

## HC 7A, 30-05-2017

### Collectief arbeidsrecht: cao- en stakingsrecht

#### *Niveaus van arbeidsrechtelijke regelgeving*

We beginnen met de context en de binding van het cao-recht. Daarna gaan we het hebben over het stakingsrecht. Cao's zijn het resultaat van collectieve onderhandelingen. Het recht op collectief onderhandelen is een internationaal gewaarborgd grondrecht van werknemers, zie art. 6 ESH en 11 EVRM. Werkgevers(verenigingen) en vakbonden onderhandelen en kunnen wellicht tot cao's komen. Daarboven zit de Nederlandse wetgever en weer daarboven zit de internationale wetgever welke bestaat uit bijv. ILO, EU, Raad van Europa etc. Vandaag gaan we het hebben over het eerste niveau: de werkgeversverenigingen en de vakbonden. Soms geldt een cao voor een hele bedrijfstak. De EU staat als internationale wetgever bovenaan. De Europese sociale partners, waar ook Nederlandse clubjes in vertegenwoordigd worden, kunnen tot overeenkomsten komen en hun onderhandelingsresultaten (raamovereenkomst) voorleggen aan de internationale wetgever. Zij vinden dat die resultaten wetgeving moet worden. De internationale wetgever kan er dan een richtlijn van maken.

#### *Voordelen van cao's*

Voor werknemer is het van belang om tegengewicht te bieden aan de werkgever. Samen staan ze sterk tegen de machtige werkgever. Voor de werkgever zijn er ook allerlei voordelen. De regels zijn door de 'eigen kring' tot stand gekomen, dus er is meer draagvlak en (dus ook) arbeidsrust. Het is sneller dan wetgeving en er geldt een eenheidsregeling voor de werkgever. De werkgever hoeft niet met elke werknemer apart te onderhandelen, dus er zijn lage transitiekosten. Daarnaast zijn dit ook voordelen voor de overheid. Hoe zit het nou met de bindingen binnen het cao? Tussen de werkgeversverenigingen en de vakbonden gelden de obligatoire bepalingen, dus dit zijn de normale rechten en plichten. De leden van de werkgeversverenigingen hebben belangrijke verplichtingen ten opzichte van de vakbond. Dit worden de diagonale bepalingen genoemd. In art. 1 Wet CAO staat dat een cao een overeenkomst is die is aangegaan tussen werkgevers- en werknemerspartijen, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen. Het gaat erom dat we kunnen zien hoe het systeem werkt. Het gaat om de soorten van gebondenheid en het rechtsgevolg daarvan. Men kan gebonden zijn aan een cao door lidmaatschap, een incorporatiebeding of een algemeen verbindend voorschrift.

#### *Casus*

Krachtens de Wet arbeid en zorg (Wazo) hebben ouders (van kinderen tot de leeftijd van acht jaar) recht op ouderschapsverlof zonder behoud van loon. De Cao Kinderopvang, o.a. van toepassing op kinderdagverblijven, bepaalt het volgende: de regeling van het doorbetaald ouderschapsverlof is van toepassing op werknemers die op grond van de Wet arbeid en zorg recht hebben op ouderschapsverlof, zie art. 4.13a. In art. 4.13f staat dat de werknemer over de verlofuren 62,5% van zijn loon behoudt. Freek is in dienst bij Kinderdagverblijf 'Pluk' op basis van een vast contract voor 40 uur per week. Na de geboorte van zijn eerste kind neemt hij ouderschapsverlof op. Hij spreekt met zijn werkgever af dat hij 8 uur per week ouderschapsverlof zal opnemen, met ingang van 1 januari 2017, en wel gedurende één jaar. Partijen hebben daarbij niet gesproken over een eventueel recht op loondoorbetaling over die uren. Eind april bekijkt Freek zijn salarisafschriften van 2017 eens goed en ziet dat hij geen loon heeft gekregen over de opgenomen uren ouderschapsverlof. Het Kinderdagverblijf stelt dat het zich keurig aan de wet houdt, "want ouderschapsverlof is nu eenmaal een verlof zonder behoud van loon". Kan Freek gedurende de looptijd van de cao zijn werkgever in rechte aanspreken op naleving van art. 4.13f van deze cao? In de casus hebben we al twee periodes onderscheiden: de periode gedurende de looptijd van de cao en de periode na het verstrijken van de looptijd van de cao. De eerste situatie is dat zowel werkgever Pluk als werknemer Freek door lidmaatschap aan de Cao Kinderopvang gebonden zijn. Het uitgangspunt hier is dat er geen algemeen verbindend voorschrift is.

Normatieve cao-bepalingen werken automatisch en dwingend door in de arbeidsovereenkomst tussen de gebonden werkgever en de gebonden werknemer, zie art. 9 lid 1 Wet CAO jo. art. 12 en 13 Wet cao (de vervangende en aanvullende werking van de cao geldt voor arbeidsvoorwaardenbepalingen van een cao “door welke zij beiden gebonden zijn”). De werknemer is gebonden als hij lid van de bond is en betrokken is. Je bent betrokken als die cao ook bedoeld is om voor jou de voorwaarden te geven. Dat is meestal wel het geval, maar soms zijn bepaalde personeelsleden uitgesloten, zoals schoonmakers. Werknemer Freek stelt zijn vordering niet in op basis van de Wet CAO, maar op basis van zijn arbeidsovereenkomst, omdat die arbeidsvoorwaarden deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De tweede situatie is dat werkgever Pluk door lidmaatschap aan de Cao Kinderopvang gebonden is, maar werknemer Freek niet. Art. 12 en 13 gelden nu niet, omdat partijen niet beide gebonden zijn. Er is geen automatische en dwingende doorwerking. De verplichting van de werkgever staat in art. 14 Wet CAO. Werkgever past de cao-bepalingen niet toe op de arbeidsovereenkomst van de art. 14-werknemer (en heeft daartoe ook geen aanbod gedaan aan hem). In het *Suk/Britannia*-arrest heeft de HR bepaald dat de werknemer niet zelf een vordering kan instellen o.g.v. art. 14 CAO. Hij kan zich wel zo snel mogelijk aansluiten of de vakbond erop attenderen dat de werkgever zijn verplichtingen ex art. 14 Wet CAO niet nakomt. Ook al is de werknemer *niet* door lidmaatschap aan de cao gebonden, mogelijk is de cao toch op zijn arbeidsovereenkomst van toepassing, namelijk door wilsoverstemming (uitdrukkelijk via incorporatiebeding in arbeidsovereenkomst of stilzwijgend). Het gevolg is dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De basis van de vordering van de werknemer is zijn arbeidsovereenkomst, omdat die arbeidsvoorwaarden deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De afspraken tussen partijen in strijd met de cao zijn dan rechtsgeldig en de contractsvrijheid van de werknemer is nu niet beperkt door de cao. De deelconclusie van de eerste twee situaties luidt als volgt. Als werkgever Pluk door lidmaatschap aan een cao gebonden is, dan kan Freek o.g.v. zijn arbeidsovereenkomst loondoorbetaling tijdens verlof afdwingen, als hij lid is (of wordt) van een van de cao-sluitende vakbonden (= via lidmaatschap gebonden werknemer), dus binding ex art. 9 lid 1 jo. 12-13 Wet CAO, dan wel als de cao in zijn individuele arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk (incorporatiebeding) of stilzwijgend van toepassing is verklaard (en dus daarvan deel uitmaakt), dus contractuele binding. De derde situatie is dat werkgever Pluk niet door lidmaatschap aan de Cao Kinderopvang gebonden is en werknemer Freek ook niet. In dat geval is de werkgever niet aan een cao-bepaling gebonden en zijn afwijkende afspraken geldig, tenzij de cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard (avv), zie art. 3 Wet AVV. Daarnaast kan de werknemer aanspraak maken op betaling van (deel) loon tijdens ouderschapsverlof indien de cao-bepaling via incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard door de ongebonden werkgever. Dit betreft een zuiver contractuele binding, waarbij de Wet CAO niet van toepassing is. De basis voor de vordering van de werknemer is wederom de arbeidsovereenkomst. De deelconclusie van de derde situatie luidt als volgt. Als werkgever Pluk geen lid is, kan betaling door de werknemer slechts worden afgedwongen als de cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard, o.b.v. een individuele arbeidsovereenkomst, zoals die er gedurende het algemeen verbindend voorschrift uitziet ex art. 3 lid 1 + 3 Wet AVV of via een incorporatiebeding (dus contractuele binding in die zin dat in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar een andere cao). Dit is ook o.b.v. een individuele arbeidsovereenkomst. Dit geldt ook als de werkgever wél lid is. Het algemeen verbindend voorschrift is dan met name van belang tegenover de niet door lidmaatschap gebonden werknemer. Die werknemer kan dan gedurende het algemeen verbindend voorschrift ook o.b.v. zijn arbeidsovereenkomst aanspraak maken op de arbeidsvoorwaardenbepalingen uit de cao. De tweede vraag is of Freek na het verstrijken van de looptijd van de cao zijn werkgever nog op naleving van de cao-bepaling kan aanspreken? We zullen weer dezelfde drie situaties bekijken. Als werkgever Pluk door lidmaatschap is gebonden t.a.v. de door lidmaatschap gebonden werknemer zijn de arbeidsvoorwaardenbepalingen cao ex art. 12 en 13 Wet CAO deel gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Het verstrijken van de geldigheidsduur van de cao brengt daarin geen wijziging ('nawerking'). Ten aanzien van niet-

gebonden werknemers geldt dat diens arbeidsvoorwaarden niet berusten op een cao, maar op individuele afspraken met de werkgever. Het vervallen van de cao heeft daarop geen invloed. Stel dat werkgever Pluk geen lid is, maar uitsluitend aan een cao gebonden was o.g.v. een algemeen verbindend voorschrift die geëindigd is. Het algemeen verbindend voorschrift heeft geen nawerking, aldus de HR in bijv. het *Hop/Hom*-arrest (1980) en het *Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*-arrest (2003). De HR heeft de nadruk op de contractsvrijheid gelegd. Echter, de leer van de verkregen rechten geldt wel. Soms heb je tijdens een algemeen verbindend voorschrift een recht verkregen en dat blijf je houden, ook als de cao ophoudt algemeen verbindend verklaard te zijn, zie het *Beenen/Vanduhö*-arrest. Bij een algemeen verbindend voorschrift is er geen nawerking mogelijk. In het *Beenen/Vanduhö*-arrest is bepaald dat, als de werknemer op het tijdstip waarop hij ziek werd, o.g.v. avv-cao-bepalingen recht heeft op loondoorbetaling of suppletie van zijn uitkering over een in die bepalingen omschreven tijdvak, wordt het aldus verkregen recht niet aangetast, doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindende verklaringen te zijn. Kortom, het leerdoel is het onderzoeken wat voor verschillende manieren er zijn van gebondenheid aan een cao en wat de verschillen zijn in de juridische gevolgen die aan een bepaalde manier van gebondenheid vastzitten.

### *Stakingsrecht*

Het stakingsrecht is het sluitstuk van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. In Nederland zijn er weinig stakingen en dat is erg gunstig voor Nederland. Het hoogste aantal in 9 jaar tijd is 27 stakingen, maar in 2008 was het aantal rond de 28-29 stakingen. Een staking is duur voor de werkgever, omdat er arbeidsdagen verloren gaan. In Nederland hebben we geen stakingswet, maar art. 6 lid 4 ESH. In art. 6 ESH staat het volgende: teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen erkennen partijen het volgende. Lid 4 bevat het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten. In art. 6 ESH staat dat het stakingsrecht generlei beperkingen kan ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven (art. 6:162 BW) en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.

### *Toetsing (on)rechtmatigheid staking*

Is art. 6 lid 4 ESH van toepassing of slechts art. 6:162 BW? Lid 1 bevat de vraag of er sprake is van een collectieve actie? Het criterium hierbij is de groep van werknemers. Lid 2 bevat de vraag of er sprake is van een collectief belangengeschil? De criteria voor een stakingsreden is dat er sprake moet zijn van een geschil dat alle of vele werknemers in de onderneming raak of van een geschil dat door collectieve onderhandelingen kan worden opgelost (geschil over arbeidsvoorwaarden). De collectieve actie moet zich richten tegen de wg. Ook kan een actie die zich richt tegen een ander dan de wg, bijv. de overheid, maar zich keert tegen de werkgever, kan onder bescherming van het ESH vallen, zie lid 3. Een voorwaarde is dat de actie op terrein arbeidsvoorwaarden ligt (dus niet zuiver politiek). In lid 4 staat dat de collectieve actie moet bijdragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen (zoals neergelegd in art. 6 ESH), zie het *Enerco*-arrest). De koerswijziging van de HR houdt in dat vele 'afwijkende' actie vormen niet langer buiten het beschermingsbereik van het ESH vallen. Stel dat de ESH niet van toepassing is en er geen belangengeschil is, maar een rechtsgeschil, dan wordt er slechts getoetst aan nationale recht. Het optreden van stakende werknemers wordt getoetst aan de plichten uit de arbeidsovereenkomst (wanprestatie). Het optreden van de vakbond wordt getoetst aan de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid, dat wil zeggen art. 6:162 BW (en niet art. 6 lid 4 ESH). Stel nu dat het ESH wel van toepassing is. In dat geval wordt er rechtstreeks getoetst aan art. 6 lid 4 ESH en de daarop door art. 6 ESH gemaakte uitzonderingen. Het

uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaardenstaking in beginsel rechtmatig is. Uitoefening van het stakingsrecht kan niettemin onrechtmatig zijn en worden beperkt.

#### *Onrechtmatige staking*

Staking kan onrechtmatig zijn en tot verbod of beperkingen leiden, indien het in strijd is met vredesplichtclausule (art. 6 lid 4 ESH). Daarnaast moet er voldaan zijn aan de maatstaf van art. 6 ESH: het stakingsrecht kan generlei beperkingen ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Bij beoordeling of beperkingen aan het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk zijn, spelen alle omstandigheden een rol, o.a. de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefd doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden en de aard van die belangen en die schade. Dit vloeit voort uit het *Amsta*-arrest.

### **HC 7B, 01-06-2017 Medezeggenschap**

#### *Medezeggenschap*

Medezeggenschap is de wijze waarop werknemers invloed kunnen uitoefenen op de beleidsbeslissingen die worden genomen in de onderneming/organisatie. Tevens is medezeggenschap een grondrecht ex art. 19 lid 2 Gw. De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap. Niet alleen de Grondwet dwingt tot medezeggenschap, maar ook art. 27 Handvest van de Grondrechten van de EU dwingt tot het stellen van regels over het recht op informatie en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming. Daarnaast verplicht richtlijn 2009/38/EG tot medezeggenschap. Medezeggenschap is dus de invloed die werknemers via vertegenwoordigers kunnen uitoefenen op besluiten en op de samenstelling van de leiding van de arbeidsorganisatie. We kunnen grofweg twee doelen van medezeggenschap onderscheiden. Ten eerste kunnen werknemers op die manier invloed uitoefenen op besluiten. Ten tweede dient het medezeggenschap het belang van de onderneming, omdat de onderneming meer draagvlak kan creëren voor de besluiten en de kwaliteit van de besluiten komt ten goede.

#### *Vormen van medezeggenschap*

In Nederland hebben we een duaal systeem, dat wil zeggen dat zowel de vakbonden als de ondernemingsraden invloed kunnen uitoefenen. De medezeggenschapsrechten van vakbonden zijn geregeld in sommige cao's en zij zijn ook gesprekspartners bij de cao onderhandelingen. Dit is een vorm van indirecte vertegenwoordiging. Vakbonden hebben ook het recht van enquête, zie art. 2:347 BW. Dit houdt in dat de vakbond een verzoek tot enquête kan richten aan de Ondernemingskamer in het gerechtshof Amsterdam. Een vorm van medezeggenschap is de rol van de vakbonden bij collectief ontslag. Daarover gaat de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Daarnaast heeft de vakbond een rol als het gaat om fusies. Daarvoor geldt het SER-besluit Fusiegedragsregels.

#### *Wet op de ondernemingsraden (WOR)*

Kern van de WOR is een bijdrage te leveren aan het op evenwichtige wijze afwegen van belangen van werknemers en werkgever bij besluitvorming binnen onderneming. Die blijkt uit het evaluatierapport WOR 2003. De WOR is ontstaan uit de behoefte van werknemers aan vertegenwoordiging en de werkgevers. De taak van de ondernemingsraad (hierna: OR) is het dienen van belangen van de onderneming en de werknemers te vertegenwoordigen, zie art. 2 WOR. Het is op deze manier makkelijker om het beleid van een onderneming te regelen. De OR heeft invloed op economische en sociale besluiten van de ondernemer. De WOR dateert van 1950. Sinds 1979 zit een ondernemer niet langer in de OR en de advies-

en instemmingsrechten zijn uitgebreid. Sinds 1981 is de WOR van toepassing op middelgrote en kleine ondernemingen. Sinds 1995 is de WOR van toepassing op de overheid, maar er bestaan uitzonderingen in art. 53 e.v. WOR en het primaat van de politiek is van belang, zie art. 46d en 46e WOR. Sinds 2013 bestaat de Wet aanpassing WOR. Hierbij is o.a. de verplichte bemiddeling van de bedrijfscommissie vervallen. Dit waren de laatste wijzigingen van de WOR.

### *Medezeggenschapsorganen*

In art. 1 WOR staan een aantal belangrijke definities. Ten eerste wordt de onderneming genoemd in lid 1 sub c van het artikel. De onderneming is een organisatie die als zelfstandige eenheid optreedt in organisatorisch verband. Je kunt zien dat een bedrijf een eenheid is als het bijv. 1 naam naar buiten toe is. In lid 1 sub d staat de ondernemer. Dit is de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, bijv. de NV of de BV. In lid 1 sub e staat de bestuurder. Dit is degene die de hoogste zeggenschap heeft bij de leiding van de arbeid, alleen of met anderen. Als er bijvoorbeeld een directeur is die een bedrijfsleider is, dan is hij een bestuurder in de zin van de WOR. Het gaat dus om de zeggenschap bij de leiding van de arbeid. Een bestuurder in de zin van de WOR is niet hetzelfde als een bestuurder in de zin van boek 2 BW. Dat kan risicovol zijn. Een voorbeeld hiervan is een arrest 10 augustus 2016. Een NV had een raad van commissarissen. In de statuten stond dat iemand uit de raad van commissarissen bestuurder kon zijn als de bestuurder niet meer zijn taken kon uitvoeren. Op een gegeven moment werd iemand van de raad van commissarissen aangewezen als bestuurder. De OR was het daar niet mee eens. De conclusie was dat die persoon daadwerkelijk een bestuurder was en dat het eerst voorgelegd moest worden aan de OR. Dat had de raad van commissarissen niet gedaan. De term bestuurder, degene die de dagelijkse leiding heeft bij de arbeid, is ruim. In lid 2 en lid 3 van art. 1 WOR staat wie er in de onderneming werkzaam is. Dat zijn mensen met een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling en, sinds 1998, gedetacheerden (want zij tellen mee bij uitlenen) ex lid 3 sub b, en personen die tenminste 24 maanden werkzaam zijn bij de inlener, zie lid 3 sub a. In art. 6 lid 4 WOR staat dat er afspraken tussen OR en de ondernemer mogelijk zijn over uitbreiding of beperking van de kring. Conform art. 2 WOR moet een onderneming verplicht een OR instellen bij ten minste 50 werknemers. De verplichting kan worden afgedwongen via art. 36 WOR, maar ook door de werknemer. Soms is er een verplichting o.g.v. een cao, zie art. 5a WOR. Daarnaast kan er ook vrijwillig een OR ingesteld worden ex art. 5a lid 2 WOR. In art. 48 WOR staat hoe een OR ingesteld wordt. Stel dat er geen OR ingesteld wordt en er toch belangrijke besluiten genomen worden. De rechter kan dan besluiten dat de ondernemer onzorgvuldig heeft gehandeld en hij kan de besluiten dan terugtrekken. De gevolgen zijn erg nadelig. Art. 8 WOR gaat over de instelling, zittingsduur, werkwijze etc. van de OR. Tussen de 10 en 50 werknemers kan een personeelsvertegenwoordiging door de ondernemer worden ingesteld, maar deze personeelsvertegenwoordiging moet worden ingesteld indien de meerderheid van het personeel dat wenst, zie art. 35c WOR. Onder de 10 werknemers kan er vrijwillig een personeelsvertegenwoordiging ingesteld worden, zie art. 35d WOR. Bij een bedrijf met minstens 10, maar minder dan 50, werknemers kan er een personeelsvergadering ingesteld worden ex art. 35b WOR, indien er geen OR of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. Bij geschillen kan art. 36 WOR als rechtsmiddel gebruikt worden.

### *Overkoepelende medezeggenschapsorganen*

Daarnaast bestaan er ook overkoepelende medezeggenschapsorganen. Als het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR is soms (ook) ingesteld een gemeenschappelijke OR (=GEMOR, art. 3 WOR), een OR voor onderdeel onderneming, art. 4 WOR, een groepsondernemingsraad (= GOR, art. 33 lid 2 WOR) of een centrale OR (= COR), art. 33 lid 1 WOR. Er moet voldoende samenhang zijn tussen de ondernemingen om een GEMOR in te stellen, bijv. dochtermaatschappijen. Conform art. 35 WOR behandelen de GOR en COR alleen aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn. Een belangrijke regel is dat de GOR geen aangelegenheden van regelen die al door de COR geregeld worden. Het

*Tjoapack*-arrest is hierbij van belang. Het Tjoapack was een bedrijf dat chemische verpakkingen maakte. Op een gegeven moment werd er een COR ingesteld en toen werd er een belangrijk besluit genomen. Er moet een gemeenschappelijk belang zijn, in casu verlaging van de kosten en er kwamen plekken vrij. Er was dus een gemeenschappelijk belang. Er bestaat een verplichting voor het instellen van een OR en in sommige gevallen kan men dat vrijwillig doen. Welke rechten heeft een OR? Dat is het informatie-, advies- en instemmingsrecht. De ondernemer is hier verantwoordelijk voor. Het gaat bij een voorgenomen besluit en de sancties staan in art. 26, 27 en 36 WOR.

#### *Rechten OR*

Het belangrijkste recht is het initiatiefrecht, het recht op overleg ex art. 23-24 WOR. De onderneming is niet verplicht om de initiatieven uit te voeren. In art. 25 WOR staat het adviesrecht ten aanzien van financieel-economische/organisatorische besluiten. In art. 27 WOR staat het instemmingsrecht ten aanzien van sociale regelingen, maar die instemming is niet vereist als het cao de zaken van dit artikel al regelt, zie lid 3. Art. 30 WOR gaat over het adviesrecht ten aanzien van de bestuurder. Art. 31-31d WOR gaat over het recht op informatie en art. 32 WOR gaat over de mogelijkheid van uitbreiding van de bevoegdheden van de OR. Ook staan er een aantal rechten in andere wetten, zoals Boek 2 BW, Arbeidstijdenwet en Arbowet. Er kunnen ook bevoegdheden worden toegekend per cao. In art. 32 lid 4 WOR staat de barracuda-regel. De OR kan op die aangelegenheden in beroep bij de Ondernemingskamer. Art. 28 WOR geeft de bijzondere taken van de OR weer. Een instemmingsprocedure van art. 27 WOR is een schriftelijke procedure waarbij de ondernemer het voorgenomen besluit voorlegt aan de OR, waarbij ook een overzicht van de mogelijke gevolgen van het besluit wordt verstrekt. Dit voorgenomen besluit wordt minimaal 1 keer besproken door de OR in een overlegvergadering. Het besluit van de OR wordt vervolgens weer schriftelijk medegedeeld aan de ondernemer en hij laat op zijn beurt weer schriftelijk zijn beslissing weten aan de OR.

#### *Advies/instemming*

De ondernemer is degene die advies vraagt aan de OR. De ondernemer is de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zie art. 1 sub d WOR. Tevens rusten de medezeggenschapsverplichtingen van de WOR op de ondernemer. De bestuurder is degene die de hoogste zeggenschap uitoefent (bij de leiding van de arbeid) in de onderneming. De bestuurder vertegenwoordigt de ondernemer in het overleg met de OR en is dus de gesprekspartner van de OR. Over de vraag wanneer advies gevraagd moet worden is art. 25 lid 2 WOR van belang. Het gaat erom dat het advies nog van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op het te nemen besluit. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen een voorgenomen besluit en beleidsvoornemens. Beleidsvoornemens zijn namelijk niet advies plichtig. Een aantal punten zijn namelijk nog niet concreet uitgewerkt en in een voorgenomen besluit wel. Daarnaast zijn ook het aantal personeelsleden en de personele/financiële gevolgen van belang. Hoe zit het met intentieverklaringen (Letters of Intent/Memoranda of Understanding etc.)? Dit zijn voornemens om samen te werken met een andere partij. In hoeverre zijn intentieverklaringen advies plichtig? Daar gaat het *NS-reizigers*-arrest over. Het hangt af van de omstandigheden van het geval. Ze hadden een intentieverklaring, maar het houdt toch een vrijblijvendheid in, totdat het naar buiten toe wordt gepubliceerd. NS had geen advies gevraagd van de OR, en dat was kennelijk onredelijk, gezien de omstandigheden eromheen, bijv. het persbericht, en dus niet de intentieverklaring zelf. De omstandigheden die bepalen of een intentieverklaring advies plichtig is zijn dus de concreetheid van de inhoud van de gemaakte afspraken, de mogelijkheid voor nadere evaluatie vóór het besluit daadwerkelijk wordt genomen, het uitbrengen van een persbericht en de omstandigheid dat, wat de vorm en de mogelijkheden van het besluit betreft, er andere opties open staan. Een ondernemer moet hier dus erg alert op zijn.

#### *Grenzen adviesrecht*

De OR heeft alleen adviesrecht ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer. Als de ondernemer met een voorgenomen besluit komt, dan kan de OR bij advisering soms eigen alternatieven betrekken. Indien de ondernemer een besluit neemt dat afwijkt van het advies van de OR, dan geldt de motiveringsplicht van art. 25 lid 5 WOR. De OR kan ongevraagd advies geven, maar de ondernemer hoeft daar niet op in te gaan. Let hierbij wel op het initiatiefrecht van de OR ex art. 23 WOR. Wanneer de OR naar de Ondernemingskamer toe kan staan in art. 26 lid 1 WOR. Als het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies of als er nieuwe feiten of omstandigheden bekend zijn geworden geldt het beroepsrecht. Het beroepsrecht geldt ook in het *Linge-ziekenhuis*-arrest. De ziekenhuizen willen fuseren en de OR vindt dat deze brief aan de staatsecretaris voorgelegd moet worden aan de OR. De ondernemer doet dat niet, waarna de OR beroep instelt bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de brief aan de staatsecretaris (ofwel het besluit) niet slechts een vrijblijvende gedachtegang is, maar een besluit om de activiteiten van het Linge-ziekenhuis te beëindigen. In art. 25 WOR staat dat zo'n voorstel om activiteiten te beëindigen advies plichtig is o.g.v. lid 1 sub c van dit artikel. Het is meer dan slechts een gedachtegang, want het ziekenhuis gaat sluiten. De ondernemer kan dus niet weten wat het OR ervan vindt. De ondernemer had redelijkerwijs niet tot dit besluit kunnen komen, omdat het niet voorgelegd is aan de OR. De procedureregels zijn niet nageleefd, omdat er geen advies is gevraagd. Hierdoor kan de OR in beroep. Het criterium van het beroep van art. 26 lid 4 WOR is dat de ondernemer in redelijkheid niet tot besluit heeft kunnen komen. De sancties staan in het vijfde lid. Het besluit kan geheel of gedeeltelijk ingetrokken worden of er kan een verbod opgelegd worden op de uitvoeringshandelingen.

#### *Onredelijk besluit*

Wanneer is een besluit (vrijwel zeker) kennelijk onredelijk? Ten eerste als de ondernemer geen kennis heeft genomen van het oordeel van de OR (zoals in het *Linge Ziekenhuis*-arrest). Ten tweede als de procedurevoorschriften van art. 25 WOR niet in acht zijn genomen. Ten derde als de ondernemer zomaar terugkomt op de gemaakte afspraken of de verwachtingen niet honoreert (vertrouwensleer van het OK) en ten vierde dient de ondernemer de belangen van de werknemers voldoende duidelijk af te wegen tegen andere belangen op een zodanige wijze dat de OR inzicht kan krijgen in die belangenafweging (motiveringseis). Als er sprake is van bovenstaande gevallen kan de OR in beroep bij de Ondernemingskamer en het besluit zal kennelijk onredelijk worden verklaard. De ondernemer heeft vrijheid van onderneming. De toets van art. 26 lid 4 WOR lijkt marginaal. De OK gaat niet op de stoel van de ondernemer zitten. Echter, de OK toetst zeer streng en vol waar het om procedurevoorschriften gaat. Alleen de OK is bevoegd te beslissen over een besluit dat afwijkt van het gegeven advies. De algemene geschillenregeling staat in art. 36 WOR. De beroepsgang bij het instemmingsrecht staat in art. 27 lid 4, 5 en 6 WOR. Als de OR de instemming niet verleent kan de ondernemer de kantonrechter verzoeken om alsnog de instemming te verlenen. Het moet dan wel gaan om bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (lid 4). Als de instemming niet is verleend door de OR en de ondernemer toch het besluit heeft genomen, kan de OR de nietigheid van het besluit binnen een maand inroepen (lid 5). Soms zal er ook sprake zijn van een samenloop van advies- en instemmingsrechten. Het kan zo zijn dat een advies een besluit tot gevolg heeft waar ook het instemmingsrecht op berust, bijv. een belangrijke wijziging van de organisatie van de onderneming die leidt tot een wijziging van de werktijdregeling. Het ene besluit kan een ander besluit tot gevolg hebben.

#### *Casus*

De stichting 'Visionclinics' exploiteert een aantal klinieken in Nederland, gespecialiseerd in oogheelkundige behandelingen. Daartoe behoren onder andere de kliniek 'Meer oog voor jou', waar 55 mensen werken en de kliniek 'Oogheelkundig centrum Eye Care' waar 45 mensen werken. De Stichting heeft een algemeen directeur die tevens directeur is van 'Eye Care'. De andere kliniek heeft een eigen directeur. In kliniek 'Meer oog voor jou' is een

ondernemingsraad actief, in 'Eye Care' is op medezeggenschapsgebied echter niets geregeld. Kan worden afgedwongen dat in 'Eye Care' een ondernemingsraad of andere vorm van wettelijke medezeggenschap wordt ingesteld? Zo nee, waarom niet? Zo ja, op welke wijze en door wie? 'Eye Care' heeft 45 medewerkers in dienst, dus er is geen verplichting om een OR in te stellen ex art. 2 WOR. We gaan er ook vanuit dat het per cao ook niet verplicht is. Ten aanzien van medezeggenschap kan er wel een personeelsvertegenwoordiging worden ingesteld. De ondernemer is dit niet verplicht te doen, tenzij de meerderheid van de werknemers dat wenst, zie art. 35c WOR. Als dit alsnog niet gebeurt kan de OR een personeelsvertegenwoordiging afdwingen bij de rechter. De zeggenschap in deze onderneming is centraal geregeld, aangezien er wordt gesproken over een directeur van zowel 'Eye Care' als de stichting. Dit kan voordelig zijn voor de werking van de WOR. Door de groeiende vraag naar ooglaserbehandelingen en de technologische ontwikkelingen op dit gebied, heeft 'Meer oog voor jou' steeds meer geavanceerde laser- en computerapparatuur nodig. Bij het personeel bestaat nog onvoldoende kennis met betrekking tot deze apparatuur. Daarom wordt besloten via een medisch uitzendbureau een aantal deskundige mensen in te lenen. Komt de ondernemingsraad bevoegdheden toe ten aanzien van een zodanig besluit? Het gaat dus om een groep mensen met kennis die ingehuurd worden. Hij wil weten of het een instemmingsbesluit of advies plichtig besluit is. In art. 25 lid 1 sub g WOR staat het antwoord. Het gaat in casu om groepsgewijze inlening. Tijdens een scholingsbijeenkomst van de ondernemingsraadleden van 'Meer oog voor jou' komt naar voren dat op de verschillende afdelingen van de kliniek een verschillend beleid op het gebied van de personeelsbeoordeling wordt gevoerd. De ondernemingsraadleden vinden dit ongewenst en willen graag dat er een regeling wordt vastgesteld die voor alle werknemers van de kliniek zal gelden. De directie komt echter, ondanks aandringen van de ondernemingsraad, niet met voorstellen dienaangaande. De OR kan van een aantal wettelijke mogelijkheden gebruik maken. Er is verschillend beleid en de OR wil dus eigenlijk een uniforme regeling. Het gaat hier om initiatiefrecht. De OR kan zelf met een voorstel komen, zie art. 23 lid 2 WOR. De ondernemer beslist erover als er overleg is gevoerd in een overlegvergadering. Na het overleg moet de ondernemer schriftelijk aangeven of hij meegaat met het initiatief. Vervolgend komen er drie deskundige uitzendkrachten te werken bij 'Meer oog voor jou'. Nadat zij reeds acht maanden naar ieders tevredenheid in de kliniek hebben gewerkt, komen er verkiezingen voor de ondernemingsraad. Enthousiast gaan de uitzendkrachten naar de stemming, maar groot is hun teleurstelling als zij daar te horen krijgen dat zij geen stem kunnen uitbrengen. Kan de ondernemer de uitzendkrachten van de stemming uitsluiten? Dit is een strikvraag en het antwoord is te vinden in de wet. Het gaat in casu om stemrecht. Dit is geregeld in art. 6 lid 2. Zij zijn tevens niet aan te merken als in de onderneming werkzame personen, zie art. 1 lid 3 sub a WOR, dus ze hebben geen stemrecht. De ondernemer kan dus niet zelf bepalen dat hen stemrecht toekomt, maar hij kan wel een groep aanwijzen die stemrecht heeft als dat ten behoeve van de onderneming is.