

1. Achtergronden primaat van de politiek in de Wet op de ondernemingsraden

1.1.

Inleiding

Bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden voor de overheidssector in 1995 is de meeste aandacht besteed aan de afbakening van de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de politieke besluitvorming. Dat onderwerp heeft sinds die tijd in de rechtspraak en in de juridische literatuur de nodige aandacht gekregen.

Voordat de Wet op de ondernemingsraden werd ingevoerd, was de medezeggenschap van diensten medezeggenschapscommissies bij de overheid geregeld via een groot aantal verschillende medezeggenschapsregelingen, zoals voor de rijksoverheid in het ARAR en voor gemeenten, provincies en waterschappen in eigen verordeningen. Kenmerkend van deze medezeggenschapsregelingen was de koppeling van bevoegdheden van het medezeggenschapsorgaan aan de bevoegdheden van de overlegpartner. Als het Hoofd van Dienst bevoegd was over een aangelegenheid besluiten te nemen, kwam de dienstcommissie of medezeggenschapscommissie een instemmingsrecht toe. Lag de beslissingsbevoegdheid op een hoger hiërarchisch niveau, dan beperkte de bevoegdheid zich tot een adviesrecht.

Voorts kenden deze medezeggenschapsregelingen een interne geschillenregeling. Bijvoorbeeld bij de rijksoverheid nam uiteindelijk de minister een besluit over een geschil, nadat eerst een college van advies was geraadpleegd.

Met de introductie van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid is voor de bevoegdheden van de ondernemingsraad de inhoud van het besluit bepalend geworden en niet meer wie het besluit neemt. Er is ook een onafhankelijke rechterlijke toetsing bij geschillen ingevoerd. Deze veran-

deringen veroorzaakten de behoefte om de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten opzichte van de politieke besluitvorming nader af te bakenen.

De invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid maakte deel uit van een in de jaren '80 in gang gezet proces om te komen tot een normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid. Die normalisering heeft tot doel de vormgeving van arbeidsverhoudingen bij de overheid meer te laten aansluiten bij de arbeidsverhoudingen in de particuliere sector. Zo zijn er op de terreinen van pensioenen, sociale zekerheid en collectief arbeidsvoorwaardenoverleg ook wijzigingen doorgevoerd om te komen tot meer marktconforme regelingen. In dit hoofdstuk wordt verder ingegaan op de achtergronden van de bepalingen over het primaat van de politiek in de Wet op de ondernemingsraden en de wijze waarop deze bepaling is vormgegeven.

1.2.

Overheid: wetgever en werkgever

Voor de overheid is kenmerkend dat zij twee petten draagt. Allereerst de pet van wetgever. De overheid houdt zich, als hoedster van het publieke belang, bezig met het opstellen van wetgeving en de uitvoering daarvan. En de overheid is belast met publieke taken die bij uitstek alleen door haar uitgevoerd worden. Zoals defensietaken, gevangeniswezen en belasting innen. Om haar taken te kunnen uitvoeren houdt de overheid een ambtenarenapparaat in stand. Tegenover deze ambtenaren treedt de overheid op als werkgever. Dat is de andere pet van de overheid.

In het proces van normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid komt op meer punten de vraag naar voren in welke mate de combinatie van die beide overheidspetten ertoe leidt dat er bijzondere regels nodig zijn. Het uitgangspunt bij de normalisering is het marktconform vormgeven van de overheidsarbeidsverhoudingen, tenzij de

bijzondere positie van de overheid een aparte regeling vereist. Dit is ook het uitgangspunt bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid.

1.3.

Doelstelling bescherming primaat van de politiek in de Wet op de ondernemingsraden

Bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid is aandacht besteed aan de grens die moet worden getrokken tussen de bevoegdheden van de ondernemingsraad en het primaat van de politiek.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij kenmerkende politieke momenten in de besluitvorming de politiek de handen vrij moet hebben om te kunnen beslissen zonder dat de ondernemingsraad geraadpleegd hoeft te worden. Als voorbeelden zijn genoemd de kabinetsformatie en collegeonderhandelingen. Op zulke momenten worden er in een politiek proces besluiten genomen die onder het primaat van de politiek vallen.

Ook andere voorbeelden zijn besproken zoals het besluit tot het privatiseren van een vuilnisophaaldienst. Het principebesluit tot privatiseren werd in de wetsgeschiedenis gekenmerkt als een politiek besluit dat buiten de bevoegdheden van de ondernemingsraad valt. De wijze waarop dit uitgevoerd wordt en de gevolgen die dit heeft voor het personeel vallen daarentegen wel onder het adviesrecht van de ondernemingsraad.

In de wetsgeschiedenis is gewezen op de staatsrechtelijke bevoegdheidverdeling als reden voor het beperken van de bevoegdheden van een ondernemingsraad. De ambtenaren behoren tot de uitvoerende macht en de politieke besluitvorming vindt (meestal) in de wetgevende macht plaats. De vraag echter of het toekennen van een medezeggenschapsrecht aan ambtenaren de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende machten zou kunnen aantasten is in die wetsgeschiedenis niet echt aan de orde geweest. Een tweede reden die is aangevoerd, is het feit dat

met de introductie van de Wet op de ondernemingsraden ook de onafhankelijke rechter bevoegdheden zou gaan krijgen bij besluiten in de overheidssector. Daarbij is voornamelijk gekeken naar de rol van de ondernemingskamer bij het adviesrecht. In de memorie van toelichting is aangegeven dat het aan de politieke organen zelf moet worden overgelaten om bij het nemen van een besluit verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om het resultaat van die belangenafweging te bepalen. In dat kader past geen rechterlijke toets. Ook daarom is, volgens de wetgever, de bijzondere bepaling over het primaat van de politiek in de Wet op de ondernemingsraden nodig.

Op andere momenten in de wetsgeschiedenis heeft de wetgever aangegeven dat de bescherming van het primaat van de politiek niet verder moet reiken dan strikt noodzakelijk is. Uitgangspunt dient te zijn dat de medezeggenschapsrechten van een ondernemingsraad bij de overheid marktconform worden toegepast, tenzij de bijzondere positie van de overheid het nodig maakt om bevoegdheden in te perken. Bij de behandeling in de Tweede Kamer heeft de minister aangegeven er vanuit te gaan dat in de praktijk deze bepaling ruimhartig, in het voordeel van de ondernemingsraad, zou worden geïnterpreteerd. Inmiddels heeft er ook een evaluatie van de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid plaatsgevonden. Daarin heeft het kabinet aangegeven dat er geen reden is om de wettelijke regeling zoals die in de Wet op de ondernemingsraden is opgenomen over de bescherming van het primaat van de politiek te wijzigen, mede gezien de hierna nog te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad. Wel is er uitdrukkelijk op gewezen dat de Wet op de ondernemingsraden een minimum wetgeving is en dat het altijd mogelijk is voor een overheidsgever om een ondernemingsraad ook in een eerder stadium bij de besluitvorming te betrekken. Uit onderzoek blijkt dat daar in de praktijk ook wel sprake van is.

In het onderzoek naar de positie van de ondernemingsraad binnen de Nederlandse gemeenten wordt geconstateerd dat slechts een kleine groep WOR-bestuurders (13,5%) vindt dat het primaat van de politiek en de medezeggenschap elkaar in de weg staan. Bij de helft van de WOR-bestuurders leidt het politiek primaat niet of nauwelijks tot terughoudendheid bij de toepassing van het adviesrecht. Bijna 85% legt een onderwerp in geval van twijfel toch ter advies voor aan de ondernemingsraad.

Medezeggenschap in Kaart, Winder, Kerkhof, Klandemans, A&O fonds Gemeenten, december 2000.

1.4.

Wettelijke regeling

Er is een verschil tussen de doelstelling die ten grondslag is gelegd aan de invoering van de bijzondere bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek, zoals die uit de wetsgeschiedenis blijkt, en de formulering zoals die in de wet is opgenomen. De doelstelling lijkt juist meer ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid te willen creëren dan uit de letterlijke tekst volgt.

In artikel 46d sub b Wet op de ondernemingsraden is aangegeven dat bepaalde onderwerpen geen onderwerp van overleg zijn tussen ondernemingsraad en de WOR-bestuurder. Omdat bijvoorbeeld bij het adviesrecht is aangegeven dat er overleg dient plaats te vinden alvorens een ondernemingsraad een advies kan uitbrengen, zijn door het wegdefiniëren van het overlegrecht ook het advies- en instemmingsrecht komen te vervallen. Over aangelegenheden die betrekking hebben op de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en ook op het beleid en de uitvoering van die taken, heeft de ondernemingsraad geen overlegrecht. Anders gezegd, alles wat met de publiekrechtelijke taken te maken heeft (vaststellen wat er toe behoort, het beleid bepalen

en de uitvoering van het beleid) valt niet onder de aangelegenheden waarover een ondernemingsraad overleg kan voeren. Daarbij is echter een belangrijk „tenzij” geplaatst, te weten: „behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.”

1.5.

Publiekrechtelijke taken

Wat moet in dit verband worden verstaan onder de publiekrechtelijke taken?

Dit zijn de taken die aan de overheid zijn opgedragen en te typeren zijn als een specifieke overheids-taak. Uit de rechtspraak van de ondernemingskamer valt af te leiden dat de publiekrechtelijke taak altijd zijn basis moet vinden in een wettelijke regeling of in een verordening. De overheids-ondernemer kan dus niet in een concreet geschil zondermeer de stelling betrekken dat de omstreden taak behoort tot zijn publiekrechtelijke taken. Hij zal dan moeten aangeven waar die publiekrechtelijke taak is vastgelegd.

Er valt een ontwikkeling waar te nemen waarbij de overheid zich enerzijds meer terugtrekt tot de typische overheidstaken en een groot aantal taken aan de markt overlaat om uit te voeren. Anderzijds gaan de overheden zich in het aanbieden van hun overheidsdiensten aan burgers steeds meer oriënteren op een klantgerichte benadering. Tegelijkertijd is ook een ontwikkeling waar te nemen waarbij private ondernemingen steeds maatschappelijk verantwoord opereren onder druk van marktontwikkelingen, maatschappelijke veranderingen en overheidsbeleid. Daardoor wordt het antwoord op de vraag wat typisch tot de overheidstaak behoort moeilijker.

Zo komt aan de overheid bijvoorbeeld een taak toe om regels te stellen waaraan de verzorging in verpleeghuizen moet voldoen. Het vaststellen van deze regels kan gezien worden als het invulling geven aan de publiekrechtelijke taak. Maar behoort de uitvoering, het instandhouden van een ver-

pleeghuis, ook tot de publiekrechtelijke taak in het geval het gaat om een gemeentelijk verpleeghuis? Daar waar er een keuzemogelijkheid is om de taak te laten uitvoeren door een private instelling, dan wel een overheidsinstelling lijkt er niet veel reden om de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de overheid geringer te laten zijn, dan de bevoegdheden van de ondernemingsraad in de marktsector.

1.6.**Gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen**

In de wettelijke regeling is wel aangegeven – dat ook al gaat het om besluiten die te maken hebben met publiekrechtelijke taken – er toch een bevoegdheid is voor de ondernemingsraad voorzover het betreft de gevolgen daarvan voor de besluiten van de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen. Dit wordt vaak samengevat met „tenzij het personele gevolgen heeft”. Bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden is signaleerd dat het de vraag is hoe deze wettelijke bepaling moet worden geïnterpreteerd, als rekening gehouden wordt met het voorschrift dat advies gevraagd moet worden op het moment dat het advies nog van wezenlijke invloed op de besluitvorming kan zijn (artikel 25 lid 2 WOR). Houdt dit in dat de besluitvorming door een politiek orgaan niet kan plaatsvinden alvorens de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld is om zich in ieder geval over de gevolgen voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen uit te spreken? Of betekent dit toch dat de besluitvorming gesplitst kan worden in (principe-)besluiten die betrekking hebben op de publiekrechtelijke taken en besluiten die de gevolgen voor de werkzaamheden voor de in de onderneming werkzame personen uitwerken?

In hoofdstuk twee zal hier nader op worden ingegaan bij de bespreking van de jurisprudentie.

1.7.**Contacten ondernemingsraad met de politiek**

Bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden is eveneens een bijzondere bepaling opgenomen om het begrip bestuurder voor de overheidssector nader in te vullen. Om uit te sluiten dat een politiek (benoemd of gekozen) bestuurder aangemerkt zou kunnen worden als bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden, is in artikel 46d sub a een opsomming opgenomen van de politieke functionarissen bij acht overheidsinstaties die niet als bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden aangemerkt kunnen worden. Genoemd worden onder meer de ministers en de leden van de Staten Generaal op het niveau van het rijk, leden van het College van GS of van de Provinciale Staten op provinciaal niveau en leden van het college van B&W of van de gemeenteraad op gemeentelijke niveau.

De WOR-bestuurder is dus de hoogste functionaris in de ambtelijke hiërarchie belast met de dagelijkse leiding over de ambtelijke organisatie. Dat een politiek bestuurder niet een bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden kan zijn, betekent eveneens dat aan de ondernemingsraad ook geen adviesrecht over voorgenomen besluiten tot benoeming of ontslag van de politiek bestuurder toekomt. Dit adviesrecht, dat is geregeld in artikel 30 WOR, is alleen van toepassing op de bestuurder(s) in de zin van de Wet op de ondernemingsraden.

In artikel 24 WOR is geregeld dat bij bepaalde overlegvergaderingen, met name die waar de algemene gang van zaken wordt besproken, er sprake is van een bijzondere samenstelling van de delegatie aan de ondernemerskant. Naast de WOR-bestuurder dient dan ook een vertegenwoordiging vanuit de Raad van Commissarissen, Raad van Toezicht of de directie van het moederconcern aanwezig te zijn.

Bij de invoering van de Wet op de ondernemingsraden voor de overheidssector is gediscussieerd over de vraag of het ook niet zinvol is om een vergelijkbare verplichting tot het aanschuiven bij het

overleg op te nemen voor de politiek bestuurder en dan met name de politiek bestuurder die met personeelszaken belast is. Hiervoor is echter niet gekozen.

Bij de evaluatie van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid in 2001 heeft het Kabinet aangegeven geen noodzaak te zien om een dergelijke bepaling alsnog in de wet op te nemen. Uit de evaluatie bleek wel dat er geregeld, bijvoorbeeld bij kleinere gemeenten, contacten plaatsvinden tussen politieke bestuurders en de ondernemingsraad. Dit is ook niet strijdig met de wet, omdat de wet tenslotte het minimum aangeeft. In de wet is geen verplichting opgenomen dat een politiek bestuurder met de ondernemingsraad in overleg zou moeten treden. Wel wordt in de evaluatie benadrukt dat daar waar er behoefte is aan de kant van de politiek bestuurder om in contact te treden met de ondernemingsraad, de wet hiervoor geen belemmeringen biedt.

Op dit standpunt is kritiek te leveren omdat het juist ook een meerwaarde voor een ondernemingsraad kan hebben om met enige regelmaat contact te hebben met het orgaan dat toezicht houdt op de WOR-bestuurder. Door de mogelijkheid van dergelijke contacten nu alleen afhankelijk te stellen van de behoefte aan de kant van de politieke bestuurders, wordt de positie van de ondernemingsraad op dit punt niet versterkt.

In de praktijk blijkt wel dat daar waar een ondernemingsraad contact zoekt met politieke bestuurders, zeker in kleinere overheidsorganisaties, daarop zeer geregeld wordt ingegaan. Dus de vraag of er sprake is van een wettelijke verplichting, is niet alleen beslissend voor het totstandkomen van contacten tussen een ondernemingsraad en de politieke bestuurders.