

ANNOTATIE

Medezeggenschapsrechten ambtenaar onnodig gemarginaliseerd

mr. dr. G.W. van der Voet*Annotatie bij Hoge Raad, 08-11-2013, ECLI:NL:HR:2013:1139 (AR-2013-0885)*

1. Inleiding

De Hoge Raad geeft in zijn beschikking van 8 november 2013 een ruime uitleg aan het ‘politiek primaat’ als bedoeld in artikel 46d WOR. De vraag is of dit terecht is. In dit commentaar worden eerst de feiten uiteengezet (par. 2). Vervolgens wordt de uitspraak van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) samengevat (par. 3), gevolgd door een samenvatting van de uitspraak van de Hoge Raad (par. 4). Aansluitend volgt een kritische beschouwing (par. 5 en 6) en tot slot een conclusie (par. 7).

2. Feiten

Stadsdeel Zuid – een deelgemeente van de gemeente Amsterdam – heeft besloten een krediet van € 4.060.000 ter beschikking te stellen voor de renovatie van een gemeentelijk zwembad (‘De Mirandabad’), zonder de OR daarbij om advies te vragen.

De OR is van mening dat ter zake wel advies had moeten worden gevraagd, omdat het zou gaan om een belangrijke investering en tevens om het aantrekken van een belangrijk krediet als bedoeld in artikel 25 lid 1 aanhef en onder h, respectievelijk onder i WOR. Om die reden heeft de OR de OK verzocht te verklaren dat Stadsdeel Zuid niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, en het te verplichten het besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken.

Stadsdeel Zuid heeft zich vervolgens verweerd door aan te voeren dat het geen advies behoefde te vragen, omdat het besluit een aangelegenheid betreft die valt onder het ‘primaat van de politiek’ als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR.

3. Oordeel van de Ondernemingskamer

De OK heeft het verweer van Stadsdeel Zuid verworpen en de OR in het gelijk gesteld (Hof Amsterdam 31 oktober 2012, JAR 2013/29).

Daarbij stelt de OK zich op de het standpunt dat het feit dat het hier gaat om een besluit van een democratisch gekozen orgaan, op zichzelf niet voldoende is om te concluderen dat het besluit ‘de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan of het beleid ten aanzien van de uitvoering van die taken’ betreft als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR. Het feit dat het besluit betrekking heeft op ‘de renovatie van onder haar beheer vallende sportvoorzieningen en het beschikbaar stellen van gelden daarvoor’ en daarmee tevens betrekking heeft op ‘de verdeling van haar financiële middelen’ maakt dat niet anders.

De OK licht dit nader toe door erop te wijzen dat zelfs indien het besluit van de gemeente Amsterdam een zwembad te bouwen en te exploiteren destijds berustte op politieke afwegingen en keuzes bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak, dit niet zonder meer inhoudt dat het nu genomen besluit tot renovatie – eveneens – op zodanige (hernieuwde) politieke afwegingen en keuzes berust. Gelet ook op de aard van het besluit is volgens de OK namelijk evenzeer voorstelbaar dat het niet (mede) op grond van politieke afwegingen wordt gemaakt. Het lag volgens de OK daarom op de weg van Stadsdeel Zuid aan de hand van concrete feiten en omstandigheden inzichtelijk – en daardoor toetsbaar – te maken dat en op welke wijze politieke afwegingen en keuzes (ook thans) hebben plaatsgevonden.

Het honoreren van het niet nader gemotiveerde verweer dat het besluit onder het primaat van de politiek valt, simpelweg omdat het is genomen door een democratisch gekozen orgaan, zou er volgens de OK namelijk toe leiden dat de medezeggenschap bij de overheid verder zou worden beperkt dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Daarbij speelt een rol dat het volgens de OK in casu niet gaat om een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen ervan.

A-G Hammerstein vat de argumenten van de OK in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:951) kernachtig samen door te stellen dat de overheid volgens de OK alleen een beroep mag doen op artikel 46d aanhef en onder b WOR als aan het desbetreffende besluit politieke afwegingen ten grondslag liggen. Als dit niet aanstonds volgt uit de aard van het besluit, moet de ondernemer aan de hand van concrete omstandigheden stellen dat hiervan sprake is (o.w. 4.2). In dit geval volgt het volgens de OK niet uit de aard van het besluit en is door de deelgemeente niet voldoende gesteld om dit toch aan te nemen.

4. Oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad is, in navolging van de A-G, van oordeel dat de OK de strekking van artikel 46d aanhef en sub b WOR heeft miskend.

De Hoge Raad wijst op het feit dat Stadsdeel Zuid ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2 Gemeentewet en artikel 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen, binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, bij uitsluiting bevoegd is tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat

het onderhavige besluit rechtstreeks betrekking heeft op het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en op de daarmee samenhangende terbeschikkingstelling van financiële middelen door middel van een krediet, in dit geval ten behoeve van de renovatie van een door Stadsdeel Zuid geëxploiteerd zwembad. Anders dan de OK, is de Hoge Raad van oordeel dat een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is volgens de Hoge Raad sprake van een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR. De deelgemeente was er volgens de Hoge Raad dus niet toe gehouden concrete feiten en omstandigheden te stellen en, aan de hand daarvan, aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit noopte tot politieke afwegingen en keuzes.

5. Onduidelijkheid over de reikwijdte van het primaat van de politiek

De onderhavige beschikking is duidelijk gemotiveerd en is in lijn met eerdere uitspraken van de Hoge Raad (zie HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/30 (Haagse grenscorrecties); HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/46 (Polderdistrict Betuwe); HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/116 (Rijksrecherche); HR 20 mei 2005, *JAR* 2005/156 (SSC-HRM) en HR 9 februari 2007, *JAR* 2007/72 (Van Mesdagkliniek); zie voorts o.a. L.C.J. Sprengers, 'Het primaat van de politiek en de OR: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2005/2, p. 13 e.v.).

Aanvankelijk gaf de OK een beperkte uitleg aan het primaat van de politiek, door zich op het standpunt te stellen dat als het besluit valt onder het primaat van de politiek, aan de OR geen adviesrecht toekomt, tenzij het besluit personele gevolgen heeft. In dat laatste geval moest het besluit volgens de OK integraal ter advisering worden voorgelegd, omdat het besluit slechts in zijn geheel door de OR kon worden beoordeeld. Wel diende de OR zich bij zijn advisering te beperken tot de apolitieke overwegingen die aan het besluit ten grondslag lagen en diende de rechterlijke toetsing beperkt te blijven tot een rechtmatigheidstoets. (Zie o.a. Hof Amsterdam 24 oktober 1996, *JAR* 1996/245.)

Aan deze ruimhartige uitleg van de uitzondering op het primaat van de politiek maakte de Hoge Raad in 2000 een einde, door te oordelen dat deze uitzondering niet reeds aan de orde is als er inherente personele gevolgen zijn, maar alleen als het besluit in het bijzonder of uitsluitend ziet op de regeling van de personele gevolgen. In 2002 oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat niet alleen besluiten van democratisch gekozen organen met (mede) wetgevende bevoegdheid onder het primaat van de politiek kunnen vallen, maar ook besluiten van (indirect) democratisch gecontroleerde overheidsorganen. Wel moet het gaan om besluiten die naar hun aard een politieke afweging vergen van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Door de Hoge Raad is in 2007 (in de zaak betreffende de verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek) voorts de praktijk gehonoreerd waarbij het besluit met betrekking tot de personele gevolgen wordt gesepareerd van het principebesluit, zodat de OR geen adviesrecht meer toekomt ten aanzien van het eigenlijke besluit, ook indien dat besluit ingrijpende personele gevolgen kan hebben (zie over deze uitspraak uitgebreid o.a. P.A.M. Witteveen, 'Over knippen en scheren bij overheidsmedezeggenschap', *ArA* 2007/3, p. 61 e.v.).

Het behoeft geen nader betoog dat de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar door deze ruime uitleg van het primaat van de politiek feitelijk worden gemarginaliseerd. In de onderhavige zaak doet de OK een nieuwe poging om ruimte te creëren voor een adviesrecht van de OR, maar ook deze poging strandt – geheel in lijn met de hierboven uiteengezette vaste rechtspraak van de Hoge Raad – in cassatie.

Omdat de Hoge Raad tot nu toe nog niet eenmaal heeft geoordeeld dat een besluit níét onder het primaat van de politiek valt, bestaat onduidelijkheid over wanneer dit in de praktijk het geval zal zijn. In een annotatie bij de onderhavige uitspraak geven Huisman en Jellinghaus (*JIN* 2013/189) daarom aan het te betreuren dat de Hoge Raad zijn taak als gids in deze zaken steeds maar niet oppikt en de rechtspraak steeds maar niet de nodige zekerheid verschaft. Duidelijk is volgens hen thans dat besluiten betreffende begrotingsaangelegenheden naar hun aard onder het primaat van de politiek vallen. Wanneer een besluit daar niet onder valt, maakt de Hoge Raad echter niet duidelijk. Zij wijzen erop dat de Hoge Raad aan het einde van zijn beschikking weliswaar de frase herhaalt dat het primaat van de politiek niet oneindig is ('Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek'), maar dat de Hoge Raad helaas wederom niet uitlegt waar dan precies de grens ligt.

6. Artikel 46d WOR te ruim geformuleerd

De vraag is of het gemaakte verwijt aan het adres van de Hoge Raad terecht is en of de oorzaak van al deze onduidelijkheid niet veeleer is gelegen in de niet duidelijk begrensde, ruime formulering van het primaat van de politiek in artikel 46d aanhef en sub b WOR. Blijkens de memorie van toelichting heeft de wetgever daarmee beoogd te voorkomen dat politiek gekleurde besluiten van democratisch gecontroleerde organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter, hetgeen in strijd zou zijn met de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 5 en 6).

De vraag is of het staatsrechtelijke belang van de scheiding der machten (van de wetgevende macht, het ambtelijk apparaat en de rechtelijke macht) de onderhavige inperking van de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar rechtvaardigt en of dit niet op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel (zie in dit verband A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere arbeidsverhoudingen', *ArA* 2013/2, p. 3-61).

Aan de beantwoording van deze vraag kwam Jellinghaus in zijn bijdrage over de ambtenaar helaas niet toe (zie Jellinghaus over het primaat van de politiek in 'De ambtenaar'; A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012, p. 62-65). Witteveen gaat hier in zijn annotatie bij de uitspraak inzake de Van Mesdagkliniek wel op in, en stelt zich – mijns inziens terecht – op het standpunt, dat dit niet strookt met het uitgangspunt van de wetgever in 1995 dat de medezeggenschap van de ambtenaar marktconform dient te worden geregeld (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 2-5). Dat er

mede politieke overwegingen aan het besluit ten grondslag liggen, mag er daarom volgens Witteveen niet toe leiden dat aan de OR in het geheel geen adviesrecht ter zake van dat besluit toekomt. Dat adviesrecht dient naar zijn mening alleen beperkt te blijven tot het deel van het besluit dat niet onder het primaat van de politiek valt. Hij bepleit met andere woorden een terugkeer naar de lijn zoals die aanvankelijk (voor 2000) door de OK was uitgezet. Relevant is in dat opzicht nog het bezwaar dat de A-G opwerpt in overweging 4.3 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking. De maatstaf van de aanwezigheid van al dan niet politieke afwegingen lijkt hem namelijk niet praktisch hanteerbaar, omdat daardoor bij de toepassing van de bepaling een discussie ontstaat over het al dan niet ‘politieke’ karakter van bepaalde argumenten. Dat roept problemen op, omdat niet goed valt in te zien hoe de rechter moet vaststellen dat de desbetreffende overwegingen ‘politiek’ van aard zijn.

Ik vraag mij echter af of dit voor de OK in de praktijk inderdaad problematisch zal zijn. Mochten de argumenten al een politiek karakter hebben, dan zie ik bovendien niet in waarom de OK het besluit niet evenals de besluiten van ondernemers uit de marktsector integraal aan de toets van artikel 26 lid 4 WOR zou mogen onderwerpen. Deze rechtmatigheidstoets verschilt in wezen immers niet van de toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan de bestuursrechter besluiten van bestuursorganen kan onderwerpen (zie bijv. F.H.J.G. Brekelmans en R.J.G.M. Widdershoven, ‘Beginselen van behoorlijke medezeggenschap in de WMO en de WOR’, *NTOR* 1994/4, p. 179 e.v.). Deze toets leidt er ten principale niet toe dat de rechter plaatsneemt op de stoel van het bestuursorgaan.

Sprengers – die de discrepantie tussen de bedoeling van de wetgever in 1995 en de tekst van artikel 46d sub b WOR al veel eerder signaleerde – wijst er bovendien op dat de bestuursrechter – anders dan de OK – eventueel zelf in de zaak kan voorzien (vgl. art. 8:74 lid 3 en 4 Awb). De OK kan dit niet: die kan alleen tegenhouden dat een besluit in strijd met de eisen van artikel 25 WOR, dan wel (anderszins) in strijd met de willekeur wordt genomen. De OK laat de autonomie van de (publiekrechtelijke) ondernemer bij toetsing ex artikel 26 WOR dus – meer nog dan de bestuursrechter – ongemoeid. Sprengers concludeert naar mijn mening dan ook terecht dat het primaat van de politiek ten principale niet door deze toetsing wordt aangetast, zodat een bepaling als artikel 46d WOR achterwege had kunnen blijven. Hij wijst er voorts op dat het de wetgever bij de totstandkoming van artikel 46d WOR al duidelijk had kunnen zijn dat een scheiding van het politieke besluit en de personele gevolgen op de wijze bedoeld in de toelichting niet in alle gevallen te realiseren zou zijn en is van mening dat, wil de OR ten aanzien van de personele gevolgen wezenlijke invloed kunnen uitoefenen, de OR zich daar nog voor de politieke besluitvorming over zal moeten kunnen uitlaten (L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, Deventer: Kluwer 1998, p. 239-316).

In navolging van Sprengers zou ik dan ook willen pleiten voor een afschaffing van artikel 46d WOR in de huidige vorm. Daar waar aangewezen zou in de WOR naar mijn mening hooguit aansluiting dienen te worden gezocht bij de artikelen 8:2 e.v. Awb, waarin nader omschreven bestuursbesluiten (waaronder algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels) worden uitgesloten van het beroepsrecht van de belanghebbende.

7. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad er niet in slaagt duidelijke grenzen te stellen aan het primaat van de politiek. Gevolg van de – vooralsnog – grenzeloos ruime formulering en uitleg van artikel 46d WOR is dat het adviesrecht van ondernemingsraden bij overheidsinstellingen in de praktijk weinig voorstelt. Hiervoor bestaat mijns inziens geen objectieve rechtvaardigingsgrond. Het gemaakte onderscheid staat daardoor op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt van de wetgever dat de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar marktconform zouden worden vormgegeven. Wat mij betreft aanleiding voor de wetgever om artikel 46d WOR aan te passen.