

ADVIES

Rolnummer: LPL 98.037

DE BEDRIJFSKOMMISSIEKAMER VOOR DE OVERHEID VOOR LAGERE
PUBLIEKRECHTELIJKE LICHAMEN, ADVISERENDE NAAR AANLEIDING
VAN EEN VERZOEK OM BEMIDDELING INZAKE EEN GESCHIL TUSSEN

1. De Algemeen Directeur van de Dienst Stedebouw en Volkshuisvesting van de gemeente Rotterdam (de onderneming), verder te noemen de bestuurder

en
2. De ondernemingsraad van de Dienst Stedebouw en Volkshuisvesting van de gemeente Rotterdam, verder te noemen de ondernemingsraad

Verloop van de procedure

- Achtergronden

Binnen de onderneming bestaat de gewoonte om medewerkers op hun verjaardagen een halve dag verlof te verlenen.

Bij schrijven van 3 december 1997 heeft het hoofd van de afdeling P.O.& I. het management van de onderneming gevraagd te besluiten tot afschaffing van deze faciliteit en in het vervolg de medewerkers vragen verlof dan wel ATV op te nemen op verjaardagen.

In januari 1998 heeft het managementteam het besluit genomen om deze faciliteit af te schaffen conform het schrijven van 3 december 1997, welk schrijven als bijlage aan de MT-agenda is toegevoegd.

Gezien het feit dat de ondernemingsraad zich op het gewoonterecht heeft beroepen, heeft de bestuurder het afschaffen van het verlenen van een halve dag verlof op verjaardagen in de overlegvergadering van 26 februari 1998 aan de orde gesteld. In deze vergadering heeft de ondernemingsraad zijn instemming aan het besluit onthouden. De vraag of het instemmingsrecht in casu juist is gehanteerd, is in de overlegvergadering niet aan de orde gekomen.

Ten gevolge van het voorgaande is thans nog niet met de uitvoering van het besluit begonnen. Aangezien de bestuurder zich ter advisering tot de Bedrijfscommissie voor de Overheid heeft gewend, is besloten de uitvoering van het besluit uit te stellen tot het moment dat dat advies beschikbaar zal zijn. De intentie is om met ingang van 1 januari 1999 geen halve dag verlof meer te verlenen ter gelegenheid van verjaardagen.

- Behandeling van het geschil

Op 1 juli 1998 heeft de bestuurder bij de Bedrijfscommissie voor de Overheid een verzoek om bemiddeling ingediend als bedoeld in artikel 36, derde lid, van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) inzake zijn geschil met de ondernemingsraad. Dit geschil is door de Bedrijfscommissie ter behandeling doorverwezen naar de Bedrijfscommissiekamer voor Lagere Publiekrechtelijke Lichamen (hierna: de Kamer).

Desgevraagd heeft de bestuurder bij schrijven van 24 juli 1998 het verzoek om bemiddeling nader gemotiveerd.

Desgevraagd heeft de ondernemingsraad bij schrijven van 18 september 1998 gereageerd op het verzoek om bemiddeling van de bestuurder.

De Kamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld om op 6 oktober 1998 tijdens een zitting van de Kleine Commissie -welke de Kamer uit zijn midden heeft samengesteld voor de uitvoering van het mondelinge gedeelte van de bemiddelingsprocedure- hun standpunten mondeling toe te lichten.

Ter zitting zijn verschenen de heer J. Jongen namens de bestuurder en de heren W. van der Vos, F. van der Gaag en R. van der Stege namens de ondernemingsraad.

Omdat beide partijen telefonisch aan de Kamer te kennen hebben gegeven daar geen bezwaar tegen te hebben, heeft de Kamer de termijn, bedoeld in artikel 36, derde lid, van de WOR verlengd met twee maanden.

Desgevraagd heeft de ondernemingsraad verklaard een eventueel advies van de Kamer als niet bindend te zullen beschouwen.

Hoewel de Kleine Commissie een poging heeft gedaan een minnelijke schikking tot stand te brengen, zijn partijen er niet in geslaagd om de door tussenkomst van de Kleine Commissie gekozen uitgangspunten in een voor ieder aanvaardbaar compromis om te zetten.

In zijn vergadering van 27 oktober 1998 heeft de Kamer zijn advies vastgesteld.

Omvang van het geschil

De omvang van het geschil betreft de vraag of de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft in de zin van artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR ten aanzien van het besluit van de bestuurder van januari 1998 inzake het afschaffen van het verlenen van een halve dag verlof op verjaardagen.

Standpunt van de bestuurder

Uit de overgelegde stukken en het ter zitting besprokene is gebleken dat het standpunt van de bestuurder als volgt luidt.

De bestuurder verklaart dat voor de faciliteit van het verlenen van een halve dag verlof ter gelegenheid van verjaardagen van medewerkers geen enkele rechtspositionele basis bestaat. Immers, in het van toepassing zijnde ambtenarenreglement wordt een dergelijke regeling niet genoemd.

Voorts is de bestuurder van opvatting dat er geen sprake is van een recht en dat bovendien deze gewoonte binnen de dienst niet overal wordt toegepast. Er is derhalve geen sprake van een gewoonterecht, vastgelegd in een procedure of huishoudelijk reglement, bekrachtigd door een directiebesluit geldend voor alle medewerkers van de dienst, aldus de bestuurder.

Op grond van deze overwegingen bestrijdt de bestuurder dat het besluit om het verlenen van halve dagen verlof op verjaardagen af te schaffen een besluit is als bedoeld in artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR en dat het besluit derhalve instemmingsplichtig is.

Reactie van de ondernemingsraad

Uit de overgelegde stukken en het ter zitting besprokene is gebleken dat de reactie van de ondernemingsraad op het standpunt van de bestuurder als volgt luidt.

Hoewel de ondernemingsraad toegeeft dat een regeling inzake het verjaardagsverlof niet in een rechtspositioneel besluit in schriftelijke vorm is vastgelegd, is hij wel van mening dat het in dit geval gaat om een regeling gebaseerd op het gewoonterecht. Het feit dat de betrokken 'regeling' niet op alle afdelingen binnen de onderneming wordt toegepast, doet aan het begrip 'regeling' niet af. De ondernemingsraad verklaart een en ander door te stellen dat het niet integraal toepassen van de faciliteit zijn oorzaak vindt in de omstandigheid dat de onderneming een samenvoegsel is van in een eerdere instantie zelfstandig opererende takken, waarbij binnen de ene tak de 'regeling' wel gold en binnen de andere niet. Bovendien richt deze 'regeling' zich thans tot alle medewerkers. Omdat deze 'regeling' in de onderneming reeds geruime tijd van kracht is, acht de ondernemingsraad bewezen dat er sprake is een gewoonte.

De ondernemingsraad verklaart voorts dat uit de jurisprudentie blijkt dat het wèl moeten werken op een nationale feestdag beschouwd dient te worden als een wijziging van de werktijdregeling (rechtbank te Amsterdam, 5 april 1989, ROR 1989 nr 14, Bijenkorf). Nu zich in de onderhavige kwestie een vergelijkbare situatie voordoet, daar waar de 'regeling' impliceert dat op een bepaalde dag -de verjaardag te beschouwen als een individuele feestdag- niet volledig gewerkt hoeft te worden, zou de analoge toepassing van het in de jurisprudentie bepaalde moeten leiden tot de conclusie dat de kwestie als een instemmingsplichtige aangelegenheid beschouwd dient te worden, aldus de ondernemingsraad.

Van belang acht de ondernemingsraad tevens het arrest van de Hoge Raad (HR 26 juni 1987, ROR 1987 nr 35, AMRO), waaruit volgt dat de op zich zelf limitatieve opsomming van artikel 27, eerste lid, van de WOR niet te grammaticaal dient te worden opgevat, maar dat het naar de aard en strekking van de genoemde onderwerpen uitgelegd dient te worden. De ondernemingsraad is van mening dat de 'regeling' inzake het verjaardagsverlof naar aard en strekking te beschouwen is als een regeling op het gebied van werktijden en/of een vakantieregeling. De ondernemingsraad wijst er hierbij op dat al vijftig jaar invulling wordt gegeven aan de 'regeling'.

Op grond van het bovenstaande stelt de ondernemingsraad zich op het standpunt dat het besluit van de bestuurder om het verlenen van halve dagen verlof op verjaardagen af te schaffen een besluit is als bedoeld in artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR en derhalve instemmingsplichtig is.

Relevante bepalingen uit de WOR

- Art. 27 lid 1 De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:
- (...)
 - b. een werktijd- of een vakantieregeling;
 - (...)

Overwegingen van de Kamer ten aanzien van het geschil

Met betrekking tot het door partijen naar voren gebrachte, overweegt de Kamer het volgende.

De centrale vraag in het onderhavige geschil is de vraag of de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft in de zin van artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR ten aanzien van het besluit van de bestuurder van januari 1998 inzake het afschaffen van het verlenen van een halve dag verlof op verjaardagen. Derhalve dient getoetst te worden of dat besluit strekt tot de intrekking van een werktijd- of een vakantieregeling, dan wel daarmee voor de toepassing van artikel 27 van de WOR op één lijn gesteld dient te worden.

In eerder door de Bedrijfscommissie voor de Overheid uitgebrachte adviezen inzake dezelfde materie (RP.018, RP.020, RP.021, RP.022, RP.023, RP.024) heeft de Kamer voor Rijk en Politie bepaald dat een besluit tot het afschaffen van verjaardagsverlof in ieder geval niet kan worden aangemerkt als een besluit tot de intrekking van een werktijdregeling en evenmin daarmee op één lijn dient gesteld te worden. Omdat partijen reeds in het bezit zijn van enkele van deze adviezen, wordt de uitgebreide motivering voor dit standpunt als zijnde bekend verondersteld en zal hier in het onderhavige advies niet nader op ingegaan worden.

In de bovengenoemde adviezen van de Kamer voor Rijk en Politie is vervolgens onderzocht of het verjaardagsverlof onder het begrip 'vakantieregeling' geressorteed kan worden, dan wel dermate essentiële kenmerken van 'vakantie' heeft dat het redelijkerwijs als zodanig moet worden behandeld. Ten aanzien hiervan heeft de Kamer voor Rijk en Politie bepaald dat een essentieel kenmerk is, dat het initiatief ten aanzien van het moment waarop eenmaal toegekend verlof daadwerkelijk wordt opgenomen, bij de werknemer ligt. Hoewel het hierbij uiteraard zo kan zijn dat van werkgeverszijde de kaders - zoals in "echte vakantieregelingen" - ten aanzien van die momenten worden

gegeven, heeft de werknemer dus een zekere keuzemogelijkheid ten aanzien van het precieze moment waarop hij het verlof opneemt.

Daarnaast wijst de Kamer voor Lagere Publiekrechtelijke Lichamen in dit kader op een ander essentieel verschil tussen 'verlof' en 'vakantie'. In de toelichting op artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR, wordt door de heer Vink (*Inzicht in de ondernemingsraad*, mr F.W.H. Vink, tiende druk 1998, pagina 119) aangegeven dat, anders dan bij een vakantieregeling, bij een verlofregeling de werktijd slechts onderbroken mag worden met het oog op bepaalde omstandigheden en verplichtingen, welke doorgaans gedetailleerd geregeld zijn in wetgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten, ambtelijke rechtspositieregelingen en bedrijfsreglementen. Hieruit volgt dat de ondernemingsraad ten aanzien van een verlofregeling geen instemmingsrecht heeft, tenzij voornoemde regeling een duidelijke samenhang vertoont met een aangelegenheid als genoemd in artikel 27 van de WOR.

De Kamer voor Lagere Publiekrechtelijke Lichamen is van oordeel dat aan deze beide kenmerken moet zijn voldaan voordat een bepaalde verlofvorm voor de toepassing van 27 van de WOR met 'vakantie' op één lijn mag worden gesteld.

In het hierna volgende zal aan de hand van de bovengenoemde criteria onderzocht worden of het verjaardagsverlof, zoals toegepast in de betrokken onderneming, aangemerkt kan worden als een vakantieregeling, dan wel dermate essentiële trekken vertoont van die regeling dat het voor de toepassing van artikel 27 van de WOR met 'vakantie' op één lijn gesteld dient te worden.

Allereerst constateert de Kamer dat tussen partijen verschil van mening bestaat over de vraag of het verjaardagsverlof in casu een gewoonterecht is. In dat kader wijst de Kamer er op dat er sprake is van gewoonterecht zijnde een regeling, indien feitelijk gehandeld wordt conform een bestendig beleid, welk beleid bovendien over een geruime periode is gevoerd en algemeen van aard is.

Uit de door partijen overgelegde stukken blijkt dat het verjaardagsverlof inderdaad reeds lange tijd in de onderneming wordt toegepast en bovendien een algemeen karakter draagt. Het feit dat het verjaardagsverlof niet op alle afdelingen wordt genoten doet hier niet aan af. De Kamer komt dan ook tot de conclusie dat het verjaardagsverlof, zoals toegepast in de onderneming, aangemerkt kan worden als gewoonterecht zijnde een algemene regeling.

Voorts is het de Kamer gebleken dat het verjaardagsverlof niet vrij opneembaar is; het verlof dient genoten te worden ter gelegenheid van de verjaardag. De werknemer heeft geen keuzemogelijkheid ten aanzien van het moment waarop hij het verjaardagsverlof opneemt.

Tenslotte blijkt uit de stukken dat, hoewel omtrent het verjaardagsverlof nergens schriftelijk is geregeld, het een vast beleid is dat men ter gelegenheid van de verjaardag de werktijd voor een halve dag mag onderbreken.

Het geheel in overweging nemende concludeert de Kamer dat het verjaardagsverlof, zoals toegepast in de onderneming, geen vakantieregeling is. Evenmin vertoont het verjaardagsverlof dermate essentiële trekken van die regeling dat het voor de toepassing van artikel 27 van de WOR met 'vakantie' op één lijn gesteld dient te worden. Naar het oordeel van de Kamer behoeft het besluit tot het afschaffen van het verlenen van een halve dag verlof ter gelegenheid van de verjaardag dan ook geen instemming van de ondernemingsraad, zoals bedoeld in artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR.

Gezien het bovenstaande acht de Kamer het niet relevant in te gaan op de overige door partijen aangevoerde argumenten.

Advies

De Kamer adviseert partijen om het besluit van de bestuurder van januari 1998 inzake het afschaffen van het verlenen van een halve dag verlof op verjaardagen niet aan te merken als een instemmingsplichtig besluit in de zin van artikel 27, eerste lid, sub b, van de WOR.

11 november 1998

De Bedrijfscommissiekamer voor lagere publiekrechtelijke lichamen,
namens deze,

G.J.J.J. Heetman
Voorzitter

R.A. Bos
Secretaris

Wanneer partijen ook na dit advies niet tot overeenstemming komen, kunnen zij het geschil, onder overlegging van dit advies, binnen dertig dagen na verzending

Bedrijfscommissiekamer voor lagere publiekrechtelijke lichamen, LPL 97.037

daarvan bij gemotiveerd schrijven voorleggen aan de Kantonrechter (artikel 36, vierde lid, van de WOR).