



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Hoge Raad gaat bij artikel 27 WOR recht op het verkeerde doel af
Heerma van Voss, G.J.J.; Laagland, F.G.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2021). De Hoge Raad gaat bij artikel 27 WOR recht op het verkeerde doel af. In F. G. Laagland (Ed.), *Serie Onderneming en Recht* (pp. 175-188). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278940>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278940>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



ONDERZOEKCENTRUM
ONDERNEMING & RECHT

VERBURG:
GECITEERD EN BESPROKEN
LIBER AMICORUM
PROF. MR. L.G. VERBURG

Onder redactie van
Prof. mr. F.G. Laagland

VERBURG: GECITEERD EN BESPROKEN

Liber Amicorum prof. mr. L.G. Verburg

ONDER REDACTIE VAN

Prof. mr. F.G. Laagland

Serie Onderneming en Recht
deel 124

 Wolters Kluwer

Deventer – 2021

[HR-RvdR]

Verkorte citeerwijze: Laagland (red.), *Verburg: Geciteerd en besproken (O&R nr. 124)* 2021
Volledige citeerwijze: F.G. Laagland (red.), *Verburg: Geciteerd en besproken. Liber Amicorum prof. mr. L.G. Verburg (Onderneming en recht nr. 124)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

Ontwerp omslag: Cremers visuele communicatie

ISBN 978 90 13 16389 6
NUR 827-715

© 2021, Wolters Kluwer Nederland B.V., F.G. Laagland, Nijmegen

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.



[HR-RvdR]

DE HOGE RAAD GAAT BIJ ARTIKEL 27 WOR RECHT OP HET VERKEERDE DOEL AF

*Guus Heerma van Voss*¹

1. Inleiding

Eén van de mooiste bijdragen die Leonard Verburg aan de wetenschap van het arbeidsrecht heeft geleverd, betreft het initiëren van de reeks van 16 (Nationale) Arbeidsrechtcongressen die tussen 2003 en 2018 zijn gehouden. Zij zijn georganiseerd door een curatorium, samengesteld uit advocaten en wetenschappers, waarin Leonard zonder twijfel de bezielende kracht was.

De congressen brachten ruim honderd beoefenaren van wetenschap en praktijk twee dagen per jaar bijeen in een conferentieoord. Aan de hand van inleidingen door gerenommeerde sprekers werd dan onder leiding van kantonrechter Sjef de Laat theoretisch diepgaand, maar praktisch relevant gediscussieerd over 'in beweging' zijnde ontwikkelingen in het arbeidsrecht. Aan het einde van deze bijeenkomsten werd gestemd over stellingen, waarvan steevast alleen de betekenis al voor veel verwarring zorgde. Die bijeenkomsten hebben hun neerslag gevonden in een reeks boekjes die nog steeds worden geciteerd, vanwege hun vaak interessante en originele bijdragen. Het is deze geest van discussie en onderling contact die Leonard in de wetenschap van het arbeidsrecht nadrukkelijk heeft bevorderd.

De redactiecommissie van deze bundel berichtte de aangezochte contribuanten dat Leonard het betreurt dat de sociaalrechtelijke auteurs niettemin zo weinig ingaan op elkaars werk. Iedereen heeft het druk en is zo bezig met eigen projecten dat de discussie met anderen er wel eens bij inschiet. Graag wil ik daarom bij gelegenheid van Leonards pensionering als hoogleraar enkele kanttekeningen plaatsen bij zijn benadering van het instemmingsrecht.

¹ Prof. mr. G.J.J. (Guus) Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht bij de Universiteit Leiden en staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State.

Leonard Verburg heeft in zijn praktijk als advocaat jarenlang directies van, vaak grotere, ondernemingen bijgestaan. In zijn wetenschappelijke oeuvre ligt de nadruk op het delen met zijn vakgenoten van zijn daarmee verworven grote kennis en ervaring op het gebied van de rechtspositie van bestuurders en de relatie tussen bestuur en ondernemingsraad.

Ik sluit niet uit dat het in de kringen waarin Leonard in de uitoefening van die adviespraktijk regelmatig verkeerde, gebruikelijk was om gereserveerd te denken over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Ook deze attitude vindt weerspiegeling in zijn wetenschappelijke werk. In zijn opstel in de bundel die in 2011 is aangeboden aan Rogier Duk ter gelegenheid van diens afscheid als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek komt een weinig opbeurende benadering van dit aspect van het medezeggenschapsrecht naar voren.² In deze bijdrage wil ik daar graag een wat ander licht op laten schijnen.

2. De oorsprong van het instemmingsrecht

Het Nederlandse medezeggenschapsrecht is in hoge mate schatplichtig aan Duitsland. Onze Wet op de Ondernemingsraden volgt in velerlei opzicht het Duitse model, zoals dat al kort na afloop van de Eerste Wereldoorlog is ontwikkeld. Onze wetgeving op dit gebied dateert weliswaar pas van de jaren 1950, en het instemmingsrecht pas van de jaren 1970, maar beide ontwikkelingen zijn geïnspireerd door het model dat Duitsland al rond 1920 heeft ingevoerd. Opvallend is wel het verschil dat in Duitsland het adviesrecht van minder groot belang is dan bij ons, onder meer door het ontbreken van een beroepsrecht. Daarnaast hebben werknemers een grotere invloed op economische beslissingen langs de weg van de werknemersvertegenwoordiging in de top van ondernemingen via de raad van commissarissen (*Aufsichtsrat*). Deze regeling gaat verder dan onze structuurregeling. Waar het adviesrecht in Duitsland van minder groot belang is dan bij ons, is het instemmingsrecht echter naar verhouding van groter gewicht.³ De Duitse ondernemingsraad (*Betriebsrat*) heeft ook in het algemeen meer invloed op het sociale beleid dan onze ondernemingsraad, onder meer door een bemiddelende rol bij

2 L. G. Verburg, 'De Hoge Raad gaat bij art. 27 WOR recht op het doel af', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 191-199.

3 Vgl. A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 172-181.

ontslagen en de taak om bij collectief ontslag over een sociaal plan te onderhandelen.⁴ In het proefschrift van Van den Bergh uit 1924 is het eerste ontwerp opgenomen voor een Nederlandse Wet op de Ondernemingsraden, dat grote invloed heeft gehad op de Nederlandse gedachtenvorming. Het boek bevat ook een mooi overzicht van het medezeggenschapsrecht zoals zich dat rond 1920 in Europa ontwikkelde.⁵ Over de oorsprong van het instemmingsrecht in Duitsland vermeldt de auteur dat deze verband hield met het feit dat het arbeidsreglement in die tijd – ondanks de opkomst van cao's – een centrale rol speelde bij de regeling van de arbeidsvoorwaarden in de onderneming. Door de *Betriebsrat* de mogelijkheid te geven hierover met de werkgever een ondernemingsovereenkomst (*Betriebsvereinbarung*) te sluiten, konden werknemers hierin medezeggenschap verkrijgen. Een *Einigungsstelle* (vergelijkbaar met onze bedrijfscommissie) beslechtte geschillen op dit punt.⁶ Na de afschaffing van de *Betriebsrätegesetz* in 1934 door het naziregime, heeft Duitsland in 1952 in het *Betriebsverfassungsgesetz* de regeling uit het interbellum in zoverre hersteld dat veel van de onderwerpen die vroeger in het reglement geregeld dienden te worden thans onder het *Mitbestimmungsrecht* van de *Betriebsrat* vallen en in veel gevallen in de vorm van een *Betriebsvereinbarung* tussen de werkgever en de *Betriebsrat* worden vastgesteld.⁷ Een en ander heeft overigens niet verhinderd dat in Duitsland een systeem van collectieve arbeidsovereenkomsten is ontwikkeld en dat de vakbonden, mede via eigen vertegenwoordigers in de invloedrijke *Betriebsrat*, ook binnen Duitse ondernemingen een belangrijke rol zijn gaan spelen.

In Nederland werd voor de Tweede Wereldoorlog voor de arbeidsvoorwaarden vooral het cao-stelsel ontwikkeld en werden vakbonden in toenemende mate door ondernemers als onderhandelingspartner erkend. Binnen ondernemingen hielden vakbonden zich echter relatief op de achtergrond. Er werd vooral en bij voorkeur onderhandeld per bedrijfs-

4 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht, Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2004, p. 227-239.

5 G. van den Bergh (1890-1966), die later kamerlid was en hoogleraar staats en administratief recht aan de Universiteit van Amsterdam, was eerder lid-rapporteur van een commissie van SDAP en NVV die verslag uitbracht over medezeggenschap en bedrijfsorganisatie en daartoe studiereizen maakte naar Duitsland, Tjecho-Slowakije, Oostenrijk en Engeland.

6 George van den Bergh, *De medezeggenschap der arbeiders in de partikuliere onderneming*, Amsterdam: Ontwikkeling 1924, p. 70-71.

7 F. Koning, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 136.

tak. Na de oorlog kreeg de vakbeweging een ongekeerde invloed op het landelijke loonbeleid. Deze vormde een uitvloeisel van de in de oorlog gegroeide onderlinge saamhorigheid van de sociale partners. Deze leidde tot de naoorlogse geest van samenwerking bij de wederopbouw van de nationale economie. Er werd een centraal geleide samenwerking bij de loonpolitiek gevoerd, mede gericht op het bevorderen van een gematigde loongroei. De vakbeweging steunde dit met het oog op het doen delen van werknemers in de economische groei en op de ontwikkeling van de sociale verzorgingsstaat. Dit duurde tot ca. 1970 toen deze centrale sturing erodeerde door de welvaarts-groei. De roep om snellere loonstijging leidde tot meer decentrale loonvorming en de (relatief late) ontwikkeling van het stakingsrecht. Pas daarna kwam er enige aandacht binnen de vakbeweging voor de immateriële belangenbehartiging en het vakbondswerk in de onderneming.⁸ Door deze ontwikkeling groeide een stilzwijgende afspraak met de werkgevers dat de vakbeweging een grote rol kreeg in het landelijke en bedrijfstakgewijze sociale beleid, welke invloed zij geacht werd met verantwoordelijkheidszin uit te oefenen, in ruil waarvoor zij afzag van een belangrijke rol binnen individuele ondernemingen. Tegelijkertijd verzetten vakbonden zich echter ook tegen een belangrijke rol voor ondernemingsraden, omdat zij die als concurrenten zagen. Een Wet op de Ondernemingsraden werd dan ook pas in 1950 ingevoerd.⁹ Deze wet was door de toenmalige indiener Minister Drees bewust primair gericht op de introductie van het instituut van de ondernemingsraad. De bevoegdheden van de raad waren, in vergelijking met Duitsland, uiterst beperkt. In die wet kwam dan ook nog geen instemmingsrecht voor.

In 1964 oordeelde de Staatscommissie Verdam, die adviseerde over herziening van het ondernemingsrecht, dat een recht tot medebeslissen niet aan de ondernemingsraad behoorde toe te komen. De SER sloot zich daarbij in 1968 impliciet aan. De regering achtte in het voorstel dat leidde tot de wijziging van de WOR in 1970 een dergelijk recht verantwoord ten aanzien van het sociale gebeuren in de onderneming. Met name de tertiaire arbeidsvoorwaarden, die vaak werden geregeld in het arbeidsreglement, behoefden nog slechts de instemming van de individuele werknemer, maar die instemming zou meer inhoud kunnen krijgen als ook de ondernemingsraad met het reglement diende in te stemmen. Aldus werd in de wet van 1970 het

8 W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid, Terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1980, p. 252.

9 De passage over de geschiedenis van het Nederlandse instemmingsrecht is grotendeels gebaseerd op het overzicht in L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 344-350 (Historie art. 27 WOR).

instemmingsrecht ingevoerd voor een beperkt aantal onderwerpen, waaronder het arbeidsreglement. In de wetwijziging van 1979 werd deze lijst met een aantal nieuwe onderwerpen uitgebreid, waardoor ook secundaire arbeidsvoorwaarden, zoals pensioenregelingen, onder het instemmingsrecht gingen vallen. Bij latere wetwijzigingen werd de lijst met instemmingsplichtige onderwerpen geactualiseerd. De beroepsmogelijkheden rond het instemmingsrecht werden geleidelijk versterkt en ingebed in het algemene procesrecht. In 1970 werd in deze zaken een beroep mogelijk op de bedrijfscommissie. In 1979 werd de mogelijkheid van hoger beroep op de Minister van Sociale Zaken in de wet erkend. In 1990 werd de gewone rechter (met in eerste instantie de kantonrechter) bevoegd in instemmingsrechtelijke zaken. Verplichte bemiddeling door de bedrijfscommissie werd in 2013 afgeschaft.

3. De afbakening van het instemmingsrecht

Het instemmingsrecht kent verschillende afbakeningsproblemen. In de eerste plaats geldt dit de afbakening ten opzichte van de afspraken die door werkgevers met de vakbonden worden gemaakt. In art. 27 lid 3 WOR is dit in principe duidelijk geregeld: het instemmingsrecht geldt niet indien de kwestie reeds inhoudelijk in de cao is geregeld. Met het woord 'inhoudelijk' wordt bedoeld dat het enkele feit dat een regeling in de cao is getroffen over hetzelfde onderwerp in het algemeen niet voldoende is. Ook het specifieke voorwerp van de regeling dient in de cao te zijn geregeld om het instemmingsrecht uit te sluiten.

Er is echter nog een tweede afbakeningscriterium ontstaan dat niet als zodanig in de wet is benoemd. Hierbij gaat het om de vraag of de ondernemingsraad een instemmingsrecht kan hebben over primaire arbeidsvoorwaarden. Bij de totstandkoming van het instemmingsrecht was dit niet zo zeer een discussiepunt. Weliswaar had de regering instemmingsrecht met het arbeidsreglement voorgesteld vanuit de gedachte dat dit reglement gewoonlijk de tertiaire arbeidsvoorwaarden regelde. Maar deze gedachte sloot in het geheel niet uit dat in het arbeidsreglement ook primaire arbeidsvoorwaarden werden voorzien. Op grond van de wetstekst zou de ondernemingsraad hiermee ook instemmingsrecht hebben. Wel heeft de wetgever in de formulering van een aantal andere instemmingsplichtige onderwerpen geprobeerd te voorkomen dat het instemmingsrecht zich zou uitstrekken tot primaire arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld door te spreken van beloningssysteem in plaats van beloningsregeling. Uit de jurisprudentie nadien blijkt dat dit

een lastig te hanteren onderscheid is, omdat het niet erg scherp is.¹⁰ In 1994 is opnieuw in een SER-advies aan de orde geweest of de ondernemingsraad ook instemmingsrecht zou moeten krijgen over arbeidsvoorwaardenregelingen. Gelet op de verdeeldheid waarvan het advies blijkt gaf, is deze mogelijkheid uiteindelijk niet ingevoerd.

Een derde afbakening bij het instemmingsrecht betreft de beperking tot regelingen. Daarmee is beoogd dat de ondernemingsraad zich slechts met collectieve regelingen bemoeit en niet met individuele sociale kwesties. Ook hierin wijkt de Nederlandse regeling af van het Duitse systeem, waarin de ondernemingsraad zich ook bezighoudt met de problematiek van individuele werknemers en bijvoorbeeld ook wordt betrokken bij ontslagen. Het Nederlandse instemmingsrecht betreft derhalve besluiten van algemene strekking, dat wil zeggen betrekking hebbend op het gehele personeel of één of meer groepen daarvan. De betrokkenheid van de ondernemingsraad bij individuele werknemers is zeer beperkt, al worden er wel klachten verzameld en doorgegeven. Deze beperking draagt uiteraard niet bij aan de bekendheid en het draagvlak van de ondernemingsraad bij de achterban.

Ten slotte is kenmerkend voor het Nederlandse instemmingsrecht dat de ondernemingsraad de werknemer niet kan verplichten. Indien de werkgever de instemming van de ondernemingsraad met een regeling heeft verkregen, is de individuele werknemer daaraan nog niet gebonden. Indien de regelingen verplichtingen oplegt aan de werknemer, kan deze dus niet zonder meer voor elke werknemer worden doorgevoerd. De individuele werknemer kan in beginsel de toepassing op hem van een belastende regeling weigeren. Ook hierin wijkt het Nederlandse systeem af van het Duitse voorbeeld. Natuurlijk zijn er omwegen gevonden om dit resultaat toch te realiseren, zoals een wijzigings- en incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst en de doctrine om de arbeidsovereenkomst te kunnen wijzigen (arresten *Taxi Hofman en Stoof/Mammoet*), maar dit maakt de invoering van dergelijke regelingen soms tamelijk gecompliceerd.

10 Vgl. L.G. Verburg, 'De invloed van medezeggenschap op de bevelsbevoegdheid van de werkgever', in: C.J. Loonstra e.a., *De werkgever in beweging*, Verslag zesde arbeidsrechtcongres 2008, Den Haag: Sdu 2009, p. 93-102, 100 en p. 117-118; voorts P.G. Vesterling & W.A. Zondag, 'Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen', *TAP* 2008, p. 14-23; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Reeks monografieën Sociaal Recht nr. 28, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 313-318.

4. De jurisprudentie van de Hoge Raad

De Hoge Raad is slechts weinig aan instemmingszaken toegekomen. De eerste uitspraak was welwillend. In 1982 werd in het befaamde Akkoord van Wassenaar door de centrale organisaties van werkgevers en werknemers afgesproken dat ter bestrijding van de economische crisis de prijscompensatie werd ingeruild voor vormen van werktijdverkorting. Daarna werden in veel cao's afspraken daarover gemaakt. Soms werden roostervrije uren toegekend die dan in de onderneming nader dienden te worden geregeld. Toen een bank zonder de (centrale) ondernemingsraad te raadplegen bepaalde hoe die roostervrije uren in de onderneming konden worden opgenomen, oordeelde de kantonrechter dat het hier een regeling van de werktijd behelsde die niet onder het instemmingsrecht viel.¹¹ De Hoge Raad oordeelde echter dat het hier ging om de inpassing van de bij cao toegekende arbeidsduurverkorting in de werktijdregeling van de onderneming en dat derhalve wel instemming was vereist.¹²

Daarna heeft de Hoge Raad het instemmingsrecht in twee omstreden uitspraken daarentegen minder welwillend geïnterpreteerd.

De eerste betrof het 'pretverlof' bij een eenheid van De Belastingdienst te Zaandam. Volgens deze regeling hadden de ambtenaren bij deze dienst twee extra vrije dagen per jaar voor een lokale feestdag respectievelijk de verjaardag van de medewerker. Het hoofd van dienst had (waarschijnlijk indachtig de toen gevoerde slagzin van De Belastingdienst "Leuker kunnen we het niet maken") zich voorgenomen de regeling af te schaffen. De ondernemingsraad ging ertegen in beroep dat hiervoor geen instemming was gevraagd van de ondernemingsraad, omdat het een werktijd- of vakantieregeling zou betreffen. De Hoge Raad stelde voorop dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de WOR en van een aantal wijzigingen van die wet een- en andermaal is benadrukt dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest aan de ondernemingsraad een instemmingsrecht te geven met betrekking tot de vaststelling of wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden. Vervolgens overwoog hij dat onder een vakantieregeling als bedoeld in art. 27 lid 1 onder b WOR moet worden verstaan een regeling die betrekking heeft op de wijze waarop of de periode waarin vakantiedagen kunnen worden opgenomen, maar dat onder een zodanige regeling niet moet worden begrepen een regeling die

11 Ktr. Amsterdam 9 december 1983, NJ 1984/303.

12 HR 26 juni 1987, NJ 1988/93.

betrekking heeft op het aantal vakantiedagen waarop een werknemer aanspraak kan maken, nu laatstbedoelde regeling consequenties heeft voor de feitelijke arbeidsduur in die zin dat het opnemen van vakantiedagen een vermindering van het aantal op jaarbasis te werken uren meebrengt. Nu beide onderdelen van de regeling voor het pretverlof een extra vakantiedag meebrachten, oordeelde de Hoge Raad dat de regeling derhalve niet kon worden aangemerkt als een werktijd- of vakantie-regeling als bedoeld in de genoemde bepaling.¹³

De Hoge Raad legt de bedoeling van de wetgever met het instemmingsrecht in deze uitspraak mijns inziens te restrictief uit. Weliswaar heeft de wetgever niet in het algemeen een instemmingsrecht met primaire arbeidsvoorwaarden beoogd, dit neemt niet weg dat van de wel onder het instemmingsrecht vallende regelingen soms primaire arbeidsvoorwaarden onderdeel kunnen uitmaken.¹⁴ Dit gold bijvoorbeeld aanvankelijk ook voor het arbeidsreglement. Nergens uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat indien in het arbeidsreglement vakantiedagen werden toegekend, hierover geen instemmingsrecht zou bestaan. De wetgever heeft een reeks regelingen onbeperkt onder het instemmingsrecht gebracht, en daarbij zelf in abstracto globaal getoetst of die in het algemeen primaire arbeidsvoorwaarden regelden. Het is niet zo dat de wetgever aan de rechter het oordeel heeft gelaten of binnen die categorieën nog regeling van primaire arbeidsvoorwaarden plaatsvond om deze dan vervolgens uit te zonderen van het instemmingsrecht. Dat blijkt ook uit de opzet van art. 27 WOR, waarin wel uitdrukkelijk onderwerpen zijn uitgezonderd die inhoudelijk reeds in de cao zijn geregeld (lid 3). Had de wetgever beoogd dat de rechter bij ieder van de in art. 27 WOR opgesomde regelingen daarnaast nog in concreto zou toetsen of daarin primaire arbeidsvoorwaarden voorkwamen, dan had dat ook in de tekst van het artikel tot uitdrukking dienen te zijn gebracht. Daarbij komt dat de bepaling een limitatieve opsomming bevat. Een dergelijke limitatieve opsomming dient strikt te worden gehanteerd, dus niet te worden uitgebreid, maar evenmin te worden ingekrompen. Zeker nu het onder-

13 HR 11 februari 2000, NJ 2000/274, JAR 2000/86, ECLI:NL:HR:2000:AA4770 (*Belastingdienst Zaandam*).

14 F. Koning constateerde ook dat uit de wet en de wetgeschiedenis tweeslachtigheid blijkt met betrekking tot de vraag of het gewenst is dat de or zich begeeft op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden, 'Artikel 27 WOR: Een bron van mogelijke spanningen in het arbeidsvoorwaardenoverleg', in: L. Bots, G. Heerma van Voss & A.T.J.M. Jacobs, *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkel-bundel), Deventer: Kluwer 1986, p. 251-266, 264.

scheid tussen primaire arbeidsvoorwaarden en andere aspecten van de arbeidsverhouding niet altijd even scherp te maken valt, levert een dergelijke terughoudende uitleg een aantasting op van de positie van de ondernemingsraad in het krachtenveld binnen de onderneming. Sinds deze uitspraak kan een ondernemer onder het instemmingsrecht proberen uit te komen door bij een wettelijk van instemmingsrecht voorziene regeling te beargumenteren dat deze eigenlijk handelt om primaire arbeidsvoorwaarden. De beschikking van de Hoge Raad heeft daarmee het instemmingsrecht aan belang doen inboeten.

De tweede omstreden uitspraak was zo mogelijk nog destructiever voor het instemmingsrecht.

Het betrof hier een proef met verminderd toezicht op de speeltafels bij Holland Casino. Hierbij werd het aantal toezichthouders per speeltafel teruggebracht. De toezichthouder richt zich in dit bedrijf met name op het voorkomen van fraude door spelers of croupiers. Door het aantal toezichthouders te verminderen, werd de verantwoordelijkheid van de croupier bij het voorkomen van fraude door spelers vergroot en daarmee zijn taak verzwaard. De ondernemingsraad achtte dit een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, omdat de inhoud van de regeling mede de arbeidsomstandigheden bepaalde. Op dit punt zegt de Hoge Raad in deze uitspraak dat beoogd is om regelingen op het gebied van de arbeidsomstandigheden (of het ziekteverzuim) onder het instemmingsrecht te brengen. Op grond hiervan neemt de Hoge Raad aan dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden "aankomt op het doel van de regeling". Vervolgens werd het oordeel van hof aanvaard, dat de onderhavige regeling wel gevolgen kon hebben voor de arbeidsomstandigheden en het ziekteverzuim, maar dat niet kon worden gezegd dat het doel van de proef was om een regeling te treffen op het gebied van de arbeidsomstandigheden of het ziekteverzuim.¹⁵

Ook deze benadering is schadelijk voor de werking van het instemmingsrecht. De werkgever krijgt hierdoor de mogelijkheid aangereikt om zaken

15 HR 20 december 2002, NJ 2003/141, JAR 2003/18, ECLI:NL:PHR:2002:AF0155 (*Holland Casino*). Alleen omdat de werkgever in eerste instantie zelf had gemeld dat het instemmingsrecht aan de orde was, werd de zaak terug verwezen naar het hof om te beoordelen of dit zonder voorbehoud en uitdrukkelijk was gebeurd. In dat geval staat het volgens de Hoge Raad de ondernemer namelijk niet meer vrij om zich te beroepen op het ontbreken van het instemmingsrecht.

op het gebied van de arbeidsomstandigheden zonder instemming van de ondernemingsraad te regelen, zo lang hij het doel van de regeling maar anders benoemt. Het gaat er in deze kritiek dus niet om of in de casus van het casino nu wel echt sprake was van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden. De kritiek op dit arrest betreft de algemene redenering van de Hoge Raad dat het bij de beoordeling hiervan alleen aankomt op het doel van de regeling en niet op de gevolgen ervan. In volgende gevallen kan na dit arrest immers de redenering dat alleen het doel en niet de gevolgen van een regeling tellen veel verdergaande betekenis krijgen. De uitspraak is strijdig met het arbeidsrechtelijke beginsel van het primaat van de feiten, ook wel aangeduid als 'wezen gaat voor schijn'.¹⁶ Om de werknemer als zwakkere partij (in dit geval vertegenwoordigd door de ondernemingsraad) te beschermen, dient niet alleen de letter van de regeling bepalend te zijn, maar ook de praktijk van de uitvoering. Stel dat bijvoorbeeld de werkgever besluit de hoeveelheid werkruimte per medewerker te verkleinen, dan is dat qua doelstelling misschien een bezuinigingsmaatregel, maar heeft dit als effect mogelijk een aanzienlijke verslechtering van de arbeidsomstandigheden. Veel maatregelen die een nadelig effect hebben op de arbeidsomstandigheden zijn niet specifiek op arbeidsomstandigheden gericht, maar hebben een ander, bijvoorbeeld bedrijfseconomisch doel. Met de verstrekkende overwegingen van dit arrest heeft de Hoge Raad de effectiviteit van het instemmingsrecht op dit gebied belangrijk verkleind. In wezen is het instemmingsrecht nu beperkt tot die maatregelen waarmee de arbeidsomstandigheden worden verbeterd, niet die waarmee zij worden verslechterd. Daarnaast kan dit ook een uitstraling hebben naar andere onderwerpen. Wellicht dat ook daar met een ander doel de voorwaarden waaronder wordt gewerkt, worden verslechterd, zonder dat de ondernemingsraad hierop invloed kan uitoefenen. Zo kunnen allerlei maatregelen de verwerking van persoonsgegevens beïnvloeden zonder daar in het algemeen op gericht te zijn. Vallen die ook buiten het instemmingsrecht? Er zullen dan ondernemers zijn die afzien van een regeling op het gebied van de verwerking van persoonsgegevens, maar die beïnvloeden onder het mom dat het doel is om andere zaken te regelen. Al met al heeft ook deze uitspraak een ondermijnende werking voor de effectiviteit van het instemmingsrecht.

Wat zegt Leonard Verburg over deze laatste uitspraak? Hij omarmt deze omdat nu eenmaal alles met elkaar verband houdt. Een ruitertelijke

16 Zie hierover nader *Asser-Heerma van Voss* 7-V 2020, nrs. 11 en 26.

benadering van het 'gevolgen'-criterium zou volgens hem tot gevolg hebben gehad "dat ieder in Nederland genomen bedrijfsmatig besluit het etiket instemmingsplichtig had gekregen." Een minder ruitelijke vorm van erkenning zou ook al betekenen dat de *lawyers* hun *paradise* tegemoet zouden treden. De materie vraagt volgens hem om een heldere boodschap en de Hoge Raad heeft dit ingezien en handen en voeten gegeven.¹⁷ Hij sluit daarna aan bij de overweging van Advocaat-Generaal Keus in deze zaak dat de ondernemer er recht op heeft te weten waar hij aan toe is en niet voor vage en niet te overziene verplichtingen dient te worden gesteld, dat bij invoering van het 'gevolgen'-criterium het limitatieve karakter van de opsomming van instemmingsplichtige onderwerpen in wezen wordt doorbroken en dat dit tot effect zou hebben dat het onderscheid met art. 25 WOR (adviesplichtige onderwerpen) zou vervaagen. Ik heb de eer daarin met Leonard duidelijk van mening te verschillen. Los van de dramatische toonzetting dat ieder bedrijfsmatig besluit instemmingsplichtig zou worden of dat er een *lawyers' paradise* zou ontstaan, strekt het betoog van Leonard tot het inperken van het medezeggenschapsrecht. Het is echter in mijn ogen niet de ondernemer die primair bescherming behoeft, maar de werknemer en dus ook de ondernemingsraad. Het medezeggenschapsrecht is er op gericht werknemers die van nature minder te zeggen hebben in de onderneming meer inbreng te geven. Wanneer we de rechten van de ondernemingsraad minimalistisch gaan uitleggen, dan betekent dit een stap terug in de ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht. Meer macht voor de ondernemer wordt hier verkocht als meer rechtszekerheid. Tegenover de rechtszekerheid van de ondernemer staat echter de rechtsonzekerheid van de werknemer. Zelfs zijn ondernemingsraad mag niet meepraten over de arbeidsomstandigheden als de ondernemer het niet belooft maatregelen die slecht zijn voor de arbeidsomstandigheden als beleid op dit gebied te erkennen. En als advies- en instemmingsrecht naar elkaar toe groeien, komt dat in dit geval niet door de interpretatie van het instemmingsrecht, maar doordat het onderscheid tussen het economische, respectievelijk sociale karakter van de maatregelen soms moeilijk valt te maken. Dat behoeft niet zonder meer te leiden tot een inperking van het instemmingsrecht.

Maar interessanter is nog de tegenstrijdigheid tussen de beide uitspraken van de Hoge Raad. Waar in de ene uitspraak de rechtszekerheid dat alle

17 Leonard Verburg, 'De Hoge Raad gaat bij artikel 27 WOR recht op het doel af', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 191-199, 196-197.

vakantieregelingen onder het instemmingsrecht vallen wordt doorbroken om te komen tot een inhoudelijke toetsing welke regelingen er wel en niet onder vallen, mag in de andere uitspraak juist niet inhoudelijk worden gekeken naar de regeling en wordt deze categorisch uitgezonderd als deze niet aan een formeel vereiste voldoet. De enige lijn die ik in deze rechtspraak kan zien, is dat het instemmingsrecht wordt geminimaliseerd.¹⁸

5. De maatschappelijke betekenis van het instemmingsrecht

Tot dusverre zijn Leonard en ik het er eigenlijk over eens dat de rechtspraak van de Hoge Raad het instemmingsrecht van de ondernemingsraad verzwakt. Wij verschillen van mening over de vraag of dat een goede ontwikkeling is. Leonard stelt in zijn bijdrage aan de Duk-bundel de terechte vraag: "Wordt het niet de hoogste tijd een breder maatschappelijk onderzoek te doen naar de vraag of wij nog wel zo gelukkig zijn met de werking van het instemmingsrecht en de lijst van instemmingsplichtige onderwerpen?" Ik ben het met dat voorstel – ook tien jaar later – van harte eens.

Maar zijn volgende vraag luidt: "Is het denkbaar dat wij onder ogen zien dat art. 27 WOR te veel trekken vertoont van een gedateerde zeventiger jaren stijl van de vorige eeuw, die de pracht van het verder zo solide medezeggenschapshuis belast?" Hij suggereert dan een enkel onderdeel als te primair of te onduidelijk te schrappen. Weliswaar is hij bereid het een en ander over te hevelen naar het adviesrecht van art. 25 WOR, maar hij is bang dat deze gedachte wegzakt "in de groeve van wat eens het poldermodel heette en nu vooral *carved in stone* lijkt te zijn."¹⁹

Deze zinnen verraden dat Leonard met het instemmingsrecht niet veel op heeft. Ik betreur dat. Mijns inziens moeten we inderdaad kijken naar het bredere maatschappelijke kader. En dan zien we daar dat er een tendens is naar een grotere rol voor ondernemingsraden in de arbeidsverhoudin-

18 De verwarring wordt nog vergroot door de beschikking waarin de Hoge Raad oordeelt dat bij de pensioenovereenkomst de rechter niet behoeft te beoordelen of er sprake is van een primaire arbeidsvoorwaarde, omdat de wetgever er voor heeft gekozen om dit als secundaire arbeidsvoorwaarde te beschouwen, HR 24 januari 2014, NJ 2016/395, JAR 2014/54, EWCLI:NL:HR:2014:159 (*Stena Line*). De vraag rijst waarom dit dan niet geldt voor vakantieregelingen.

19 Leonard Verburg, 'De Hoge Raad gaat bij artikel 27 WOR recht op het doel af', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 191-199, 198-199.

gen dan voorheen. Dat heeft te maken met het verlaten van de ge-centraliseerde loonpolitiek, het steeds verder decentraliseren van onderhandelingen naar het niveau van de onderneming, de vraag naar de representativiteit van vakbonden, de onmogelijkheid voor vakbonden om op alle niveaus de onderhandelingen te voeren, het hiervoor al besproken terughoudendheid van vakbonden om op het niveau van de onderneming te acteren, de toegenomen scholingsgraad en mondigheid van werknemers waardoor zij meer directe invloed op hun eigen werksituatie verlangen, de toegenomen aandacht voor grondrechten, zoals privacy en vrijheid van meningsuiting en het toenemende aantal ondernemingen dat in de praktijk al onderhandelt met ondernemingsraden over de arbeidsvoorwaarden omdat er geen cao van toepassing is of men niet uit de cao-onderhandelingen komt.

Wij hebben niet voor niets de ontwikkeling gezien van de ondernemingsraad als een soort gemeenteraad die besluiten van de directie beoordeelt naar een onderhandelende ondernemingsraad die als meer gelijkwaardige partner om de tafel zit. Daar hoort niet bij dat de ondernemer besluiten voorkookt en de ondernemingsraad die alleen kan goed- of afkeuren. De figuur van de ondernemingsovereenkomst heeft zijn intrede gedaan. In ondernemingen waar de ondernemingsraad wel over arbeidsvoorwaarden onderhandelt, functioneert deze figuur al lang en ook wordt deze nuttig gebruikt ten behoeve van een decentrale uitwerking van cao's.

Laten we dan nog eens de blik wenden naar onze oosterburen, waar het instemmingsrecht al veel langer en veel vanzelfsprekender functioneert. Daar wordt de ondernemingsraad als een serieuze partij gezien, zowel door ondernemers als door vakbonden en werknemers. De vakbonden zien de ondernemingsraad als hun verlengstuk binnen de onderneming en niet als een concurrent.²⁰ Het overgrote deel van de leden van ondernemingsraden is dan ook op vakbondslijsten gekozen en de leiders worden vaak vrijgesteld voor vakbondswerk in de onderneming. Het Duitse medezeggenschapsrecht werkt in sociale aangelegenheden ook met een instemmingsrecht, maar dit is anders uitgewerkt dan in Nederland. Ook hier geldt de afbakening dat er geen instemmingsrecht bestaat met kwesties die in de cao zijn geregeld. Ook hier bestaat een lijst met onderwerpen die met instemming dienen te worden geregeld. Maar beide partijen kunnen het

20 Vgl. L.C.J. Sprengers, 'Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten?', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Verslag Tweede Arbeidsrechtcongres 2004, Den Haag: Sdu 2005, p. 59-102.

initiatief daartoe nemen en het resultaat wordt neergelegd in een ondernemingsovereenkomst (§87 BetrVG). Hierdoor wordt de ondernemingsraad meer een onderhandelingspartner van de ondernemer en is hij niet afhankelijk van het voorstel dat de ondernemer ter instemming wenst voor te leggen. Daarnaast werken de ondernemingsovereenkomsten onmiddellijk en dwingend door in de arbeidsovereenkomsten van individuele werknemers. Door dit alles heeft het Duitse instemmingsrecht meer betekenis in de praktijk en is het effectiever.

Bij een toenemend individualiserend en decentraliserend stelsel van arbeidsverhoudingen lijkt mij het nog verder verzwakken van het medezeggenschapsrecht te vergelijken met het weggooien van het kind met het badwater. In plaats van het te beperken, zouden wij het instemmingsrecht van de ondernemingsraad moeten koesteren en versterken. Bestuurders zouden aangemoedigd moeten worden – ook door hun advocaten – om niet met het wetboek op tafel te vergaderen met de ondernemingsraad en naar minimalisering van zijn bevoegdheden te streven, maar hem positief te benaderen en naar goede samenwerking te streven. Natuurlijk zijn er ook ondernemingsraden die deze sfeer zelf niet bevorderen, maar hoe vaak vormt de opstelling van de ondernemingsraad niet het spiegelbeeld van die van de bestuurder? Wie wind zaait, oogst storm en wie kaatst, kan de bal verwachten. En ten slotte is er altijd nog de geschillenregeling die de ondernemer de mogelijkheid biedt om zo nodig bij de rechter onredelijke standpunten van de ondernemingsraad ter discussie of zwaarwegende ondernemersbelangen aan de orde te stellen.

De Hoge Raad is met zijn uitleg van het instemmingsrecht recht op zijn doel afgegaan, zoals Leonard Verburg het omschreef in de titel van zijn bijdrage aan de Duk-bundel. Maar wist hij wel of dat het goede doel was?

