

ANNOTATIE

Uitsluiting OR-lid: met of zonder waarschuwing vooraf?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

Annotatie bij Hoge Raad, 27-03-2020, ECLI:NL:HR:2020:532 (AR-2020-0350)

Annotatie bij HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:532 (AB Vakwerk Groep B.V. c.s./werknemer), AR-2020-0350

1 Inleiding

Op 27 maart 2020 heeft de Hoge Raad voor het eerst een uitspraak gedaan over artikel 13 WOR, de bepaling die zowel aan de ondernemer als aan de ondernemingsraad de mogelijkheid biedt om de rechter te vragen om een OR-lid uit te sluiten van alle of bepaalde werkzaamheden van de ondernemingsraad. Er moet sprake zijn van een ernstige belemmering van het overleg of de OR-werkzaamheden. Een bepaling die licht werpt op de bijzondere positie van een ondernemingsraadslid en de begrenzingen daarvan. Hierna zal eerst de inhoud van de beschikking worden geschetst en daarna worden ingegaan op enkele meldenswaardige aspecten naar aanleiding van deze uitspraak.

2 Feiten

Werknemer is OR-lid en tevens actief kaderlid van FNV. Sinds 2015 is werknemer door de voorzitter van de OR meermaals aangesproken op diverse ongenueanceerde uitlatingen. In november 2016 heeft werknemer tijdens een overlegvergadering tussen de directie en de OR een opmerking gemaakt die verwees naar de huidskleur van de aanwezige systeembeheerder. Hierop is de directie weggelopen. De algemeen directeur van AB Vakwerk heeft op 1 december 2016 in een brief aan het dagelijks bestuur van de OR geschreven dat voornoemd incident de druppel was die de emmer deed overlopen. Op 8 maart 2017 hebben AB Vakwerk en de OR schriftelijk aan werknemer meegedeeld dat zij voornemens zijn een verzoek ex artikel 13 lid 1 WOR in te dienen om te bewerkstelligen dat hij niet langer werkzaamheden voor de OR verricht en werknemer is in de gelegenheid gesteld hierover op de voet van artikel 13 lid 2 WOR te worden gehoord. Op 28 maart 2017 is werknemer gehoord. AB Vakwerk en de OR

hebben de kantonrechter verzocht werknemer uit te sluiten van alle werkzaamheden van de OR voor de rest van de periode waarvoor hij is verkozen. De kantonrechter heeft dit verzoek toegewezen. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en de uitsluiting van werknemer van werkzaamheden van de OR tot het einde van zijn zittingsperiode met onmiddellijke ingang opgeheven. Het hof overwoog onder meer dat de toets voor het uitsluitingsverzoek is of werknemer het overleg van de OR met de ondernemer ernstig belemmert. De ondernemer dient de noodzaak van de uitsluiting te onderbouwen met concrete feiten en omstandigheden waaruit het wangedrag blijkt (ter invulling van de ‘ernstige belemmering’), in beginsel ook met eerdere waarschuwingen om dat gedrag na te laten, waaronder een ondubbelzinnige laatste waarschuwing. Deze heeft in dit geval ten onrechte niet plaatsgevonden, aldus het hof. In cassatie staat met name deze laatste overweging centraal.

3 Hoge Raad

Inhoud en strekking artikel 13 WOR

De belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad over de uitleg van art WOR luiden:

‘De tweede volzin van art. 13 lid 1 WOR bepaalt dat het verzoek uitsluitend kan worden gedaan door de ondernemer op grond van het feit dat het betrokken OR-lid het overleg van de ondernemingsraad met de ondernemer ernstig belemmert en door de ondernemingsraad op grond van het feit dat de betrokkene de werkzaamheden van de ondernemingsraad ernstig belemmert. Van een ernstige belemmering van de werkzaamheden van de ondernemingsraad is blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 13 WOR sprake als het lid van de ondernemingsraad door zijn gedrag opzettelijk en bij herhaling de werkzaamheden van de ondernemingsraad doet stagneren. (*Kamerstukken II 1976/77, 13954, nr. 6, p. 24*) Daarbij gaat het bijvoorbeeld om inbreuken op de democratische spelregels, maar niet om het uitspreken van een afwijkende mening of het innemen van een minderheidsstandpunt. De uitsluiting op grond van artikel 13 lid 1 WOR betreft derhalve in de kern een ordemaatregel.

Beantwoording van de vraag of het gedrag van het OR-lid de werkzaamheden van de ondernemingsraad ernstig belemmert, moet plaatsvinden aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval. Bij dat oordeel dient de rechter in aanmerking te nemen dat de ondernemingsraad bestaat uit democratisch gekozen leden die ten behoeve van de werknemers invulling geven aan het grondwettelijk verankerde recht op medezeggenschap (art. 19 lid 2 Grondwet). Dat betekent dat aan een lid van de ondernemingsraad een aanzienlijke mate van vrijheid toekomt in de wijze waarop hij aan dat lidmaatschap invulling geeft. Daarnaast volgt uit de tekst van artikel 13 lid 1 WOR en de parlementaire geschiedenis daarvan dat alleen bij een ernstige en herhaalde belemmering van de werkzaamheden van de ondernemingsraad door het lid van de ondernemingsraad, een gehele of gedeeltelijke uitsluiting van dat lid aan de orde kan zijn. Het voorgaande betekent dat de rechter terughoudend dient te zijn met toewijzing van een verzoek tot uitsluiting.’

Ten aanzien van het vereiste van voorafgaande waarschuwing oordeelt de Hoge Raad:

‘Anders dan het hof in rov. 5.4 heeft overwogen, is voor toewijzing van het verzoek tot uitsluiting van een lid van de ondernemingsraad niet, ook niet in beginsel, vereist dat het lid van de ondernemingsraad door de ondernemer of de ondernemingsraad eenmaal of meermalen is gewaarschuwd dat hij het hem verweten gedrag dient na te laten. Een dergelijke eis vloeit niet voort uit de tekst of strekking van artikel 13 lid 1 WOR en evenmin uit de parlementaire geschiedenis van die bepaling. Of, en zo ja, op welke wijze en hoe vaak het lid van de ondernemingsraad is gewaarschuwd, is slechts een van de gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij beantwoording van de vraag of de verzochte uitsluiting is aangewezen. Daarnaast zijn met name ook de aard en ernst van de verweten gedragingen van belang; die kunnen meebrengen dat voor toewijzing van het verzoek een (al dan niet ondubbelzinnige laatste) waarschuwing niet vereist is. Het oordeel van het hof dat de verzoeker zijn verzoek in beginsel dient te onderbouwen met eerdere waarschuwingen om het verweten gedrag na te laten, waaronder een ondubbelzinnige laatste waarschuwing, is dan ook in zijn algemeenheid onjuist. Onderdeel 1 is dus gegrond. De gegrondbevinding van onderdeel 1 kan echter niet tot cassatie leiden. Uit hetgeen het hof heeft overwogen, blijkt immers dat het hof het verzoek tot uitsluiting heeft beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het hof heeft daarbij aan het ontbreken van een (laatste) waarschuwing weliswaar gewicht toegekend, maar slechts in de context van de overige door het hof vermelde omstandigheden.’

Waarna de door het hof aangehaalde omstandigheden worden opgesomd en de Hoge Raad tot de conclusie komt dat het verzoek dus niet is afgewezen op de enkele grond dat niet aan het door hem vooropgestelde beginsel is voldaan. Het cassatieberoep wordt verworpen.

4 Commentaar

4.1 Waarschuwing niet verplicht

Waar het hof oordeelde dat voor toewijzing van het verzoek tot aansluiting in beginsel vereist is dat het lid van de ondernemingsraad door de ondernemer of de ondernemingsraad eenmaal of meermalen is gewaarschuwd dat hij het hem verweten gedrag dient na te laten, geeft de Hoge Raad aan dat een dergelijke eis niet voortvloeit uit de tekst of strekking van artikel 13 lid 1 WOR en evenmin uit de parlementaire geschiedenis van die bepaling. De Hoge Raad vindt het geen vereiste maar wel een gezichtspunt dat meegenomen dient te worden. Het zal met name van de aard en ernst van de verweten gedragingen afhangen of een (laatste) waarschuwing vereist is.

Dat het vereiste van een voorafgaande waarschuwing niet uit de tekst van de wet blijkt, is helder. Dit staat er niet in. Dat het niet uit de strekking van de wet zou blijken is voor discussie vatbaar. Voorstelbaar is dat vanwege het feit dat er sprake moet zijn van herhaald gedrag van een OR-lid waardoor de werkzaamheden van de OR of het overleg belemmerd worden, daaruit voortvloeit dat verwacht mag worden dat degenen die last hebben van dit gedrag dit ook kenbaar maken en daarbij ook te kennen geven dat het de werkzaamheden van de OR zo belemmert dat het betreffende OR-lid daarmee dient te stoppen. Hieraan zou de conclusie

verbonden kunnen worden dat een uitsluitingsprocedure niet rauwelijks gestart kan worden, los van de in de wet opgenomen voorafgaande hoorverplichting (art. 13 lid 2 WOR), en er een duidelijke waarschuwing aan vooraf moet gaan. De Hoge Raad maakt duidelijk dat dit geen hard vereiste is, ook niet in beginsel. Er zijn situaties voorstelbaar dat een eenmalige handeling zo ingrijpend is dat die handeling op zichzelf een reden kan zijn om tot uitsluiting over te gaan, hetgeen afhangt van aard en ernst van de gedraging. Bijvoorbeeld indien een OR-lid een ander OR-lid of de bestuurder met fysiek geweld te lijf gaat of bedriegt, zal duidelijk zijn dat aard en ernst van de gedraging niet vereisen dat er eerst een laatste waarschuwing gegeven zal moeten worden. Naar mijn mening heeft het hof met de woorden ‘in beginsel’ diezelfde ruimte open willen laten. Maar met de uitspraak van de Hoge Raad is helder dat ook zonder waarschuwing een uitsluitingsprocedure gestart kan worden. Maar het feit dat de Hoge Raad tevens oordeelt dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn en de vraag of er al dan niet uitdrukkelijk een (laatste) waarschuwing is gegeven een relevant gezichtspunt is, volgt dat in de meeste gevallen het wel vereist zal zijn dat een OR-lid eerst wordt gewaarschuwd. Van de bestuurder of OR mag worden verlangd dat zij duidelijk maken dat het gedrag niet (langer) getolereerd wordt en dat uitsluiting van het OR-lid dan zal volgen als er geen verandering in komt. Doen zij dit niet, dan is de kans groot dat de rechter bij de toetsing aan alle omstandigheden van het geval het uitsluitingsverzoek niet zal toewijzen. Juist in die situaties waarin er sprake is van een langdurig gedrag dat als hinderlijk ervaren wordt, mag van bestuurder en/of ondernemingsraad die een uitsluitingsprocedure start ook meer verwacht worden in de voorfase. Indien men de spreekwoordelijke emmer heeft laten vollopen zonder daar voldoende op gewezen te hebben, zonder kenbaar gemaakt te hebben hoe zwaar het gedrag van het OR-lid wordt beschouwd, kan dit gezichtspunt een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van het al dan niet toewijzen van het verzoek tot uitsluiting.

4.2 Ernstig belemmeren

De Hoge Raad geeft met verwijzing naar de wetsgeschiedenis aan dat van een ernstige belemmering die uitsluiting van een OR-lid zou kunnen rechtvaardigen sprake kan zijn wanneer er sprake is van opzettelijk gedrag en dat bij herhaling de werkzaamheden van de OR doet stagneren. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat toetsing of daar sprake van is aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval dient plaats te vinden. De rechter dient daarbij echter in aanmerking te nemen dat de ondernemingsraad bestaat uit democratisch gekozen leden die ten behoeve van de werknemers invulling geven aan het grondwettelijk verankerde recht op medezeggenschap.

Uit het begrip ‘ernstig’ blijkt dat het gedrag substantieel moet zijn, en uit het begrip ‘belemmeren’ volgt dat het daadwerkelijk van negatieve invloed moet zijn op het overleg of de werkzaamheden van de OR. De vraag is dan ook hoe de rechter dit dient te toetsen. Werkzaamheden die een OR-lid verricht, vallen buiten de hiërarchische gezagsrelatie met de werkgever. De basis voor het opereren als OR-lid is te vinden in het mandaat dat kiezers aan een OR-lid geven om namens hen in het vertegenwoordigend overleg te opereren. En daarbij speelt ook een rol de taak die de wetgever aan de ondernemingsraad heeft toegekend. In de uitgebreide analyse van P-G Assink wordt verwezen naar de tweeledige doelstelling voor de

ondernemingsraad die blijkt uit de wetsgeschiedenis: (1) het dienen van de belangen van de onderneming en (2) het vertegenwoordigen van het personeel werkzaam in de onderneming (ECLI:NL:PHR:2019:1116, randnr. 5.24).

In dit licht zal bij uitsluitingsverzoeken beoordeeld moeten worden of er sprake is van een ernstige belemmering. Het verloop van deze casus geeft ook aan hoe verschillend daarbij bepaalde omstandigheden meegewogen worden. De kantonrechter in eerste aanleg (Rb. Noord-Nederland 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2580) hecht bijvoorbeeld belang aan het feit dat het OR-lid lid was van een financiële commissie waarin hij vertrouwelijke informatie ontving over de financiële cijfers van de onderneming die hij vervolgens aan de gehele OR heeft teruggekoppeld. Het OR-lid is van mening dat het informatierecht toekomt aan de gehele ondernemingsraad die ook geheimhouding opgelegd kan worden en dat hij derhalve met deze terugkoppeling naar de OR-leden zijn boekje niet te buiten is gegaan. De kantonrechter vindt van wel, met name ook omdat het OR-lid dit eigenmachtig gedaan heeft. Ten aanzien van de dubbele taak van de OR geeft de kantonrechter aan dat het OR-lid dient op te komen voor het belang van de onderneming in haar geheel en alle daarin werkzame personen. Dat het OR-lid als actief vakbondslicid gekozen is door zijn achterban vanuit de 'werkvloer' maakt dat niet anders. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft het OR-lid er nog steeds geen blijk van gegeven dat hij zich het verschil in rollen (OR-lid versus vakbondsman) realiseert. Daarom kan de kantonrechter bestuurder en OR volgen dat zij er geen vertrouwen in hebben dat hij zijn gedrag, houding en wijze van communiceren zodanig kan veranderen dat er in de toekomst geen sprake meer zal zijn van ernstige belemmeringen in het werk van de OR en het overleg tussen de OR en de ondernemer.

Het hof oordeelt dat er bij het OR-lid meer sprake lijkt te zijn van onvermogen dan van onwil. Het OR-lid vindt het een compliment dat hij wordt gezien als een echte vakbondsman die opkomt voor zijn jongens, maar begrijpt kennelijk niet dat andere OR-leden zich beledigd voelen wanneer hij over hen zegt dat ze bij de directie op schoot zitten. Het hof geeft aan dat het OR-lid heeft te accepteren dat binnen de OR verschillende visies kunnen samenkomen die soms tot één standpunt gevormd moeten worden. Maar het hof maakt een andere eindafweging vanwege het ontbreken van een laatste waarschuwing.

Ten aanzien van de druppel die in dit geval de emmer deed overlopen vindt zowel de kantonrechter als het hof dat deze gezien de norm van artikel 13 WOR niet direct van belang is, omdat het geen betrekking heeft op het overleg tussen OR en bestuurder. Dit ging over het volgende voorval: aan de start van een overlegvergadering, terwijl de voltallige directie en OR wachtten, diende een technisch euvel aan de beamer in de vergaderzaal eerst opgelost te worden. Nadat de systeembeheerder, met een getinte huidskleur, het probleem had opgelost zei het OR-lid: 'Toch goed dat er zwarten zijn om ons te helpen.' De directie heeft later het OR-lid daarop aangesproken en ook de OR laten weten dat dit discriminerend gedrag onacceptabel is. Het OR-lid heeft excuses aangeboden en aangegeven dat het juist niet discriminerend bedoeld was, maar dat hij in het kader van de toen spelende zwartepietendiscussie juist de positieve kant van het oplossen van het probleem had willen benadrukken. De kantonrechter oordeelt dat dit voorval betekenis heeft in de arbeidsrelatie

tussen het OR-lid als werknemer en de ondernemer als werkgever. Maar deze opmerking als zodanig raakte de samenwerking tussen de OR en het OR-lid en/of de samenwerking met de directie niet, aldus de kantonrechter. Een opvatting die ook het hof later in appel is toegedaan.

De Hoge Raad onderstreept, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis en voortbordurend op de conclusies van de P-G, dat de rechter bij de beoordeling of sprake is van ernstige belemmering in aanmerking moet nemen dat de ondernemingsraad bestaat uit democratisch gekozen leden die ten behoeve van de werknemers invulling geven aan het grondwettelijk verankerde recht op medezeggenschap (art. 19 lid 2 Grondwet). Dat betekent dat een lid van de ondernemingsraad een aanzienlijke mate van vrijheid toekomt in de wijze waarop hij aan het lidmaatschap invulling geeft. Dit betekent ook dat een rechter terughoudend dient te zijn met toewijzing van een verzoek tot uitsluiting. Een ondernemingsraad is een orgaan dat wordt gekozen door de in de onderneming werkzame personen en derhalve een vorm van bedrijfsdemocratie. Dit heeft parallellen met de volksvertegenwoordiging in het publieke domein zoals we die kennen, maar ook verschillen.

Ik zal de grenzen aan de hand van een voorbeeld proberen af te tasten.

In de Tweede Kamer eindigde het Kamerlid Marianne Thieme, geïnspireerd door de Romeinse senator Cato Maior die iedere toespraak eindigde met de mededeling dat hij van opvatting was dat Carthago toch verwoest had moeten worden, al haar inleidingen over welk onderwerp het ook ging met de opmerking: 'Voorts zijn wij van mening dat er een einde moet komen aan de bio-industrie'. Stel dat een OR-lid een uitgesproken opvatting heeft over de beloningsverhoudingen in onze westerse samenleving en ook binnen de onderneming waar hij werkzaam is, en iedere keer als hij het woord voert binnen de OR-vergadering en tijdens de overlegvergadering eindigt met de opmerking: 'En overigens blijf ik van mening dat de beloning voor onze directie onfatsoenlijk hoog is.' Als dit een gevoelige snaar raakt bij de bestuurder die daarover geïrriteerd raakt en zich op het standpunt stelt dat dit het overleg belemmert omdat dit naar voren gebracht wordt ook bij onderwerpen die helemaal niet over de beloningsstructuur betrekking hebben, is het zeer de vraag of dit een uitsluiting van het OR-lid tot gevolg zou kunnen hebben. Het gaat immers om een opvatting van het desbetreffende OR-lid en ook al wordt deze niet gewaardeerd en ook al schuurt deze, dan nog kan niet gezegd worden dat het overleg daardoor belemmerd wordt. Indien de gevoeligheid bij de bestuurder groot is op dit onderwerp kan dit reden zijn voor een goed gesprek waarbij dit ook inzichtelijk gemaakt kan worden. Van een OR-lid mag ook verwacht worden om daar rekening mee te houden. Het begrip 'onfatsoenlijk' is bijvoorbeeld veel normatiever dan wanneer hij zou spreken over 'te hoog'. Maar als hij desalniettemin van mening zou blijven dat dit zo'n belangrijk punt is waarop hij in die bewoordingen wil blijven hameren, kan niet snel gesteld worden dat dit het overleg ernstig belemmert. Juist omdat het gaat om het uitoefenen van een democratisch recht zal een geventileerde opvatting niet te snel reden kunnen zijn voor een grond tot uitsluiting. Het is dus niet zozeer afhankelijk van hoe een bestuurder dergelijke opmerkingen subjectief ervaart. Het begrip ernstig belemmerend dient objectief uitgelegd te worden.

Op het moment dat de gekozen formulering onheus wordt, kan dit anders komen te liggen. Stel dat de typering gebruikt wordt dat de directieleden graaiers zijn, woorden die in deze casus ook een rol gespeeld hebben, dan schuift het al weer dichtert tegen de grens aan. Wordt gesteld dat de directie geld achterover drukt, verdonkeremaant, dan wordt gesteld of gesuggereerd dat er sprake is van onoorbaar handelen. Indien die beschuldiging niet hard te maken is, ook niet nadat daarom is gevraagd, wordt het niet alleen een persoonlijke opvatting maar kan het ook een ongefundeerde beschuldiging worden. In dat geval kan het volhouden van een dergelijke ongefundeerde beschuldiging wel van invloed zijn op het overlegklimaat en zou er op enig moment sprake kunnen zijn van ernstige belemmering van het overleg.

Een dergelijk voorbeeld geeft aan dat het hebben en uiten van een opvatting geoorloofd is maar dat begrenzungen met name ook zullen zitten in de wijze waarop die geuit wordt en de mate waarin die gestaafd kan worden.

Anders dan in het publieke domein wordt er meer van uitgegaan dat de OR toch als een eenheid opereert. Dit is niet wettelijk gereguleerd, maar volgt wel uit het wettelijk systeem waarbij bijvoorbeeld aan de ondernemingsraad gevraagd wordt om een advies uit te brengen. De bedoeling is dat de ondernemingsraad tot een eenduidig advies komt en eventueel, mocht het besluit afwijken van het advies, ook aan de rechter kan voorleggen of dit besluit in redelijkheid op deze wijze genomen had kunnen worden. Het advies van de ondernemingsraad is niet louter een optelsom van de verschillende opvattingen die binnen de ondernemingsraad leven, maar wordt in bijna alle gevallen vormgegeven als een eensluidende visie, zonder verwoording van minderheids- of afwijkende standpunten. Dit brengt ook met zich mee dat ervan wordt uitgegaan dat een OR-lid nadat de besluitvorming binnen de OR is afgerond, zich daarbij neerlegt en zich in ieder geval niet publiekelijk daartegen gaat keren. Dit is echter niet wettelijk gereguleerd en is meer als een gebruik binnen de medezeggenschap ontstaan. Indien een minderheid binnen de ondernemingsraad zich wil profileren aan de hand van het minderheidsstandpunt en zich tegen de inhoud van een besluit van de ondernemingsraad keert dat in de ogen van die minderheid een onjuist of onwenselijk besluit is, dan kan dat. Dit zal niet snel als ernstig belemmerend gekwalificeerd worden. Op het moment dat echter binnen een ondernemingsraad spelregels zijn afgesproken hoe als ondernemingsraad te communiceren over de door de ondernemingsraad ingenomen standpunten en daarbij bijvoorbeeld is afgesproken dat de ondernemingsraad zo veel mogelijk met één mond spreekt, dan komt er een aspect bij, namelijk dat een OR-lid zich aan deze spelregels gecommitteerd heeft. Dan zal hij ook moeten accepteren dat hij in het ene geval waarin hij een minderheidsstandpunt heeft, de meerderheid van de OR niet voor de voeten moet lopen, net zoals in het geval hij een meerderheidstandpunt mee onderschrijft de OR-leden die dan tot de minderheid behoren dat evenmin mogen doen. Wil een OR invloed uitoefenen dan is het van belang dat de ondernemingsraad de bestuurder in het overleg met een eenduidig standpunt tegemoet treedt, zeker in het kader van een uit te brengen advies of een reactie op een instemmingsaanvraag. Dus ook hier geldt dat een minderheidsstandpunt hebben en dat naar buiten brengen op zichzelf niet ernstig belemmerend hoeft te zijn, maar dat het om bijkomende factoren zal gaan die het minderheidsstandpunt op enig moment toch

ernstig belemmerend zouden kunnen maken. Ik grijp nu weer terug op het eerdere voorbeeld. Stel dat de OR zich eraan ergert dat het OR-lid iedere keer weer zijn opvatting over de beloning van de directie verkondigt en de OR dit ook ongemakkelijk vindt ten opzichte van de bestuurder en bij meerderheid besluit dat het OR-lid in vergaderingen met de directie niet meer het woord mag voeren over het beloningsbeleid, dan zal de toetsing een iets andere zijn dan in het geval de bestuurder de uitsluitingsprocedure start. Het zal er dan om gaan in welke mate de werkzaamheden van de OR hierdoor ernstig belemmerd worden. Zeker indien de OR een onderlinge werkwijze heeft afgesproken, waaraan het OR-lid zich heeft gecommitteerd kan het schenden van die afspraak zwaar wegen. Maar juist wanneer het OR-lid hier niet mee akkoord is gegaan en zich beroept op zijn democratisch recht om zijn opvatting te uiten, zal ook dan de drempel hoog liggen om aan te nemen dat het ventileren van die opvatting als zodanig de werkzaamheden van de OR ernstig belemmert.

4.3 Andere wijzen om problemen met een OR-lid aan te pakken

Uitsluiting is, gezien de wettelijke norm van artikel 13 WOR en zoals die ook in deze Hoge Raad-uitspraak wordt uitgelegd, geen eenvoudige route. Er is geen mogelijkheid gecreëerd waarbij de rechter met een brede belangenafweging de zaak kan beoordelen. Er is ook weinig rechtspraak over artikel 13 WOR. De P-G haalt de twee gepubliceerde hofuitspraken en vijf uitspraken van kantonrechters aan in randnrs. 5.43 t/m 5.46.

Maar dit neemt niet weg dat in de praktijk het functioneren en de positie van een OR sterk beïnvloed kunnen worden door het gedrag van een enkeling. Veel ondernemingsraden hebben te kampen met lege zetels. Dat betekent dat er onvoldoende kandidaten zijn om alle zetels in de OR vervuld te krijgen. Dit heeft tot gevolg dat eenieder die zich kandidaat stelt OR-lid wordt, zonder verkiezingen. Tot juli 2013 was in artikel 9 WOR nog een handtekeningvereiste opgenomen voor degene die zich kandidaat stelde voor de OR (met uitzondering van kandidaten via vakbondslijsten). Op die manier diende een kandidaat door middel van maximaal 30 handtekeningen aan te tonen dat hij binnen de onderneming voldoende steun had voor zijn kandidatuur. Het vereiste is echter komen te vervallen. Hierdoor is de kans groter dat er mensen in de OR komen die op een solistische wijze opereren, zonder enig of met weinig draagvlak binnen de onderneming.

Er doen zich in de praktijk situaties voor dat een deel van de OR overweegt op te stappen zolang een persoon (of meerdere personen) nog deel uitmaakt (uitmaken) van de OR. Zij hebben er geen behoefte aan om nog langer tijd en energie in moeizame discussies en overleg te steken met het betrokken OR-lid/leden aan wie zij zich storen. Juridisch zal dat vaak niet kwalificeren als een ernstige belemmering die uitsluiting met zich mee kan brengen, zoals uit bovenstaande is gebleken. Er kan voor gekozen worden om het gedrag van het OR-lid in de OR aan de in de onderneming werkzame personen kenbaar te maken in de hoop dat er bij volgende verkiezingen onvoldoende steun voor deze kandidaat zal zijn. Maar dat kan ook het omgekeerde effect hebben, namelijk dat de animo om zich kandidaat te stellen bij anderen er niet groter op wordt als blijkt dat binnen de OR dergelijke debatten worden gevoerd en de spanningen binnen de OR nog meer oplopen.

De ervaring leert dat het raadzaam is OR-leden aan te spreken op hun ongewenst gedrag. In bijna alle gevallen kan via werkafspraken geprobeerd worden om het overleg te structureren en de onderlinge werkzaamheden en gebruiken binnen de OR af te stemmen. Door hier energie in te stoppen kan dat leiden tot een verbetering van de onderlinge verhoudingen. En mocht daarna nog geen verbetering optreden en het ongewenste gedrag bij herhaling blijven voortduren, dan kan er wel een situatie ontstaan dat er sprake is van een ernstige belemmering. Het goed functioneren van de OR is een collectieve verantwoordelijkheid, waar ieder OR-lid een steentje aan zal moeten bijdragen; een enkeling kan en mag zich daar niet volledig van distantiëren.

De mogelijkheden op het juridisch vlak zijn echter beperkt. Dat is ook logisch omdat het niet aan de rechter is om een gekozen vertegenwoordiger met mandaat vanuit de achterban, indien daar sprake van is, zijn democratische rechten te ontnemen. Daar dient de rechter uiterst terughoudend in te zijn. De vraag kan worden opgeworpen of dit democratisch recht minder zwaar weegt in het geval een OR-lid zonder verkiezingen in de OR is gekomen. Op een expliciet gekregen mandaat van de kiezers kan hij zich dan niet beroepen.

Niet-juridische wegen liggen eerder en meer voor de hand om dit probleem aan te pakken en trachten op te lossen.

De ondernemer kan in zijn hoedanigheid van werkgever soms wel handelend optreden, anders dan alleen via artikel 13 WOR. Wanneer de kritiek op een OR-lid louter te maken heeft met het opereren binnen de ondernemingsraad gaat het om activiteiten die plaatsvinden buiten hiërarchische aansturing van de werkgever en zal de werkgever niet snel zijn werkgeversbevoegdheden kunnen inzetten. Maar het zijn van OR-lid is geen vrijbrief om bijvoorbeeld anderen te discrimineren, lastig te vallen, te bedreigen, ongewenste intimiteiten te verrichten enzovoort. Is van dergelijk gedrag sprake, ook al vindt dat plaats binnen de OR, dan zal de werkgever vanuit zijn verantwoordelijkheid voor goede arbeidsomstandigheden die onder meer voortvloeit uit de Arbowetgeving, wel mogelijkheden kunnen hebben om handelend op te treden. Verwezen kan worden naar de opmerking van de kantonrechter in deze zaak dat de discriminerende opmerkingen niet zozeer betrekking hadden op het overleg maar veel meer betrekking hadden op de relatie tussen werkgever en werknemer. Ook dit is een moeilijk gebied. Of de werkgever het OR-lid op zijn gedrag kan aanspreken zal afhangen van het voorval/gedrag dat aan de orde is. Maar indien het gedrag betreft dat de fatsoensnormen (ver) overschrijdt, zal de werkgever ook het OR-lid/de werknemer hierop aan kunnen spreken. Dit kan ertoe leiden dat disciplinaire maatregelen worden opgelegd. In het uiterste geval kan dit leiden tot een ontslagprocedure, waarbij mede aan de hand van het verbod op benadeling van artikel 21 WOR getoetst zal moeten worden of een dergelijke maatregel geoorloofd is. Het benadelingsverbod ziet erop toe dat een OR-lid vanwege het functioneren in de OR niet benadeeld wordt in zijn positie in de onderneming. In beginsel beperkt dit de mogelijkheden voor de werkgever om sancties op te leggen aan een OR-lid voor zijn gedrag/handelen als OR-lid, maar dit vindt met name zijn begrenzing daar waar het gedrag ook leidt tot het schenden van rechten van anderen waarvoor de werkgever ook een

zorgplicht heeft. Dan kan de werkgever met de instrumenten die hem vanuit de arbeidsrelatie ter beschikking staan ook een OR-lid corrigeren.

5 Conclusie

In de eerste uitspraak van de Hoge Raad over artikel 13 WOR is uitgemaakt dat een voorafgaande waarschuwing voordat tot uitsluiting kan worden overgegaan geen vereiste is. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval zal een rechter dienen te toetsen of er sprake is van ernstig belemmerend gedrag waarbij het geven van een laatste waarschuwing een van de gezichtspunten is om mee te nemen bij de toetsing.

Omdat een OR-lid onderdeel is van een democratisch gekozen orgaan dat invulling geeft aan een grondwettelijke bevoegdheid, is terughoudendheid van de rechter op zijn plaats bij de beoordeling van de vraag of iemand uitgesloten moet worden van de ondernemingsraad. Problemen die zich in de praktijk voordoen binnen een OR vanwege de wijze van opereren van een OR-lid dienen vooral via de niet-juridische weg (gesprek aangaan, afspraken, mediation, advies inwinnen e.d.) opgepakt te worden. In die gevallen waar gedrag van een OR-lid de grenzen (ver) te buiten gaat (bijvoorbeeld discriminatie, bedreiging, geweld) kan de werkgever met gebruikmaking van de werkgeversbevoegdheden wel ingrijpen. Dit heeft ook te maken met de zorgplicht van de werkgever voor goede arbeidsomstandigheden van de andere werknemers. Maar vanwege de bijzondere positie van het OR-lid zal daarbij wel getoetst moeten worden aan het benadelingsverbod, waarbij ook de aard en zwaarte van de sanctie een rol kunnen spelen.