

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van de Gemeente Landgraaf/Gemeente Landgraaf

De fictieve-pauzeregeling is formeel nooit bij besluit van de gemeente gewijzigd. Hoewel in de praktijk (bijna tien jaar) werd gehandeld conform een geaccordeerd wijzigingsvoorstel is de mededeling van de gemeente dat de pauze weer zal worden berekend conform de ongewijzigde regeling geen besluit in de zin van de WOR.

Feiten

De ambtenaren van de gemeente maken voor de registratie van hun werk- en pauzetijden gebruik van een kloksysteem. Binnen de gemeente is de Arbeidsvoorwaardenregeling gemeente Landgraaf van toepassing. Deze wordt bij besluit van het college van B&W van 17 december 2007 gewijzigd. In de nieuwe werktijdenregeling is de fictieve-pauzeregeling ('strafkorting') gewijzigd in die zin dat een fictieve pauze van dertig minuten wordt geregistreerd als een ambtenaar niet of te weinig pauzeert. Wegens onduidelijkheden over de nieuwe fictieve-pauzeregeling wordt aan het college van B&W bij nota van 11 augustus 2008 voorgesteld de regeling te wijzigen. Uit een stempelafdruk op een nota van het college van B&W van 23 september 2008 blijkt de tekst 'ACCOORD MET VOORSTEL'. De OR heeft met het voorstel ingestemd. De werktijdenregeling wordt niet formeel gewijzigd. Op 4 juni 2009 wordt een instemmingsaanvraag gedaan met betrekking tot aanpassing van de werktijdenregeling. Hierin is de fictieve-pauzeregeling nog steeds ongewijzigd opgenomen. De OR stemt met het voorstel in. Sinds 2008 wordt de fictieve-pauzeregeling conform de voorgestelde wijziging van 11 augustus 2008 feitelijk toegepast. Bij bericht op het intranet van de gemeente van 20 december 2016 laat de gemeente weten dat de pauzetijden per 1 januari 2017 weer conform de (ongewijzigde) fictieve-pauzeregeling vastgesteld bij besluit van 17 december 2007 zullen worden berekend. De OR stelt zich op het standpunt dat het bericht kan worden gezien als een wijziging van de werktijdenregeling en aldus een besluit is dat instemming behoeft van de OR. De OR wendt zich tot de kantonrechter en verzoekt een verklaring voor recht dat sprake is van een wijziging van een arbeids- en rusttijdenregeling en dat het bericht van 20 december 2016 nietig is. De kantonrechter wijst de verzoeken af. De Arbeidsvoorwaardenregeling is met betrekking tot de fictieve-pauzeregeling in 2008 niet gewijzigd. In wezen houdt het bericht van 20 december 2016 in dat niet langer in afwijking van de formele regeling zal worden geregistreerd. Er is geen sprake van een besluit.

Oordeel

Op 23 september 2008 is uitsluitend een voorgenomen besluit genomen en is vastgesteld dat de OR ten aanzien van dit voorgenomen besluit instemming moest verlenen. De aangepaste werktijdenregeling is echter niet door het college van B&W als zodanig vastgesteld. Een besluit van het college van B&W ontbreekt immers, terwijl een besluit op grond van de Gemeentewet een wettelijk vereiste is. Dit wordt bevestigd door een instemmingsaanvraag van 4 juni 2009, waarin is opgenomen dat de wijziging die de 'onduidelijkheid over de toepassing van de automatische pauze' wegneemt aan het college zal worden aangeboden. Ook daarna is een dergelijk collegebesluit echter uitgebleven. Bovendien heeft de OR op 25 mei 2011 instemming verleend aan de werktijdenregeling als opgenomen in de Arbeidsvoorwaardenregeling zonder dat daarin de wijziging van de fictieve-pauzeregeling was opgenomen. De OR heeft in 2011 voor wat betreft de fictieve-pauzeregeling instemming verleend aan de nog altijd bestaande regeling die in december 2007 is vastgesteld. De OR heeft bij die gelegenheid niet gesignaleerd en er ook geen opmerkingen over gemaakt dat de betreffende tekst geen rekening hield met het eerdere voorstel van wijziging waarmee de OR destijds had ingestemd en evenmin met de sinds 2008 gehanteerde praktijk. Het hof is van oordeel dat het zowel in 2009 als in 2011 op de weg van de OR had gelegen om zelf actie te ondernemen om de door hem bepleite werktijdenregeling geformaliseerd te krijgen. De fictieve-pauzeregeling is formeel niet gewijzigd in 2008, nu een concreet besluit van het college van B&W ontbreekt. Daarmee is de mededeling van 20 december 2016 geen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een arbeids- en rusttijdenregeling. De mededeling is enkel een wijziging van de feitelijke praktijk. Ook al staat vast dat binnen de gemeente in de praktijk de werktijdenregeling jarenlang 'verkeerd' is uitgevoerd dan wel dat een voorgenomen besluit jarenlang is uitgevoerd, dan is daarmee nog geen sprake van een besluit in de zin van de WOR. Van een stilzwijgende wijziging kan in de publieke sector evenmin sprake zijn.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:365

Zaaknummer: 200.221.178/01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. de Moor en M.W.M. Souren

Advocaten: L.J.M. van Westerlaak en S.F.H. Jellinghaus

Wetsartikelen: 27 WOR