

Bedrijfscommissiekamer voor de Overheid voor Rijk en Politie

Rolnummer: RP98.037

DE BEDRIJFSKOMMISSIEKAMER VOOR RIJK EN POLITIE, ADVISERENDE
NAAR AANLEIDING VAN EEN VERZOEK OM BEMIDDELING INZAKE EEN
GESCHIL TUSSEN

1. De ondernemingsraad van de Inspectie Gezondheidsbescherming/Keuringsdienst van Waren te 's-Hertogenbosch (de onderneming)
en
2. De Staat der Nederlanden, zijnde de ondernemer, in deze vertegenwoordigd door het hoofd van de onderneming, zijnde de bestuurder

Toegepast recht

Waar in dit advies wordt verwezen naar de Wet op de ondernemingsraden, wordt de wettekst bedoeld zoals die luidde tot de wijziging van die wet per 4 maart 1998 (Staatsblad 107, jaargang 1998).

Verloop van de procedure

-Achtergronden

Op 1 januari 1986 zijn de op dat moment bestaande gemeentelijk en provinciale Keuringsdiensten omgevormd tot één gedeconcentreerde Rijkskeuringsdienst van Waren welke werd ondergebracht bij het Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur (thans Volksgezondheid, Welzijn en Sport). De onderhavige onderneming was één van die voormalige gemeentelijke Keuringsdiensten.

In de bijlage bij de Rechtspositieleidraad Keuringsdiensten van Waren (hierna te noemen de Rechtspositieleidraad), waarin de personele gevolgen van bovengenoemde omvorming zijn vastgelegd, is onder meer bepaald dat het zittende personeel gedurende een overgangperiode van drie jaar recht zou blijven hebben op in ieder geval het aantal vakantiedagen dat hen vóór die omvorming toekwam. Na die drie jaar zou voor al het personeel van alle Keuringsdiensten van Waren de rijksregeling ook op dit punt onverkort van kracht worden.

Omdat het zittende personeel in de onderneming vóór de omvorming tot rijksdienst recht had op méér verlof dan op grond van de rijksregeling het geval zou zijn, is sindsdien aan het personeel van de onderneming jaarlijks een hele verlofdag als “gemeentedag” toegekend.

Ondanks de in de bijlage bij de Rechtspositieleidraad gestelde overgangstermijn van drie jaar, is aan het personeel van de onderneming de “gemeentedag” sinds de omvorming tot 1997 stilzwijgend toegekend.

Daarnaast is sinds de omvorming aan de medewerkers jaarlijks in de meeste gevallen nog een extra vrije halve dag toegekend, namelijk indien men jarig was op een werkdag.

Het recht op de twee hierboven genoemde verlofvormen is binnen de onderneming overigens niet schriftelijk vastgelegd.

In de loop van 1996 is er een discussie op gang gekomen tussen de bestuurder en de ondernemingsraad over dit extra verlof. Laatstgenoemde heeft daarbij onder meer aangegeven dat *“hij niet bevoegd is toezeggingen te doen inzake oude rechten van Den Bosch, ook al omdat voor hem niet vaststaat dat die nog gelden”*.

Bij schrijven van 26 november 1996 hebben de bestuurder en de ondernemingsraad deze kwestie gezamenlijk aan de Secretaris-Generaal voorgelegd en hem gevraagd om uitsluitsel.

In zijn nota van 4 november 1997 - welke overigens alleen betrekking had op het personeel van het kerndepartement VWS - heeft de Secretaris-Generaal a.i. aangegeven dat de rijksregeling niet voorziet in het toekennen van verjaardagsverlof maar dat artikel 33e ARAR aan de dienstleiding wél de mogelijkheid bood om dat soort buitengewoon verlof desgewenst toe te kennen.

De Hoofdinspecteur voor de Gezondheidsbescherming heeft bij schrijven van 9 december 1997 aan de ondernemingsraad laten weten dat over de halve verlofdag voor

de verjaardag een afspraak zou moeten worden gemaakt die voor alle Keuringsdiensten geldt. Voor wat betreft de “gemeentedag” deelde hij mede dat de Rechtspositieidraad daartoe geen basis - meer - bood. Hij gaf daarbij aan de beide onderwerpen zo snel mogelijk voor te leggen aan de LOP/GOR.

Bij schrijven van 17 december 1997 heeft de ondernemingsraad aan de bestuurder gevraagd om - gelet op de inhoud van de brief van 9 december 1997 van de Hoofdinspecteur voor de Gezondheidsbescherming - alsnog de halve vrije dag voor de verjaardag en de “gemeentedag” voor het jaar 1997 toe te kennen.

Tijdens de overlegvergadering van 14 januari 1998 heeft de bestuurder andermaal te kennen gegeven dat, hoewel hij inmiddels erkent dat hij daartoe wèl de bevoegdheid heeft, de halve dag verlof voor de verjaardag ten aanzien van het jaar 1997 niet alsnog door hem wordt toegekend.

Bij schrijven van 16 februari 1998 heeft de ondernemingsraad aan de bestuurder te kennen gegeven van mening te zijn dat zowel de halve verlofdag voor de verjaardag als de “gemeentedag” vallen onder artikel 33e ARAR en dat derhalve de bestuurder bevoegd is dat verlof toe te kennen. Daar dit reeds sinds 1986 onafgebroken gebeurd is, is de ondernemingsraad van mening dat er thans gesproken kan worden van een “stilzwijgende regeling”. Omdat de bestuurder het besluit tot afschaffing van deze vormen van bijzonder verlof zonder instemming van de ondernemingsraad heeft genomen terwijl laatstgenoemde van mening is dat hem dat instemmingsrecht wèl toekomt, doet hij een beroep op de nietigheid van dat besluit.

Bij schrijven van 18 maart 1998 heeft de bestuurder aan de ondernemingsraad zijn standpunt ten aanzien van de anderhalve vrije dag kenbaar gemaakt.

Voor wat betreft het verjaardagsverlof is hij van mening dat voor het verlenen van bijzonder verlof op grond van artikel 33e ARAR er een aanvraag, een aanleiding en een besluit door het bevoegd gezag vereist is. Hij gaf daarbij aan: *“als mij een dergelijke aanvraag zou bereiken zou ik de aanleiding c.q. de logische samenhang tussen het gevraagde buitengewoon verlof en de verjaardag nagaan; en omdat ik dat verband niet zie zou ik op een dergelijke aanvraag negatief besluiten”*.

Voor wat betreft de “gemeentedag” gaf de bestuurder aan dat die - gezien het bepaalde in de Rechtspositieidraad - sinds 1 januari 1989 niet meer had mogen worden toegekend aan de voormalige medewerkers van de gemeentelijke Keuringsdienst van Waren van de gemeente ‘s-Hertogenbosch. Het feit dat zulks na die datum wèl nog is gebeurd rechtvaardigt zijns inzien niet de opvatting dat er sindsdien blijkbaar sprake is van een regeling die thans wordt gewijzigd. Wèl is de bestuurder van mening dat deze in de praktijk gegroeide gewoonte op een behoorlijke manier wordt afgebouwd. Zodoende heeft hij besloten om de “gemeentedag” in 1997 nog geheel toe te kennen en in 1998 voor de helft.

Op 11 juni 1998 heeft de ondernemingsraad zijn geschil met de bestuurder ter bemiddeling c.q. advisering voorgelegd aan de Bedrijfscommissie voor de Overheid.

Met ingang van 1 september is de onderneming opgeheven.

-Behandeling van het geschil

Omdat de ondernemingsraad zich niet wenste neer te leggen bij het besluit van de bestuurder, heeft hij dit geschil op 11 juni 1998 ter bemiddeling c.q. advisering als bedoeld in artikel 36, derde lid, van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) voorgelegd aan de Bedrijfscommissie voor de Overheid.

Dit geschil is door de Bedrijfscommissie ter behandeling doorverwezen naar de Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie (hierna: de Kamer).

Desgevraagd heeft de Kamer op 29 juli 1998 de schriftelijke reactie van de bestuurder op het verzoek van de ondernemingsraad ontvangen.

De Kamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld om op 14 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 procedure - hun standpunten mondeling toe te lichten.

Ter zitting zijn verschenen de heer N.B.M. Olie, voormalig bestuurder en namens de ondernemingsraad de heren P.A.M. Brouwer, A.M. Valentijn en W. Kroft.

Ter zitting heeft de voorzitter van de Kamer partijen erop gewezen dat de wettelijke behandeltermijn van het verzoek om bemiddeling - die al eerder door de Kamer met instemming van beide partijen met twee maanden was verlengd - inmiddels is verstreken. De voorzitter gaf daarbij aan dat de consequentie van het verstreken zijn van genoemde termijn is dat de periode van 30 dagen waarbinnen partijen het geschil aan de kantonrechter kunnen voorleggen, reeds is begonnen te lopen. Deze periode ving aan 4 maanden ná indiening van het verzoek door de OR op 11 juni 1998.

Desgevraagd hebben partijen ter zitting verklaard een eventueel advies van de Kamer niet als bindend te zullen beschouwen.

De Kleine Commissie heeft geen ruimte gezien om tussen partijen een minnelijke schikking tot stand te brengen.

In zijn vergadering van 18 november 1998 heeft de Kamer zijn advies aan partijen vastgesteld.

Omvang van het geschil

De omvang van dit geschil wordt bepaald door de vraag of de bestuurder het verjaardagsverlof en de “gemeentedag” had mogen intrekken zonder instemming van de ondernemingsraad.

Relevante bepalingen

ARAR

Art. 33e lid 1 Buitengewoon verlof van korte duur, al dan niet met behoud van volle bezoldiging, kan bovendien worden verleend in de gevallen, waarin hij, die tot verlenen van dat verlof bevoegd is verklaard, oordeelt dat daartoe aanleiding bestaat.

Wet op de ondernemingsraden (WOR)

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

Art. 27 lid 3 De in het eerste lid bedoelde instemming is niet vereist, voorzover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan. (...)

Art. 27 lid 4 Heeft de ondernemer voor het voorgenomen besluit geen instemming van de ondernemingsraad verkregen, dan kan hij de kantonrechter toestemming vragen om het besluit te nemen. De kantonrechter geeft slechts toestemming, indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is, of het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door

zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen.

- Art. 27 lid 5 Een besluit als bedoeld in het eerste lid, genomen zonder de instemming van de ondernemingsraad of de toestemming van de kantonrechter, is nietig, indien de ondernemingsraad tegenover de ondernemer schriftelijk een beroep op de nietigheid heeft gedaan. De ondernemingsraad kan slechts een beroep op de nietigheid doen binnen een maand nadat hetzij de ondernemer hem zijn besluit (...) heeft meegedeeld, hetzij de ondernemingsraad is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan zijn besluit.
- Art. 27 lid 6 De ondernemingsraad kan de kantonrechter verzoeken de ondernemer te verplichten zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van een nietig besluit als bedoeld in het vijfde lid. De ondernemer kan de kantonrechter verzoeken te verklaren dat de ondernemingsraad ten onrechte een beroep heeft gedaan op de nietigheid als bedoeld in het vijfde lid.

Standpunt van de ondernemingsraad

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

T.a.v. de ontvankelijkheidsvraag

De ondernemingsraad is van mening dat - hoewel hij thans niet meer bestaat en de bestuurder thans geen bestuurder meer is van de inmiddels nieuw opgerichte "Inspectie Zuid" - hij ontvankelijk verklaard moet worden in zijn verzoek om bemiddeling c.q. advisering. Ten eerste omdat hij en de bestuurder op het moment waarop het geschil bij de Kamer aanhangig werd gemaakt allebei nog die kwalificatie hadden. Ten tweede omdat hij een - tweeledig - belang zegt te hebben bij het voeren van deze procedure:

1. Ten eerste het belang van de huidige medewerkers bij de Inspectie Zuid. Bij het oprichten van deze onderneming is personeel van een aantal voormalige zuster-ondernemingen "ingestroomd". Dat personeel bracht op zijn beurt een aantal regelingen op het gebied van bijzonder verlof mee, zulks terwijl de ondernemingsraad verwacht dat de nieuwe bestuurder van de Inspectie Zuid die verlofregelingen in de toekomst ongetwijfeld ter discussie zal willen stellen. Met het

oog op de dáárover met de nog te kiezen ondernemingsraad te voeren onderhandelingen acht de ondernemingsraad het zinvol als de Kamer - en eventueel de kantonrechter - een standpunt terzake zal hebben ingenomen.

2. Ten tweede het belang van het personeel dat op het moment van de “overgang” nog bij de Inspectie Den-Bosch in dienst was. Al die medewerkers hebben sinds 1 januari 1997 geen halve dag verlof voor de verjaardag meer genoten. Daarnaast hebben de ex-medewerkers van de gemeente Den-Bosch sindsdien ook hun “gemeentedag” niet meer kunnen opnemen. Met de onderhavige procedure hoopt de ondernemingsraad te bewerkstellingen dat die misgelopen vrije dagen alsnog aan de betreffende medewerkers worden toegekend.

T.a.v. verjaardagsverlof en verlof voor “gemeentedag”

De ondernemingsraad is van mening dat zowel het sinds 1 januari 1986 jaarlijks toekennen van verlof voor de verjaardag de verlof voor de “gemeentedag” thans is aan te merken als een vakantieregeling als bedoeld in artikel 27, eerste lid en onder b van de WOR. Het besluit tot wijziging daartoe zou volgens hem dan ook slechts genomen kunnen worden met zijn instemming.

T.a.v. het tijdig inroepen van de nietigheid

Ten aanzien van de stelling van de bestuurder dat de ondernemingsraad heeft nagelaten om binnen 6 weken nadat hij het besluit had genomen om voortaan anders om te gaan met het bijzonder verlof de nietigheid daarvan in te roepen, merkt de ondernemingsraad op dat dat besluit in zijn ogen aanvankelijk nog niet definitief was. Hij leidde dit af uit het feit dat de bestuurder samen met hem - weliswaar ná het nemen van het besluit - op een hoger niveau binnen het Ministerie is nagegaan hoe het met zijn bevoegdheid stond ten aanzien van het verlenen van de thans ter discussie staande vormen van buitengewoon verlof.

Reactie van de bestuurder

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

T.a.v. de ontvankelijkheidsvraag

Ten aanzien van de vraag of de ondernemingsraad in het onderhavige geschil al dan niet als ontvankelijk moet worden aangemerkt heeft de bestuurder geen stelling ingenomen. Wèl heeft hij erop gewezen dat hij ervan uitgaat dat een eventueel advies van de Kamer door de huidige bestuurder van de Inspectie Zuid naast zich neer zal worden gelegd omdat die zich geen partij acht bij het onderhavige geschil.

T.a.v. verjaardagsverlof

De bestuurder is van mening dat deze verlofvorm niet is aan te merken als een werktijd- of vakantie-regeling als bedoeld in artikel 27, eerste lid en onder b van de WOR. Voor het niet meer automatisch toekennen van verjaardagsverlof is zijns inziens dan ook geen instemming van de ondernemingsraad vereist.

T.a.v. verlof voor "gemeentedag"

De bestuurder is van mening dat deze verlofvorm - die hij beschouwd als vakantie - weliswaar gebaseerd was op de bijlage bij de Rechtspositieleidraad maar dat die rechtsgrond sinds 1 januari 1989 was komen te vervallen. Het sindsdien verlenen van verlof voor de "gemeentedag" moet achteraf gezien dan ook worden beschouwd als een fout, aldus de bestuurder. Hij is van oordeel dat het herstellen van een fout niet is aan te merken als het wijzigen van een vakantie-regeling als bedoeld in artikel 27, eerste lid en onder b van de WOR. Ook hier zou dus geen sprake zijn van instemmingsrecht van de ondernemingsraad.

T.a.v. het tijdig inroepen van de nietigheid

Subsidiair, dat wil zeggen voor het geval de Kamer wèl instemmingsrecht aanwezig mocht achten, is de bestuurder van mening dat - nu hij vanaf het moment dat hij zijn besluit kenbaar maakte (eind 1996) met de uitvoering daarvan op 1 januari 1997 is begonnen - de ondernemingsraad niet binnen 6 weken (en dus te laat) de nietigheid daarvan heeft ingeroepen. Het feit dat hij tesamen met de OR deze kwestie eind 1996 voor uitsluitel aan de Secretaris-Generaal heeft voorgelegd wil zijns inziens niet zeggen dat hij zijn besluit niet al meteen definitief was.

T.a.v. de vervangende instemming

Meer subsidiair, dat wil zeggen voor het geval de Kamer wèl instemmingsrecht aanwezig mocht achten én mocht vinden dat de nietigheid wèl tijdig ingeroepen is, is de bestuurder van mening dat de ondernemingsraad in dit geval in redelijkheid zijn instemming niet aan het besluit heeft kunnen onthouden. Zulks omdat naar het oordeel van de bestuurder van hem niet had mogen worden verwacht dat hij een gemaakte en geconstateerde fout continueert. Daarnaast wijst hij erop dat hij aan de ondernemingsraad een zijns inziens redelijk voorstel heeft gedaan tot afbouw van de “gemeentedag”.

Overwegingen van de Kamer bij zijn advies

Met betrekking tot het door partijen naar voren gebrachte en het ter zitting besprokene, overweegt de Kamer het volgende.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid:

Voor ontvankelijkheid in een procedure als de onderhavige gelden een aantal vereisten. Eén van die vereisten is volgens het feit dat ten minste één van beide partijen - nog - enig reëel belang heeft bij het uitbrengen van een advies door de Kamer. In het onderhavige geval heeft de Kamer zich de vraag gesteld in hoeverre één van beide partijen nog een dergelijk belang heeft sinds 1 september 1998. Immers, hoewel het verzoek om advisering reeds voor die datum bij de Kamer is ingediend, bestaat sinds 1 september 1998 de onderneming niet meer. De Kamer heeft de vraag ten aanzien van het - nog - bestaan van een belang bevestigend beantwoord. Immers, één van de doelen die de ondernemingsraad met de onderhavige procedure tracht te bereiken is om de werknemers, die binnen de onderneming in 1997 geen “gemeentedag” en geen verjaadagsverlof meer hebben gekregen, alsnog achteraf op enigerlei wijze te doen compenseren. De Kamer is van mening dat hiermee voldoende belang aanwezig is, te meer daar - vooralsnog in het midden latend óf de ondernemingsraad inhoudelijk in het gelijk zou moeten worden gesteld - eventuele compensatie achteraf nog zeer wel mogelijk is. Immers, hoewel de onderneming niet meer bestaat, is het voormalige personeel daarvan thans werkzaam in een aantal andere ondernemingen van dezelfde ondernemer - te weten de Staat der Nederlanden. De Kamer is dan ook van mening dat de ondernemingsraad ontvankelijk in zijn verzoek moet worden verklaard.

Ten aanzien van het intrekken van het bijzonder verlof

Ten aanzien van de vraag of een ondernemingsraad in een bepaald geval al dan niet instemmingsrecht op grond van artikel 27 WOR toekomt, dienen een aantal deel-vragen te worden beoordeeld. Ten eerste de vraag of er sprake is van een 'besluit' van de ondernemer, zo ja, ten tweede de vraag of dat besluit betrekking heeft op een 'regeling', zo ja, ten slotte de vraag of die regeling is aan te merken als één of meer van de regelingen als genoemd in het eerste lid van artikel 27 WOR.

In het onderhavige geschil worden partijen onder meer verdeeld gehouden door de vraag of de bestuurder met betrekking tot het pretverlof eind 1996 een 'besluit' heeft genomen. Hoewel de ondernemingsraad vindt dat dit wél het geval is, is de bestuurder van mening dat hij slechts een standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de vraag hoe voortaan met het toekennen van bijzonder verlof voor de verjaardag en de "gemeentedag" moest worden omgegaan. Omdat de bestaande praktijken niet in geschreven regelingen waren neergelegd, is de bestuurder van oordeel dat voor het voortaan anders omgaan met het pretverlof geen apart 'besluit' meer nodig was.

De Kamer verschilt op dit punt van mening met de bestuurder. Naar het oordeel van de Kamer dient de vraag of er sprake is van 'besluit' te worden beantwoord in samenhang met de vraag is er sprake was van een 'regeling'.

De Kamer wijst er hierbij op dat algemeen wordt aangenomen dat een 'regeling' niet per se op schrift hoeft te zijn gesteld om onder de werkingssfeer van artikel 27 WOR te kunnen vallen. Dit betekent dat indien gedurende een langere periode jegens het personeel of een deel daarvan op stelselmatige wijze een bepaalde gedragslijn is gevolgd, er gesproken kan worden van een 'regeling'.

Het is de Kamer in het onderhavige geval gebleken dat sinds een groot aantal jaren aan het personeel van de onderneming werd toegestaan om - indien de verjaardag op een werkdag viel - een halve dag vrij te nemen. Daarnaast is duidelijk geworden dat op de verlofkaarten van de ex-medewerkers van de gemeente Den-Bosch steevast een dag extra verlof als 'gemeentedag' werd bijgeschreven. Onder deze omstandigheden is de Kamer van mening dat er voor wat betreft deze verlofvormen wel degelijk gesproken kon worden van een 'regeling'. Voor wat betreft de "gemeentedag" heeft de Kamer hierbij alleen de periode vanaf 1 januari 1989 in beschouwing genomen; daargelaten of deze verlofvorm in de drie jaar vóór deze datum al dan niet zijn juridische basis had in de Rechtspositieleidraad, was dit in ieder geval vanaf die datum niet meer het geval doch is er sindsdien op dit punt een soort van gewoonterecht ontstaan.

Nu de bestuurder eind 1996 heeft gekozen voor het feitelijk voeren van een andere gedragslijn met betrekking tot het verlof voor de verjaardag en de "gemeentedag" dan tevoren het geval was, en daarmee sprake is geworden van een nieuwe - andermaal ongeschreven - 'regeling', is de Kamer van oordeel dat de bestuurder daarmee een

‘besluit’ heeft genomen. Het feit dat dit niet een schriftelijk en expliciet gedateerd besluit is geweest, acht de Kamer daarbij niet relevant.

Samenvattend is de Kamer dan ook van oordeel dat er in het onderhavige geval wel degelijk gesproken kan worden van een ‘besluit’ tot wijziging van een ‘regeling’.

De Kamer komt thans dan ook toe aan de vraag of de ongeschreven regelingen die in de onderneming golden omtrent het pretverlof wellicht als een ‘werktijdregeling’ danwel als een ‘vakantieregeling’ in de zin van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR zijn aan te merken. De Kamer zal daartoe allereerst formuleren welke criteria voor elk van beide regelingen zijn inziens dienen te worden gehanteerd. Daarna zal hij ten aanzien van de beide ter discussie staande verlofvormen afzonderlijk toetsen in hoeverre daarbij wordt voldaan aan één of meer van de genoemde criteria.

Werktijdregeling:

Ten aanzien van de vraag wanneer er sprake is van een ‘werktijdregeling’ in de zin van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR, overweegt de Kamer dat de in de literatuur hierover gangbare opvatting is dat het daarbij dient te gaan om regelingen betreffende de arbeids- en rusttijden, ploegendiensten, dienstroosters, deeltijdwerk, overwerk, variabele werktijden en dergelijke, maar niet de vaststelling van het aantal dagen dat gewerkt wordt (zie o.a. “Inzicht in de ondernemingsraad”, Sdu, F.W.H. Vink, 10e druk 1998, pag. 119 en “Ondernemingsraad”, Kluwer, commentaar 10 bij artikel 27 WOR en “Wet op de ondernemingsraden”, Gouda Quint, M.G. Rood, commentaar 7 bij artikel 27 lid 1 WOR). Dergelijke regelingen gaan derhalve uit van de vooronderstelling dat het aantal te werken uren vaststaat en dat slechts bepaald wordt op welke momenten zij moeten worden ingevuld.

Vakantieregeling:

Ten aanzien van de vraag wanneer er sprake is van een ‘vakantieregeling’ in de zin van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR, overweegt de Kamer dat het volgens de literatuur daarbij niet alleen gaat om regelingen met betrekking tot de vaststelling van een collectieve vakantie of van verplichte snipperdagen, maar ook om de vaststelling van het aantal vakantiedagen dat aan de werknemers toekomt, voor zover niet bij CAO bepaald (zie o.a. “Inzicht in de ondernemingsraad”, Sdu, F.W.H. Vink, 9e druk 1995, pag. 120 en “Ondernemingsraad”, Kluwer, commentaar 11 bij artikel 27 WOR).

De Kamer is van oordeel dat, alleen al vanwege het feit dat het pretverlof niet op sectorniveau is geregeld, dit soort verlof niet kan worden aangemerkt als ‘vakantie’. Dit doet echter niet af aan het feit dat sommige vormen van verlof een zodanig karakter hebben dat zij voor de toepassing van artikel 27 van de WOR met ‘vakantie’ op één lijn dienen te worden gesteld. Er dient dan sprake te zijn van verlofvormen die, afgezien van het feit dat er niet gewerkt hoeft te worden terwijl er toch doorbetaling van salaris plaatsvindt, zodanige essentiële kenmerken van ‘vakantie’ hebben dat zij redelijkerwijs als zodanig moeten worden behandeld.

Eén van die essentiële kenmerken is dat de feitelijke duur van het verlof niet afhankelijk is van het zich voordoen van een bepaalde - onzekere - gebeurtenis. Met andere woorden, het verlof dient een onvoorwaardelijk karakter te hebben; alle medewerkers op wie de betreffende regeling van toepassing is dienen er het feitelijk genot van te hebben.

Een ander essentieel kenmerk is dat het initiatief ten aanzien van het moment waarop eenmaal toegekend verlof daadwerkelijk wordt opgenomen ligt bij de werknemer. 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 preciese moment waarop hij het verlof opneemt.

De Kamer 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.

Bijzonder verlof voor de verjaardag:

Omdat deze regeling geen uitsluitel gaf over werktijden, zelfs niet die op de verjaardag, kan deze verlofvorm volgens de Kamer dan ook niet worden gezien als een ‘werktijdregeling’ in de zin van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR.

Ten aanzien van de vraag of deze verlofvorm wellicht met ‘vakantie’ op één lijn dient te worden geplaatst, constateert de Kamer dat het op grond van de onderhavige pretverlofregeling daadwerkelijk vrij hebben op de verjaardag afhankelijk is van het feit of die verjaardag plaatsvindt op een doordeweekse dag. Statistisch gezien is daarvan in slechts vijf van de zeven gevallen sprake. Met andere woorden, deze verlofvorm is per medewerker afhankelijk van het zich voordoen van een bepaalde - onzekere - gebeurtenis. Daarnaast is het zo dat, zo die verjaardag al op een doordeweekse dag zou vallen, de betreffende medewerker geen keus heeft ten aanzien van het moment waarop hij het opneemt; het kan slechts worden opgenomen op de verjaardag zelf. Maakt hij er op die dag geen gebruik van, dan vervalt het toegekende verlof.

Gelet op het voorgaande is de Kamer dan ook van mening dat deze verlofvorm zodanig essentiële kenmerken van 'vakantie' ontbeert, dat hij voor de toepassing van artikel 27 van de WOR daarmee niet op één lijn dient te worden gesteld.

Bijzonder verlof voor de "gemeentedag":

Omdat deze regeling geen uitsluitel gaf over de werktijden kan deze verlofvorm volgens de Kamer dan ook niet worden gezien als een 'werktijdregeling' in de zin van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR.

De Kamer constateert echter de strekking van deze ongeschreven regeling zodanig was dat alle voormalige medewerkers van de gemeente Den-Bosch die in dienst waren getreden van de onderneming daar altijd één vrije dag aan konden overhouden omdat men geheel vrij was om te bepalen wanneer men gebruik maakt van het toegekende verlof.

De Kamer is dan ook van mening dat deze verlofvorm naar aard en strekking zodanige gelijkenis vertoont met 'vakantie', dat hij voor de toepassing van artikel 27 van de WOR daarmee op één lijn dient te worden gesteld.

Resumerend komt de Kamer tot het oordeel dat de ondernemingsraad instemmingsrecht toekomt ten aanzien van het besluit van de bestuurder voor zover dat de afschaffing van het buitengewoon verlof voor de "gemeentedag" betreft en dat dit instemmingsrecht ontbreekt voor wat betreft het verjaardagsverlof.

T.a.v. het tijdig inroepen van de nietigheid

Hoewel de Kamer van mening is dat in zijn algemeenheid strikt de hand dient te worden gehouden aan de termijn van zes weken waarbinnen een ondernemingsraad de nietigheid van een besluit van de bestuurder kan inroepen, is de Kamer van oordeel dat daartoe wel noodzakelijk is dat het moment waarop de bestuurder zijn besluit definitief nam goed moet zijn vast te stellen. In het onderhavige geval is de Kamer van mening dat dat laatste niet of niet voldoende het geval is geweest - althans voor zover het om het per 1 januari 1998 volledig afschaffen van het verjaardagsverlof en de gemeentedag ging. Zo heeft de bestuurder in de loop van 1996 aan de ondernemingsraad mededelingen gedaan die de strekking hadden om met ingang van 1997 deze vormen van bijzonder verlof niet meer toe te kennen, maar hebben bestuurder en ondernemingsraad vervolgens gezamenlijk op 26 november 1996 de Secretaris-Generaal gevraagd om advies in deze kwestie. Weliswaar heeft de bestuurder daarna met ingang van 1 januari 1997 dat nieuwe verlofbeleid toegepast, maar kan de Kamer zich voorstellen dat de op dat moment nog lopende correspondentie met de Secretaris-

Generaal voor de ondernemingsraad aanleiding was om te veronderstellen dat de bestuurder nog steeds geen definitief besluit had genomen - te meer daar laatstgenoemde niet expliciet kenbaar had gemaakt dat hij vond dat hij dat wél had gedaan. Ook de mogelijke besluitvorming in het voorjaar van 1998 was niet helder. Tijdens de overlegvergadering van 14 januari 1998 heeft de bestuurder andermaal mondeling een standpunt ingenomen over het bijzonder verlof, terwijl de ondernemingsraad op 16 februari de nietigheid van “*dat besluit*” heeft ingeroepen. De Kamer is concluderend dan ook van oordeel dat in dit geval het overlegproces tussen bestuurder en ondernemingsraad en het markeren van momenten van besluitvorming daarin niet uitblinken door helderheid. Onder deze omstandigheden kan naar de mening van de Kamer in redelijkheid niet worden volgehouden dat de ondernemingsraad de nietigheid niet tijdig heeft ingeroepen.

Wellicht ten overvloede hecht de Kamer eraan op erop te wijzen dat, nadat de ondernemingsraad tijdig de nietigheid had ingeroepen van het besluit om de gemeentedag geheel in te trekken (het verjaardagsverlof is hier niet relevant omdat dat zoals hierboven uiteengezet niet onder het instemmingsrecht valt), de bestuurder op 18 maart 1998 een gewijzigd besluit heeft genomen ten aanzien van de gemeentedag. Daarbij besloot hij schriftelijk om de gemeentedag voor het jaar 1997 alsnog geheel toe te kennen en in 1998 voor de helft. Van dát besluit heeft de ondernemingsraad echter nimmer de nietigheid ingeroepen, zodat ervan moet worden uitgegaan dat dat laatste besluit nog steeds van kracht is.

Samenvattend brengt het voorgaande met zich mee dat het personeel van de onderneming met ingang van 1 januari 1997 geen recht meer had op verjaardagsverlof en dat de “ex-Bosschenaren” in 1997 recht hadden op een hele gemeentedag en in 1998 op een halve gemeentedag.

T.a.v. de vervangende instemming

Voor wat betreft de ontvankelijkheid van de bestuurder met betrekking tot dit “reconventionele” verzoek overweegt de Kamer het volgende.

Artikel 27, vierde lid, van de WOR bepaalt dat een ondernemer, indien hij voor een bepaald besluit niet de instemming van de ondernemingsraad heeft verkregen, aan de kantonrechter om toestemming kan vragen om dat besluit tóch te mogen uitvoeren. Naar het oordeel van de Kamer heeft de wetgever bij het redigeren van dit artikellid de situatie voor ogen gehad dat de ondernemer het desbetreffende besluit aan de ondernemingsraad ter instemming heeft voorgelegd, en dat laatstgenoemde die instemming daadwerkelijk heeft geweigerd.

In het onderhavige geval heeft de bestuurder een besluit tot afschaffing van een aantal vormen van ‘pretverlof’ genomen zonder daartoe expliciet te vragen om instemming van de ondernemingsraad. Gelet op het vele overleg dat tussen de bestuurder en de ondernemingsraad over dit onderwerp heeft plaatsgevonden, gaat de Kamer ervan uit dat, zo een dergelijk verzoek om instemming al gedaan zou zijn, de ondernemingsraad geweigerd zou hebben die instemming te verlenen.

Aangezien de Kamer van mening is dat daarmee sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 27, vierde lid, van de WOR, acht hij partijen, en in het bijzonder de ondernemer, ontvankelijk in het verzoek tot toetsing of er sprake is van redenen die voor een kantonrechter wellicht aanleiding zouden kunnen zijn voor het geven van de toestemming als bedoeld in dat artikellid.

Ten aanzien van de vraag of er volgens de Kamer wellicht sprake is van een situatie waarin er voor de kantonrechter aanleiding zou kunnen zijn om een eventueel door de bestuurder ingediend verzoek om vervangende instemming te honoreren, is de Kamer van mening dat deze vraag slechts beantwoord dient te worden voor zover het de intrekking van het bijzonder verlof voor de “gemeentedag” betreft dat blijkens het voorgaande onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad valt. Een toetsing aan de in het vierde lid van dat artikel genoemde criteria is voor wat betreft het verjaardagsverlof naar de opvatting van de Kamer niet relevant.

Waar de bestuurder van mening is dat de weigering van de ondernemingsraad om instemming aan het besluit te geven onredelijk is omdat het hem vrij zou moeten staan om een gemaakte fout te herstellen, wijst de Kamer erop dat er in dit geval niet zozeer gesproken kan worden van een gemaakte fout alswel van een voor de bestuurder blijkbaar onwenselijke situatie. Immers, naar het oordeel van de Kamer biedt artikel 33e ARAR aan de bestuurder de mogelijkheid om bijzonder verlof te verlenen indien hij daartoe aanleiding ziet. Nu in de afgelopen jaren door de bestuurder - althans uit diens hoofde - stelselmatig een halve vrije dag voor de verjaardag is toegekend aan het personeel van de onderneming en daarnaast de “gemeentedag” aan de ex-werknemers van de gemeente Den-Bosch, mocht de ondernemingsraad er redelijkerwijs vanuit gaan dat er voor de bestuurder blijkbaar aanleiding was om deze vormen van verlof toe te kennen.

Derhalve is de Kamer van mening dat de onredelijkheid van de weigering van de ondernemingsraad om met het besluit in te stemmen in dit geval niet kan worden gebaseerd op de stelling dat een gemaakte fout moet kunnen worden hersteld.

Nu de bestuurder voor het overige niet heeft betoogd dat er sprake is van zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen die het besluit vergen, spreekt de Kamer de verwachting uit dat een eventueel verzoek van de bestuurder aan de kantonrechter om vervangende toestemming niet zal slagen.

Conclusies

In het bovenstaande komt de Kamer tot de conclusies dat:

1. de bepalingen met betrekking tot zowel het bijzonder verlof voor de “gemeentedag als dat voor de verjaardag niet als ‘werktijdregeling’ kunnen worden aangemerkt;
2. de bepalingen met betrekking tot het bijzonder verlof voor de “gemeentedag” voor de toepassing van artikel 27, eerste lid, onder c, van de WOR, met ‘vakantie’ op één lijn moeten worden gesteld;
3. de bestuurder voor zijn voorgenomen besluit aan de ondernemingsraad de instemming had moeten vragen voor zover het het afschaffen van het bijzonder verlof voor de “gemeentedag” betreft;
4. ervan moet worden uitgegaan dat het invoeren van de nietigheid in dit geval door de ondernemingsraad tijdig is gedaan.
5. de weigering van de ondernemingsraad om zijn instemming aan het besluit te geven niet onredelijk was en dat er niet is gebleken van zwaarwegende argumenten van bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische die de afschaffing van het bijzonder verlof vergen.
6. nu de bestuurder op 18 maart 1998 alsnog heeft besloten om aan de “ex-Bosschenaren” een hele gemeentedag toe te kennen voor het jaar 1997 en een halve gemeentedag voor het jaar 1998, de ondernemer zich ervan dient te vergewissen dat die personen dat recht ook daadwerkelijk kunnen effectueren.

Advies

De Kamer adviseert partijen om te handelen indachtig de hierboven vermelde conclusies van de Kamer.

In het bijzonder ten aanzien van de zesde conclusie adviseert de Kamer het Ministerie om alsnog na te gaan of de “ex-Bosschenaren” de hele gemeentedag voor het jaar 1997 en de halve gemeentedag voor het jaar 1998 daadwerkelijk hebben

kunnen opnemen. Indien dat - nog - niet het geval is geweest, adviseert de Kamer het Ministerie om die anderhalve dag, of zoveel minder als nodig, alsnog op de verlofkaarten van die personen te doen bijschrijven.

9 december 1998

De Bedrijfscommissiekamer voor Rijk en Politie,
namens deze,

J. W. van Baarle
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 daarvan, bij gemotiveerd schrijven voorleggen aan de Kantonrechter in 's-Hertogenbosch (artikel 36, vierde lid, van de WOR).