

advies

Rolnummer: LPL. 107

DE BEDRIJFSCOMMISSIEKAMER VOOR LAGERE
PUBLIEKRECHTELIJKE LICHAMEN, ADVISERENDE NAAR
AANLEIDING VAN EEN VERZOEK OM BEMIDDELING EN ADVIES
INZAKE EEN GESCHIL TUSSEN:

De ondernemingsraad van de provincie Zuid-Holland, hierna te noemen: de
ondernemingsraad, enerzijds

en

De bestuurder in de zin van de WOR van de provincie Zuid-Holland, hierna te
noemen: de bestuurder, anderzijds.

Verloop van de procedure

De bestuurder heeft de ondernemingsraad het voorstel gedaan om voor het jaar 2005 vier collectieve roostervrije dagen aan te wijzen tussen kerst en oud en nieuw. Tijdens de overlegvergadering van 13 april 2005 heeft de ondernemingsraad dit voorstel afgewezen. De bestuurder heeft tijdens voornoemde vergadering het voorstel ingetrokken en aangekondigd te besluiten dat in de periode tussen kerst en oud en nieuw de bezettingsgraad per bureau ten minste 45% dient te zijn. De bestuurder heeft vervolgens uitvoering gegeven aan dit besluit, door het management op te dragen bij de toekenning van verlof tussen kerst en oud en nieuw rekening te houden met een bezettingsgraad van 45%. De ondernemingsraad heeft per brief d.d. 12 mei 2005, met een beroep op artikel 27, lid 5 van de WOR, de nietigheid van het besluit ingeroepen. Tevens heeft de ondernemingsraad, door middel van voornoemde brief, de bestuurder gesommeerd het besluit in te trekken en uitvoering ervan te staken. De bestuurder heeft aan dit verzoek geen gevolg gegeven, waarop de ondernemingsraad het geschil ter bemiddeling en advies aan de Bedrijfscommissie heeft voorgelegd.

Behandeling van het geschil

Bij brief van 6 juli 2005 heeft mevrouw mr. P. Burger van Advocatenkollektief, namens de ondernemingsraad het geschil ter bemiddeling c.q. advisering als bedoeld in artikel 36, derde lid, van de WOR voorgelegd aan de Bedrijfscommissie voor de Overheid.

Dit geschil is door de Bedrijfscommissie ter behandeling doorverwezen naar de Bedrijfscommissiekamer voor Lagere Publiekrechtelijke Lichamen (hierna: de Kamer).

Namens de bestuurder heeft de heer mr. R.A.A. Duk, van De Brauw Blackstone Westbroek, bij schrijven d.d. 11 augustus 2005 zijn visie gegeven op het betreffende geschil.

De Kamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld om op 13 september 2005 tijdens een hoorzitting van de Kleine Commissie – welke de Kamer uit haar

midden heeft samengesteld voor de uitvoering van het mondelinge gedeelte van de bemiddelingsprocedure – hun standpunten toe te lichten.

Namens de ondernemingsraad waren aanwezig de heren P.J.M. Meijer en G. van den Toren. De ondernemingsraad werd bijgestaan door mevrouw mr. P. Burger, als raadsvrouw.

Namens de bestuurder zijn verschenen, de heer N. v/d Berg en mevrouw B. de Rooij, bijgestaan door mr. R.A.A. Duk als raadsman.

Desgevraagd hebben partijen aangegeven te kunnen instemmen met een verlenging van de 2-maanden-termijn waarbinnen de Kamer het advies behoort uit te brengen.

Voorts hebben partijen laten weten het advies niet als bindend te beschouwen.

Omvang van het geschil

De omvang van het geschil wordt bepaald door de vraag of het voorschrift van de bestuurder, inhoudende dat er bij de toekenning van verlof in de periode tussen kerst en oud en nieuw rekening dient te worden gehouden met een bezettingsgraad van 45% per bureau, een (vakantie)regeling is in de zin van artikel 27, eerste lid, onderdeel b, van de WOR.

Standpunt van de ondernemingsraad

De ondernemingsraad is van mening dat de bestuurder, op grond van artikel 27, lid 1, onderdeel b van de WOR, hem om instemming had moeten vragen, alvorens hij zijn voorschrift (lees: besluit), dat er tussen kerst en oud en nieuw bij de toekenning van verlof rekening dient te worden gehouden met een bezettingsgraad van 45% per bureau, ter uitvoering aan het management opdroeg.

Ter onderbouwing van zijn standpunt voert de ondernemingsraad aan dat het toekennen van verlof is gebaseerd op algemene regels die van toepassing zijn op een groep, dan wel alle werknemers van de provincie Zuid-Holland. Eén van deze algemene regels is dat het verlof geweigerd kan worden omwille van het dienstbelang. Vooralsnog is hiervoor van belang of in een specifieke situatie er gronden zijn om verlof te weigeren, bijvoorbeeld ter voorkoming van onderbezetting, waardoor de continuïteit van bepaalde werkzaamheden in gevaar komt. Het oogmerk van onderhavige regeling is volgens de ondernemingsraad om door middel van het weigeren van verlof te voorkomen dat er kosten ten behoeve van het open houden van het provinciehuis worden gemaakt, terwijl daar maar een gering aantal mensen gebruik van maakt. Hiermee wordt een element aan de bestaande verlofregeling toegevoegd.

Daarnaast voert de ondernemingsraad aan dat sprake is van een regeling in de zin van artikel 27, lid 1, onderdeel b, van de WOR. Het voorschrift is een algemeen criterium, aan de hand waarvan voor verschillende groepen werknemers van de provincie wordt bekeken of in de periode tussen kerst en oud en nieuw verlof zal worden verleend. Het voorschrift is dus een regeling van algemene strekking, die

van toepassing is op een groep, zo niet alle werknemers van de verschillende diensten van de provincie Zuid Holland.

Standpunt van de bestuurder

De bestuurder is van mening dat het voorschrift, inhoudende dat er tussen kerst en oud en nieuw bij de toekenning van verlof rekening dient te worden gehouden met een bezettingsgraad van 45% per bureau, geen regeling is in de zin van artikel 27, lid 1 van de WOR. Het voorschrift levert geen “bedrijfswetgeving” op, maar is veeleer een interne aanwijzing waarmee wordt aangegeven hoe het management dient om te gaan met verzoeken om verlof in de periode tussen kerst en oud en nieuw.

Het voorschrift wijzigt de bestaande vakantieregeling niet. Deze houdt immers al in dat bij de beoordeling van verzoeken om verlof op het bedrijfsbelang wordt gelet. Ten behoeve van een consistente beoordeling van verlofverzoeken, ontwikkelt de provincie een zeker beleid, toegespitst op bijzondere omstandigheden, zoals de gebruikelijke lage bezetting in de periode tussen kerst en oud en nieuw. Aan dit beleid ligt tevens als relevant bedrijfsbelang ten grondslag, dat nietodeloos kosten worden gemaakt ten behoeve van het openhouden van het provinciehuis.

Voorts valt het voorschrift niet aan te merken als een regeling in de zin van artikel 27, lid 1 van de WOR, omdat er onder bijzondere omstandigheden van afgeweken kan worden. Het uitgangspunt is een bezettingsgraad van 45%, maar dit is niet steeds en zonder meer doorslaggevend.

Tot slot merkt de bestuurder op, dat het feit dat een algemeen beleids criterium wordt geformuleerd, nog niet wil zeggen dat een regeling tot stand is gebracht.

Ter zitting verkregen inlichtingen

Ter zitting is het de Kamer gebleken dat partijen, ondanks de afwezigheid van de leden van werknemerszijde van de Bedrijfscommissie, de mondelinge behandeling bij de Bedrijfscommissie willen voortzetten. Partijen stemmen in met de verlenging van de termijn waarbinnen het advies moet worden uitgebracht. Partijen beschouwen het advies van de Bedrijfscommissie niet als bindend.

Van de zijde van de ondernemingsraad wordt aangegeven dat het besluit om de minimale aanwezigheidsnorm te stellen op 45 procent niet genomen had mogen worden zoals dit nu is genomen. Dit kan niet los worden gezien van de inhoudelijke bezwaren van de ondernemingsraad. De medewerkers zijn immers beperkt in het opnemen van vrije dagen in de periode tussen kerst en oud- en nieuw 2005. Voorts meent de ondernemingsraad dat de aanwezigheidsnorm van 45 procent willekeurig is vastgesteld. Discussie over dit percentage had kunnen plaatsvinden indien het voorstel tot invoering van het aanwezigheidspercentage ter instemming was voorgelegd aan de ondernemingsraad. Nu dit niet is geschied, is sprake van een juridisch inhoudelijk geschil.

De ondernemingsraad voert aan dat het heel wel mogelijk is dat bij bepaalde bureaus in het geheel geen werk voorhanden is in de periode waarop het aanwezigheidspercentage ziet. Aangezien op dit moment geen duidelijke

informatie beschikbaar is over de mate waarin werk voorhanden zal zijn, meent de ondernemingsraad dat een zeer kleine kans bestaat dat het geschil ter zitting zal kunnen worden opgelost.

Naar aanleiding van de reactie van de bestuurder op het verzoek van de ondernemingsraad voert de ondernemingsraad aan dat hij van mening is dat sprake is van een voorschrift waaruit rechten en plichten voor de werknemers ontstaan. De ondernemingsraad voegt hieraan toe dat niet alleen sprake is van een besluit tot instelling van een algemene norm ten behoeve van consistentie besluitvorming op verlof aanvragen, maar eveneens van een criterium dat invloed heeft op het verlof van individuele medewerkers.

De ondernemingsraad vervolgt dat om te kunnen spreken van een regeling het niet noodzakelijk is dat rechten en plichten ontstaan voor de medewerkers. Voorts meent de ondernemingsraad dat op het moment dat aan 55 procent van de medewerkers van een dienst verlof is verleend, dit met zich brengt dat nieuwe verlof aanvragen niet zullen worden gehonoreerd. Daarmee is naar het oordeel van de ondernemingsraad sprake van een besliscriterium. De ondernemingsraad voert in dit kader nog aan dat reeds voor de bewuste periode ingediende verzoeken om verlof worden aangehouden tot de uitkomst van het geschil bekend is. Daarmee is de 45 procentregel geworden tot een besliscriterium bij de verlofverlening. De ondernemingsraad voert voorts aan dat alhoewel mogelijk sprake is van een in de Cao genoemde algemene norm om in het kader van het bedrijfsbelang keuzes te maken, de de voorliggende norm voldoende specifiek is om als besliscriterium te worden gehanteerd. De ondernemingsraad is in het kader van het bedrijfsbelang en het belang van de medewerkers van oordeel dat hij reeds hierom instemmingsrecht heeft.

Daarnaast meent de ondernemingsraad dat op grond van de jurisprudentie kan worden gesteld dat het voor het bestaan van instemmingsrecht niet noodzakelijk is dat sprake is van concreet omschreven rechten en plichten voor de medewerkers. In dit kader wijst de ondernemingsraad op een uitspraken van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en het Kantongerecht Breda. Op basis van de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (LJN-nummer AE6099) voert de ondernemingsraad aan dat algemene beleidsregels (criteria) geen concrete rechten en verplichtingen hoeven te hebben om onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad te vallen. Door het Kantongerecht Breda (200964/OV/01-1013)0 is overwogen dat een beleidsregel als voldoende onderscheidend kan worden aangeduid indien de beleidsregel voldoende aanknopingspunten heeft om ten aanzien van individuele medewerkers beslissingen te nemen. Op dat moment is sprake van een regeling. In onderhavige situatie is sprake van een criterium op basis waarvan kan worden besloten dat bepaalde medewerkers in een periode geen verlof kunnen opnemen. In die zin is sprake van een soortgelijke situatie als beschreven in genoemde jurisprudentie

Voorts voert de ondernemingsraad aan dat artikel 27, eerste lid, van de WOR, onder meer het instemmingsrecht regelt van de ondernemingsraad ten aanzien van de vakantieregeling. Het feit dat de 45 procentregeling feitelijk regelt dat een groep medewerkers geen verlof kan opnemen, is, zo meent de ondernemingsraad, voldoende vergelijkbaar met de vakantieregeling als bedoeld in artikel 27 WOR, dat sprake is van instemmingsrecht van de ondernemingsraad.

De ondernemingsraad geeft nog aan dat in overleg met en met instemming van de ondernemingsraad kan worden besloten om per dienst een percentage vast te stellen.

Tot slot wijst de ondernemingsraad erop dat uit de jurisprudentie blijkt dat achterliggende criteria, zoals (ADV)roosters, zouden moeten worden getoetst aan de besliscriteria. Zelfs deze onderwerpen zijn niet onttrokken aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. De rechter heeft overwogen dat “een dergelijke interne richtlijn als een beleidslijn moet worden aangemerkt die in een abstracte situatie als uitgangspunt wordt genomen. Daarmee was er sprake van vastgestelde regels voor het toekennen van roostervrije dagen en diende dit met instemming van de ondernemingsraad te geschieden”. De ondernemingsraad is dan ook van oordeel dat in onderliggende situatie sprake is van instemmingsrecht.

Namens de bestuurder voert de heer Duk aan dat hij de opstelling van de ondernemingsraad betreurt. De bestuurder voert aan dat jaarlijks om instemming moet worden gevraagd om de organisatie tussen kerst en oud en nieuw te sluiten. Dit brengt jaarlijks (langdurige) procedures met zich mee.

Aan de door de ondernemingsraad aangehaalde jurisprudentie voegt de bestuurder het volgende toe. Enige jaren geleden is een uitspraak gedaan inzake een geschil bij de politie Rotterdam ten aanzien van de uitzondering op de aldaar geldende inroostering. De ondernemingsraad had betoogd dat sprake was van dusdanig streng criterium, dat vrijwel niemand in aanmerking kwam voor de uitzondering op het rooster. In de arbitrage is vervolgens overwogen dat het afwegen in het bijzondere geval zowel strenger dan wel minder streng kan plaatsvinden. In ieder geval wordt met alle individuele gevallen rekening gehouden en wordt iedere situatie gewogen.

Voorts stelt de bestuurder vast dat in de arbeidsvoorwaardenregeling een criterium is opgenomen dat moet worden toegepast. In dit criterium speelt het belang van de dienst een rol. Aan de hand van het criterium zou iedere individuele situatie kunnen worden gewogen. Echter, achter het criterium zal een streng of minder streng beleid moeten liggen. Het feit dat sprake is van beleid wil echter niet zeggen dat sprake is van een regeling.

Vervolgens reageert de bestuurder op de door de ondernemingsraad aangehaalde jurisprudentie. De bestuurder voert aan dat in de aangehaalde jurisprudentie sprake was van een regeling aangezien het beleid werd toegepast op bepaalde groepen in de organisatie. In het voorliggende geschil is daarvan geen sprake, alle medewerkers kunnen een verlofaanvraag indienen, vervolgens worden alle individuele aanvragen beoordeeld, waarbij een aanzienlijke kans bestaat dat indien aan 55 procent van de medewerkers van een dienst verlof is verleend, de individuele aanvraag boven dat percentage wordt afgewezen. Dit is inherent aan een streng beleid. Aangezien geen sprake is van een lotingsysteem, zijn vooralsnog alle verlofaanvragen voor de genoemde periode aangehouden.

De ondernemingsraad voert nog aan dat hij zich constructief heeft opgesteld om te komen tot sluiting van de organisatie tussen kerst en oud- en nieuw. De ondernemingsraad had reeds eerder in het jaar ingestemd met twee andere collectieve ADV-dagen. Mede gezien het aantal medewerkers dat in deeltijd werkt

meent de ondernemingsraad dat het onwenselijk is nog vier dagen als collectieve ADV dagen aan te wijzen. De ondernemingsraad heeft in dit kader nog voorgesteld drie dagen collectief ADV af te spreken en één dag verlof van de werkgever. Dit was echter niet bespreekbaar en vervolgens heeft de bestuurder de 45 procentnorm opgelegd.

Namens de bestuurder wordt nog opgemerkt dat partijen het erover eens zijn dat sprake is van een regeling als bedoeld in artikel 27, eerste lid van de WOR in de situatie dat 55 procent van de medewerkers verlof heeft opgenomen en vervolgens onder geen beding verlof wordt verleend aan latere indieners. De bestuurder meent evenwel dat in individuele situaties altijd zal worden afgewogen of verlof zal worden verleend, ook als inmiddels 55 procent van de medewerkers verlof is verleend. Namens de bestuurder wordt dan ook herhaald dat dit de reden is dat alle verlof aanvragen vooralsnog zijn aangehouden.

Namens de ondernemingsraad wordt aangevoerd dat de bestuurder een brief heeft gestuurd aan de directeuren waarin wordt gevraagd erop toe te zien dat de 45 procentnorm wordt gehandhaafd. De ondernemingsraad is van mening dat dit niet strookt met hetgeen de bestuurder hiervoor heeft betoogd. Voorts voert de ondernemingsraad aan dat reeds in 2004 is gesproken over het verlof tussen kerst en oud- en nieuw 2005. De ondernemingsraad merkt op dat hij het bedrijfsbelang weliswaar onderkent, maar dat nu hij het belang van de medewerkers laat prevaleren nu het vier ADV dagen betreft. De ondernemingsraad merkt vervolgens nog op dat inmiddels overeenstemming is bereikt over de toepassing van collectieve ADV-dagen voor het jaar 2006.

Namens de bestuurder wordt opgemerkt dat het percentage van 45 procent bezetting afhankelijk is van een aanzienlijk aantal factoren, waarvan bij de aanwezigen ter zitting onvoldoende kennis aanwezig is van alle factoren. Overeenstemming tijdens de bijeenkomst lijkt dan ook uitgesloten. De bestuurder is evenwel bereid met de ondernemingsraad in overleg te treden. De ondernemingsraad laat weten dat hij van oordeel is dat de bezettingsgraad voor hem bespreekbaar is en hij ziet in dit kader ruimte voor overleg met de bestuurder.

De bestuurder toont de bereidheid om in overleg te treden, maar wijst er evenwel op dat medewerkers die in middels verlof hebben aangevraagd spoedig duidelijkheid willen hebben of het verlof al dan niet wordt toegekend.

De Kleine Commissie heeft ter zitting vastgesteld dat er wel ruimte is voor het bereiken van een minnelijke schikking. Enige weken later is evenwel gebleken dat partijen toch geen oplossing hebben kunnen treffen voor het bestaande geschil.

Relevante bepalingen uit de WOR:

Artikel 27

1. De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:

- a. [...];
- b. een werktijd- of een vakantieregeling;
- c. – 1. [...].
- 2. – 6. [...].

Overwegingen van de Kamer bij haar advies

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

Het geschil tussen de ondernemingsraad en de bestuurder heeft betrekking op het bestaan van instemmingsrecht van de ondernemingsraad op het voorschrift van de bestuurder, dat in de periode tussen kerst en oud en nieuw in 2005 een bezettingsgraad geldt van 45%. Of het voorschrift voor instemming had moeten worden voorgelegd aan de ondernemingsraad hangt af van de beantwoording van de vraag of het voorschrift moet worden aangemerkt als een wijziging van de bestaande vakantieregeling of een andere regeling in de zin van artikel 27, eerste lid, aanhef van de WOR en vervolgens of het een regeling is in de zin van artikel 27, eerste lid, onderdeel b van de WOR.

Het is de Kamer uit de stukken en het ter zitting verhandelde gebleken dat de bestuurder is overgegaan tot het instellen van de 45 procent aanwezigheidsmaatregel per dienst, nadat de ondernemingsraad van de provincie Zuid-Holland niet zou instemmen met de voorgestelde sluiting van de panden in de komende periode tussen kerst en nieuwjaar (4 dagen).

De Kamer is met de bestuurder van oordeel dat, indien de panden van de provincie Zuid-Holland zijn geopend in de genoemde periode, het noodzakelijk is dat het voorzieningen peil op een aanvaardbaar niveau is. Dit niet alleen voor de aanwezige medewerkers maar evengoed voor de personen en instellingen die in de bewuste periode een beroep doen op de dienstverlening van de provincie. Het is de Kamer gebleken dat de bestuurder heeft vastgesteld dat een aanwezigheidspercentage van 45 procent (per dienst) noodzakelijk is om een aanvaardbaar niveau van voorzieningen (kostendekkend) aan te bieden. De Kamer is dan ook van oordeel dat de toepassing van de 45 procent aanwezigheidsnorm per dienst, is ingesteld om ervoor zorg te dragen dat het noodzakelijke voorzieningenpeil kan worden gerealiseerd. De Kamer ziet het besluit van de bestuurder dan ook slechts als een organisatorische beleidsmaatregel die niet is bedoeld om de vakanties van de medewerkers te regelen of om een bedrijfsfinancieel doel na te streven. De beleidsmaatregel kan reeds hierom niet worden aangemerkt als regeling als bedoeld in artikel 27 van de WOR. Van een vakantieregeling als bedoeld in het eerste lid onder b, van voornoemd artikel is dan ook geen sprake.

Voorts ziet de Kamer aanleiding te wijzen op het arbitrale vonnis, JAR 2001/160, waarop door de bestuurder ter zitting is gewezen. De Kamer is op grond van genoemd vonnis van oordeel dat de bestuurder de bevoegdheid heeft om beleid

Bedrijfscommissiekamer voor
Lagere Publiekrechtelijke Lichamen, LPL.107

over verlof vast te stellen alvorens de individuele verlofaanvraag wordt vastgelegd.

Het is de Kamer gebleken dat de bestuurder in de correspondentie met de ondernemingsraad duidelijk heeft uitgesproken dat de 45 procentnorm een gegeven is. Tijdens de bijeenkomst met de Kamer heeft de bestuurder deze uitspraak echter genuanceerd door hieraan toe te voegen dat ook indien reeds 55 procent van de medewerkers verlof is toegekend, het diensthoofd de bevoegdheid heeft medewerkers met een voldoende reden alsnog verlof te verlenen wanneer dit vanuit het oogpunt van bedrijfsvoering verantwoord is. Hierdoor kan het aanwezigheidspercentage alsnog onder de 45 procent komen.

Dat de bestuurder voornemens is individuele besluiten te nemen blijkt voorts uit het feit dat hij vooralsnog geen verlof heeft toegekend in de bewuste periode, maar daarmee wacht tot alle verlof aanvragen zijn ingediend. Op grond van het vorenstaande meent de Kamer dat sprake is van het toepassen van beleid ten aanzien van de toekenning van verlof in de periode tussen kerst 2005 en nieuwjaarsdag 2006 en niet van het wijzigen van de verlofregeling van de Provincie Zuid-Holland.

De Kamer is dan ook van oordeel dat het door de bestuurder genomen besluit ook hierom niet kan worden aangemerkt als een wijziging van een vakantieregeling of een van de andere limitatief in artikel 27, eerste lid, WOR opgesomde regelingen. De Kamer is dan ook van oordeel dat de bestuurder geen in de WOR opgenomen bepalingen heeft geschonden door zijn besluit niet ter instemming aan de ondernemingsraad voor te leggen. De Kamer meent dan ook dat de ondernemingsraad ten onrechte de nietigheid heeft inroepen van het door de bestuurder genomen besluit.

Advies

Op grond van vorenstaande overwegingen adviseert de Bedrijfscommissie het voorgenomen besluit te handhaven. De ondernemingsraad heeft ten onrechte een beroep gedaan op de nietigheid van het voorgenomen besluit aangezien dit besluit niet is aan te merken als de wijziging van enige regeling als bedoeld in artikel 27, eerste lid van de WOR.

Den Haag, d.d. 4 november 2005

De Bedrijfscommissiekamer voor Lagere Publiekrechtelijke Lichamen,
namens deze,

P. Wiechmann
Voorzitter

mr. M.P. Hofkes
Secretaris

Bedrijfscommissiekamer voor
Lagere Publiekrechtelijke Lichamen, LPL.107

Wanneer partijen ook na dit advies niet tot overeenstemming komen, kunnen zij het geschil, onder overlegging van dit advies, binnen dertig dagen na verzending daarvan, bij gemotiveerd schrijven voorleggen aan de Rechtbank, sector Kanton, (artikel 36, vierde lid, van de WOR).