op zijn plaats is.

Bij bestudering van de kamerstukken valt op dat de wetgever zeer omzichtig de grenzen van deze bepaling probeert te omschrijven.

Enerzijds wordt aangegeven dat het uitdrukkelijk de bedoeling is deze beperking niet verder te laten gaan dan noodzakelijk is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Herhaaldelijk wordt benadrukt dat de wet op de ondernemingsraden een minimumregeling is en dat er geen enkel bezwaar is indien ondernemers bij de overheid verder zouden willen gaan dan de wet hen voorschrijft.

Anderzijds wordt de inperking in artikel 46d sub b WOR gelijk gesteld met besluitvorming door een democratisch gecontroleerd orgaan. Als het een besluit van een politiek orgaan betreft vervallen de bevoegdheden van de medezeggenschap, tenzij en voor zover het gevolgen heeft voor het personeel.

3 Voorbeeld vuilophaaldienst

In de wetsgeschiedenis heeft de discussie tussen kamer en minister hierover o.a. plaatsgevonden aan hand van concrete voorbeelden. Een van de voorbeelden betrof de vraag of de ondernemingsraad al dan niet advies mag uitbrengen over een voorgenomen besluit van de gemeenteraad tot uitbesteding van de gemeentelijke vuilophaaldienst aan een particuliere onderneming.

8 TwK 1993-1994, 23551, nr. 3. p. 6.

9 TwK 1993-1994, 23551, nr. 5. p. 11.

De minister antwoordt hier als volgt op:¹⁰

'In dit geval heeft de ondernemingsraad geen medezeggenschapsrechten ten aanzien het (voorgenomen) besluit tot uitbesteding van de gemeentelijke vuilophaaldienst als zodanig. Dit is een besluit als bedoeld in art. 46d, onder a (het latere b) van het wetsvoorstel. Overigens verbiedt het artikel niet om een dergelijk (voorgenomen) politiek besluit in de overlegvergadering te bespreken of daarover advies te vragen. Als dat niet gebeurt, heeft de ondernemingsraad echter nog wel medezeggenschap ten aanzien van de personele gevolgen van dat besluit'.

Ik wil aan de hand van dit voorbeeld op de navolgende vragen nader ingaan:

a. Wat is de publieke taak?

De wetgever stelt dat besluiten van een democratisch gecontroleerd orgaan, zoals in dit voorbeeld de gemeenteraad, vallen buiten de bevoegdheden van de ondernemingsraad. Daarmee wordt het primaat van de politiek beantwoord vanuit de vraag welk orgaan het besluit genomen heeft en niet afhankelijk gesteld van de vraag of het besluit valt onder de publieke taak. Dit lijkt mij een onjuiste benadering. Gezien de tekst van de wet dient doorslaggevend te zijn of een besluit onder publieke taak valt en niet door welk orgaan het besluit genomen wordt. Op basis van art. 23 lid 3 WOR is de inperking van bevoegdheden van de ondernemingsraad op basis van het primaat van de politiek reeds aanwezig in de WOR.¹¹ Daarbij wordt, zo blijkt uit de rechtspraak, per besluit nagegaan of er sprake is van een publieke taak. Zo verwierp de Rechtbank Amsterdam de algemene stelling van de NOS, dat alle besluiten van het NOS-bestuur onder de uitzondering art. 23 lid 3 WOR vielen, omdat deze gebaseerd waren op een in de Mediawet vastgelegde taak. 'Naar het oordeel van de rechtbank dient in elk concreet geval naar de aard van het (voorgenomen besluit aan de hand van het bepaalde in dat artikel (=23 lid 3 WOR) vastgesteld

¹⁰ TwK 1993-1994, 23551, p. 10.

¹¹ Het verschil met art. 46d sub b en art 23 lid 3 WOR schuilt met name in het feit in art. 46d lid b de vaststelling van de publieke taak ook opgenomen is, naast het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, die ook in art. 23 lid 3 WOR opgenomen zijn.

te worden of het desbetreffende (voorgenomen) besluit valt onder de uitzondering van dit artikel.¹²

Daar kan tegenin gebracht worden dat in art. 46d lid b WOR nu juist uitdrukkelijk de vaststelling van de publieke taak onder de beperking van het primaat van de politiek gebracht wordt. Maar dat betekent nog niet dat daarmee gesteld kan worden dat elk besluit van een democratisch gecontroleerd orgaan buiten de bevoegdheden van de ondernemingsraad valt. Het dient te gaan om besluiten die vallen onder de publieke taak van de overheid. Dit vereiste kan niet impliciet afgeleid worden uit het feit dat een overheidsorgaan een besluit genomen heeft. Als basis dient er regelgeving te zijn waaruit de publieke taak blijkt. Voor de ondernemingsraad bij de overheid is het dus van belang na te gaan op welke publieke taak een besluit gebaseerd is.

Het ophalen van huisvuil als zodanig zal onderdeel vormen van de publieke taak. Maar bij privatisering komt de publieke taak toch meer op de achtergrond te staan. Kenmerk van privatisering is immers dat blijkbaar het besef ontstaan is dat het niet meer echt tot de taak van de overheid behoort om voor de uitvoering van dergelijke voorzieningen zorg te dragen, maar dat dit ook door de marktsector verzorgd kan worden.

Zoals gesteld moet dit niet benaderd worden vanuit de vraag of er een besluit is van een democratisch gekozen orgaan. Stel bijv. dat de gemeenteraad besluit om alleen het afvoeren van het afval van de overheid zelf uit te besteden. Dan is voor de bevoegdheden van de OR toch niet bepalend of de gemeenteraad hiertoe besloten heeft, maar wel of er sprake is van een publieke taak. Daar is in dit voorbeeld geen sprake van. Het gaat hier niet om een beslissing van de overheid als overheid.

Mag er een a-contrario redenering toegepast worden, nl. indien het besluit niet genomen wordt door een democratisch gecontroleerd orgaan, dat er dan geen sprake is van een inperking van OR-bevoegdheden op basis van het primaat van de politiek? Gezien de opmerking van de wetgever dat het adviesrecht niet meer dan strikt noodzakelijk ingeperkt moet worden door het primaat van de politiek, lijkt hier veel voor te zeggen. Van Peijpe¹³ is van mening dat de grens inderdaad

¹² Zie Rb. A'dam t.a.p. 7.

¹³ T.a.p. 6, p. 136.

getrokken moet worden bij besluiten van democratisch gecontroleerde organen al dan niet tezamen met een bestuursorgaan. Anders wordt het heel moeilijk een grens te bepalen. Hoewel deze opvatting aantrekkelijke kanten heeft, vind ik dat daar geen steun voor te vinden is in art. 46d lid b WOR. Uitdrukkelijk wordt ook het beleid ten aanzien van en de uitvoering van de publieke taak onder de uitzonderingsgrond gebracht. Dit betekent het volledige besluitvormingstraject van vaststellen, beleid maken, besluiten en uitvoeren van onderwerpen die vallen onder de publieke taak, door de wetgever is geplaatst onder het primaat van de politiek.

Dit maakt dat deze wettelijk bepaling veel verder gaat dan strikt nodig is voor de bescherming van het belang dat de overheid nastreeft. Zeker daar waar marktconformiteit van de medezeggenschap bij de overheid doelstelling van de wetgever geweest is, moet geconcludeerd worden dat op dit punt de wetgever zijn doel ver voorbij geschoten is.

Dit kan in de praktijk nog meevallen, afhankelijk de wijze waarop omgesprongen wordt met de uitzondering ten aanzien van de personele gevolgen.

b. Omvang adviesrecht t.a.v. personele gevolgen

De wetgever gaat ervan uit dat het de politiek vrijstaat om eerst een besluit te nemen en dan pas ten aanzien van de personele gevolgen de ondernemingsraad in te schakelen. Aangegeven wordt dat het veelal aanbeveling verdient om advies te vragen voordat het politiek besluit genomen is, maar het 'kan op gespannen voet staan met de wenselijkheid om op politiek cruciale ogenblikken beslissingen te kunnen nemen, zoals bij kabinetsformatie en college onderhandelingen', aldus de minister.¹⁴

Het is echter de vraag of een dergelijke opvatting niet opgespannen voet staat met de overige bepalingen van de WOR.

In art. 25 lid 2 WOR is vermeld dat advies aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden op een moment dat dit advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. De ondernemingsraad heeft krachtens art. 46d lid b WOR een adviesrecht voorzover het de personele gevolgen betreft van een besluit tot uitbesteding. De vraag is of er nog wel sprake kan zijn van wezenlijke beïnvloedingsmogelijk-

¹⁴ TwK 1993-1994, nt. 5, p. 10.

heden ten aanzien van de personele gevolgen als het besluit als zodanig niet meer te beïnvloeden is. Er kunnen zich situaties voordoen waar het nemen van een politiek besluit alvorens advies te vragen, in strijd is met art. 25 lid 2 WOR.

Het lijkt evident dat in de meeste gevallen juist vanwege de personele gevolgen tot uitbesteding besloten wordt. Dit kan liggen in het feit dat uitbesteding goedkoper is vanwege lagere arbeidsvoorwaarden, dat er meer know how aanwezig in de markt, die niet aanwezig is bij het overheidspersoneel, dat de voorkeur er naar uitgaat om niet de organisatorische werkzaamheden behorend bij het instandhouden van een dienst in huis te houden etc. Als om die redenen tot uitbesteding overgegaan wordt, dan staan de beweegredenen die ten grondslag liggen aan het besluit in direct verband met de personele gevolgen. Als dat zo is dan kan over een dergelijk besluit geen politiek besluit genomen worden voordat advies ingewonnen is bij de ondernemingsraad.

De ondernemingskamer beoordeelt de vraag welk medezeggenschapsorgaan bevoegd is op basis van art.35 WOR (COR, GOR of OR) op vergelijkbare wijze. Besluiten die van gemeenschappelijk belang zijn voor de helft of meer der betrokken ondernemingen vallen onder de bevoegdheid van een COR of GOR. Of er van een dergelijk gemeenschappelijk belang sprake is, leidt de ondernemingskamer af uit de motieven die aan het besluit ten grondslag liggen.¹⁵

Een dergelijke toetsing lijkt ook voor de hand te liggen bij de vraag of politieke besluitvorming vooraf mag gaan aan de besluitvorming ten aanzien van de personele gevolgen.

Uitbesteding, zoals bijv. van het vuil ophalen, zal mede onder invloed van de Europese regelgeving via openbare aanbesteding plaats moeten vinden. Dit betekent dat wil een advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed kunnen zijn op het besluit ten aanzien van de personele gevolgen, er in ieder geval ook raadpleging van de ondernemingsraad dient te zijn op het moment dat het pakket van eisen vastgesteld wordt waarin aangegeven wordt welke personele verplichtingen de aanbesteder al dan niet dient over te nemen. Het recente conflict, najaar 1995, in de vervoerssector over de verplichting tot overname

15 OK Gerechtshof Amsterdam 10-5-1990, SR 1990, 7/8, p.228; ROR 1990, 126; NJ 1990/20.

van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden bij het gunnen van vervoersconcessies aan andere werkgevers, tussen de vakbonden en minister Jorritsma heeft aangetoond dat het beïnvloedingsmoment als het gaat om de personele gevolgen al vroeg in het besluitvormings-traject kan liggen.

Ook de rechtspraak van de Ondernemingskamer bevat aanwijzingen, dat bij de bepaling van het moment van inschakelen van de ondernemingsraad rekening gehouden moet worden met het feit, dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. Zo was de Ondernemingskamer van mening dat de ondernemer die in het kader van uitbreidingsplannen van het psychiatrisch ziekenhuis eerst zijn plannen ter goedkeuring bij het toenmalige Ministerie van WVC voorlegde en pas na verkregen goedkeuring, de ondernemingsraad om advies zou gaan vragen, handelde in strijd met de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad.

Op dat moment zou het OR advies geen wezenlijke invloed meer op de besluitvorming kunnen hebben.¹⁶

Ook vanuit de invalshoek van de Algemene Wet Bestuursrecht is hier een kanttekening bij te maken.¹⁷

Art. 3:4 ABW bepaalt dat een bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af dient te wegen, voordat tot besluitvorming overgegaan wordt. Dit betekent dat in voorkomende gevallen de personeelsbelangen bij de besluitvorming afgewogen moeten worden. Het kan niet zo zijn, dat enerzijds de overheid de opdracht gegeven wordt om bij de besluitvorming de personele belangen ook mee af te wegen op grond van de ABW en anderzijds er op basis van de WOR geen verplichting is om voor besluitvorming eerst het advies t.a.v. de personele gevolgen te vragen aan de ondernemingsraad.

De mogelijkheid zou zich anders voor kunnen doen, dat een ondernemingsraad als belanghebbende ex art. 1:2 ABW een besluit zou kunnen gaan aanvechten, indien geen rekening gehouden is met de personele belangen.

16 OK Gerechtshof Amsterdam, 22-11-1990, SR 1990-2, p. 61 e.v. ; ROR 90/29.

17 Zie ook van Peijpe, t.a.p. 6, p. 136.

Dit alles maakt duidelijk dat wil een overheidsondernemer niet tekort doen aan de belangen van de ondernemingsraad, hij genoodzaakt is om advies te vragen aan de ondernemingsraad voordat hij tot politieke besluitvorming over gaat. Doet hij dat niet, dan is strijdigheid met art. 25 lid 2 WOR en de ABW niet uit te sluiten.

4 Is ondernemingsraad bij overheid meer dan belangen-behartiger personeel?

Door de wijze waarop de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van het primaat van de politiek vastgelegd zijn, ontstaat het risico dat de rol van de ondernemingsraad bij de overheid beperkt blijft tot alleen de personele gevolgen van besluitvorming. Dit in tegenstelling tot de ondernemingsraad in de marktsector. Die is ingesteld in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen. Dit betekent dat de ondernemingsraad ook geacht wordt alle belangen die een rol spelen bij een ondernemersbesluit mee te wegen bij zijn standpuntbepaling.¹⁸ Dus niet alleen het personeelsbelang. Deze bepaling geldt echter ook voor de ondernemingsraad bij de overheid. De vreemde situatie doet zich dus voor, dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de overheid in een groot aantal gevallen beperkt zijn tot de personele gevolgen, maar dat de ondernemingsraad wel geacht wordt bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden zich door alle belangen van de onderneming bij zijn standpuntbepaling te laten leiden.

Ik vind het een juiste keuze van de wetgever om de ondernemingsraad niet alleen als een behartiger van personeelsbelangen aan te duiden. Het rekening moeten houden met alle betrokken belangen doet recht aan de positie en het belang van een ondernemingsraad binnen een onderneming. Het in veel gevallen beperken van de rol van de ondernemingsraad bij de overheid tot de personele gevolgen miskent deze positie. Het staat haaks op de opvattingen ten aanzien van de positie van de ondernemingsraad binnen de onderneming, die ook ten grondslag ligt aan het kabinetsstandpunt tot wijziging van de wet op de ondernemingsraden. Een vroegtijdige inbreng van de

18 Dit volgt uit art. 2 WOR.

ondernemingsraad op alle facetten van het ondernemersbeleid kan een zinvolle bijdrage leveren om te komen tot een betere en zorgvuldigere besluitvorming. Op dit punt is de wetgever niet echt consequent in zijn opvattingen.

De ervaringen van geprivatiseerde ondernemingen afkomstig uit de overheidssector, waar nu een ondernemingsraad ingesteld is, lijken geen aanleiding te geven voor de conclusie dat zich op dit punt veel problemen voordoen. Zie bijv. een interview met de bestuurder en voorzitter van de ondernemingsraad NV afvalverwerking Rijnmond. Beiden zijn van mening dat de medezeggenschapscommissie, in de oude situatie, alleen optrad als behartiger van personeelsbelangen en dat de ondernemingsraad juist meer oog heeft voor de continuïteit van de onderneming.¹⁹

Het is de vraag of deze ervaringen ook representatief voor de ondernemingsraad bij de overheid zullen blijken te zijn. De betekenis van het primaat van de politiek is daar immers veel groter, gezien het feit dat binnen de overheidsonderneming ook de politieke organen functioneren.

5 Conclusie

De WOR voor de overheid heeft op veel punten gezorgd voor een meer marktconforme medezeggenschap. Maar juist op het wezenlijke punt voor de overheidssector, het primaat van de politiek, is gekozen voor een inperking van bevoegdheden van de ondernemingsraad, die tot gevolg kan hebben dat de positie van de ondernemingsraad bij de overheid een veel marginalere wordt dan de ondernemingsraad in de marktsector. Ik heb het uitdrukkelijk over 'kan', omdat het niet de intentie is zoals die blijkt uit de toelichting van de wetgever. Het is naar de letter echter wel een gevolg van de gekozen vormgeving van het 'primaat van de politiek'. De minister heeft tijdens de mondelinge behandeling toegezegd dat hij erop zal toezien dat hij en zijn collega's uit zullen gaan van een ruime interpretatie²⁰ (in het voordeel van

19 Interview Fred Verbakel met J.G.Steinebach, voorzitter ondernemingsraad en ir. D. den Ouden, bestuurder NV afvalverwerking Rijnmond, Inzicht in de ondernemingsraad bij de overheid, p. 123, SDU 1995.

20 Hand. TwK 4 oktober 1994, p. 6-239.

de bevoegdheden van de ondernemingsraad). De jurisprudentie zal in staat zijn de laatste onduidelijkheden weg te nemen, aldus de Minister.²¹

Naar mijn inschatting zijn de normen in de wet en de daarop gegeven toelichting van dien aard, dat er nog heel wat vragen aan de rechter overgelaten zijn om te beslechten. Dit zal vooral afhankelijk zijn van de wijze waarop bestuurders zich zullen gaan opstellen in het overleg met de ondernemingsraad.

De voorzitter van de Bedrijfscommissie voor de overheidssector is er in ieder geval klaar voor. Hij zegt hierover: 'Voorgenomen politieke besluiten met personele gevolgen moeten per definitie vooraf in de ondernemingsraad besproken worden.' De bedrijfscommissie zal een eventueel proefproces niet in de weg staan als de bemiddeling niet lukt, aldus Xander den Uyl.²²

De verwachting is dan ook gerechtvaardigd dat het thema van het primaat van de politiek in de nabije toekomst prominent aanwezig zal zijn in het overleg tussen ondernemer en ondernemingsraad bij de overheid, zowel buiten als binnen de rechtszaal.

21 Hand. TwK.4 oktober 1994, p. 6-235.

22 Interview met Xander den Uyl, OR-informatie 25 oktober 1995, p. 34 e.v.

Totstandkoming van de WOR bij de overheid

E.M. VELDSTRA

Inleiding

Op 5 mei 1995 is in werking getreden de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden, waarbij de medezeggenschap van grote groepen overheidspersoneel in de WOR wordt geregeld. Precies op de vijftigste bevrijdingsdag. Dat was echter absoluut toeval.

In termen van 'een bevrijding' hoeven we dan ook niet te spreken. Maar een verandering betekent de inwerkingtreding wel. Op de achtergronden van die verandering en op de inhoud daarvan zal ik nader ingaan.

Oude situatie

Sinds 1982 gold voor de medezeggenschap bij de rijksoverheid de dienstcommissieregeling. De bij andere overheidslichamen geldende medezeggenschapsregelingen kwamen daar in hoge mate mee overeen. Die dienstcommissieregeling was weliswaar mede beïnvloed door de regeling van de medezeggenschap in de WOR, maar week toch ook op een aantal belangrijke punten af.

Zo waren bijvoorbeeld de bevoegdheden van de dienstcommissie afhankelijk van de bevoegdheden van de gesprekspartner van de dienstcommissie, -in termen van die regeling- het hoofd van de diensteenheid. Was het hoofd van de diensteenheid bevoegd om bepaalde maatregelen te treffen, dan was er ook een instemmingsrecht voor de dienstcommissie. Was het hoofd van dienst niet bevoegd, dan was er slechts een adviesrecht. En een geschillenregeling bestond er alleen voor die gevallen, waarin er sprake was van een instemmingsrecht.

Die geschillenregeling was voorts zodanig vorm gegeven dat het uiteindelijk aan de Minister was om -gehoord het advies van een onafhankelijke geschillencommissie- een beslissing in het geschil te nemen.

Hoewel er dus wel elementen van onafhankelijkheid in die geschillenprocedure waren ingebouwd, was het toch altijd de Minister die een eindbeslissing nam.

Tenslotte verdient vermelding dat er geen sprake was van een gelaagde medezeggenschapsstructuur. De regeling kende alleen dienstcommissies. Een gemeenschappelijke dienstcommissie of een centrale dienstcommissie kende de regeling niet. Mede daardoor bleven de bevoegdheden voor dienstcommissies beperkt.

Evaluatie dienstcommissieregeling

De evaluatie van de dienstcommissieregeling in 1986 gaf aan dat de regeling niet echt bevredigend werkte. Er waren nog wel wat knelpunten. Onder andere waren die gelegen in de al genoemde punten. Het ontbreken van een onafhankelijke beroepsinstantie werd als een gemis ervaren. Daarnaast was er veel onduidelijkheid over de bevoegdheden van het hoofd van de diensteenheid en daarmee tevens over de bevoegdheden van de dienstcommissie.

In eerste instantie heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken toen getracht de knelpunten binnen de bestaande dienstcommissieregeling op te lossen door voorstellen tot wijziging daarvan te ontwikkelen. Op juridisch-technische gronden bleek het echter niet mogelijk om echt iets te doen aan het knelpunt van het ontbreken van een externe onafhankelijke beroepsinstantie. Zou een dergelijke geschilbeslechtende taak bij de onafhankelijke rechter moeten worden neergelegd, dan zou dat immers bij formele wet dienen te geschieden. Bij algemene maatregel van bestuur, laat staan bij gemeentelijke of provinciale verordening kan niet zomaar de taak van de rechter worden uitgebreid.

Het geheel aan voorstellen zoals dat door Binnenlandse Zaken was ontwikkeld, ontmoette met name om die reden bezwaar bij Sociale Zaken. De wijzigingen gingen niet ver genoeg.

Het aanpassen van de bestaande medezeggenschapsregelingen bleek dan ook geen begaanbare weg.

Normalisatie, tenzij....

Bij het zoeken naar wegen, waarlangs de knelpunten wel zouden kunnen worden opgelost, speelde een belangrijke rol het inmiddels duidelijker wordende beleid van de Minister van Binnenlandse Zaken om te komen tot normalisering van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen bij de overheid. Dat beleid houdt in dat gestreefd moet worden naar wegneming van onnodige verschillen in positie tussen ambtenaren en werknemers in de marktsector. De arbeidsvoorwaarden en de arbeidsverhoudingen zouden zich meer richting die van de marktsector moeten ontwikkelen. Aanleiding voor dat beleid was de gewijzigde visie op de verhouding tussen overheid en ambtenaren. In het begin van de jaren tachtig, toen de dienstcommissieregeling tot stand kwam, heerste nog de opvatting dat de overheid een bijzondere werkgever is omdat zij ook overheid is, en dat die bijzonderheid ook zonder meer een rechtvaardiging was om voor het overheidspersoneel aparte regelingen te treffen. In die visie werden ambtenaren, omdat zij in dienst waren van een bijzondere werkgever, ook nog als bijzondere werknemers beschouwd.

Tegenwoordig wordt weliswaar nog steeds de overheid als een bijzondere werkgever gezien, maar brengt dat niet automatisch meer met zich mee dat dan ook afzonderlijke regelingen voor ambtenaren en werknemers in de marktsector gerechtvaardigd zijn. Ambtenaren worden thans dan ook als gewone werknemers gezien die in dienst zijn van een bijzondere werkgever. Alleen wanneer die bijzondere positie van de overheid dat noodzakelijk maakt, zijn verschillen in positie gerechtvaardigd. Het beleid van normalisatie kent dan ook een tenzij.....

Tenzij de bijzondere positie van de overheid zich daartegen verzet kunnen zoveel mogelijk dezelfde regelingen voor werknemers in markt- en overheidssector gelden.

Marktconforme medezeggenschap

Vanuit dit streven naar normalisatie, kwam bij het zoeken naar oplossingen voor de geconstateerde knelpunten, natuurlijk snel de vraag naar voren of het niet mogelijk zou zijn om de voor de marktsector in de WOR neergelegde medezeggenschapsregeling ook te laten gelden voor de overheidssector.

Dat bleek in beginsel inderdaad mogelijk te zijn. De WOR kende immers reeds lang de mogelijkheid dat ondernemingsraden meningsverschillen met hun overlegpartner -ook bij het adviesrecht- voorleggen aan een onafhankelijke rechterlijke instantie. Daarnaast zijn de bevoegdheden van de ondernemingsraad duidelijk in de WOR geregeld, en niet afhankelijk van de bevoegdheden van hun overlegpartner. Ook kende de WOR reeds een gelaagde medezeggenschapsstructuur met ondernemingsraden en groeps- c.q. centrale ondernemingsraden. Slechts wat begripsbepalingen zouden gewijzigd moeten worden om de WOR ook voor de overheidssector te laten gelden.

Een aspect van normalisatie op het punt van de medezeggenschap is voorts dat er in beginsel slechts één wettelijke regeling van de medezeggenschap is. Tot aan de invoering van de WOR golden er in de overheidssector tal van medezeggenschapsregelingen. Iedere gemeente en iedere provincie bijvoorbeeld kende elk een eigen medezeggenschapsverordening. Formeelwettelijke kaders voor de inhoud van die verordeningen waren er niet. De verschillende overheidswerkgevers zijn thans wel gebonden aan de regeling van de medezeggenschap in de WOR.

Uitgezonderde sectoren

De WOR geldt overigens niet voor de sectoren Onderwijs, Defensie en Rechterlijke Macht. In de sector Onderwijs geldt van oudsher een vorm van medezeggenschap waarbij ook leerlingen/studenten c.q. hun ouders een rol spelen. Er is voor gekozen die systematiek in beginsel te handhaven, hoewel voor delen van de onderwijssector niet uitgesloten is dat alsnog voor onderbrenging onder de WOR wordt gekozen.

De uitzondering van de sector Defensie is gebaseerd op de overweging dat de krijgsmacht onder alle omstandigheden onvoorwaardelijk beschikbaar moet zijn. Met name bij oorlogsgevaar of daaraan verwante omstandigheden alsook bij het houden van oefeningen kan er geen ruimte zijn voor overleg over de wijze van inzet van de krijgsmacht. Derhalve zouden ten aanzien van de onderwerpen en de mate van medezeggenschap als de tijdstippen waarop overleg kan worden gevoerd, normen moeten gelden die afwijken van de WOR.

De uitzondering van de Rechterlijke Macht ten slotte heeft te maken met de bijzondere staatsrechtelijke positie van met name de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren. In de uitgezonderde sectoren wordt overigens wel naar een nauwere aansluiting bij de WOR gezocht.

Marktconform, maar toch enkele uitzonderingen

De keus voor het onderbrengen van de medezeggenschap van groepen overheidspersoneel in de WOR, lag dus voor de hand. Maar zoals reeds opgemerkt, het beleid van normalisatie kent ook een tenzij. Een gelijke regeling voor personeel in markt- en overheidssector is in beginsel gerechtvaardigd, tenzij de bijzondere positie van de overheid zich daartegen verzet. Een wezenlijk verschil tussen de overheidswerkgever en een werkgever in de marktsector is, dat de overheidswerkgever te maken heeft met politieke, democratisch gecontroleerde organen, zoals het kabinet, de Staten-Generaal, een college van burgemeester en wethouders, een gemeenteraad en dergelijke.

Aan die organen is de bevoegdheid voorbehouden om te bepalen welke taken moeten worden verricht en hoe die taken moeten worden uitgevoerd. Te denken is bijvoorbeeld aan privatisering, aan verzelfstandiging of aan herschikking van taken over ministeries. Hierover vindt politieke besluitvorming plaats en de beoordeling of dergelijke besluiten al of niet redelijk zijn, moet ook aan de politiek zelf worden overgelaten. Het is niet passend geacht dat dergelijke politieke besluiten afhankelijk zouden worden gesteld van het oordeel van het personeel.

Dat personeel dient op dergelijke besluiten ook geen grotere invloed uit te oefenen dan andere burgers. Dergelijke besluiten zijn dan ook van de medezeggenschap van het overheidspersoneel uitgezonderd (zoals dat overigens ook al in de WOR was neergelegd ten aanzien van ondernemingen waaraan bij of krachtens een wettelijk voorschrift publiekrechtelijke taken zijn opgedragen, zoals b.v. de Nederlandse Bank N.V.). We spreken in dit verband over het primaat van de politiek.

Niet onvermeld mag blijven dat tijdens de kamerbehandeling van het wetsvoorstel heel duidelijk is uitgesproken dat het feit dat het wetsvoorstel geen recht aan de ondernemingsraden toekent op overleg over dergelijke politieke besluiten, niet betekent dat er ook niet over gesproken mag worden in het overleg. Integendeel, de Minister van

Binnenlandse Zaken gaf aan dat het naar zijn mening alleen maar verstandig zou zijn als dergelijke kwesties wel door de bestuurder in het overleg met de ondernemingsraad aan de orde worden gesteld. Of en in hoeverre de wettelijke beperking in de praktijk een rol zal spelen moet dan ook worden afgewacht.

Er is overigens wel duidelijk in de wet een rol voor de ondernemingsraden bij de overheid geregeld ten aanzien van de uit bedoelde politieke besluiten voortvloeiende personele gevolgen. Daarvoor gelden de normale regels van de WOR, hetgeen wil zeggen dat de ondernemingsraad daarover ook tijdig geraadpleegd moet worden.

Positie van de SER

Een ander punt waarop het voor de overheidssector noodzakelijk werd gevonden iets afwijkends te regelen, betreft de positie van de Sociaal Economische Raad (SER) in de WOR.

In de WOR zijn aan de SER bepaalde bevoegdheden toegekend, zoals die tot het instellen van bedrijfscommissies en het opleggen van een heffing voor scholing en vorming.

Een van de huidige grenzen van de normalisering is echter dat de overheidswerkgevers niet zijn vertegenwoordigd in de SER. Het werd dan ook niet passend geacht dat de SER dergelijke bevoegdheden toch zou uitoefenen ten aanzien van de overheidssector. Voor de overheidssector zijn die bevoegdheden toegekend aan de Minister van Binnenlandse Zaken, waarbij tevens geregeld is in welke mate deze de instemming nodig heeft van sociale partners in de overheidssector.

Ter uitvoering daarvan is al direct in mei van dit jaar een bedrijfscommissie voor de overheid tot stand gekomen. Thans wordt hard gewerkt aan het tot stand brengen van een regeling voor een heffing voor scholing en vorming. Die regeling zal overigens inhoudelijk zoveel mogelijk zijn afgestemd op die in de marktsector, terwijl voorts ook ten aanzien van de scholing en vorming zelf samenwerking met en in het door de Stichting van de Arbeid in het leven geroepen Gemeenschappelijk Begeleidings Instituut voor Ondernemingsraden wordt nagestreefd. Getracht wordt derhalve de afwijkingen zo beperkt mogelijk te doen zijn.

Overgangssituatie

Met de invoering van de WOR voor de overheidssector op 5 mei van dit jaar zijn er niet van de ene op de andere dag ondernemingsraden gekomen in de overheidssector. De wet geeft de ondernemers in de overheidssector die verplicht zijn een ondernemingsraad in te stellen twee jaar de tijd om aan die verplichting te voldoen. Voor die termijn is gekozen omdat er niet alleen tijd nodig is om verkiezingen voor te bereiden, maar ook om tijd te hebben voor een zorgvuldige besluitvorming over de instellingsstructuur van medezeggenschapsorganen (waar moeten ondernemingsraden komen, zijn er groepsondernemingsraden c.q. centrale ondernemingsraden wenselijk etc.) en om ruimte te scheppen om dienstcommissies hun gebruikelijke zittingsduur vol te laten maken. Bovendien kan het zijn dat recentelijk een medezeggenschapscommissie of dienstcommissie was ingesteld. Uit praktisch oogpunt is het dan niet opportuun direct weer verkiezingen voor een ondernemingsraad te organiseren.

Pas per 5 mei 1997 zullen dan ook overal in de overheidssector ondernemingsraden moeten zijn ingesteld. Op die datum zullen alle oude medezeggenschapsorganen van rechtswege worden opgeheven. Wanneer al eerder ondernemingsraden worden ingesteld, komen de oude medezeggenschapsorganen uiteraard ook eerder te vervallen. Tot 5 mei 1997 kan de overheidssector een verwarrend beeld geven. Sommige ministeries zullen al ver voor die tijd ondernemingsraden hebben ingesteld, terwijl bij andere ministeries nog steeds dienstcommissies bestaan.

Als ik het goed begrepen heb is de planning binnen de sector rijk inderdaad zo dat er bij sommige ministeries, zoals b.v. Binnenlandse Zaken, inmiddels verkiezingen hebben plaatsgevonden, terwijl die bij andere in april 1996, in het najaar van 1996 of in het voorjaar van 1997 zullen plaatsvinden.

Voorts verdient vermelding dat er inhoudelijk geen overgangsvoorzieningen zijn getroffen. Op het moment van het instellen van een ondernemingsraad komt de oude medezeggenschapscommissie te vervallen. Nog lopende overlegzaken zullen conform de WOR moeten worden afgehandeld. De ondernemer moet dan dus aan de ondernemingsraad advies of instemming vragen, ook al is over dezelfde

aangelegenheid al uitvoerig met het oude medezeggenschapsorgaan gesproken zonder dat er een afrondende besluitvorming heeft plaatsgehad.

Evaluatie

Met het onderbrengen van de medezeggenschap van het overheidspersoneel wordt een aantal wezenlijke verbeteringen in de regeling van de medezeggenschap aangebracht. Genoemd zijn de meer heldere regeling van de bevoegdheden van de ondernemingsraden, de flexibele instellingsstructuur en de externe beroepsmogelijkheden. In het hele totstandkomingstraject van de wet zijn er echter ook nog wel wat kritische geluiden geweest. Zo is bijvoorbeeld gesteld dat de overheid zodanig verschilt van ondernemingen in de marktsector, dat het niet passend is de medezeggenschap van het overheidspersoneel onder te brengen in de WOR die toch specifiek was geschreven voor de private sector.

Voorts is er nogal wat discussie geweest over het primaat van de politiek en de afbakening tussen wat in dat verband aan de medezeggenschap onttrokken is en de personele gevolgen daarvan die wel onderwerp van medezeggenschap zijn. Met name in verband met deze discussies heeft de Minister van Binnenlandse Zaken in de Tweede Kamer de toezegging gedaan de werking van de wet te zullen evalueren. Gekozen is voor evaluatie vier jaar na inwerkingtreding van de wet. De overgangperiode van twee jaar is dan voorbij en voorts is er twee jaar ervaring opgedaan.

Ten slotte

In het vorenstaande is al naar voren gekomen dat er met het van toepassing laten worden van de WOR in de overheidssector belangrijke verbeteringen in de regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel zijn aangebracht. Benadrukt moet worden dat het gaat om verbeteringen in de *regeling* van de medezeggenschap. De medezeggenschap is echter bij uitstek een terrein waarop de wetgever alleen maar structuren en bevoegdheden kan scheppen.

De kwaliteit van de medezeggenschap is zeker niet primair afhankelijk van de regeling van de medezeggenschap. Het zijn de bestuurders en het personeel die zelf gezamenlijk vorm moeten geven aan de

medezeggenschap. Voor bestuurders (en niet alleen in de overheidssector) geldt daarbij dat zij 'overleg-minded' moeten zijn en niet 'overleg-mijdend'.

Bestuurders die vóór de invoering van de dienstcommissieregeling zeiden 'Ik ben bevoegd; dus hebben jullie niets te vertellen.' en ná invoering van de dienstcommissieregeling zeiden 'Ik ben niet bevoegd; dus hebben jullie niets te vertellen.' kunnen zich in ieder geval thans niet meer op onduidelijkheden over bevoegdheden beroepen. Bestuurders dienen zich te realiseren dat medezeggenschap een kanaal kan zijn niet alleen voor het welbevinden van het personeel, maar ook voor het verkrijgen van een bijdrage aan de bevordering van de kwaliteit van het functioneren van de organisatie.

Voor personeelsleden geldt dat zij oog moeten hebben voor de belangen van de totale organisatie, zich daarvoor willen inzetten en ook de discussie aan durven gaan met hun bestuurder. Invoering van de WOR bij de overheid is dan ook slechts een hulpmiddel om te komen tot verbetering van de kwaliteit van de medezeggenschap.

De WOR in een bestuursrechtelijke context

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN

Inleiding

1. Met de invoering van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) bij de overheid is een nieuw stap gezet in een proces waarin ambtenaren steeds meer worden opgevat als 'gewone' werknemers. De rechtspositie van ambtenaren wordt de laatste jaren geleidelijk aan gelijkgetrokken met die van de werknemers in het bedrijfsleven. Op het eerste gezicht is het dan ook logisch dat ook de medezeggenschapsregeling voor het bedrijfsleven, de WOR, van toepassing wordt verklaard op de overheid. Waarom zou op het punt van medezeggenschap immers onderscheid moeten worden gemaakt tussen overheidswerknemers en andere werknemers?

2. Niettemin roept deze van-toepassing-verklaring wel enige vragen op. De vraag waarop in deze bijdrage wordt ingegaan is: in hoeverre heeft het feit dat de WOR wordt toegepast in een overheidscontext invloed op de werking van de medezeggenschapsregels van de WOR. Deze vraag heeft de volgende achtergrond. Op het handelen van de overheid is behalve de WOR een veelheid van regels en normen van toepassing. Voor een groot deel zijn deze thans te vinden in de op 1 januari 1994 ingevoerde Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze wet bevat in de eerste plaats voorschriften waaraan een behoorlijk handelende overheid moet voldoen. Bovendien is in de Awb aangegeven hoe belanghebbende burgers en organisaties kunnen opkomen tegen hen onwettige besluiten van de overheid. Beide aspecten, namelijk de normen voor een behoorlijke overheids-handelen en de rechtsbescherming, zijn zaken die ook in de WOR - maar dan in de medezeggenschapscontext - zijn terug te vinden. Van belang is nu

te bepalen in hoeverre de Awb en de WOR op elkaar inwerken, elkaar versterken of elkaar wellicht tegenwerken. Hierover zal deze bijdrage gaan. Centraal hierbij staat de kwestie of de geschillenregelingen uit de WOR en de algemene rechtsbeschermingsmogelijkheden van de Awb voldoende op elkaar zijn afgestemd. Terzijde wordt ook aandacht besteed aan de betekenis van de publiekrechtelijke behoorlijkheidsnormen uit de Awb voor het handelen van de overheid in medezeggenschapssituaties.

Een uitstapje naar de onderwijsmedezeggenschap

3. Alvorens meer specifiek in te gaan op de WOR bij de overheid is enige aandacht voor de medezeggenschap in het onderwijs op zijn plaats. Zoals bekend geldt in het onderwijs een 'eigen' medezeggenschapswet, de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO). Deze wet bevat dezelfde medezeggenschapsregels voor het "onderwijs-bedrijfsleven" (het bijzonder onderwijs) en voor het overheidsonderwijs (het openbaar onderwijs). De situatie die thans door invoering van de WOR bij de overheid is ontstaan dat overheid en bedrijfsleven aan eenzelfde regime zijn onderworpen, bestaat in het onderwijs daardoor al vele jaren. De ervaringen met de WMO in met name het openbaar onderwijs zijn dan ook heel leerzaam voor de toepassing van de WOR op de overheid.

4. Onder het regime van de WMO speelt enige tijd geleden de volgende zaak over een scholenfusie in Slochteren.¹ Op 31 oktober 1994 neemt de gemeenteraad van Slochteren als bevoegd gezag van de plaatselijke openbare scholen een besluit, waarin is bepaald dat de openbare basisschool "De Kleine Borg" moet fuseren met een andere openbare basisschool "De Oetkomst". Op grond van de WMO moet aan elke school een medezeggenschapsorgaan, de medezeggenschapsraad (MR) worden ingesteld. Volgens het stelsel van de WMO heeft de MR ten aanzien van fusiebesluiten adviesrecht. In het onderhavige geval van de fusie van de Kleine Borg heeft het bevoegd gezag echter geen advies gevraagd omdat de MR van de Kleine Borg reeds advies had uitgebracht over een concept-besluit van eerdere datum, dat, naar

1 Hierover: Rob Widdershoven, Een Deltawet voor medezeggenschapsgeschillen, Uitspraak 1995, nr. 3, p. 3-14.

het oordeel van het bevoegd gezag, qua inhoud en strekking identiek was aan het definitieve fusiebesluit. De MR is het met de zienswijze van het bevoegd gezag oneens: naar het oordeel van de Raad wijkt het nieuwe fusiebesluit wel degelijk af van het concept-besluit en had het bevoegd gezag de MR opnieuw in de gelegenheid moeten stellen om advies uit te brengen. Er is derhalve sprake van een adviesgeschil dat door de MR wordt voorgelegd aan de bevoegde geschillenbeslechten-de instantie. Anders dan in de WOR is dat niet de Ondernemingskamer van het Hof te Amsterdam, maar de Landelijke Geschillencommissie voor het Openbaar Onderwijs, de LGC.

De LGC doet op 10 februari 1995 uitspraak, waarbij bindend wordt vastgesteld dat het betrokken besluit in stand kan blijven.² Voor dit betoog is vooral van belang dat de LGC het standpunt van het bevoegd gezag deelt dat over het besluit van 31 oktober 1994 niet (opnieuw) een MR-advies hoefde te worden gevraagd. In het stelsel van de WMO doet de LGC geen uitspraak in hoogste instantie, maar kan de MR hiertegen beroep instellen bij de rechtbank; tegen het oordeel van de rechtbank staat vervolgens nog hoger beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In casu maakt de MR van de Kleine Borg van dit recht gebruik en de zaak wordt voorgelegd aan de Groningse rechtbank.

5. Tot een uitspraak in dit beroep is het echter nooit gekomen, omdat de zaak een andere wending neemt. Behalve de MR waren ook diverse ouders van leerlingen van de Kleine Borg ontevreden met de voorgenomen fusie. Deze ouders hebben, terwijl de MR aan het procederen was, niet stilgezeten. Een fusiebesluit als het onderhavige is een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Op grond van de Awb kan tegen een dergelijk besluit door belanghebbenden bezwaar worden gemaakt en vervolgens beroep worden ingesteld bij de rechtbank. De ouders van de leerlingen van de Kleine Borg zijn ten aanzien van het fusiebesluit belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb en hebben daarom een eigen beroepsrecht tegen het fusiebesluit. Hiervan nu maken zij gebruik en omdat de zaak spoedeisend is, vragen zij de President van (wederom) de Groningse rechtbank in een bestuursrechtelijke kort geding het fusiebesluit te schorsen. Terwijl derhalve bij de Groningse rechtbank een zaak aanhangig is

2 Gepubliceerd in: Uitspraak 1995, Uitgave LGC, nr. 2A, p. 30-38.

over een adviesgeschil inzake het fusiebesluit tussen de MR aan de ene kant en het bevoegd gezag en de LGC aan de andere kant, wordt in een andere zaak in kort geding bij diezelfde rechtbank over hetzelfde fusiebesluit geprocedeerd tussen de ouders en het bevoegd gezag. Omdat kort gedingen doorgaans sneller gaan dan hoofdzaken, wordt de tweede zaak, die tussen de ouders en het bevoegd gezag, het eerste beslist. Op 19 april 1995 schorst de President van de rechtbank het fusiebesluit, omdat hij van oordeel is dat de MR wel degelijk om advies had moeten worden gevraagd over het definitieve fusiebesluit.³ Omdat het fusiebesluit door deze uitspraak van de President voorlopig van de baan is, zet de MR zijn beroepsprocedure tegen de LGC-uitspraak niet verder door en trekt hij zijn beroep in. De samenloop van de adviesgeschillenprocedure uit de WMO en de algemene rechtsbeschermingsmogelijkheden van de Awb heeft in casu als gevolg dat de eerstgenoemde procedure zijn betekenis verliest.

6. De onderhavige zaak biedt een goede illustratie van de mogelijke complicaties bij de werking van een medezeggenschapsgechillenregeling in een overheidscontext. Binnen de medezeggenschapslijn wordt door een medezeggenschapsorgaan, in casu de MR, en een bestuursorgaan gedebatteerd over een besluit of voorgenomen besluit; eventuele geschillen kunnen worden voorgelegd aan speciaal daarvoor ingestelde commissies of rechters. Vanaf het moment dat dat besluit definitief is en rechtsgevolgen heeft, kunnen belanghebbenden - op de betekenis van dit begrip wordt in paragraaf 8 nader ingegaan - hiertegen echter ook opkomen volgens de algemene rechtsbeschermingsregeling van de Awb. Daartoe moet eerst bezwaar worden gemaakt bij het orgaan dat het bestreden besluit heeft genomen; vervolgens kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State of de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Hierdoor bestaan er in de overheidscontext derhalve twee wegen om hetzelfde besluit bij een rechter ter discussie te stellen. Bovendien blijkt uit de casus inzake de Kleine Borg dat beide procedures deels naast elkaar kunnen lopen, waardoor de ene procedure de andere nutteloos kan maken en zelfs tegenstrijdige uitspraken niet zijn uitgesloten. Een toch wel opmerkelijke situatie. De vraag die thans moet worden beantwoord: kan deze samenloop van rechtsgangen uit

3 President Rechtbank Groningen 19 april 1995, RAwb 1995, nr. 70, m.a. dzz.

onderwijsmedezeggenschap zich ook voordoen bij WOR-geschillen in de overheidssfeer? Naar mijn opvatting is dit inderdaad het geval. In het vervolg zal deze stelling worden onderbouwd aan de hand van twee concrete besluiten, namelijk een functiewaarderingssysteem en een reorganisatie. De keuze voor deze twee besluiten is niet helemaal toevallig. Ten aanzien van functiewaarderingssystemen heeft de overheids-OR gelet op artikel 27, eerste lid, onder d WOR instemmingsrecht. Een reorganisatie is in verband met artikel 25, eerste lid, onder d en/of e WOR doorgaans een adviesplichtige materie.

Cumulatie van WOR- en Awb-rechtsbescherming bij instemmingsgeschillen

7. Volgens de WOR kan een bestuursorgaan een functiewaarderingssysteem niet vaststellen zonder voorafgaande instemming van de OR. Stel, een voorgenomen functiewaarderingssysteem wordt voorgelegd aan de OR, maar deze weigert instemming te verlenen.⁴ Het bevoegde bestuursorgaan stapt - na een mislukte bemiddeling door de Bedrijfscommissie - naar de kantonrechter ten einde toestemming te krijgen om het besluit toch te nemen. De kantonrechter verleent de gevraagde toestemming. Hiertegen kan door de OR nog hoger beroep worden ingesteld bij de rechtbank en cassatie bij de Hoge Raad. Uiteindelijk leidt deze procedure tot de vaststelling van het functiewaarderingssysteem door het bestuursorgaan.⁵ Zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden nu uitgeput?

4 Het bevoegd gezag kan ook zonder instemming van de OR of de kantonrechter het besluit nemen. Ingevolge artikel 27, vijfde lid WOR is dit besluit nietig indien de OR hierop binnen een maand beroep doet bij de kantonrechter. Tegen het besluit kan ook door belanghebbenden (zie paragraaf 8) gedurende zes weken bezwaar worden gemaakt en vervolgens beroep worden ingesteld bij de rechtbank. Een afstemmingsregeling tussen beide procedures is noch in de WOR noch in de Awb opgenomen. Zie ook paragraaf 11.

5 Op welk moment hiervan sprake is hangt ervan af of de kantonrechter zijn beschikking uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard. Doet hij dit niet dan vindt de vaststelling van het functiewaarderingssysteem pas plaats na een, voor het overheidsorgaan gunstige, uitspraak van de rechtbank. Wordt de kantongerechtsbeschikking wel bij voorraad uitvoerbaar verklaard dan kan het vaststellingsbesluit reeds na deze beschikking een definitief karakter krijgen. Vgl. voor de laatstgenoemde situatie, Kantongerecht Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995, nr. 140.

Neen, althans lang niet altijd. De invoering van de Awb heeft voor het gehele bestuursrecht en dus ook in het ambtenarenrecht een uitbreiding van de groep van beslissingen waartegen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter tot gevolg gehad. Niet alleen individuele beschikkingen, maar ook besluiten van algemene strekking niet zijnde algemeen verbindende voorschriften zijn thans voor belanghebbenden appellabel bij de deze rechter (artikel 8:1 jo. 8:2 Awb); in eerste aanleg is dat de rechtbank, in hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak RvS of de CRvB.⁶ Na 1 januari 1999 zullen ook algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten. Deze door de Awb veroorzaakte verruiming van het beroepsrecht heeft ook invloed op de appellabiliteit van functiewaarderingssystemen.

Vóór 1 januari 1994 konden voor wat betreft de appellabiliteit van deze systemen twee groepen worden onderscheiden.⁷ In de eerste plaats waren er systemen die moesten worden opgevat als besluiten van algemene strekking; deze systemen, die door de CRvB op één lijn werden gesteld met algemeen verbindende voorschriften,⁸ konden derhalve niet bij de bestuursrechter worden aangevochten. Daarnaast waren er systemen die een waardering of rangordening geven van de feitelijke inhoud van de diverse functies; deze systemen waren voorzover er sprake was van 'een duidelijke gerichtheid van de procedure op de individuele ambtenaar en diens feitelijke functie, alsmede van voldoende betrokkenheid van de ambtenaar bij de totstandkoming van het eindresultaat van de waardering van diens functie' wel appellabel.⁹ Sinds de invoering van de Awb is de groep van appellabele functiewaarderingssystemen uitgebreid. Dit blijkt uit een uitspraak

- 6 Welk hoger-beroepscollege in een concreet geval bevoegd is kan worden afgeleid uit artikel 18, eerste lid, Beroepswet. Gaat het om een besluit op grond van een (ambtenaarrechtelijk) wettelijk voorschrift dat is opgenomen in de bijlage bij de Beroepswet dan is de CRvB bevoegd. De CRvB is ook de bevoegde hoger-beroepsrechter ten aanzien van besluiten of handelingen waarbij een ambtenaar als zodanig belanghebbende is. Is een besluit niet gebaseerd op een in de bijlage vermelde regeling én treft het andere groepen 'belanghebbenden' (zie paragraaf 8) dan is de Afdeling bestuursrechtspraak de bevoegde hoger-beroepsrechter.
- 7 Vgl. H.Ph.J.A.M. Hennekens in zijn uitvoerige noot onder CRvB 24 december 1985, AB 1986, 408.
- 8 Bijv. CRvB 10 december 1985, TAR 1986, 52.
- 9 Vgl. voor deze formulering CRvB 20 april 1995, AB 1995, 563, m.nt. HH, JB 1995, nr. 140, m.nt. FAMS, TAR 1995, 166.

van 20 april 1995 van de CRvB.¹⁰ In deze uitspraak neemt de CRvB in de eerste plaats met zoveel woorden afscheid van de hiervoor weergegeven ontvankelijkheidsjurisprudentie: '(n)u de Awb - anders dan de Ambtenarenwet 1929 - niet alleen beroep tegen individuele besluiten mogelijk maakt, maar ook tegen besluiten van algemene strekking kan naar het oordeel van de Raad in (artikel 8:2 van) die wet geen basis worden gevonden voor het ongewijzigd handhaven van de op de Ambtenarenwet 1929 gebaseerde ontvankelijkheidsjurisprudentie'. Bovendien wijst de CRvB de opvatting van de rechter in eerste aanleg af, dat functiewaarderingssystemen niet appellabel zouden zijn omdat zij op één lijn zouden moeten worden gesteld met algemeen verbindende voorschriften. Deze opvatting wordt door de Centrale Raad 'in zijn algemeenheid niet onderschreven'.

De consequentie van deze uitspraak is dat de groep van reeds appellabele functiewaarderingssystemen wordt uitgebreid met systemen die zijn aan te merken als besluiten van algemene strekking niet zijnde algemeen verbindende voorschriften. Tegen al deze besluiten kunnen belanghebbenden thans reeds in twee instanties beroep instellen. Na 1 januari 1999, wanneer ook algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten, zal de groep van appellabele functiewaarderingssystemen verder worden verruimd.

8. Vervolgens moet worden vastgesteld wie als 'belanghebbende' in de zin van artikel 1:2 Awb ten aanzien van deze in beginsel appellabele (functiewaarderings)besluiten kunnen worden aangemerkt. Hoewel het te ver voert om heel uitvoerig op het begrip 'belanghebbende' in te gaan,¹¹ kan over drie groepen potentiële belanghebbenden een opmerking worden gemaakt.

In de eerste plaats is er de OR. Gelet op artikel 1:2 Awb is de OR in beginsel belanghebbende ten aanzien van besluiten waarbij diens belangen rechtstreeks zijn betrokken. Voor de vraag wanneer van een dergelijke rechtstreekse betrokkenheid sprake is kan men zich oriënteren op de Arob-rechtspraak over het begrip 'belanghebbende' die ook voor de Awb richtinggevend is. In deze rechtspraak zijn OR-en en

10 Zie de vorige noot. Vgl. ook Rechtbank Middelburg 12 juni 1995, TAR 1995, 210.

11 Zie in dit verband het VUGA-Commentaar Awb, artikel 1:2 (R.M. van Male): met name aantekening 17 is in casu relevant.

trouwens ook MR-en uit de WMO regelmatig als belanghebbende aangemerkt.¹² Interessant zijn met name de overwegingen uit de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 10 september 1987. In casu had het bevoegd gezag met voorbijgaan aan het ter zake door de MR uitgebrachte advies besloten de openbare lagere school 'De Phoenix' uit te breiden met twee leslokalen. Naar aanleiding van het door de MR ingestelde beroep oordeelde de Afdeling als volgt: '(g)elet op het in deze krachtens de WMO en reglement aan appellant (de MR) toekomende adviesrecht, waarvan in het onderhavige geval ook gebruik is gemaakt, is appellant rechtstreeks in zijn belang is getroffen door het in afwijking van het door hem uitgebrachte advies genomen besluit van verweerder'. De belanghebbendheid van de MR wordt in casu met andere woorden afgeleid uit het feit dat aan de MR ter zake van het omstreden besluit adviesrecht is toegekend. Hoewel de Afdeling zich hierover niet uitlaat lijken deze overwegingen evenzeer op te kunnen gaan voor besluiten waarvoor een instemmingsrecht geldt: ook dan is immers een specifieke aan de MR toegekende bevoegdheid in het geding. Voorts zie ik, gelet op de overeenkomsten in bevoegdheden tussen MR en OR, geen reden om de overwegingen van de Afdeling niet van toepassing te achten op de OR. Volgt men deze redenering dan kan de OR in elk geval als belanghebbende worden aangemerkt ten aanzien van (alle) besluiten waarvoor volgens het stelsel van de WOR een advies- of instemmingsrecht geldt. Functiewaarderingssystemen, maar ook vele andere besluiten, vallen onder deze groep.

Een tweede groep potentiële belanghebbenden zijn rechtspersonen die statutair werknemersbelangen vertegenwoordigen. In de eerste plaats valt in dit verband te denken aan vakverenigingen; daarnaast is het ook denkbaar dat groepen ambtenaren binnen een bepaald onderdeel van een overheidslichaam zich verenigen in een rechtspersoon die statutair hun collectieve belangen behartigt. Zeker in het tweede geval lijken mij op het punt van ontvankelijkheid geen grote problemen

12 Over de OR: AR 12 februari 1982, Weekoverzicht 2, 122; AR 31 januari 1984, tB/S, III, nr. 508. Over de MR: AR 29 oktober 1986, Gem.stem 6834; AR 10 september 1987, AB 1988, 105, tB/S 1987, nr. 143, m.a. dzz, Vz AR 20 juni 1985, tB/S IV, nr. 121; Vz AR 6 juni 1989, tB/S 1989, nr. 89, m.a. dzz.. Hierover: B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven. De geschillenregeling in de WMO, Preadvies Vereniging voor Onderwijsrecht nr. 12, Zwolle 1992, p. 48-51.

te bestaan. Of, ten slotte, ook individuele ambtenaren in beroep kunnen komen tegen functiewaarderingssystemen hangt af van de vraag of dit besluit zelf reeds rechtstreeks raakt aan de materiële rechtspositie van de desbetreffende ambtenaar.¹³ Lang niet altijd is dit bij een functiewaarderingssysteem het geval; veelal wordt de ambtenaar pas rechtstreeks getroffen door het op basis van dit besluit te nemen rechtspositiebesluit.

9. Uit het voorafgaande komt het beeld naar voren van een functiewaarderingssysteem dat eerst in de medezeggenschapslijn door de OR en vervolgens in de Awb-lijn door de OR, eventueel door een werknemersbelangenorganisatie en wellicht door individuele ambtenaren kan worden aangevochten. Eventuele voorlopige-voorzieningsprocedures zijn hierbij niet vermeld. Of in de praktijk van al deze mogelijkheden gebruik zal worden gemaakt moet natuurlijk worden afgewacht. Omdat het toetsingskader in beide wegen niet hetzelfde is, is het echter niet zinloos is om beide wegen te doorlopen. Zoals bekend moet de kantonrechter bij een instemmingsgeschil beoordelen of de beslissing van de OR om geen instemming te verlenen onredelijk is, dan wel of het voorgenomen besluit van de ondernemer geveerd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische en bedrijfssociale redenen. In de Awb-lijn staat niet zozeer het handelen van de OR, maar de rechtmatigheid van het functiewaarderingssysteem van het bevoegd gezag centraal. Dit wordt getoetst aan eisen van zorgvuldig onderzoek, evenredige belangenafweging, draagkrachtige motivering, gewekt vertrouwen, etcetera. Dat de toetsing in de Awb-lijn tot een andere uitkomst kan leiden dan de beoordeling door de kantonrechter is daarom allerminst denkbeeldig.

Samenloop van WOR- en Awb-rechtsbescherming bij adviesgeschillen

10. Een bestuursorgaan is voornemens een reorganisatie door te voeren. Zoals dat in artikel 25, eerste lid, onder d en/of e WOR is voorgeschreven legt hij het daartoe strekkende voorgenomen besluit ter advisering voor aan de OR. De OR brengt een negatief advies

13 Vgl. Rechtbank Middelburg 12 juni 1995, TAR 1995, 210.

uit. Niettemin zet het desbetreffende orgaan de reorganisatie door een neemt een definitief besluit; de OR wordt hiervan in kennis gesteld. Krachtens artikel 25, zesde lid WOR wordt de uitvoering van dit besluit gedurende een maand opgeschort. Binnen deze maand stelt de OR beroep in bij de Ondernemingskamer van het Hof. Het beroep bij het Hof doorloopt de gebruikelijke procedures en leidt uiteindelijk tot het oordeel dat het besluit in stand kan blijven. Zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden nu uitgeput?

Neen, althans lang niet altijd. Ook bij reorganisaties heeft men te maken met de Awb-rechtsbeschermingsmogelijkheden. Hoewel op dit punt de zaken nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd ziet het er naar uit dat (ook) reorganisatiebesluiten en onderdelen daarvan onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen belanghebbenden bezwaar kunnen maken en beroep in twee rechterlijke instanties kunnen instellen. Interessant in dit verband is de uitspraak van de President van de CRvB van 21 december 1994.¹⁴ In deze uitspraak neemt de President expliciet afscheid van de oude CRvB-rechtspraak inzake de appellabiliteit van deelbesluiten bij reorganisaties; op grond hiervan kon in beginsel alleen tegen het definitieve afrondende herplaatsings- of ontslagbesluit door de betrokken ambtenaar beroep kon worden ingesteld.¹⁵ Voorts kondigt hij een uit artikel 1:3 Awb voortvloeiende verruiming van de categorie appellabele beslissingen in het kader van reorganisatieprocessen aan, waarvan de contouren overigens nog niet geheel duidelijk worden. Ondanks deze onduidelijkheid is het geen riskante voorspelling dat in reorganisatieprocessen steeds meer appellabele besluiten zullen worden getraceerd; ook het uiteindelijke reorganisatiebesluit zal onder omstandigheden door belanghebbenden kunnen worden aangevochten. De vraag wie als belanghebbenden zal worden aangemerkt is afhankelijk van de inhoud van de reorganisatiebeslissing. Is het belang van een individuele ambtenaar in voldoende mate betrokken bij een deelbeslissing in het kader van een reorganisatie dan zal de betrokken individuele ambtenaar reeds als belanghebbende moeten worden aangemerkt. Deze conclusie valt ook te lezen in de genoemde uitspraak van de President

14 Pres. CRvB 21 december 1994, KG 1995, nr. 95, JB 1995, nr. 43, m.nt. FAMS, TAR 1995, nr. 72, m.a. D.J. Hutten.

15 Zie hiervoor: CRvB 27 februari 1992, TAR 1992, 79 en CRvB 29 april 1993, TAR 1993, 141; Pres. Rb. Den Haag 6 april 1994, AB 1995, 113, m.nt. HH.

van de CRvB van 21 december 1994. Naarmate een reorganisatiebesluit de belangen van individuele ambtenaren meer overstijgt, zullen veeleer collectieve belangenbehartigers als de OR of werknemersbelangenorganisaties als belanghebbende moeten worden aangemerkt.

11. Vastgesteld kan op basis van het voorafgaande worden dat een reorganisatie niet alleen binnen de adviesgeschillenregeling van de WOR kan worden bestreden, maar dat allerlei beslissingen in het kader hiervan ook kunnen worden aangevochten via de rechtsbeschermingsmogelijkheden van de Awb. En, omdat een adviesgeschillenprocedure - anders dan een instemmingsgeschillenprocedure bij de kantonrechter - betrekking heeft op een reeds genomen besluit lopen de Awb-procedure en de adviesgeschillenprocedure bij de Ondernemingskamer tegelijkertijd. De vraag die dan opkomt is, hoe is de afstemming tussen beide rechtsgangen geregeld? Op dit punt laten zowel de WOR als de Awb ons in de steek.

Stel, in afwijking van het advies van de OR heeft het bevoegd gezag een definitief reorganisatiebesluit genomen. De uitvoering van het besluit wordt voor een maand opgeschort gedurende welke termijn de OR beroep instelt bij de Ondernemingskamer. Tegelijkertijd ligt er echter een besluit in de zin van de Awb waartegen belanghebbenden volgens het systeem van de Awb bezwaar kunnen maken en beroep kunnen instellen.¹⁶ Nu zou men wellicht verwachten dat de Awb een bepaling bevat op grond waarvan het Awb-beroep wordt opgeschort gedurende de procedure bij de Ondernemingskamer. Dit is niet het geval. De Awb bevat in artikel 8:6, eerste lid weliswaar een regeling voor de afbakening van het beroep bij de rechtbank en dat bij andere administratieve rechters; deze regeling komt er op neer dat wanneer een formele wet beroep op een bijzondere administratieve rechter openstelt geen beroep meer mogelijk is bij de rechtbank. Deze bepaling is echter niet van toepassing op het beroep op de Ondernemingskamer van het Gerechtshof, omdat het Hof geen administratieve rechter in

16 Om hun beroepsrecht niet te verliezen zullen de belanghebbenden binnen de beroepstermijn van zes weken zelfs van het Awb-bezwaar en -beroepsrecht gebruik moeten maken; anders krijgt het besluit wegens overschrijding van de bezwaren- of beroepstermijn formele rechtskracht. Vgl. HR 7 april 1995, AB 1995, 541, m.nt. Drupsteen (Smit v. de Staat).

de zin van de Awb is.¹⁷ In dit verband kan worden verwezen naar artikel 1:4, tweede lid Awb op grond waarvan gerechten behorende tot de rechterlijke macht slechts in een beperkt aantal situaties als administratieve rechter worden aangemerkt.

Al met al is het derhalve wettelijk mogelijk dat belanghebbenden Awb-bezwaar en -beroep maken tegen besluiten in het kader van een reorganisatie, terwijl op datzelfde moment de OR een adviesgeschil over dezelfde reorganisatie aanhangig maakt bij de Ondernemingskamer. Zoals uit de hiervoor besproken onderwijsmedezeggenschapskasus inzake de Kleine Borg blijkt (zie paragraaf 4) kan deze samenloop er toe leiden dat de Awb-rechtsgang de adviesgeschillenprocedure nutteloos maakt. Of dergelijke gevallen zich ook zullen voordoen bij adviesgeschillen in de overheidssector onder de WOR moet worden afgewacht. Wellicht zullen de rechters in de praktijk toch enigerlei vorm van afstemming toepassen. Niettemin kan wel worden gesteld dat een wettelijke afstemmingsregeling niet had misstaan.

Tegenstrijdige uitspraken in adviesgeschillen?

12. Behalve het potentiële gevaar van samenloop speelt de vraag in hoeverre beide rechtsgangen ook tot verschillende resultaten kunnen leiden. Op het eerste gezicht lijkt deze vraag eenvoudig bevestigend te beantwoorden. Zoals bekend moet de Ondernemingskamer beoordelen of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het van het OR-advies afwijkende besluit heeft kunnen komen. Het gaat met andere woorden om een marginale, terughoudende toetsing van het omstreden (reorganisatie)besluit. In de Awb-rechtsgang wordt het desbetreffende besluit onderworpen aan een toetsing aan het brede scala van geschreven Awb-normen en ongeschreven behoorlijkheidsnormen. Op het eerste gezicht lijkt dit een toetsing te impliceren die veel indringender is dan die door de Ondernemingskamer.

17 Artikel 8:6, tweede lid Awb op grond waarvan het beroepsrecht op de rechtbank wordt opgeschort gedurende een procedure van administratief beroep is in casu evenmin van toepassing. De procedure bij de Ondernemingskamer is immers geen administratieve-beroepsprocedure, omdat de kamer geen bestuursorgaan is. Vgl. artikel 1:5, tweede lid Awb jo. 1:1, eerste lid, onder c Awb.

13. Bezieet men de praktijk van de toetsing door de Ondernemingskamer dan zijn de verschillen echter minder groot. De normen die de Ondernemingskamer hanteert, alsook de door de geschillencommissies in het onderwijs toegepaste normen, blijken in overwegende mate overeen te stemmen met de behoorlijkheidsnormen uit de Awb en het ongeschreven publiekrecht.¹⁸ Ter onderbouwing wordt een aantal belangrijke toetsingscriteria uit de WOR en de rechtspraak van de Ondernemingskamer geplaatst tegenover de verwante normen uit de Awb.

- Motiveringsplicht: volgens de WOR moet een voorgenomen besluit alsook de afwijking van het advies van de OR worden gemotiveerd (artikel 25, derde en vijfde lid WOR). Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat het niet of onvoldoende gevolg geven aan deze motiveringsplicht een van de meer voorkomende redenen is om het besluit van een ondernemer kennelijk onredelijk te achten. In de rechtspraak van de kamer komen twee aspecten van de motiveringsplicht naar voren die beide hun pendant in de Awb hebben. In de eerste plaats acht de Ondernemingskamer besluiten van een ondernemer onredelijk indien zij niet naar behoren zijn gemotiveerd of niet kunnen worden gedragen door de motieven die daaraan te grondslag liggen.¹⁹ Deze eis van een deugdelijke, draagkrachtige motivering is ook te lezen in artikel 4:16 Awb. In andere zaken is volgens de Ondernemingskamer sprake van een kennelijk onredelijke besluitvorming omdat de ondernemer niet of slechts zeer summier is ingegaan op de bezwaren uit het advies van de OR.²⁰ Deze eis is met zoveel woorden terug te vinden in artikel 4:20 Awb op grond waarvan het een bestuursorgaan bij afwijking van een wettelijk verplicht advies de redenen voor afwijking in de motivering moet vermelden. De invulling die de Ondernemingskamer geeft aan het motiveringsbeginsel lijkt derhalve goed te sporen met de bepalingen van de Awb.

18 F.H.J.G. Brekelmans en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnelsen van behoorlijke medezeggenschap in WMO en WOR*, Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht 1994, p. 179-201.

19 Onder meer: OK 30 juni 1988, ROR 1988, nr. 9; OK 7 juli 1988, ROR 1988, nr. 29.

20 OK 22 oktober 1987, ROR 1987, nr. 30; OK 4 juli 1985, ROR 1986, nr. 24, NJ 1986, 498; OK 7 maart 1989, ROR 1989, nr. 9; OK 11 april 1991, ROR 1991, nr. 14.

- Zorgvuldigheidseisen: behalve aan de motivering worden in de WOR en in de rechtspraak van de Ondernemingskamer ook eisen gesteld aan de zorgvuldigheid van het proces van medezeggenschap. Zo zal de ondernemer bijvoorbeeld de OR al die informatie moeten verschaffen die deze redelijkerwijs nodig heeft om zijn adviestaak op een goede manier te kunnen uitoefenen.²¹ Bovendien zal de OR in de gelegenheid moeten worden gesteld tijdig advies uit te brengen, zodat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit; het geven van een te korte adviestermijn aan de OR kan met deze eis in strijd zijn.²² Beide aspecten van zorgvuldigheid - informatieplicht en voldoende tijd voor advisering - ziet men terug in de Awb. In dit verband kan in de eerste plaats worden gewezen op artikel 3:7 Awb op grond waarvan een bestuursorgaan waaraan advies wordt uitgebracht aan die adviseur de gegevens ter beschikking stelt die nodig zijn voor een goede vervulling van diens taak. Daarnaast is artikel 3:6, eerste lid Awb van belang waarin staat vermeld dat de termijn die een adviesorgaan wordt gegund om te adviseren niet zodanig kort mag zijn dat de adviseur zijn taak niet meer naar behoren kan vervullen. Ook op het punt van zorgvuldigheid lijken de eisen van de Awb derhalve goed te sporen met de WOR.

- Vertrouwensbeginsel: dit beginsel is weliswaar nog niet gecodificeerd in de Awb, maar geldt niettemin als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur. Op grond hiervan moet een bestuursorgaan door hem bij een burger gewekte gerechtvaardigde verwachtingen zo mogelijk honoreren. Gerechtvaardigde verwachtingen kunnen worden gewekt door toezeggingen, bestendig beleid, en dergelijke. Van belang is bovendien dat er geen plicht voor het bestuur bestaat om gerechtvaardigd vertrouwen altijd te honoreren. Het belang van de individuele burger bij wel honoreren zal moeten worden afgewogen tegen het algemeen belang of belangen van derden die zich tegen honoreren verzetten. Bekijkt men de rechtspraak van de Ondernemingskamer en van de Hoge Raad in cassatie dan ziet men in adviesgeschillen een vergelijkbare benadering. Enerzijds is het zonder goede motieven niet nakomen van toezeggingen door de ondernemer een veel voorkomende

21 Vgl. artikel 25, derde lid WOR en 31, eerste lid WOR; zie OK 7 mei 1987, ROR 1987, nr. 11; OK 11 juli 1981, ROR 1971-1984, nr. 82; OK 23 maart 1989, ROR 1989, nr. 6.

22 OK 23 maart 1989, ROR 1989, nr. 10; OK 9 maart 1989, ROR 1989, nr. 8.

reden om een besluit kennelijk onredelijk te achten. Anderzijds is het niet-nakomen van een toezegging niet zonder meer onrechtmatig, maar moeten de belangen die bepaalde werknemers hebben bij wel nakoming worden afgewogen tegen andere betrokken belangen, zoals de continuïteit van de onderneming als geheel en de belangen van andere werknemers.²³

Deze vergelijking tussen de normen uit de Awb en die uit WOR-rechtspraak kan met andere normen worden uitgebreid. Het voorafgaande lijkt echter voldoende om de stelling te onderbouwen dat de normen uit de WOR-rechtspraak over adviesgeschillen in het algemeen goed sporen met de Awb-normen.

14. Kan uit het voorafgaande nu de conclusie worden getrokken dat de Awb-rechtsgang en de adviesgeschillenrechtsgang bij de Ondernemingskamer altijd tot hetzelfde resultaat zullen leiden? Een conclusie met die strekking gaat ook weer te ver. Eerst en vooral bevat de Awb ook nog normen die zich wellicht minder goed verdragen met het WOR-toetsingskader. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan artikel 3:4 Awb. Volgens deze bepaling moet een bestuursorgaan de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen afwegen en mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De toetsing die de rechter in de Awb-rechtsgang aan deze norm moet verrichten kan onder omstandigheden inhoudelijk-indringender zijn dan de marginale toetsing die de Ondernemingskamer in adviesgeschillen moet toepassen. Hoewel niet geheel vergelijkbaar is in dit verband een uitspraak van de LGC van 15 maart 1995 inzake een adviesgeschil in de onderwijsmedezeggenschap leerzaam.²⁴ In deze zaak had de MR van de openbare basisschool de Aalscholver te Lekkerkerk in een adviesgeschil over een fusie van de Aalscholver met andere scholen beroep gedaan op artikel 3:4 Awb omdat de nadelen van de fusie onevenredig zwaar zouden drukken op één school, de Aalscholver. Volgens de LGC kon, gelet op het beperkte wettelijke toetsingskader bij adviesgeschillen, artikel 3:4 Awb slechts zijdelings een rol spelen bij de beoordeling van het geschil.

23 HR 7 juli 1982, ROR 1971-1984, nr. 84 (Enka). Vgl. verder OK 14 november 1985, ROR 1985, nr. 28; OK 16 juni 1994, JAR 1994, nr. 151.

24 LGC 15 maart 1995, nr. LGC/G513 (Lekkerkerk).

Het bezwaar van de MR werd daarom van de hand gewezen. De LGC overwoog hierbij expliciet dat het zeer wel denkbaar is dat in een adviesgeschil een beslissing de toets aan wettelijke toetsingskader voor adviesgeschillen doorstaat, terwijl dat in een procedure op basis van de Awb niet het geval is.

15. Behalve dat de toetsing in de Awb-rechtsgangen soms wat verder gaat dan in de adviesgeschillenprocedure bij de Ondernemingskamer is er nog een andere reden waarom beide rechtsgangen niet altijd tot dezelfde resultaten behoeven te leiden. Een geschil bij de Ondernemingskamer speelt zich af tussen de OR en het bevoegd gezag waarbij de omvang van het geschil wordt bepaald door de problemen die de OR blijkens zijn advies met dit besluit heeft. In de Awb-rechtsgang tegen zo'n besluit staan doorgaans andere partijen tegenover het bevoegd gezag: zoals reeds vermeld spreekt artikel 1:2 Awb van 'belanghebbenden'. In paragraaf 10 is reeds aangegeven dat bij reorganisatiebesluiten als belanghebbende kunnen worden beschouwd werknemersbelangenorganisaties, de OR en onder omstandigheden ook individuele ambtenaren. De bezwaren die deze partijen in de Awb-rechtsgang naar voren brengen tegen het besluit kunnen heel anders gericht zijn dan de bezwaren die de OR in de procedure bij de Ondernemingskamer naar voren kan brengen; men kan bijvoorbeeld andere onderdelen van een besluit aan de orde willen stellen.²⁵ Indien dat gebeurt kunnen ook de uitkomsten van beide procedures verschillend zijn.

Afronding

16. In het voorafgaande is een speurtocht ondernomen naar de invloed van het algemene bestuursrecht uit de Awb op de toepassing van de WOR op de overheid. Een centraal punt in deze speurtocht is de vaststelling dat ten aanzien van diverse besluiten een dubbele

25 Een interessante kwestie is of een OR bezwaren, die hij in de adviesfase niet naar voren heeft gebracht en die daarom in de procedure bij de Ondernemingskamer niet meer aan de orde kunnen komen, wel naar voren kan brengen in de Awb-rechtsgang. In dit verband zij opgemerkt dat bestuursrechter in het algemeen het inbrengen van nieuwe twistpunten in de fase van beroep toestaan mits deze tijdig zijn ingebracht (vgl. artikel 8:58, eerste lid Awb) en verweerder voldoende gelegenheid heeft om zich hiertegen te verweren. Vgl. J.B.J.M. ten Berge, Bescherming tegen de overheid, Zwolle 1995, derde druk, p. 165-166.

rechtsbescherming en een dubbele normering kan gelden. In de eerste plaats zijn deze besluiten onderworpen aan de medezeggenschapsregels van de WOR; geschillen tussen bevoegd gezag en OR doorlopen de procedures bij de kantonrechters of de Ondernemingskamer. De betreffende besluiten kunnen daarnaast ook besluiten in de zin van de Awb zijn. In het voorafgaande heb ik dit uitgewerkt voor functiewaarderingssystemen en reorganisaties; ongetwijfeld zijn er nog vele andere WOR-aangelegenheden die in besluiten in de zin van de Awb kunnen resulteren.²⁶ Alsdan moeten deze voldoen aan de normen uit de Awb en kunnen zij bovendien door belanghebbenden worden aangevochten in de Awb-rechtsgang. De categorie van appellabele besluiten zal na 1 januari 1999 nog aanzienlijk worden uitgebreid omdat vanaf dat moment ook algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten. Een en ander heeft diverse gevolgen.

- Bij instemmingsgeschillen kan de geschillenprocedure bij de kantonrechter krachtens de WOR cumuleren met de algemene rechtsbeschermingsmogelijkheden van de Awb. Dit heeft tot gevolg dat over hetzelfde besluit in vele instanties kan worden geprocedeerd. Gelet op de verschillen in toetsingskader op grond van de WOR enerzijds en de Awb anderzijds zijn verschillen in uitkomst niet uitgesloten.

- Bij adviesgeschillen kunnen de geschillenprocedure bij de Ondernemingskamer en de Awb-rechtsgang samenlopen, terwijl de wet geen afstemmingsregeling bevat. Omdat de partijen die in beide procedures optreden tegen het bevoegde gezag niet dezelfde behoeven te zijn, zijn verschillende uitkomsten wederom niet uitgesloten.

17. Hoe men deze mogelijkheden van samenloop en cumulatie waardeert is uiteraard een kwestie van smaak. Sommigen zullen misschien zeggen dat het helemaal geen kwaad kan om slechte besluiten op diverse manieren en in diverse rechtsgangen aan te kunnen vechten; wellicht hebben zij wel gelijk. Anderen menen misschien dat deze samenloop en cumulatie op zich niet wenselijk is, maar hebben het

26 Vgl. bijv. de afschaffing van een reiskostenvergoedingsregeling die door de President van de Amsterdamse Rechtbank (mede) als beschikking werd aangemerkt, Pres. Rb. Amsterdam 18 april 1995, RAwb 1995, nr. 86, m.a. BdeW en De Moor-van Vugt.

idee dat het in de praktijk niet zo'n vaart zal lopen: niemand procedeert ten slotte voor zijn plezier. Voor hen mogen de ervaringen uit het openbaar onderwijsterrein - waar zoals in paragraaf 3 aangegeven de hier gesignaleerde situatie al langer bestaat - echter als waarschuwing dienen. Ook daar dacht men aanvankelijk dat het allemaal wel mee zou vallen.²⁷ De praktijk heeft echter anders geleerd. Vooral bij meer gevoelige onderwerpen als de fusering van stedelijke gymnasia wordt van alle beschikbare juridische mogelijkheden ook daadwerkelijk gebruik gemaakt. Gegeven het feit dat in ambtenarenkringen procederen geen ongebruikelijk activiteit is, zijn ook op dit terrein juridische loopgravenoorlogen niet uitgesloten. Kortom, a lawyers paradise ligt in het verschiet.

27 Volgens staatssecretaris Wallace zou het met 'de stapeling van rechtsgangen' waarschijnlijk niet zo'n vaart lopen. Vgl. voor de weergave van diens betoog: B.K. Olivier, De rechtsbescherming na de LGC: een sprong in het duister, Uitspraak 1992, nr. 4, p. 53-58.

Over de auteurs

A.L. Asscher is advocaat en partner bij Buruma Maris te 's-Gravenhage.

R.A.A. Duk is sinds 1972 advocaat te 's-Gravenhage.

L.C.J. Sprengers is werkzaam als advocaat bij het Advokatenkollektief Utrecht en gespecialiseerd in medezeggenschapsrecht. Hij is medewerker van het blad Sociaal recht en werkt aan een proefschrift over de invoering van de WOR voor de overheidssector.

E.M. Veldstra is hoofd van de afdeling arbeidsverhoudingen en juridische zaken bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken.

R.J.G.M. Widdershoven is universitair hoofddocent bij het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht; voorts is hij als onderzoeker verbonden aan de onderzoeksschool Arbeid, Welzijn en Sociaal-Economisch Bestuur (AWSB).

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr.mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven,
De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979;
opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof.mr. M.C Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van
den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof.mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de
medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof.dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemin-
gen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij
faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van
vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof.mr. P. Verloren van Themaat, Economisch recht, sociaal
recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijl Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsra-
den, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof.mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof.mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof.mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9
- 20 Prof.dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- * 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- * 23 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8

De met een * gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

Vanaf 5 mei 1995 is de Wet op de Ondernemingsraden ook van toepassing op het grootste deel van de sector 'Overheid'. Voordien was in de wetenschap al een levendige discussie gevoerd over de merites hiervan. Dit debat is ook nadien niet verstomd.

Deze bundel levert een bijdrage aan de gedachtenwisseling over de doeltreffendheid van de WOR bij de overheid.

Hoewel de wetgever met invoering van de WOR voor de overheid een stap heeft gezet richting marktconforme medezeggenschap voor overheidspersoneel en daarbij een verbetering van de regeling van medezeggenschap voor ogen stond, zetten de auteurs van deze bundel hier vraagtekens bij. Met name de beperking van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van onderwerpen die vallen onder de publieke taak van de overheid doet vrezen dat de ondernemingsraad bij de overheid geen verderstreckende functie kan hebben dan het behartigen van de belangen van het personeel. Uitholling van de medezeggenschap ten gevolge van het 'primaat van de politiek' is niet denkbeeldig.

Ook de rechtsbescherming komt in deze bundel aan de orde. Niet alleen de regeling van de WOR geldt daarbij, maar ook de Algemene wet bestuursrecht. Dat deze situatie tot een stapeling van rechtsgangen kan leiden, laat zich raden.