

# 25 JAAR RECHTSPRAAK OVER HET PRIMAAT VAN DE POLITIEK IN DE WOR

mr. dr. L.C.J. Sprengers (red.)  
mr. dr. S.F.H. Jellinghaus  
mr. R.J.M. Hampsink  
mr. E. Unger  
mr. P.A.M. Witteveen

VWA

In 1995 is de Wet op de ondernemingsraad (WOR) ook voor de meeste overheidssectoren van toepassing verklaard. Een van de deelstappen in het normaliseringsproces van de rechtspositie van ambtenaren. In 2020 is dit proces afgerond met de invoering van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra); de overgang van de ambtelijke aanstelling naar een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Bij de totstandkoming van de Wnra is nauwelijks aandacht besteed aan de vraag of na 25 jaar WOR bij de overheid verdere aanpassingen noodzakelijk zijn.

Daar is wel aanleiding toe. Bij de invoering van de WOR bij de overheid stonden twee uitgangspunten centraal: de medezeggenschap bij de overheid vormgeven zoals die van ondernemingsraden in de marktsector en de bescherming van het eigene van de politieke besluitvorming bij de overheid, het primaat van de politiek.

Over het primaat van de politiek zijn de afgelopen 25 jaar inmiddels negen Hoge Raad-beschikkingen geweest. Deze worden in dit boek geanalyseerd. Ook wordt in kaart gebracht welke passages uit de wetsgeschiedenis een rol hebben gespeeld bij de rechterlijke uitspraken. Voorts wordt aandacht besteed aan de beschikkingen van de Ondernemingskamer de afgelopen 25 jaar in zaken die speelden in de publieke sector en de wijze waarop het primaat van de politiek een rol speelt bij andere ondernemingen binnen de publiekrechtelijke context.

De uitkomst van de analyse van de rechtspraak is dat van de oorspronkelijke doelstellingen bij de invoering van de WOR bij de overheid de bescherming van het primaat van de politiek de bovenhand heeft gekregen. In dit boek worden voorstellen gedaan op welke wijze de bepaling over het primaat van de politiek in de WOR anders geregeld kan worden om de invloed van de medezeggenschap bij de overheid beter tot zijn recht te laten komen.

ISBN 978-94-6290-866-6



9 789462 908666 >

**Boom**juridisch

25 jaar rechtspraak over het primaat van de politiek in de WOR



# 25 jaar rechtspraak over het primaat van de politiek in de WOR

mr. dr. L.C.J. Sprengers (red.)

mr. dr. S.F.H. Jellinghaus

mr. R.J.M. Hampsink

mr. E. Unger

mr. P.A.M. Witteveen

Boom juridisch

Den Haag

2020

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2020 Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) | Boom juridisch

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproprechtregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprecht.nl](http://www.reprecht.nl)). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-uvo.nl](http://www.stichting-uvo.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-94-6290-866-6

ISBN 978-90-8974-276-6 (e-book)

NUR 825

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>7</b>
	<i>L.C.J. Sprengers</i>	
<b>2</b>	<b>Analyse rechtspraak Hoge Raad</b>	<b>11</b>
	<i>L.C.J. Sprengers</i>	
2.1	Inleiding	11
2.2	Beschikkingen Hoge Raad	11
2.3	Schematisch overzicht	22
2.4	Hoofdpijnen uit rechtspraak Hoge Raad	24
2.5	Beschouwing 25 jaar rechtspraak over primaat van de politiek	24
<b>3</b>	<b>Vormgeving en wetsgeschiedenis</b>	<b>29</b>
	<i>L.C.J. Sprengers</i>	
3.1	Inleiding	29
3.2	Vormgeving van de bepaling over het primaat van de politiek	29
3.3	Wetsgeschiedenis	32
3.3.1	Inleiding	32
3.3.2	Beschikking 1 en 2: Gemeentelijke herindeling en Waterschap	32
3.3.3	Beschikking 3: Rijksrecherche	35
3.3.4	Beschikking 4: Shared Service Centrum HRM	37
3.3.5	Beschikking 5: Privatisering tbs-kliniek	38
3.3.6	Beschikking 6: Het De Mirandabad	40
3.3.7	Beschikking 7: Gemeente Maastricht	40
3.3.8	Beschikking 8: Politie regionale eenheid Oost-Brabant	44
3.3.9	Beschikking 9: GOR Rijk	45
3.3.10	Conclusie	46
<b>4</b>	<b>De rechtspraak van de Ondernemingskamer (OK) in overheidszaken buiten het primaat van de politiek</b>	<b>49</b>
	<i>R.J.M. Hampsink &amp; E. Unger</i>	
4.1	Inleiding	49
4.2	Categorie I: primaat van de politiek uitdrukkelijk niet van toepassing	50
4.3	Categorie II: primaat van de politiek niet aan de orde	55
4.4	Categorie III: primaat van de politiek niet uitdrukkelijk aan de orde (maar stilzwijgend wel enigszins?)	59

4.5	Categorie IV: primaat van de politiek terzijde gelaten vanwege de niet-inherente personele gevolgen	60
4.6	Restcategorie	63
4.7	Conclusie	64
<b>5</b>	<b>Het primaat van de politiek in andere ondernemingen binnen de publiekrechtelijke context</b>	<b>67</b>
	<i>S.F.H. Jellinghaus</i>	
5.1	Inleiding	67
5.2	Het begin: artikel 23 lid 2 WOR	67
5.3	Rechtspraak artikel 23 WOR	69
5.4	Zelfstandige bestuursorganen	70
5.5	Private ondernemingen geconfronteerd met overheidsbesluiten	72
5.6	Afronding	74
<b>6</b>	<b>Het primaat van de politiek anders regelen</b>	<b>75</b>
	<i>P.A.M. Witteveen &amp; L.C.J. Sprengers</i>	
6.1	Inleiding	75
6.2	Geen bijzondere bepaling opnemen	76
6.3	Andere vormgeving	77
6.4	Reikwijdte inperken	79
	6.4.1 Democratische gecontroleerde overheidsorganen	79
	6.4.2 Democratisch genomen besluiten	80
6.5	Rechterlijke toetsing	81
6.6	Cao's bij de overheid	82
6.7	Ondernemingsovereenkomst	83
<b>7</b>	<b>Conclusies en aanbevelingen</b>	<b>85</b>
	<i>P.A.M. Witteveen, S.F.H. Jellinghaus, R.J.M. Hampsink, E. Unger &amp; L.C.J. Sprengers</i>	
7.1	Conclusies	85
7.2	Aanbevelingen	86
	<b>Over de auteurs</b>	<b>89</b>



# I Inleiding

L.C.J. Sprengers

Met ingang van 5 mei 1995 is de Wet op de ondernemingsraden (WOR) bij de overheid ingevoerd.<sup>1</sup> Bij de invoering van de WOR voor de overheidssector is niet gekozen voor een aparte wettelijke medezeggenschapsregeling voor de overheid die in grote lijnen overeen zou komen met de WOR, maar is ervoor gekozen om bij de WOR zelf aan te sluiten, opdat deze ook van toepassing zou worden voor (vrijwel) de gehele overheid. Wetstechnisch was dit de meest eenvoudige weg. Tevens werd daarmee voorkomen dat er bij het naast elkaar bestaan van twee medezeggenschapsregelingen, één voor de marktsector en één voor de overheidssector, op den duur toch ongerechtvaardigde afwijkingen met de marktsector zouden kunnen ontstaan.<sup>2</sup>

Er werd gestreefd naar marktconforme medezeggenschap bij de overheid, hetgeen inhoudt dat de medezeggenschap bij de overheid zo volledig mogelijk moest aansluiten bij die van de marktsector, tenzij de bijzondere positie van de overheid als werkgever tot een afwijking noodzaakt. Alleen daar waar het echt noodzakelijk is voor het onderbrengen van de medezeggenschap bij de overheid in de WOR, is de WOR aangepast. Daartoe zijn in hoofdstuk VII B bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij de overheid opgenomen. De belangrijkste bepaling is artikel 46d sub b WOR ter bescherming van het primaat van de politiek, om te benadrukken dat de bijzondere positie van de overheid op dit punt een aparte regeling vereist die afwijkt van de voor de marktsector geldende regeling. Deze bepaling houdt in:

dat van het overlegrecht ex artikel 23 WOR voor een OR bij de overheid zijn uitgezonderd:

- aangelegenheden die betrekking hebben op de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan;
- het beleid ten aanzien van die taken; en
- de uitvoering van die taken,

behoudens voor zover het betreft de gevolgen voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.

Dit laatste wordt ook wel aangeduid als ‘de uitzondering op de uitzondering’. Omdat een OR over die aangelegenheden geen overlegrecht heeft, brengt de systematiek van de WOR met zich mee dat er dan ook geen sprake kan zijn van

---

<sup>1</sup> Wet 13 april 1995, Stb. 1995, 231.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106, p. 4.

een advies- of instemmingsrecht. De wet eist immers dat over een advies- en instemmingsaanvraag ten minste eenmaal in een overlegvergadering overleg wordt gevoerd.

Al bij de totstandkoming van de WOR bij de overheid is van verscheidene kanten gewezen op uiteenlopende vragen die deze ambivalente wettekst opriep en die niet in de wetsgeschiedenis (eenduidig) zijn beantwoord.<sup>3</sup> De minister heeft te kennen gegeven dat het aan de rechtspraak is om de overgelaten vragen te beantwoorden.<sup>4</sup>

De afgelopen 25 jaar heeft de Ondernemingskamer in 31 beschikkingen een oordeel gegeven over de interpretatie van de bepaling over het primaat van de politiek opgenomen in artikel 46d sub b WOR<sup>5</sup> en de Hoge Raad in 9. Er is geen wetsbepaling in de WOR waarover zo vaak is geoordeeld door de Hoge Raad. Daaruit blijkt al dat de interpretatie van deze wetsbepaling in de praktijk tot veel vragen heeft geleid. Geruime tijd was de lijn in de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad tegenovergesteld. De Ondernemingskamer heeft in de loop van de tijd haar koers gewijzigd. In de negen zaken die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, heeft de Hoge Raad steeds geoordeeld dat de bescherming van het politieke primaat dient te prevaleren boven de adviesbevoegdheden van de ondernemingsraad.

Het 25-jarig jubileum van de invoering van de WOR bij de overheid vormt voor de werkgroep Medezeggenschapsrecht van de Vereniging van Arbeidsrecht aanleiding om in deze publicatie aandacht te besteden aan de wijze waarop de bepaling over het primaat van de politiek in de wetgeving en in de rechtspraak wordt uitgelegd. De auteurs zijn allemaal lid van de werkgroep Medezeggenschapsrecht.

In hoofdstuk 2 worden de negen beschikkingen van de Hoge Raad over het primaat van de politiek geanalyseerd. Bekeken wordt over welke feitelijke vraag geoordeeld is en wat daarover door de Ondernemingskamer en vervolgens door de Hoge Raad is geoordeeld.

In hoofdstuk 3 wordt stilgestaan bij de wetsgeschiedenis. Daarbij wordt aandacht besteed aan de gekozen systematiek van de wettelijke bepaling door het overlegrecht van de OR te laten vervallen wanneer een aangelegenheid onder het primaat van de politiek valt (par. 3.1). In paragraaf 3.2 wordt aandacht besteed aan welke passages uit de wetsgeschiedenis in de in hoofdstuk 2 besproken

---

3 Zie bijv. R.A.A. Duk, 'Een marktconforme dode mus?', in: *Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid*, reeks VvA, Deventer: Kluwer 1996, p. 7-17; H.F.J. Joosten, 'De overheids-ondernemingsraad', SMA 1996-6, p. 373-385; T. van Peijpe, 'Medezeggenschap en de grenzen van het politiek primaat', NJB 1995-4, p. 134-137; L.C.J. Sprengers, 'WOR bij de overheid: hoe marginaal is de rol van de ondernemingsraad?', in: *Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid*, reeks VvA, Deventer: Kluwer 1996, p. 19-30.

4 *Handelingen II*, 4 oktober 1994, 6-235.

5 Geturfd aan de hand van de beschikkingen van de Ondernemingskamer opgenomen in de databank van Sprengers Advocaten, waarbij aparte beschikkingen in kort geding en de bodem in dezelfde zaak als één zijn geteld. Van de 31 beschikkingen hadden er 7 betrekking op gemeentelijke herindelings- of samenvoeging van waterschappen.

rechterlijke uitspraken zijn gebruikt om het oordeel mede op te baseren. Dit is een verdere uitdieping van hetgeen al in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen. Er zit enige overlap tussen deze hoofdstukken. Deze paragraaf is vooral van belang voor degenen die ook kennis willen nemen van de passages uit de wetsgeschiedenis die een rol in de rechtspraak hebben gespeeld.

In hoofdstuk 4 wordt stilgestaan bij alle rechtspraak van de Ondernemingskamer in zaken die speelden bij overheidsondernemingen sinds 1995. Deze rechtspraak wordt gerubriceerd naar de mate waarin het primaat van de politiek daarbij een rol heeft gespeeld. Nagegaan wordt op welke wijze de Ondernemingskamer de overheidsbesluiten heeft getoetst en hoe verzoeken tot het treffen van voorzieningen werden beoordeeld. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe in die gevallen de rechterlijke toetsing plaatsvindt en of die uitkomst de vrijheid van handelen van de overheidsondernemer heeft ingeperkt.

Het primaat van de politiek speelt niet alleen een rol in overheidsondernemingen waar, zoals het bij invoering van de WOR bij de overheid werd geformuleerd, 'uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling ambtenaren werken'.<sup>6</sup> Al voor de invoering van de WOR bij de overheid was in artikel 23 WOR een bepaling opgenomen ter bescherming van het primaat van de politiek. Door de invoering van de Wnra en de daarbij doorgevoerde aanpassing van de WOR zijn met name meer zelfstandige bestuursorganen, die voorheen vielen onder het bereik van de bepaling over het primaat van de politiek als geregeld in artikel 23 lid 2 WOR, onder het bereik van de bepaling in artikel 46d sub b WOR komen te vallen. Op wat daarvan het gevolg kan zijn, wordt in hoofdstuk 5 ingegaan.

De vraag is of de uitleg in de rechtspraak van de Hoge Raad in voldoende mate aansluit bij de doelstellingen die de wetgever had met de invoering van de WOR bij de overheid.<sup>7</sup> Een vraag die alleen de politiek zelf kan beantwoorden. Indien de conclusie wordt getrokken dat met de wijze waarop in de rechtspraak inhoud wordt gegeven aan het primaat van de politiek de rol van de OR bij de overheid te zeer wordt ingeperkt, is de vraag hoe dit anders zou kunnen worden geregeld. In hoofdstuk 6 worden mogelijke alternatieven aangedragen om de bescherming van het primaat van de politiek anders te regelen.

In hoofdstuk 7 geven de auteurs van deze publicatie hun visie weer over hoe het tekort hersteld kan worden dat is ontstaan in de medezeggenschap bij de overheid door de wijze waarop uitleg wordt gegeven aan de bepaling over het primaat van de politiek in de rechtspraak. Dat is verwoord in conclusies en aanbevelingen.

---

6 Sinds 1 januari 2020, na de invoering van de Wnra, is voorts toegevoegd of 'een onderneming die overheidsondernemer is in de zin van de Ambtenarenwet 2017'. Een weinig fraaie formulering omdat het de rechtspersoon is die de overheidsondernemer is en niet de onderneming.

7 Zie onder meer: S.F.H. Jellinghaus & H. Moltmaker, 'Primaat van de politiek', opgenomen in L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, VvA Geschrift nr. 46, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 135-148; L.C.J. Sprengers, annotatie bij HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397, digitaal AR Updates 6 mei 2019 (OR gemeente Maastricht).



## 2 Analyse rechtspraak Hoge Raad

L.C.J. Sprengers

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de inhoud uiteengezet van de rechtspraak van de Hoge Raad in de negen beschikkingen over het primaat van de politiek. In paragraaf 2.2 worden alle negen uitspraken besproken, waarbij de vraagstelling die centraal stond wordt geschetst en de oordelen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad worden uitgelicht. In paragraaf 2.3 wordt de uitkomst van deze rechtspraak schematisch samengevat en in paragraaf 2.4 worden de hoofdlijnen weergegeven die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen worden gedestilleerd. In paragraaf 2.5 volgt tot slot een beschouwing over de uitkomsten van 25 jaar rechtspraak over het primaat van de politiek.

### 2.2 Beschikkingen Hoge Raad

*Beschikking 1 Gemeentelijke herindeling<sup>1</sup> en Beschikking 2 Opheffen waterschap<sup>2</sup>*

De eerste twee zaken die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, zijn op dezelfde dag door de Hoge Raad beslist met inhoudelijk dezelfde overwegingen. De eerste beschikking had betrekking op een voorgenomen besluit tot gemeentelijke herindeling en de tweede beschikking ging over het voornemen van de provincie om een waterschap op te heffen. In beide zaken speelden twee vragen: of het besluit dat door de Staat respectievelijk provincie wordt genomen door hen als medeondernemer aan de OR van gemeente of waterschap ter advies moet worden voorgelegd en of vanwege de (potentiële) personele gevolgen van het besluit het (principe)besluit reeds ter advies aan de OR moet worden voorgelegd om te borgen dat het advies van de OR wezenlijke invloed op de besluitvorming kan hebben.

Bij een besluit tot gemeentelijke herindeling is de positie van het personeel vaak geen enkele relevante factor bij de beweegredenen om te komen tot een gemeentelijke herindeling. De personele gevolgen staan daar veel verder weg van het politieke besluit dan bijvoorbeeld bij een privatisering. Of er ambtenaren bij een herindeling moeten overgaan en, zo ja, welke is in de besluitvormingsprocedure zoals die geregeld is in de Wet Algemene regels herindeling, een aspect dat pas

---

1 HR 26 januari 2000, NJ 2000/223, m.nt. Maeijer; JOR 2000/55, m.nt. Van het Kaar, JAR 2000/30, ROR 2000/12 (gemeentelijke herindeling).

2 HR 26 januari 2000, NJ 2000/224, ROR 2000/24 (Provincie Gelderland/Ondernemingsraad Waterschap Polderdistrict Betuwe).

aan de orde komt na het principebesluit om over te gaan tot herindeling.<sup>3</sup> De Ondernemingskamer oordeelde in deze zaken dat er een dermate verknochtheid tussen de personele gevolgen en het politieke besluit bestond dat het politieke besluit niet mocht worden genomen alvorens het adviestraject met de OR was doorlopen. Gezien het feit dat de bevoegdheid tot gemeentelijke herindeling was neergelegd bij de Staat of bij de provincie, besliste de Ondernemingskamer dat deze voor een goede toepassing van de WOR als medeondernemer moesten worden beschouwd, nu zij de bevoegdheid hebben om rechtstreeks in te grijpen in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld.<sup>4</sup>

Beide redeneringen van de Ondernemingskamer hielden bij de Hoge Raad geen stand. Van medeondernemerschap is alleen sprake indien een ander een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat kan worden gezegd dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden. Ten aanzien van de personele gevolgen geeft de Hoge Raad aan dat de ondernemingsraad geen bevoegdheid toekomt zolang het nog gaat over personele gevolgen die inherent zijn aan het politieke besluit. Alleen als het besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen, moet dit eerst aan de ondernemingsraad worden voorgelegd.<sup>5</sup>

De Hoge Raad vond het recht door te zoeken in de wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat de wetgever een strikte scheiding voor ogen stond tussen (politieke) besluiten en de personele gevolgen. De wetgever wilde voorkomen dat besluiten van democratisch gecontroleerde organen in het kader van het beroepsrecht op grond van de WOR door de rechter konden worden getoetst.

De eerste lijn die uit deze rechtspraak kan worden getrokken, is dat het politieke besluit en de personele gevolgen niet als aan elkaar verbonden, maar als geheel gescheiden en te scheiden elementen van de besluitvorming moeten worden beschouwd. Alleen over het laatste aspect kan de medezeggenschap invloed uitoefenen.

### Beschikking 3: Rijksrecherche<sup>6</sup>

De zaak had betrekking op het besluit tot het instellen van een coördinatiecommissie bij de rijksrecherche, waaraan bevoegdheden van de unithoofden werden overgedragen. Het College van procureurs-generaal dat het gezag over de Rijksrecherche uitoefent, had aan de minister van Justitie het voornemen kenbaar gemaakt tot het instellen van een Coördinatiecommissie Rijksrecherche (CCR), bestaande uit de portefeuillehouder Rijksrecherche, de hoofdofficier van justitie van het landelijk parket en een aan te wijzen coördinerend officier van justitie Rijksrecherche. Het was de bedoeling dat deze CCR verantwoordelijk zou zijn voor de afdoening en de voortgang van de rechercheonderzoeken en,

---

3 Naar aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad is art. 79 Arhi uitgebreid. Voor de gemeentelijke herindeling moet niet alleen met de vakbonden, maar ook met de ondernemingsraad overleg plaatsvinden over voorzieningen die getroffen moeten worden in verband met de overgang van ambtenaren.

4 Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 januari 1998, NJ 1998/185, ROR 1999/4 (gemeente Rijswijk).

5 HR 26 juni 2000, NJ 2000/223, m.nt. Maeijer; JOR 2000/55, m.nt. Van het Kaar, JAR 2000/30, ROR 200/12 (gemeentelijke herindeling). Op dezelfde dag is een vergelijkbare beschikking gewezen inzake HR 26 januari 2000, NJ 2000/224, ROR 2000/24.

6 HR 1 maart 2002, NJ 2002/295, JAR 2002/116, JOR 2002/80 (Rijksrecherche).

binnen het mandaat van het College van procureurs-generaal, bevoegd zou zijn te bepalen hoe de Rijksrecherche wordt ingezet. Bevoegdheden die voorheen bij de vijf unithoofden lagen.

Ten eerste kwam de vraag aan de orde wanneer een besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen. De Hoge Raad kwam anders dan de Ondernemingskamer<sup>7</sup> tot het oordeel dat het besluit tot het instellen van de CCR nog niet kon worden gezien als een besluit tot het regelen van de personele gevolgen.

In deze beschikking werd ten tweede aandacht besteed aan het begrip publiekrechtelijke taken. De Ondernemingskamer overwoog dat voor onttrekking aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR slechts plaats is voor zover het besluiten betreft die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in (democratische) organen met (mede)wetgevende bevoegdheid, zoals de Staten-Generaal, Provinciale Staten en gemeenteraden. Voor een dergelijke uitzondering is echter niet zonder meer plaats waar het gaat om besluiten van tot de uitvoerende macht behorende organen, omdat zodanige besluiten niet tot stand komen in een politiek proces en op die besluiten slechts indirect democratische controle wordt uitgeoefend.

De Hoge Raad deelde deze opvatting van de Ondernemingskamer niet. Voor de toepassing van artikel 46d sub b WOR volstaat dat sprake is van de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen. De door de Ondernemingskamer aangebrachte beperking is onjuist. Deze bepaling geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratische gecontroleerde overheidsorganen, aldus de Hoge Raad.

De Ondernemingskamer zocht, in reactie op de beschikking van de Hoge Raad over de gemeentelijke herindeling, naar een onderbouwing om de bepaling over het primaat van de politiek beter in te kaderen. Van inperking van adviesrechten van de ondernemingsraad bij de overheid kon alleen sprake zijn, indien het ging om besluiten van democratisch gecontroleerde organen met medewetgevende bevoegdheden. Van inperking van adviesrechten zou geen sprake moeten zijn, indien het ging om besluiten van organen waarop op indirecte wijze democratische controle plaatsvindt. Deze redenering vindt steun in een aantal plaatsen in de wetsgeschiedenis, maar niet in de wettekst. Daar is alleen sprake van voorgenomen besluiten van de ondernemer, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt met betrekking tot welk orgaan het besluit neemt. De Hoge Raad zoekt echter aansluiting bij de tekst van de wetsbepaling.

Beschikking 4: Shared Service Centrum HRM<sup>8</sup>

Maar niet altijd is in de optiek van de Hoge Raad de tekst van de wetsbepaling doorslaggevend. Zo blijkt uit de beschikking inzake het Shared Service

---

7   Gerechtshof Amsterdam (OK) 16 november 2000, JAR 2000/260, JOR 2001/12, ROR 2001/14.

8   HR 20 mei 2005, JAR 2005/156. Zie over deze beschikking: P.A.M. Witteveen, 'De schuivende panelen van het politieke primaat', SMA 2005/10; Y. van Gernerden, 'De medezeggenschap in 2005: Three easy pieces', opgenomen in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Kluwer 2006, p. 75-76; en L.C.J. Sprengers, 'Het primaat van de politiek in drie stappen', SR 2005/7/8.

Centrum HRM. In deze zaak ging het, enigszins vereenvoudigd gesteld, om het voornemen om de salarisadministratie en enkele andere HRM-taken van ieder departement samen te voegen in een shared service centrum (SSC), dat geplaatst zou worden bij het Ministerie van BZK. Is de keuze voor een centrale of decentrale salarisadministratie een aangelegenheid waarbij het primaat van de politiek zou moeten worden beschermd?

De Ondernemingskamer oordeelde dat het besluit tot oprichting van een SSC waarin de personeels- en salarisadministratie centraal worden ondergebracht, valt onder het primaat van de politiek. De Ondernemingskamer voerde daarvoor twee argumenten aan:

- Het gaat om de uitvoering van het HRM-beleid dat gezien het bepaalde in de Comptabiliteitswet als een van de aan die ministeries toebedeelde publiekrechtelijke taken moet worden gezien.
- Het besluit omvat niet enkel de vraag hoe binnen ieder ministerie de uitvoering van deze taken organisatorisch vorm moet worden gegeven, maar betreft tevens een structurele herschikking van deze taken tussen de verschillende betrokken ministeries.<sup>9</sup>

De Hoge Raad overwoog dat de Ondernemingskamer, op deze wijze toetsend, tot uitdrukking bracht dat er niet alleen sprake is van een verschuiving van taken tussen de ministeries, maar *‘van een verschuiving van politieke verantwoordelijkheden en dat deze verschuiving niet alleen geschiedt in een politieke context doch ook is ingegeven door politieke overwegingen’*.

De Hoge Raad legde niet zoals de Ondernemingskamer de link naar de Comptabiliteitswet als de basis voor de publiekrechtelijke taak. In de Comptabiliteitswet zijn verplichtingen tot registratie van gegevens opgenomen, waaronder een personeelsadministratie. Dit is niet te zien als een typisch publiekrechtelijke taak, waarmee een overheidslichaam zich onderscheidt. In artikel 2:10 BW is onder meer aangegeven dat het bestuur van een rechtspersoon over alle werkzaamheden van de rechtspersoon administratie dient te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers dient te bewaren. De conclusie zou dus kunnen zijn dat een ordentelijke administratie bijhouden, waaronder ook valt de wijze waarop dit organisatorisch wordt vormgegeven, een vereiste is van het als ondernemer deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en niet een specifieke overheidstaak is.<sup>10</sup>

De Hoge Raad hechtte waarde aan het ministerieoverstijgende karakter van het besluit en aan het feit dat het ging om een verschuiving van politieke verantwoordelijkheden en dat het besluit was genomen in een politieke context. Daarmee zoekt de Hoge Raad het recht niet in de tekst van de wet, maar in op de wetsgeschiedenis gebaseerde omstandigheden, te weten de politieke context waarbinnen het besluit is genomen.

---

9 Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 december 2003, JAR 2004/28.

10 Zie Sprengers SR 2004, 22.



### Beschikking 5: privatisering tbs-kliniek<sup>11</sup>

Mocht uit de vorige beschikking het idee ontstaan dat het recht volgens de Hoge Raad anders dan in de eerdere beschikking toch meer in de context moet worden gezocht dan in de letterlijke wettekst, dan maakt de Van Mesdag-beschikking duidelijk dat de Hoge Raad een nauwgezette interpretatie van de wettekst toch van het grootste belang blijft vinden.

Deze beschikking had betrekking op het privatiseren van een tbs-kliniek. Daartoe werd besloten op basis van de uitkomsten van een onderzoek naar verschillende opties die varieerden van detachering van de ambtenaren, het intern verzelfstandigen of privatiseren. De laatste optie kon niet voldoen aan het uitgangspunt dat de privatisering kostenneutraal diende plaats te vinden vanwege de kosten waarmee de overgang van het personeel naar een andere cao en een ander pensioenfonds gepaard zou gaan.

De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat in het besluit tot verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek ligt besloten dat de genoemde personele gevolgen van dat besluit (onder meer dat iedereen op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zal zijn onder toepassing van de CAO GGZ) daarin eveneens worden geregeld, zonder dat kan worden gezegd dat die gevolgen aan dat besluit inherent zijn.<sup>12</sup>

Anders dan de Ondernemingskamer was de Hoge Raad van oordeel dat het enkele feit dat aan het besluit tot verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek personele gevolgen zijn verbonden die op zichzelf ingrijpend kunnen zijn, niet voldoende is om 'de uitzondering op de uitzondering' te aanvaarden. Het besluit tot het verzelfstandigen van een rijksinrichting is als zodanig van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen van deze beslissing en daarom niet onder het adviesrecht valt.

De Hoge Raad oordeelde voorts dat nu ten aanzien van het besluit tot verzelfstandiging van de tbs-kliniek geen adviesrecht bestond, de Ondernemingskamer niet het gehele besluit mocht vernietigen, ook niet als in verband met de (ingrijpende) personele gevolgen van deze beslissing wel op basis van de uitzondering een adviesrecht aanwezig zou zijn geweest. Ten aanzien van de personele gevolgen is immers medezeggenschap mogelijk zonder dat de beslissing tot verzelfstandiging ter discussie behoeft te worden gesteld. De wet laat toe dat het adviesrecht aldus beperkt is en alleen tot gelding kan komen ten aanzien van de personele gevolgen van een besluit, aldus de Hoge Raad.

Hiermee wordt de adviespositie van de ondernemingsraad versmald. Enerzijds wat betreft de omvang van het adviesrecht. De ondernemingsraad behoeft alleen advies te worden gevraagd over het deel van het besluit dat strekt tot of gericht is op de regeling van de personele gevolgen van het besluit. Het overige deel van het besluit blijft buiten het adviesrecht en derhalve ook buiten de beroepsprocedure. Anderzijds wordt het moment waarop de OR om advies zal moeten worden gevraagd naar achteren geplaatst. In het algemeen zal de regeling van de personele gevolgen pas in de eindfase van de besluitvormingsprocedure aan de orde

<sup>11</sup> HR 9 februari 2007, NJ 2007/102, ARO 2007/42, JAR 2007/72 en ROR 2007/17.

<sup>12</sup> Gerechtshof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, ARO 2005/137 en JAR 2005/23; gerechtshof Amsterdam (OK) 25 november 2005, ARO 2005/214 en JAR 2006/11.

zijn. De overheidsondernemer kan het moment van inschakelen van de ondernemingsraad beïnvloeden door te schuiven met het moment van het treffen van de regeling van de personele gevolgen.

*Beschikking 6: De Mirandabad: budget voor renovatie*<sup>13</sup>

Vervolgens ging er zes jaar overheen voordat de Hoge Raad zich weer moest buigen over een geschil met betrekking tot het primaat van de politiek. Het geschil had betrekking op de vraag of het besluit van een stadsdeel om aan de deelraad voor te stellen in te stemmen met het ter beschikking stellen van het krediet van € 4.060.000 voor renovatie van een zwembad, het De Mirandabad, eerst ter advies aan de OR van het stadsdeel moet worden voorgelegd.

De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat er sprake was van een adviesrecht en baseerde deze conclusie op de verschillende criteria uit de voorafgaande HR-jurisprudentie, met name de SSC HRM-beschikking.<sup>14</sup> De Ondernemingskamer oordeelde dat een renovatiebesluit van een zwembad niet onder de publiekrechtelijke taak viel. De omstandigheid dat het om een besluit van een democratisch gekozen orgaan ging, was op zich niet voldoende om te concluderen dat het besluit een publiekrechtelijke vaststelling van taken van (onderdelen van) publiekrechtelijke lichamen of het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken betrof als bedoeld in artikel 46d sub b WOR. Het feit dat het besluit betrekking had op 'de renovatie van onder haar beheer vallende sportvoorzieningen en het beschikbaar stellen van gelden daarvoor' en daarmee tevens betrekking had op 'de verdeling van haar financiële middelen' maakte dat niet anders. De opvatting van Stadsdeel Zuid zou ertoe 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. Vervolgens toetste de Ondernemingskamer ook nog of het besluit in een politieke context was genomen. De Ondernemingskamer oordeelde van niet. Het ging hier niet om een besluit dat als zodanig van dien aard was dat het een politieke afweging vergde van de voor- en nadelen ervan. De Ondernemingskamer oordeelde dat niet met recht kon worden gesteld dat de besluitvorming door de deelraad steeds of doorgaans een politieke is. Om aan te nemen dat de uitzondering van artikel 46d sub b WOR van toepassing was, diende de ondernemer concrete omstandigheden waaruit (bijvoorbeeld) zou blijken dat het besluit gepaard ging met een verschuiving van politieke taken of verantwoordelijkheden en/of was ingegeven door politieke overwegingen, te stellen op grond waarvan de conclusie was gerechtvaardigd dat het met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek inderdaad noodzakelijk was de medezeggenschap te beperken. Op dit punt oordeelde de Hoge Raad duidelijk anders.

Anders dan de Ondernemingskamer was de Hoge Raad van oordeel dat het besluit tot het beschikbaar stellen van een krediet door Stadsdeel Zuid van de gemeente Amsterdam voor de renovatie van een zwembad onmiskenbaar een

---

13 HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139, JAR 2013/301, m.nt. I. Zaai, JIN 2013/189, m.nt. E.G.M. Huisman & S.F.H. Jellinghaus, JOR 2014/8, m.nt. L.G. Verburg, *Ondernemingsrecht* 2014/53, m.nt. P.A.M. Witteveen, TRA 2014/16, m.nt. R.H. van het Kaar.

14 Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5619, ARO 2012/158, JAR 2013/29, ROR 2012/30 en TRA 2013/28.

politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen en daarom buiten het bereik van het adviesrecht van de ondernemingsraad dient te vallen. De Hoge Raad zette aan de hand van eerdere uitspraken nogmaals uiteen hoe deze bepaling moet worden geïnterpreteerd. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 46d WOR blijkt onmiskenbaar dat de wetgever 'met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek' de in dat artikel onder b omschreven besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen van medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten. De uitsluiting van artikel 46d onder b WOR van het adviesrecht van de OR geldt naar de bedoeling van de wetgever mede om te voorkomen dat besluiten van democratische organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter (waarbij de Hoge Raad verwijst naar Beschikking 1). De met artikel 46d onder b WOR beoogde onttrekking van besluiten van democratische organen aan het adviesrecht van de OR en daarmee aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratisch gecontroleerde overheidsorganen (met verwijzing naar Beschikking 3). Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 46d onder b WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen, doch dat ook de aard van het besluit meeweegt. Tevens blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op bescherming van het primaat van de politiek. Het standpunt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd (met verwijzing naar Beschikking 4). Een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen, is volgens artikel 46d onder b WOR aan het adviesrecht van de OR onttrokken (Beschikking 5).

Stadsdeel Zuid is ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2, Gemeentewet en artikel 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen bij uitsluiting bevoegd, binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. Het besluit was een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan. Het had rechtstreeks betrekking 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 Ondernemingskamer had geoordeeld, is een zodanig besluit onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is sprake van een besluit als bedoeld in artikel 46d onder b WOR. Aan het slot van de beschikking voegde de Hoge Raad wel nog toe dat de beperking van de medezeggenschapsrechten van de OR ten faveure van het primaat van de politiek evenwel niet verdergaat dan strikt genomen nodig is met het oog op bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten aanzien van de uitoefening door Stadsdeel Zuid van zijn bevoegdheid tot het inrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten.

In deze zaak oordeelden de Ondernemingskamer en de Hoge Raad voor het laatst verschillend, zich baserend op verschillende doelstellingen die uit de wetsgeschiedenis blijken: enerzijds bescherming van het primaat van de politiek en anderzijds zo veel mogelijk marktconforme medezeggenschap. De Ondernemingskamer was meer genegen de doelstelling ter bescherming van de medezeggenschap te laten prevaleren, terwijl de Hoge Raad – tot nu toe in alle beschikkingen – de doelstelling van de bescherming van het primaat van de politiek heeft laten prevaleren. Daarna heeft de Ondernemingskamer de strijdbijl begraven en geoordeeld in lijn met de HR-jurisprudentie. De laatste overweging van de Hoge Raad leek erop te duiden dat bij gefaseerde besluitvorming de grens waar de bescherming van het primaat van de politiek ophoudt en de rechten van de OR niet meer worden ingeperkt, ligt bij de ‘echte politiek principe besluiten’.

*Beschikking 7: gemeente Maastricht: extra bevoegdheden*<sup>15</sup>

Met de eerste zes beschikkingen waren nog niet alle vragen over het primaat van de politiek beantwoord, zo bleek in 2019 in een zaak die speelde bij de gemeente Maastricht. In die zaak ging het om de vraag of een bovenwettelijk adviesrecht op grond van hetgeen in artikel 32 lid 4 WOR is geregeld er ook toe leidt dat de rechter, de Ondernemingskamer, bevoegd is over de zaak te oordelen. Het geschil had betrekking op de vorming van een gemeenschappelijke regeling op het gebied van bedrijfsvoering, onder de naam Shared Service Center Zuid-Limburg (SSC-ZL). Omdat de ondernemingsraad gemeente Maastricht (evenals de ondernemingsraden van de andere betrokken gemeenten) bij de behandeling van de eerste adviesaanvraag vond dat er nog onvoldoende zicht was of SSC-ZL tot de beoogde kostenvoordelen zou kunnen gaan leiden, werd afgesproken dat er een bedrijfsplan zou komen, waarna de ondernemingsraden een go-/no-go-advies zouden kunnen uitbrengen. De OR van de gemeente Maastricht bracht naar aanleiding van de adviesaanvraag over het overhevelen van een deel van het personeel naar de gemeenschappelijke regeling in april 2017 een negatief, no-go-advies uit. De WOR-bestuurder maakte in een reactie op dit advies ‘overeenkomstig het door het college genomen besluit’ het bestreden besluit aan de OR kenbaar. De Ondernemingskamer verwierp het beroep van de OR omdat de toekenning van een bovenwettelijk adviesrecht over een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR, dat valt onder het primaat van de politiek, er wel toe leidt dat de OR advies kan uitbrengen over dit besluit, maar dat dit niet tot gevolg heeft dat de OR vervolgens tegen het voorgenomen besluit beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer.

De Hoge Raad overwoog dat uit het stelsel van de WOR volgt dat besluiten over die aangelegenheden ingevolge artikel 46d aanhef en onder b WOR in zoverre niet alleen zijn uitgezonderd van de verplichting tot overleg met de OR, maar ook van het in artikel 25 WOR neergelegde adviesrecht van de OR en van het in artikel 26 opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer. Artikel 32 lid 2 WOR houdt in dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de OR aan de OR meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde kunnen worden toegekend en dat aanvullende voorschriften over

---

<sup>15</sup> HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397, NJB 2019/695, JAR 2019/III, m.nt. C. Nekeman, ARO 2019/97, JOR 2019/133, m.nt. L.G. Verburg, RAR 2019/87 en JIN 2019/100, m.nt. Maessen & Jellinghaus.

de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen worden gegeven. Artikel 32 lid 4 WOR bepaalt dat indien in de overeenkomst aan de OR een recht op advies wordt gegeven over andere voorgenomen besluiten dan genoemd in artikel 25 WOR, het in artikel 26 WOR opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer van overeenkomstige toepassing is. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen, die van latere datum zijn dan artikel 46d WOR, blijkt niet dat onder ogen is gezien hoe de in artikel 46d aanhef en onder b WOR opgenomen uitzondering voor politieke besluiten op het advies- en beroepsrecht zich verhoudt tot artikel 32 WOR. De wetgever heeft blijkens de parlementaire behandeling van artikel 46d WOR en de evaluatie van de werking van de WOR bij de overheid in 2001 uitdrukkelijk niet gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst. Nu niet is gebleken dat de wetgever hiervan heeft willen afwijken bij de totstandkoming van artikel 32 WOR, moet worden aangenomen dat de wetgever met die bepaling alleen de medezeggenschap heeft willen uitbreiden tot andere besluiten dan die genoemd in artikel 25 WOR en artikel 32 WOR niet tevens heeft willen betrekken op besluiten als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR.

De Hoge Raad merkte wel nog op dat de ondernemer aan de OR een 'informeel adviesrecht' kan verlenen voor besluiten als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR. De inhoud van dat adviesrecht wordt bepaald door wat de ondernemer en de ondernemingsraad daarover zijn overeengekomen. Dit strookt met de door de wetgever bij herhaling benadrukte mogelijkheid en wenselijkheid dat ook bij besluiten als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR de ondernemingsraad door middel van overleg wordt betrokken en om advies wordt gevraagd. De wet verbindt aan een dergelijk adviesrecht niet de mogelijkheid van beroep in de zin van artikel 26 WOR. De ondernemer kan een zodanig beroepsrecht ook niet aan de OR toekennen.

Uit deze beschikking blijkt dat de doelstellingen van de wetgever bij de invoering van de WOR bij de overheid doorslaggevend worden geacht. Het feit dat bij de introductie van de ondernemingsovereenkomst in de WOR geen beperkingen zijn aangebracht in die zin dat dit voor overheidsondernemingen anders is dan uit de wettekst volgt, vindt de Hoge Raad van geen of mindere betekenis, omdat ook niet blijkt dat de wetgever aan dit aspect aandacht heeft besteed. Het onderwerp is in het geheel niet besproken.

*Beschikking 8: Politie regionale eenheid Oost Brabant: verhuizing tijdens verbouwing*<sup>16</sup>

In een geschil dat speelde in een politieregio was de vraag of een besluit dat is genomen door de regionale politiefchef over een tijdelijke verhuizing onder het bereik van het primaat van de politiek kan vallen.

De zaak speelde binnen een van de tien regionale eenheden van de politie. Daar wordt sinds 2011 gewerkt met de zogenoemde ZSM (zo snel mogelijk)-aanpak. De afdeling ZSM in Oost Brabant is gehuisvest te Eindhoven. De politiefchef van PO-B heeft de OR om advies gevraagd over 'Huisvesting ZSM'. In de adviesaanvraag stond onder meer dat een van de besluiten van de Eenheids-

---

16 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1235, JAR 2019/203, ARO 2019/132 en AR Updates 2019-0793.

leiding is dat de afdeling ZSM tijdelijk wordt verplaatst naar Den Bosch. De OR adviseerde negatief en tekende beroep aan tegen het besluit, waarin het advies niet werd overgenomen. In het verweer bij de Ondernemingskamer beriep de ondernemer zich voor het eerst op het primaat van de politiek. De Ondernemingskamer oordeelde<sup>17</sup> dat de ZSM-aanpak, die een landelijke strekking heeft, valt onder de publiekrechtelijke taak van de politie om criminaliteit te bestrijden. De Ondernemingskamer stelde vast dat de uitvoering van het ZSM-beleid onlosmakelijk is verbonden met de concrete invulling van de samenwerking tussen de ketenpartners. Dit brengt mee dat er een wezenlijk verband is tussen enerzijds de genoemde werkprocessen, taken, rollen en verantwoordelijkheden van onder meer de politie en anderzijds de keuze voor een geschikte locatie waar de beoogde samenwerking met de ketenpartners kan plaatsvinden. Anders gezegd: de locatie waar het ZSM-beleid wordt uitgevoerd aan zogenoemde ZSM-tafels is zodanig verbonden met de inhoud en de uitvoering van dat beleid dat het moet worden gezien als een essentieel onderdeel van dat beleid. Het bestreden besluit kan, gezien de opzet en de doelstelling van de ZSM-aanpak, derhalve niet los worden gezien van de genoemde publiekrechtelijke taak van de politie om criminaliteit te bestrijden. Anders dan de OR heeft gesteld, betreft het bestreden besluit tot verhuizing niet een besluit dat louter om bedrijfseconomische of organisatorische redenen is genomen en dat slechts de werkgeverstaak van PO-B betreft. De conclusie luidt dat het bestreden besluit moet worden gezien als een besluit dat is gericht op het beleid ten aanzien van de uitvoering van de politietaak.

De OR stelde ook dat het bestreden besluit was genomen door de eenheidsleiding van de PO-B en daarom niet was genomen door een democratisch gecontroleerd orgaan. De Ondernemingskamer verwierp deze stelling. Weliswaar stond in het besluit niet dat het namens de korpschef was ondertekend, maar een en ander laat onverlet dat de korpschef de verantwoordelijkheid draagt voor een besluit dat invulling geeft aan de publiekrechtelijke politietaak om criminaliteit in de zin van de ZSM-aanpak te bestrijden. Ingevolge artikel 27 lid 1 van de Politiewet 2012 is de korpschef belast met de leiding en het beheer van de politie en legt de korpschef over de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden verantwoording af aan de minister van Justitie en Veiligheid. Dit brengt mee dat, anders dan de OR betoogt, sprake is van een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan, aldus de Ondernemingskamer.

In cassatie wees de Hoge Raad de klachten van de OR af, zonder motivering op basis van artikel 81 RO.

Uit het oordeel van de Ondernemingskamer blijkt dat ook een eigenstandig besluit van een regionale chef over een verhuizing toch moet worden beschouwd als een besluit dat is genomen door een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan en daarmee onder het primaat van de politiek valt. Daarmee wordt een groot deel van de besluitvorming bij de overheid onder deze noemer geschoven. Immers, veel besluiten worden in mandaat genomen, namens de minister of bijvoorbeeld namens een college van B&W. En zelfs als dit niet expliciet

---

17 Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337, JAR 2018/121 en ARO 2018/77.

duidelijk wordt gemaakt in het besluit, zo blijkt uit deze beschikking, dan maakt dat niet uit. Dan wordt het toch beschouwd als te zijn genomen onder verantwoordelijkheid van de politiek verantwoordelijke. Daarmee hanteert de Ondernemingskamer (en de HR) een veel ruimere norm in het kader van het medezeggenschapsrecht dan in het bestuursrecht bij mandaatbesluiten gebruikelijk is. Voor medezeggenschap bij de overheid blijft er daardoor niet veel ruimte over.

*Beschikking 9: GOR Rijk: inrichting Rijkskantorengedouw*<sup>18</sup>

De laatste beschikking van de Hoge Raad had met name betrekking op fasering van besluitvorming. Wanneer er in het begin een masterplan en later een vaststellingsplan is opgesteld over de huisvesting, dat daarna stapsgewijs wordt uitgewerkt, waar houdt het primaat van de politiek dan op? In welke fase vervallen de inperkingen op de bevoegdheden van de OR bij de overheid ter bescherming van het primaat van de politiek? Concreet spitste de zaak zich toe op de vraag of het besluit om een kantoorpand in Eindhoven in te gaan richten als standaard Rijkskantoorgebouw, waar rijksambtenaren werkzaam zullen gaan zijn, aan de GOR Rijk ter advies moest worden voorgelegd.

De Ondernemingskamer overwoog<sup>19</sup> dat bij de beoordeling tot uitgangspunt dient dat het vaststellingsbesluit strekt ter bevordering van de eenheid, de kwaliteit en de efficiëntie van de huisvesting door de ministeries. Dit is onderdeel van de publiekrechtelijke taak van de Staat. Het bestreden besluit om het project Fellenoord 15 de aankomende periode de uitwerkingslijn mee te geven die past bij de ontwikkeling van een standaard rijkskantoor met de daarbij behorende kaderstelling, is genomen op grond van het vaststellingsbesluit, waarin aan het Directeur-Generaal Overheidsorganisatie (DGOO) is opgedragen te beslissen over een (verzoek tot) wijziging van een bestaand masterplan. In dat kader dient het DGOO, als gemandateerde van de minister van BZK, onder meer te beslissen over het niveau van kaderstelling FWR (Fysieke Werkomgeving Rijk) alsmede over de categorie van gebouwen waarin een specifiek kantoor valt, gebaseerd op een langetermijnvisie, neergelegd in de masterplannen kantoorhuisvesting en het beschikbare budget. Die beslissing van het DGOO betreft het beleid en de uitvoering (ten aanzien) van de publiekrechtelijke taak van de Staat om zorg te dragen voor de huisvesting van alle ministeries. Dit beleid, de uitvoering daarvan en de in dat kader te nemen besluiten vergen een politieke afweging van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Het vaststellingsbesluit bepaalt immers uitdrukkelijk dat het DGOO een verzoek tot wijziging van de besluiten uit een masterplan moet analyseren alvorens te beslissen. Daarbij dient het DGOO de belangen van het primaire proces, de politiek-bestuurlijke belangen, de vastgoedstrategische belangen en de mogelijke besparingen voor de rijksdienst die voortvloeien uit de masterplannen, tegen elkaar af te wegen. Tegen deze achtergrond stelde de Ondernemingskamer vast dat het besluit om het kantoor Fellenoord vooralsnog, vooruitlopend op ingebruikname in 2022, als standaard rijkskantoor in te richten onderdeel uitmaakt van een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan aangaande het beleid en de

<sup>18</sup> HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1283, JAR 2020/197.

<sup>19</sup> Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4104, JAR 2018/309, ARO 2019/25 en AR Updates 2018-1278.

uitvoering van de publiekrechtelijke taken van de Staat, te weten de wijziging en vaststelling door de minister van BZK van het masterplan Noord-Brabant. Als zodanig valt het besluit onder de in artikel 46d aanhef en onder b WOR neergelegde uitsluiting van het adviesrecht.

De GOR betoogde nog dat in dit geval de uitzondering van artikel 46d aanhef en onder b WOR ('behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen') van toepassing was. De Ondernemingskamer volgde de GOR daarin niet. Tussen partijen was niet in geschil dat op dat moment nog niet was besloten welke van de betrokken rijksdiensten te zijner tijd in het pand Fellenoord 15 zouden worden gevestigd, noch wat alsdan de definitieve inrichting van het pand zou zijn. Het in het Memo vervatte besluit strekt immers niet verder dan tot de keuze om in het kader van de verdere ontwikkeling van het pand vooralsnog uit te gaan van een inrichting als standaard rijkskantoor met de bijbehorende kaderstelling. Daarmee had het besluit op dat moment nog geen gevolgen voor de werkzaamheden van de bij de betrokken rijksdiensten werkzame personen en was de uitzondering op het bepaalde in artikel 46d aanhef en onder b WOR (nog) niet van toepassing.

In cassatie wees de Hoge Raad de klachten van de OR af, zonder motivering op basis van artikel 81 RO.

Uit deze beschikking blijkt dat de Ondernemingskamer (en de HR) ervan uitgaat (gaan) dat bij fasering van de besluitvorming het adviesrecht van de OR pas aan de orde is op het moment dat een besluit concreet strekt tot het regelen van gevolgen voor een aanwijsbare groep medewerkers. Zolang die fase niet is bereikt, kan er nog geen sprake zijn van een adviesrecht voor een ondernemingsraad. Hiermee wordt ook duidelijk dat de slotoverweging van de Hoge Raad in de De Mirandabad-beschikking (beschikking 6) blijkbaar toch niet zo ver gaat als uit de tekst van die overweging kan worden afgeleid. De grens wordt niet getrokken daar waar er geen noodzaak meer is om het primaat van de politiek te beschermen, maar ligt (pas) bij het moment dat er concreet aanwijsbare personele gevolgen aan de orde zijn.

### **2.3 Schematisch overzicht**

In onderstaand schematisch overzicht wordt per uitspraak weergegeven of de rechter van mening is dat sprake is van een bevoegdheid voor de ondernemingsraad.



Zaak	Oordeel OK	Oordeel HR
1. Haagse grenscorrectie, ECLI:NL:HR:2000:AA4735 2. Fusie waterschappen, ECLI:NL:HR:2000:AA4734	Ja, – medeondernemer – besluit heeft gevolgen voor personeel	Nee, – geen medeondernemer – het gaat om inherente personele gevolgen, besluit strekt niet tot regelen personele gevolgen
3. Rijksrecherche, ECLI:NL:HR:2002:AD9856	Ja, – coördinatiecommissie houdt in personele gevolgen – uitvoerende macht: besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt niet onder primaat	Nee, – met betrekking tot publiekrechtelijke taak: ook besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt onder bereik primaat
4. Shared Service Centrum HRM, ECLI:NL:HR:2005:AS5953	Nee, – met betrekking tot publiekrechtelijke taak op basiscomptabiliteitswet	Nee, – departementoverstijgend – wijziging politieke verantwoordelijkheden/politieke context
5. Privatisering tbs-kliniek, ECLI:NL:HR:2007:AZ1647	Ja, – privatiseringsbesluit impliceert dat ambtenaren werknemer worden	Nee, – besluit regelt nog niet personele gevolgen – bevoegdheid rechter gaat niet verder dan toetsen personele gevolgen
6. De Mirandabad-beschikking, ECLI:NL:HR:2013:1139	Ja, – onvoldoende aannemelijk gemaakt dat verschuiving politieke taken of politieke overwegingen een rol spelen	Nee, – begrotingsbesluit vergt politieke afweging voor- en nadelen
7. OR gemeente Maastricht, ECLI:NL:HR:2019:397	Nee, – extra bevoegdheid ex artikel 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht ex artikel 26 WOR	Nee, – extra bevoegdheid ex artikel 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht ex artikel 26 WOR
8. OR Politie regionale eenheid Oost Brabant, ECLI:NL:HR:2019:1235	Nee, – huisvestingsbesluit integraal onderdeel publiekrechtelijke taak – korpschef is te beschouwen als een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan	Nee, – met toepassing van artikel 81 RO
9. GOR Rijk, ECLI:NL:HR:2020:1283	Nee, – huisvestingsplannen vallen onder publiekrechtelijke taak overheid – zolang niet bekend is welke werknemers in een pand zullen worden geplaatst, is er nog geen sprake van gevolgen voor in onderneming werkzame personen	Nee, – met toepassing van artikel 81 RO

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de Hoge Raad in de negen zaken tot nu toe het primaat van de politiek heeft laten prevaleren bij de uitleg van de WOR, waar de Ondernemingskamer in vijf zaken tot een tegenovergestelde uitkomst was gekomen.

## 2.4 Hoofdlijnen uit rechtspraak Hoge Raad

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de volgende lijnen te onderscheiden:

- Besluiten van democratisch gecontroleerde organen en besluiten in een politieke context genomen, vallen onder het primaat van de politiek. De Hoge Raad kent daarbij in mindere mate betekenis toe aan de in de wettekst gehanteerde norm (of de aangelegenheid betrekking heeft op de publiekrechtelijke taak van een publiekrechtelijk lichaam), maar vooral aan hetgeen daarover ter toelichting op sommige plaatsen in de wetsgeschiedenis is terug te vinden met betrekking tot politieke besluiten.
- De uitzondering ten aanzien van de personele gevolgen is aan de orde wanneer het besluit dat in de procedure centraal staat ook strekt tot het regelen van die personele gevolgen. Als de personele gevolgen inherent zijn aan het besluit, maar in een latere fase pas concreet zullen worden uitgewerkt, is in die latere fase het primaat van de politiek nog steeds op het besluit van toepassing en is er geen bevoegdheid voor de ondernemingsraad aanwezig.
- De rechter heeft niet de rol/bevoegdheid om besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen te toetsen. Indien het om de personele gevolgen gaat, kan besluitvorming alleen door de rechter worden getoetst voor zover het betrekking heeft op die personele gevolgen.
- Indien aan de OR een bovenwettelijk adviesrecht wordt toegekend, dient de ondernemer dit advies wel in te winnen, maar brengt dit niet met zich mee dat de rechter op grond van artikel 32 lid 4 WOR bevoegd wordt het besluit te toetsen, indien het besluit op grond van artikel 46d sub b WOR onder het primaat van de politiek valt.
- Bij gefaseerde besluitvorming houdt de inperking van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten faveure van het primaat van de politiek op, zodra er concreet aanwijsbare personele gevolgen aan de orde zijn die niet inherent zijn aan het onderliggende besluit. Zolang dat niet het geval is, is er sprake van beleid of uitvoering geven aan een publiekrechtelijke taak waardoor er nog geen adviesbevoegdheid voor de OR ontstaat.

## 2.5 Beschouwing 25 jaar rechtspraak over primaat van de politiek

In 2001 is de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid voor het eerst en het laatst geëvalueerd. De conclusie in de evaluatie ten aanzien van het primaat van de politiek<sup>20</sup> was dat het kabinet zich kon vinden in de stand van de rechtspraak op dat moment, bestaande uit de uitspraken van de Hoge Raad van 2000 (Beschikking 1 en 2). Maar daarbij benadrukte de minister het minimumkarakter van de WOR en dat het zou worden betreurd indien ondernemingsraden bij de overheid met een beroep op het primaat van de politiek minder bij de besluitvorming zouden worden betrokken.

De vraag is of de wijze waarop de rechtspraak de bepaling over het primaat van de politiek heeft uitgelegd, (nog) overeenkomt met hetgeen de wetgever, dus ook de Staten-Generaal, oorspronkelijk heeft beoogd heeft en wenselijk achtte.

---

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1, p. 8-11.

Als wordt gekeken naar de voorbeelden die in de wetsgeschiedenis worden aangehaald, zie hierna hoofdstuk 3, dan gaat het met name om besluitvorming die het politieke proces bij uitstek kenmerken, zoals besluiten die worden vastgelegd in de kabinetsformatie of bij collegeonderhandelingen. Uit de rechtspraak blijkt dat ook besluiten tot het centraliseren van de salarisadministratie van ambtenaren en andere HRM-taken, het besluit tot tijdelijke verhuizing in verband met een verbouwing en het besluit over de wijze waarop een pand wordt ingericht waar rijksambtenaren zullen gaan werken, allemaal onder het bereik van het primaat van de politiek zijn gebracht. Dit zijn voorbeelden die ver afstaan van de voorbeelden die in de wetsgeschiedenis zijn besproken. Ook blijkt dat besluiten die 'laag' in de ambtelijke organisatie worden genomen, zoals door een regionale korpsleiding toch worden beschouwd als genomen zijnde in naam van de korpschef, die deze weer neemt onder verantwoordelijkheid van de minister. Zelfs in het geval dat in het besluit van de regionale korpsleiding er niet naar wordt verwezen en deze zelfstandig het besluit ondertekent. Daarmee wordt een groot deel van de ambtelijke besluitvorming onder het bereik van het primaat van de politiek geplaatst, ook al gaat het om besluiten waar de politieke organen niet of nauwelijks bemoeienis mee hebben gehad. Daarmee lijkt de ontwikkeling in de rechtspraak ertoe te hebben geleid dat van marktconformiteit van de medezeggenschap bij de overheid geen sprake (meer) is. Het bereik van het primaat van de politiek is zo vergaand opgerekt dat de bevoegdheden van de ondernemingsraden bij de overheid daardoor fors worden ingeperkt. De Hoge Raad heeft daarmee een constante lijn in de rechtspraak uitgezet, waaruit volgt dat de huidige wettelijke bepaling tot een vergaande inperking leidt. Mocht daar verandering in moeten komen, dan is dat aan de wetgever.

Verwacht had mogen worden dat deze ontwikkeling in de rechtspraak ook aandacht zou hebben gekregen in het wetgevingstraject over de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren (Wnra). Met ingang van 1 januari 2020 is de Wnra ingevoerd. Op het moment dat het decennia geleden in gang gezette traject van de normalisering van de rechtspositie van de ambtenaren wordt afgerond, zou het logisch zijn om het eindresultaat van het normaliseringsproces te beschouwen en na te gaan of reeds eerder uitgevoerde deelstappen aanpassing behoeven, waaronder de wijze waarop het primaat van de politiek in de rechtspraak wordt uitgelegd. Is de uitkomst van de rechtspraak zoals hiervoor geschetst voldoende in lijn met de oorspronkelijke dubbele doelstelling van de wetgever: enerzijds borgen dat het typische politieke besluitvormingsproces buiten het bereik van de OR (en de rechter) blijft en anderzijds de bevoegdheden van ondernemingsraden bij de overheid niet verder inperken dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek, zodat de positie van de overheidsondernemingsraden overigens zo veel mogelijk gelijk is aan die van ondernemingsraden in de marktsector.

Als daar met een algemene blik naar wordt gekeken, dan zou snel de stelling kunnen worden betrokken dat natuurlijk het primaat van de politiek bescherming vereist in een democratische rechtsstaat. Zeker de politiek zelf zal die positie snel innemen. In beginsel ook volkomen terecht. Vraag is echter of het toekennen van een rol aan de ondernemingsraad bij de besluitvorming het primaat van de politiek aantast. Het is uiteindelijk altijd de ondernemer die de

beslissingen neemt en daarover het primaat heeft: dat geldt in de marktsector alsook in de overheidssector, gezien de wijze waarop de WOR is vormgegeven. Het kan soms zijn dat door rechterlijke tussenkomst het de ondernemer wordt verboden om op een bepaalde wijze een besluit te nemen en uit te voeren. Recent heeft de Hoge Raad in de beschikking inzake Holland Casino<sup>21</sup> benadrukt dat er sprake is van een marginale toetsing van het besluit van de ondernemer door de Ondernemingskamer, waarbij van beleidsvrijheid van de ondernemer bij de besluitvorming moet worden uitgegaan. Zeker wanneer het gaat om politieke afwegingen ten aanzien van de uit te zetten koers zal ook, zonder een bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek, deze politieke beleidsvrijheid zwaar wegen bij de rechterlijke toetsing, vergelijkbaar met de bevoegdheid van de bestuursrechter.<sup>22</sup>

De strikte uitleg in jurisprudentie van de Hoge Raad heeft echter ook een keerzijde. De uitleg die aan artikel 46d sub b WOR wordt gegeven, komt erop neer dat zolang een besluit nog niet strekt tot het regelen van de personele gevolgen en betrekking heeft op het beleid of de uitvoering van een publiek-rechtelijke taak, er geen wettelijke positie voor de ondernemingsraad is. Daar waar het betrekking heeft op de personele gevolgen, is het in de praktijk bij de overheid vaak zo dat het voortouw in het overleg met de vakbonden plaatsvindt. Dit betekent dat kijkend naar het wettelijk kader de positie van ondernemingsraden bij de overheid marginaal is bij belangrijke besluiten die ook effect (kunnen) hebben op degenen die de werkzaamheden voor de overheid moeten uitvoeren.

De (politieke) vraag is of het de besluitvorming bij de overheid niet ten goede zou komen indien ook de overheidsondernemer verplicht zou worden om de ondernemingsraad te raadplegen voordat besluiten worden genomen die op termijn ook gevolgen hebben voor de uitvoering. Is de politiek er niet bij gediend om naast de informatie uit de hiërarchische lijn ook de opvatting van de ondernemingsraad te kunnen vernemen over hoe wordt aangekeken tegen politieke voorstellen die later door de ambtelijke organisatie moeten worden uitgevoerd? Dat het van belang kan zijn een overheidsondernemingsraad bij dergelijke aangelegenheden toch te raadplegen, is in de praktijk ook wel waarneembaar. Echter, deze raadpleging zal dan plaatsvinden in de vorm van een gunst, een informeel adviesrecht. Het hangt af van het belang dat de WOR-bestuurder of het politiek bestuur hecht aan het kunnen vernemen van de opvatting van de vertegenwoordiging van het personeel op enig moment of zal worden overgegaan tot het inschakelen van de betrokken ondernemingsraad in de fase voordat de politieke besluitvorming plaatsvindt. De vraag is of dit (nog) overeenkomt met wat de politiek wenselijk vindt met betrekking tot de positie van de OR bij de overheid. Wat opvalt is dat hierover bij de invoering van de Wnra geen inhoudelijke discussie is gevoerd. Juist op het moment dat de eindfase van het normaliseringproces wordt bereikt dat al in de jaren tachtig van de vorige eeuw is gestart, had het voor de hand gelegen om een (hernieuwde) evaluatie te houden van de stand van zaken met betrekking tot de medezeggenschap bij

---

21 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725.

22 Zie de annotatie van G.W van der Voet bij de De Miranabad-beschikking bij AR Updates 2013-0885.

de overheid, dit met name vanwege de ruime uitleg van de bepaling over het primaat van de politiek in de rechtspraak.

Duidelijk wordt uit de rechtspraak, en er zijn geen indicaties dat daar politiek anders tegenaan wordt gekeken, dat er een probleem is met een toetsende rol van de rechter ten aanzien van de inhoud van de politieke besluitvorming. De uitkomst van de belangenafweging die in een politiek proces wordt gemaakt, is aan de politiek zelf. Dat is verboden terrein voor de rechter en dat wordt door de Hoge Raad ook onderkend en als leidraad genomen in zijn rechtspraak. Vraag is of daarmee de rol van de OR bij de overheid niet (te) sterk wordt gemarginaliseerd. Is het gewenst dat er alleen bij wijze van gunst een rol resteert voor de overheidsondernemingsraad met betrekking tot de politieke besluitvorming? Het zou zeer wel mogelijk zijn om een andere oplossing te kiezen. Daaraan wordt hierna in hoofdstuk 6 en 7 aandacht besteed.



# 3 Vormgeving en wetsgeschiedenis

L.C.J. Sprengers

## 3.1 Inleiding

Om de bepaling over het primaat van de politiek goed te begrijpen, is het van belang om stil te staan bij de wijze waarop deze wetstechnisch is vormgegeven. Er is gekozen voor het laten vervallen van het overlegrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van aangelegenheden die onder het primaat van de politiek vallen. In paragraaf 3.2 zal hier nader op worden ingegaan.

Verder is het van belang om stil te staan bij de toelichting die gedurende het wetgevingstraject is gegeven over de bepaling over het primaat van de politiek. Omdat deze toelichting op verschillende gedachten hinkte, is in de rechtspraak waar te nemen dat rechterlijke oordelen in de loop der tijd zijn gebaseerd op verschillende passages uit de wetsgeschiedenis. In paragraaf 3.3 zal met name worden gekeken welke passages uit de wetsgeschiedenis in de rechterlijke procedures die in hoofdstuk 2 zijn besproken, een rol hebben gespeeld.

## 3.2 Vormgeving van de bepaling over het primaat van de politiek

In de WOR, zoals die gold voordat ze van toepassing werd verklaard op de overheidssector, was reeds een bepaling opgenomen over de bescherming van het primaat van de politieke besluitvorming. Eerst in artikel 23 lid 3 WOR, nu terug te vinden in artikel 23 lid 2 WOR. Daar zal hierna in hoofdstuk 5 uitgebreider op in worden gegaan.

Bij de wijziging van de WOR in 1979 werd na een uitgebreide discussie in de Tweede Kamer het begrip ‘ondernemer’ in de definitiebepaling uitgebreid, zodat daaronder ook ging vallen een publiekrechtelijke rechtspersoon die een onderneming in stand houdt waar uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht.<sup>1</sup>

Gevolg hiervan was dat een aantal organisaties die zich bezighouden met de uitvoering van de publiekrechtelijke taak onder de werkingssfeer van de WOR kwamen. In de derde nota van wijziging werd voorgesteld om aan artikel 23 lid 3 (oud) WOR toe te voegen:

---

1 Kamerstukken II 1978/79, 13954, nr. 8c, p. 2, zie hierover L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 184-186.

‘Onder de aangelegenheden, de onderneming betreffende, is niet begrepen het beleid ten aanzien van, alsmede de uitvoering van een bij of krachtens een wettelijk voorschrift aan de ondernemer opgedragen taak, behoudens voor zover deze uitvoering de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen betreft’.<sup>2</sup>

Volgens de toelichting was het de bedoeling om hiermee buiten twijfel te stellen dat de uitvoering van taken met een publiekrechtelijk karakter niet behoort tot de bevoegdheden van de ondernemingsraad, behoudens voor zover het bij deze uitvoering gaat om zogenaamde technische dienstaangelegenheden.<sup>3</sup> Zonder veel verdere toelichting werd hiermee als systematiek geïntroduceerd dat door het laten vervallen van het overlegrecht daarmee ook de overige bevoegdheden die een ondernemingsraad op basis van de WOR kan uitoefenen, komen te vervallen. Enerzijds omdat het voor sommige bevoegdheden is vereist dat er overleg over de aangelegenheid wordt gevoerd, bijvoorbeeld bij het advies- en instemmingsrecht, anderzijds omdat de ondernemingsraad andere bevoegdheden alleen kan uitoefenen indien de ondernemingsraad een taak heeft, bijvoorbeeld bij het informatie-recht en de faciliteitenregeling. Deze zelfde systematiek is vervolgens ook in artikel 46d sub b WOR gehanteerd. Ook daarin is vastgelegd dat de ondernemingsraad over bepaalde aangelegenheden geen overlegrecht heeft, omdat die niet vallen onder de aangelegenheden de onderneming betreffende als bedoeld in artikel 23 lid 2 WOR met betrekking tot het overlegrecht. Van Peijpe was van mening dat het via artikel 23 lid 3 WOR inperken van het overlegrecht wetstechnisch niet automatisch tot gevolg heeft dat daarmee de bijzondere bevoegdheden als adviesrecht en instemmingsrecht zullen worden ingeperkt.<sup>4</sup> Van Peijpe leek in deze kritiek alleen te staan. In een beschikking uit 1993 heeft de Ondernemingskamer artikel 23 lid 3 (oud) WOR zonder enige kritiek op deze wetssystematiek toegepast.<sup>5</sup> Rood was oorspronkelijk ook het standpunt van Van Peijpe toegedaan, maar is daar naar aanleiding van deze beschikking op teruggekomen.<sup>6</sup>

In een latere beschikking heeft de Ondernemingskamer wel kritiek van wets-systematische aard geleverd op artikel 46d sub b WOR.<sup>7</sup> De Ondernemingskamer wees erop dat deze beperking niet is opgenomen in de tekst van artikel 25 en 26 WOR. Evenmin zijn in artikel 46d sub d WOR de artikelen 25 en 26 WOR vermeld als bepalingen die moeten worden gelezen met inachtneming van de in het eerstgenoemde artikel neergelegde beperking. De Ondernemingskamer wierp expliciet de vraag op of gelet op de hiervoor genoemde opmerkingen niet reeds daarom moet worden geoordeeld dat aan de ondernemingsraad toch een adviesrecht toekomt. Sprengers heeft in zijn proefschrift daarop gereageerd dat hij deze wetssystematische kritiek niet deelt. Met de door de wetgever gegeven toelichting, onder meer in reactie op de door de Raad van State gemaakte

---

2 Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106, p. 4.

3 Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106, p. 12.

4 T. van Peijpe, ‘Medezeggenschap en de grenzen van het politieke primaat’, NJB 1995-4, p. 134-137.

5 Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 december 1993, JAR 1994/15 (GMD).

6 M.G. Rood, TVVS 1994-5, p. 131.

7 Gerechtshof Amsterdam (OK) 17 juli 1997, JAR 1997/183 (Roteb).



opmerkingen,<sup>8</sup> is volgens hem duidelijk dat het hebben van een overlegrecht een vereiste is om de bijzondere bevoegdheden uit de WOR te kunnen uitoefenen.<sup>9</sup> Wel wijst hij erop dat bij de wijziging van de WOR in 1998 de wetgever aan de personeelsvertegenwoordiging in artikel 35c WOR een bijzondere bevoegdheid, het instemmingsrecht, heeft toegekend zonder een bijbehorend overlegrecht, doordat artikel 23 lid 2 WOR niet van overeenkomstige toepassing is verklaard. Dat is in strijd met de systematiek die aan de bepaling van het primaat van de politiek ten grondslag ligt. Op het moment dat de wetgever deze systematiek zelf niet meer consequent hanteert, neemt de betekenis van de kritiek van Van Peijpe en de Ondernemingskamer toe, aldus Sprengers. De noodzaak om tot een duidelijkere en minder impliciete regeling te komen, wordt dan groter.

Gevolg van de gekozen systematiek is dat zodra een aangelegenheid onder de reikwijdte van de bepaling van het primaat van de politiek valt, aan de ondernemingsraad geen enkele bevoegdheid toekomt op basis van de wettekst: noch een informatierecht, noch een overlegrecht, noch een initiatiefrecht, noch een adviesrecht, noch een instemmingsrecht. Dit lijkt haaks te staan op de praktijk die in de afgelopen 25 jaar is ontstaan in het overleg bij ondernemingsraden bij de overheid. Daarbij moet worden aangetekend dat het informatie- en overlegrecht in veel gevallen nog wel worden gehonoreerd, wat ook niet zo vreemd is omdat veel informatie ook publiek is in verband met het overleg daarover met de volksvertegenwoordiging. Ook kan met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur om informatie verzocht worden. Hierover zijn ook geen procedures als zodanig gevoerd. De geschillen spitsen zich bijna uitsluitend toe op het adviesrecht en de toetsende rol van de rechter daarbij. Bij de evaluatie van de WOR bij de overheid heeft het kabinet zich achter de rechtspraak van de Hoge Raad over de bepaling over het primaat van de politiek geschaard. Maar daarbij benadrukte de minister het minimumkarakter van de WOR en dat het zou worden betreurd indien ondernemingsraden bij de overheid met een beroep op het primaat van de politiek minder bij de besluitvorming zouden worden betrokken.<sup>10</sup> Ook de minister trekt de grens dus niet zo strak als het wettelijk systeem zou impliceren. Een rol van ondernemingsraden bij onderwerpen die onder het primaat van de politiek vallen, wordt niet per definitie uitgesloten, maar eerder als wenselijk gezien. Maar de wet kent geen bevoegdheden dienaangaande aan de ondernemingsraden toe. Wat ook van belang is, is dat veel aangelegenheden die onder het primaat van de politiek vallen op enig moment ook een uitwerking krijgen binnen de organisatie en daardoor betrekking hebben op de gevolgen voor het personeel. Daarover heeft de ondernemingsraad dan wel een bevoegdheid. Ook dat maakt het logisch dat er geen sprake is van een absolute grens. Het lijkt dan ook logisch dat de OR in het voortraject wordt meegenomen, omdat de aangelegenheid op enig moment ook onder zijn bevoegdheden gaat vallen. Er is dan ook reden om de gekozen systematiek te heroverwegen. In hoofdstuk 6 en 7 zullen we daar nader op ingaan.

---

8 Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 7.

9 L.C.J. Sprengers, *De Wet op de Ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 248.

10 Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1, p. 8-11.

### 3.3 Wetsgeschiedenis

#### 3.3.1 Inleiding

De grondgedachte voor de keuze om de WOR van toepassing te verklaren op de overheidssector was om de medezeggenschap op eenzelfde wijze te regelen zoals die op grond van de Wet op de ondernemingsraden was geregeld voor de private en semipublieke sectoren. In hoofdstuk VIIb zijn de bijzonder bepalingen opgenomen die voor de overheidssectoren gelden. De bepaling over het primaat van de politiek is de belangrijkste uitzondering. Als wordt gekeken naar de wetsgeschiedenis, dan zijn er de nodige passages die benadrukken waarom de WOR ook in beginsel voor de overheidssectoren van toepassing kan zijn. Het uitgangspunt van de markconforme vormgeving van de medezeggenschap (hierna zullen deze worden aangeduid als categorie A-argumenten). Daarnaast zijn er passages waarin wordt benadrukt waarom er ten aanzien van de bescherming van het primaat van de politiek nu juist wel een bijzondere bepaling nodig is (categorie B-argumenten). En tot slot wordt er in de wetsgeschiedenis aandacht besteed aan waar de grens moet worden getrokken. Enerzijds gaat het om argumenten die betrekking hebben op het uitgangspunt dat de inperking van de rechten van het medezeggenschapsorgaan niet verder dient te reiken dan strikt nodig ter bescherming van het primaat van de politiek en anderzijds op de in artikel 46d sub b WOR opgenomen uitzondering ten aanzien van de personele gevolgen waarover de OR wel bevoegdheden behoudt (deze worden hierna gebundeld genomen als categorie C-argumenten.)

Hierna gaan we na welke argumenten uit de wetsgeschiedenis zijn aangehaald in de verschillende rechterlijke uitspraken waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld.

#### 3.3.2 Beschikking 1 en 2: Gemeentelijke herindeling en Waterschap<sup>11</sup>

Omdat in beide zaken tegelijkertijd een nagenoeg gelijklopende beschikking is gewezen door de Hoge Raad, worden deze beschikkingen hier samengenomen.

De Ondernemingskamer haalt in deze beschikkingen de wetsgeschiedenis als zodanig niet aan. Wel wordt een interpretatie aan de wet gegeven (zie eerder hfdst. 2.2) wat betreft de uitzondering op de uitzondering. De Ondernemingskamer hanteert categorie C-argumenten: bij een redelijke uitleg dient deze bepaling naar het oordeel van de Ondernemingskamer aldus te worden gelezen: ‘het besluit valt onder het politiek primaat en het adviesrecht is dus niet aan de orde; dit is anders (“behoudens”), indien het besluit personele gevolgen heeft en wel in zoverre dat die gevolgen als onderdeel van het besluit (“daarvan”) en daarmee dus (ook) het besluit als zodanig wèl aan de orde zijn.’ Ook wijst de Ondernemingskamer op de aard van de rechterlijke toetsing door de Ondernemingskamer waarbij alleen de rechtmatigheid en niet de doelmatigheid van een besluit wordt beoordeeld.

---

<sup>11</sup> Voor de vindplaatsen van de beschikkingen van de HR die hier en hierna worden aangehaald in par. 3.3 wordt verwezen naar par. 2.2.

In de Conclusie van de PG worden in paragraaf 7.2 t/m 7.9 in zeven pagina's vele passages uit de wetgeschiedenis aangehaald. De Hoge Raad verwijst hier naar en haalt in r.o. 3.5 de volgende passage uit de wetsgeschiedenis aan:

'Met de woorden "publiekrechtelijke vaststelling" in artikel 46d, onderdeel a, wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat de voor de ondernemingsraad bij de overheid aangebrachte beperking alleen betrekking heeft op besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om de beperking verder te laten gaan dan noodzakelijk is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek.'<sup>12</sup>

Een passage die zowel B- als C-argumenten bevat. De Hoge Raad oordeelt met verwijzing naar de wetsgeschiedenis aldus:

'Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 46d van de WOR, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 7.2 tot en met 7.9, blijkt onmiskenbaar dat de wetgever "met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek" (Kamerstukken II 1993/94, 23 551, nr. 3, blz. 6) de in dat artikel onder b. omschreven besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen van de medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten. Daarbij heeft de wetgever onder ogen gezien dat tussen die besluiten en de personele gevolgen ervan niet in alle opzichten een strikte scheiding kan worden aangebracht. Tijdens de parlementaire behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel is dit vraagstuk een en andermaal besproken in die zin dat aan die verwevenheid niet het gevolg verbonden mag worden dat het democratisch orgaan, staande voor besluitvorming betreffende de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, of het beleid ten aanzien van die taken en de uitvoering daarvan, het advies van de ondernemingsraad ten aanzien van de personele gevolgen dient te vragen en af te wachten.'

Een argumentatie die valt in categorie B. Vervolgens wordt ingegaan op de reikwijdte van de uitzondering over de personele gevolgen, waarbij geldt ten aanzien van personele gevolgen die inherent zijn aan het besluit

'naar de bedoeling van de wetgever geen adviesrecht van de ondernemingsraad, mede om te voorkomen dat besluiten van democratische organen – inclusief een daarin begrepen, althans geïmpliceerde afweging van taakstelling tegen gevolgen voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen – in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter. De ruimere uitleg die de Ondernemingskamer ten aanzien aan artikel 46d heeft gegeven en die erop neerkomt dat voormelde afweging wel ingevolge de WOR door de rechter kan worden getoetst, valt niet te rijmen met de bedoeling van de wetgever.'

---

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 6.

Dit laatste argument wijst naar de volgen de passage uit de wetsgeschiedenis die A-G Moltmaker in de conclusie ook heeft aangehaald:

‘De reden dat in het wetsvoorstel aan de ondernemingsraad bij de overheid geen adviesrecht inzake politieke besluiten wordt toegekend is gelegen in het feit dat daaraan een beroepsrecht, zoals neergelegd in artikel 26 van de WOR, is verbonden. Voor besluiten van democratisch gecontroleerde organen als bedoeld in artikel 46d, onder a, van het wetsvoorstel, achten wij een dergelijk beroepsrecht van ondernemingsraden bij de overheid niet wenselijk. Wij zijn van mening dat het aan de politieke organen zelf moet worden overgelaten om bij het nemen van een besluit verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om het resultaat van die belangafweging te bepalen. In dit kader past ons inziens geen rechterlijke toets. (...) Dit laat uiteraard onverlet dat ondernemingsraden – evenals alle burgers – over de betreffende besluitvorming hun mening aan de politieke organen kenbaar kunnen maken.’<sup>13</sup>

In de eerste beschikkingen laat de Hoge Raad al duidelijk blijken dat aan de bedoeling van de wetgever dat dit gebied verboden terrein is, voor de rechter doorslaggevend betekenis toekomt, anders dan de Ondernemingskamer die nog wijst op het verschil tussen een rechtmatigheidstoets door de rechter die mogelijk zou moeten zijn, en een doelmatigheidstoets die buiten het bereik van de bevoegdheden van de rechter valt.

De Hoge Raad eindigt deze rechtsoverweging met de kanttekening dat, zoals ook bij de parlementaire behandeling van deze bepaling is opgemerkt, het de publiekrechtelijke lichamen vrijstaat vroegtijdig de ondernemingsraden bij het proces van raadpleging te betrekken.

De Hoge Raad verwijst daarbij (impliciet) naar de volgende in de conclusie van de A-G aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis:

‘In dit geval heeft de ondernemingsraad geen medezeggenschapsrechten ten aanzien van het (voorgenomen) besluit tot uitbesteding van de gemeentelijke vuilophaaldienst als zodanig. Dit is een besluit als bedoeld in artikel 46d, onder a, van het wetsvoorstel. Overigens verbiedt dit artikel niet om een dergelijk (voorgenomen) politiek besluit in de overlegvergadering te bespreken of daarover advies te vragen. Als dat niet gebeurt, heeft de ondernemingsraad nog wel medezeggenschap ten aanzien van de personele gevolgen van dat besluit.’<sup>14</sup>

en

‘Vervolgens is inderdaad de vraag of je in het moderne bestuur bij de totstandkoming van dat besluit al niet op voorhand zo bezig bent met de personele gevolgen, dat je daar wellicht ook overleg over voert. De heer Van den Berg gebruikte in dat verband ook het begrip “behoorlijkheid”. Ik zou daar het zorgvuldigheidsbeginsel aan willen toevoegen. Dat overleg heeft toch een andere

---

<sup>13</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5, p. 11.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5, p. 10.

status, maar het is wel een oriëntatie hoe de mensen in de organisatie met wie je het samen moet doen, er tegenover staan.<sup>15</sup>

Uit deze passages uit de wetsgeschiedenis en de wijze waarop de Hoge Raad daarnaar verwijst blijkt dat de vormgeving van de bepaling over het primaat van de politiek (zie paragraaf 2.2) minder absoluut wordt geïnterpreteerd dan de wettekst zou impliceren. De harde grens ligt bij het adviesrecht en dan met name vanwege de daaraan gekoppelde rechterlijke toetsing.

### 3.3.3 Beschikking 3: Rijksrecherche

In deze zaak komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat er sprake is van een adviesrecht voor de OR, omdat de aangelegenheid betrekking heeft op de onderneming en dat het besluit rechtstreeks gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de unithoofden. Een feitelijk oordeel waarbij niet verwezen wordt naar de wetsgeschiedenis. Vervolgens legt de Ondernemingskamer r.o. 3.5 uit de eerste twee Hoge Raad beschikkingen aldus uit dat daarin met name tot uitdrukking komt ‘dat dient te worden voorkomen dat besluiten van democratische organen, indien en voor zover zij een afweging van onder meer de gevolgen van de werkzaamheden voor de in de onderneming werkzame personen impliceren, in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter.’ De Ondernemingskamer leidt daaruit af ‘dat voor onttrekking aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR slechts plaats is voor zover het besluiten betreft die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in (democratische) organen met (mede) wetgevende bevoegdheid, zoals de Staten Generaal, Provinciale Staten en gemeenteraden. Voor een dergelijke uitzondering is naar het oordeel van de Ondernemingskamer echter niet zonder meer plaats waar het gaat om besluiten van tot de uitvoerende macht behorende organen.’

De Ondernemingskamer gebruikt categorie C-argumenten om de afbakening van de bepaling over het primaat van de politiek te motiveren. Wederom gaat het om de begrenzing van de reikwijdte van de rechterlijke toetsing.

In cassatie komt de Hoge Raad tot een andere conclusie in r.o. 3.6.2: ‘De hier bedoelde bepaling geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede) wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratisch gecontroleerde overheidsorganen.’

Waar de OK de afbakening zoekt in besluiten van ‘democratische organen’, hanteert de Hoge Raad een ruimer begrip ‘democratisch gecontroleerde organen’. Daarbij verwijst de Hoge Raad niet uitdrukkelijk naar de wetgeschiedenis. In de conclusie van A-G Wortel die de Hoge Raad heeft gevolgd, wordt hier wel aandacht aan besteed.<sup>16</sup> Daarin worden de volgende passages uit de wetgeschiedenis aangehaald, om te onderbouwen dat het niet in overeenstemming met onze staatsrechtelijke ordening zou zijn dat in ambtelijke dienst werkzame personen, door gebruik te maken van hun medezeggenschaps-

15 Mondelinge behandeling EK, 11 april 1995, p. 1132-1133.

16 ECLI:NL:PHR:2002:AD9856.

rechten, méér invloed kunnen uitoefenen op politieke beslissingen (beslissingen die zijn onderworpen aan het oordeel van vertegenwoordigende lichamen) dan iedere willekeurige stemgerechtigde of belanghebbende, met name door zulke politieke beslissingen aan het rechtmatigheidsoordeel van de rechter te onderwerpen. Vervolgens wordt verwezen naar:

‘Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat ondernemingsraden bij de overheid in principe exact dezelfde rechten krijgen als die in de markt- sector. In beginsel hebben ondernemingsraden bij de overheid dus ook ten aanzien van dezelfde onderwerpen advies- en instemmingsrecht. Dit is slechts anders indien en voor zover over zo’n advies- of instemmingsplichtig onderwerp door het daartoe bevoegde democratisch gecontroleerde orgaan bepaalde besluiten zijn of worden genomen. In zo’n geval gaat het ons inziens niet aan de personeels- vertegenwoordiging meer invloed op de politieke besluitvorming te geven dan andere burgers die immers ook door die besluitvorming kunnen worden geraakt. De politieke besluiten die de ondernemingsraden bij de overheid als gegeven dienen te beschouwen betreffen slechts de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken. De gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen daarentegen kunnen uitdrukkelijk wel onderwerp van medezeggenschap zijn.’<sup>17</sup>

Vervolgens stelt de A-G dat waar wordt gesproken over ‘democratische organen’ en ‘democratisch gecontroleerde organen’, moet worden gedacht aan de verhouding tussen de uit gekozen leden bestaande vertegenwoordigende lichamen enerzijds en de instituten (ambtsdragers) die voor hun optreden in zulke vertegenwoordigde lichamen verantwoording moeten afleggen anderzijds. Dat is in de memorie van toelichting op wetsvoorstel 23551 tot uitdrukking gebracht door als voorbeelden van ‘democratisch gecontroleerde organen’ te noemen ‘kabinet en Staten-Generaal, college van burgemeester en wethouders en de raad, etc.’, en als voorbeelden van niet-democratisch gecontroleerde publiekrechtelijke organen de Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman. De A-G verwijst daarbij naar de volgende passage:

‘Om te benadrukken dat de overheid aan dezelfde regels onderworpen is als de marktsector, is het aantal bijzondere (d.w.z. van de marktsector afwijkende) bepalingen voor de overheid zoveel mogelijk beperkt. De bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij de overheid zijn opgenomen in het nieuwe Hoofdstuk VIIB. (...)’

Met de woorden «publiekrechtelijke vaststelling» in artikel 46d, onderdeel a, wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat de voor de ondernemingsraad bij de overheid aangebrachte beperking alleen betrekking heeft op besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om de beperking verder te laten gaan dan noodzakelijk is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Dit brengt mee

---

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5, p. 8.

dat besluiten van niet-democratisch gecontroleerde publiekrechtelijke organen, zoals de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman, waarbij zij zelf een wijziging of aanpassing aanbrengen in de (uitvoering van de) hen opgedragen publiekrechtelijke taken wel onder de werking van de WOR vallen. In deze gevallen kan immers niet worden gesproken van besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen.’<sup>18</sup>

Een passage die verschillende argumenten bevat, zowel van de categorie A (zelfde regels als marktsector) categorie B (democratisch gecontroleerd orgaan) en categorie C (niet verder dan nodig is om primaat politiek te beschermen). Deze passage bevat alle argumenten waarmee de medezeggenschapspraktijk en de rechtspraak de afgelopen 25 jaar hebben geworsteld.

### 3-3-4 Beschikking 4: Shared Service Centrum HRM

In deze zaak speelden twee aspecten een rol. Enerzijds betrof dit het oprichten van een shared service centrum HRM, waar taken met betrekking tot de uitvoering van de salarisadministratie en enkele andere HRM-taken werden samengebracht vanuit de verschillende departementen. Had dit betrekking op een publiekrechtelijke taak? Anderzijds was de vraag aan de orde onder welk departement dit SSC zou gaan worden geplaatst en welke minister daarvoor verantwoordelijk zou worden. Was er dan toch sprake van een politiek besluit?

De Ondernemingskamer komt onder verwijzing naar het bepaalde in de Comptabiliteitswet tot de slotsom dat HRM van verschillende ministeries wordt geacht tot aan de aan die ministeries toebedeelde taken te behoren. Het besluit omvat niet alleen hoe de uitvoering zal plaatsvinden, maar leidt ook tot een structurele herschikking van deze taken tussen de verschillende betrokken ministeries. Daarmee strekt het besluit tot de vaststelling van de taken van de betrokken ministeries.

De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie met een enigszins andere motivering. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de door de A-G aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis, waaruit volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit meeweegt. Tevens wijst de Hoge Raad erop dat uit de passages blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het standpunt van de Staat dat erop neerkomt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is met deze passages uit de wetsgeschiedenis in strijd. De passages uit de wetsgeschiedenis waarop wordt gedoeld, zijn de eerder onder voetnoot 17 aangehaalde passage alsmede de volgende:

‘Ook vroegen de leden van de CDA-fractie welk deel van artikel 46d, onderdeel b, van het onderhavige wetsvoorstel van toepassing is in de gevallen waarin de politieke besluitvorming van meet af is gericht op personele zaken en de

---

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 5-6.

gevolgen voor het personeel doelstelling van het besluit, bij voorbeeld bij personele afslankingsoperaties en een besluit tot tewerkstelling van minderheden en gehandicapten etc. Wellicht ten overvloede willen we benadrukken dat op grond van artikel 46b, onderdeel d, alleen publiekrechtelijke vaststelling van de taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, het beleid ten aanzien daarvan en de uitvoering van die taken niet tot de onderwerpen van overleg in de zin van de WOR behoren. De voorbeelden die de leden van de CDA-fractie hebben gegeven hebben geen betrekking op de vaststelling van de publiekrechtelijke taak. De genoemde aangelegenheden behoren derhalve tot de onderwerpen van overleg als bedoeld in artikel 23, derde lid van de WOR. Enkel wanneer bij een personele afslankingsoperatie duidelijke politieke besluitvorming plaatsvindt over bij voorbeeld taakafstoting of taakvermindering, ligt dat genuanceerder. Ten aanzien van de taakafstoting of taakvermindering geldt het primaat van de politiek. Alleen de personele gevolgen kunnen dan onderwerp van overleg met de ondernemingsraad zijn.<sup>19</sup>

Maar de Hoge Raad komt tot het oordeel dat in dit geval het primaat van de politiek wel aan de orde is omdat de verschuiving van taken niet alleen plaatsvindt 'in een politieke context doch ook is ingegeven door politieke overwegingen.' Een categorie B-argument dat doorslaggevend is.

### 3.3.5 Beschikking 5: Privatisering tbs-kliniek

De Ondernemingskamer concludeert in deze zaak dat in het besluit van de Staat (de minister) tot verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek ligt besloten dat de personele gevolgen van dat besluit (ambtenaren gaan een arbeidsovereenkomst krijgen, de cao GGZ zal van toepassing zijn en het pensioen zal worden ondergebracht bij de PGGM) geen inherente personele gevolgen zijn en dat de regeling daarvan niet onder het primaat van de politiek valt. In de beschikking wordt niet als zodanig geput uit de wetsgeschiedenis. De beschikking en het debat tussen partijen spitst zich toe op de vraag in welke mate met het besluit tot privatiseren ook de personele gevolgen worden bepaald. De Ondernemingskamer draagt de ondernemer op om het besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken.

De Hoge Raad oordeelt in cassatie dat gezien de door de Staat gedane uitlating dat in het implementatieplan voor elk individueel personeelslid met een individueel besluit zal worden bekeken hoe de gevolgen zullen worden opgevangen, de Ondernemingskamer dan ook ten onrechte geoordeeld heeft dat detachering van ambtenaren geen optie zou zijn. Het gaat om een beoordeling van de feiten in relatie tot de beantwoording van de rechtsvraag in welke mate het besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen. Hierbij wordt de wetsgeschiedenis niet aangehaald. Daar is de Hoge Raad in beschikking 1 t/m 3 al op ingegaan. In de conclusie van A-G Timmerman worden in het kader van de grensbepaling (categorie C-argumenten) de volgende passages nog aangehaald:

---

<sup>19</sup> Kamerstukken I 1994/95, 23551, nr. 48b, p. 2.



‘Bedacht dient te worden dat niet in alle gevallen een strikte scheiding tussen de in artikel 46d, onderdeel a, bedoelde besluiten en de personele gevolgen daarvan kan worden aangebracht. Gelet op de nauwe samenhang die tussen beide kan bestaan is het derhalve wenselijk om zorgvuldig tot besluitvorming over te gaan, dit wil zeggen om tijdig te bezien of aan de in artikel 46d, onderdeel a, bedoelde besluiten personele gevolgen zijn verbonden en zo ja, om tijdig de betrokken ondernemingsraad in te schakelen. Het bepaalde in artikel 46d, onderdeel a, verbiedt immers niet om een (voorgenomen) besluit van democratisch gecontroleerde organen wel in de overlegvergadering met de ondernemingsraad te bespreken.’<sup>20</sup>

en

‘Wij erkennen dat er niet altijd een strikte scheiding kan worden aangebracht tussen de politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen en de personele gevolgen van die besluiten. Dit behoeft in de praktijk echter niet tot problemen te leiden. Wij zullen het een en ander verduidelijken aan de hand van het voorbeeld dat door het lid van de RPF-fractie is genoemd. Zijn aan het besluit van de regering tot vergaande decentralisatie of tot departementale herindeling personele gevolgen verbonden, bijvoorbeeld dat het besluit leidt tot wijziging in de personeelsformatie of in de werkzaamheden van het betrokken personeel, dan heeft de betrokken ondernemingsraad op grond van artikel 25 en 26 van de WOR de bevoegdheid om over die personele gevolgen advies uit te brengen en in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam, althans indien en voor zover die gevolgen op zich weer besluiten behelzen ten aanzien waarvan artikel 25, eerste lid, van de WOR adviesrecht toekent. Het advies van de ondernemingsraad over de personele gevolgen of de uitspraak van de Ondernemingskamer naar aanleiding van het beroep van de ondernemingsraad over die personele gevolgen zou aanleiding kunnen geven om het besluit tot decentralisatie of tot departementale herindeling op bepaalde punten te heroverwegen. Democratisch gecontroleerde organen blijven echter vrij om bij de besluitvorming over taken van publiekrechtelijke lichamen, het beleid en de uitvoering van die taken, verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om op basis van die belangenafweging een bepaald besluit te nemen en eventueel te heroverwegen. Dat is het primaat van de politiek dat wij in het wetsvoorstel veilig willen stellen. Het feit dat ondernemingsraden bij de overheid medezeggenschapsrechten hebben over de personele gevolgen van besluiten van democratisch gecontroleerde organen, laat dus, ook daar waar geen duidelijk onderscheid is aan te brengen tussen politieke besluiten en de personele gevolgen daarvan, dat primaat van de politiek onverlet.’<sup>21</sup>

Deze laatste passage uit de wetsgeschiedenis ligt ook (mede) ten grondslag aan het oordeel van de Hoge Raad zonder dat hier expliciet naar wordt verwezen, in r.o. 3.5, dat de Ondernemingskamer ten onrechte de Staat had opgedragen het gehele besluit in te trekken. ‘Ten aanzien van deze personele gevolgen is immers

---

20 Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 7.

21 Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5, p. 9-10.

medezeggenschap mogelijk zonder dat de beslissing tot verzelfstandiging ter discussie behoeft te worden gesteld.’ Daarom mocht de Ondernemingskamer niet het gehele besluit vernietigen, aldus de HR.

### **3.3.6 Beschikking 6: Het De Mirandabad**

In de De Mirandabad-beschikking, waar het gaat om het besluit tot het vrijmaken van gelden voor de renovatie van een zwembad, oordeelt de Ondernemingskamer dat de conclusie van de gemeente dat het gaat om een besluit genomen door een democratisch gecontroleerd besluit op zichzelf niet voldoende is om te concluderen dat daarom de bepaling over het primaat van de politiek van toepassing is. ‘De opvatting van Stadsdeel Zuid zou er 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’. Zonder naar een expliciete passage uit de wetsgeschiedenis te verwijzen, wordt hier gedoeld op de categorie A-argumenten, zoals die in de wetsgeschiedenis zijn terug te vinden. In r.o. 3.6 concludeert de Ondernemingskamer dat Stadsdeel Zuid te weinig concrete omstandigheden heeft gesteld om de stelling dat de besluitvorming door de deelraad doorgaans politiek is (wat verwijst naar het normenkader dat de Hoge Raad in beschikking 4 heeft geïntroduceerd) te onderbouwen en in r.o. 3.7 hetzelfde ten aanzien van de onderbouwing van het feit dat en op welke wijze politieke afwegingen en keuzes hebben plaatsgevonden.

De Hoge Raad geeft in r.o. 3.4.2 onder verwijzing naar de eerdere beschikkingen 1 t/m 5 weer welke oordelen daarin zijn gegeven over de uitleg van de bepaling over het primaat van de politiek en de verwijzingen die daarin zijn opgenomen naar de wetsgeschiedenis. Vervolgens stelt de Hoge Raad vast:

- dat het besluit is genomen door een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan;
- dat het besluit rechtstreeks betrekking heeft op het inrichten en vaststellen van de begroting en dat dit een besluit is dat onmiskenbaar van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen.

De wijze waarop de Hoge Raad deze beschikking onderbouwt, bevatten de eerste voortekenen dat de Hoge Raad van oordeel is dat het juridisch kader over de uitleg van deze bepaling inmiddels wel is uitgekristalliseerd.

### **3.3.7 Beschikking 7: Gemeente Maastricht**

Maar in de zevende beschikking kwam een aspect aan de orde waarover in de eerdere beschikkingen nog niet was beslist: of in geval van toekenning van een extra bevoegdheid op grond van artikel 32 lid 4 WOR de Ondernemingskamer dan wel bevoegd was indien het primaat van de politiek aan de orde was.

De Ondernemingskamer oordeelde dat in geval van een extra bevoegdheid er geen bevoegdheid is voor de ondernemingsraad om een beroep in te stellen. De regel van artikel 32 lid 4 WOR leidt in zoverre uitzondering omdat een beroepsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien een besluit dat onder de reikwijdte van het politiek primaat valt onvereenigbaar is met de bedoeling van de wetgever:

‘Uit de memorie van toelichting en overigens ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad (onder meer HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139) blijkt dat de wetgever met deze regeling heeft willen voorkomen dat besluiten van democratisch (gecontroleerde) organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen toetsing door de recht.’

De Ondernemingskamer verwijst, zonder bepaalde passages aan te halen, naar de categorie B-argumenten uit de wetsgeschiedenis, die onderstrepen dat de rol van de rechter een van de redenen is om de bepaling over het primaat van de politiek in te voeren.

De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.3.3 dat de wetgever bij de introductie van de ondernemingsovereenkomst niet onder ogen heeft gezien hoe de bepaling over het primaat van de politiek in de WOR zich verhoudt met de gecreëerde mogelijkheid in artikel 32 WOR om het advies- en beroepsrecht uit te breiden:

‘De wetgever heeft blijkens de parlementaire behandeling van artikel 46d WOR en de evaluatie van de WOR bij de overheid in 2001 (weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.5 respectievelijk 3.14 en 3.15) uiteindelijk niet gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst.’

A-G Timmerman haalt in 3.5 de volgende passages uit de Nota naar aanleiding van het verslag aan:

### **3. Geschillenregeling**

(...) Op grond van artikel 46d, onder a, van het wetsvoorstel worden politieke besluiten geschillenregeling van de WOR. Dit betekent dat de ondernemingsraad bij de overheid politieke besluiten in de zin van de WOR niet voor toetsing aan een onafhankelijke rechter zal kunnen voorleggen. De politiek is dus niet betrokken bij een geschil tussen de ondernemingsraad en de ondernemer. (...)

### **4. Bijzondere bepalingen voor de overheid**

(...) Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat ondernemingsraden bij de overheid in principe exact dezelfde rechten krijgen als die in de marktsector. In beginsel hebben ondernemingsraden bij de overheid dus ook ten aanzien van dezelfde onderwerpen advies- en instemmingsrecht. Dit is slechts anders indien en voor zover over zo'n advies- of instemmingsplichtig onderwerp door het daartoe bevoegde democratisch gecontroleerde orgaan bepaalde besluiten zijn of worden genomen. In zo'n geval gaat het ons inziens niet aan de personeelsvertegenwoordiging meer invloed op de politieke besluitvorming te geven dan andere burgers die immers ook door die besluitvorming kunnen worden geraakt. (...)

Het advies van de ondernemingsraad over de personele gevolgen of de uitspraak van de Ondernemingskamer naar aanleiding van het beroep van de ondernemingsraad over die personele gevolgen zou aanleiding kunnen geven om het besluit tot decentralisatie of tot departementale herindeling op bepaalde punten te heroverwegen.

Democratisch gecontroleerde organen blijven echter vrij om bij de besluitvorming over taken van publiekrechtelijke lichamen, het beleid en de uitvoering

van die taken, verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om op basis van die belangenafweging een bepaald besluit te nemen en eventueel te heroverwegen. Dat is het primaat van de politiek dat wij in het wetsvoorstel veilig willen stellen.

Het feit dat ondernemingsraden bij de overheid medezeggenschapsrechten hebben over de personele gevolgen van besluiten van democratisch gecontroleerde organen, laat dus, ook daar waar geen duidelijk onderscheid is aan te brengen tussen politieke besluiten en de personele gevolgen daarvan, dat primaat van de politiek onverlet. (...)

Overigens verbiedt [artikel 46d onder a van het wetsvoorstel] niet om een dergelijk (voorgenomen) politiek besluit in de overlegvergadering te bespreken of daarover advies te vragen. (...)

De reden dat in het wetsvoorstel aan de ondernemingsraad bij de overheid geen adviesrecht inzake politieke besluiten wordt toegekend is gelegen in het feit dat daaraan een beroepsrecht, zoals neergelegd in artikel 26 van de WOR, is verbonden. Voor besluiten van democratisch gecontroleerde organen als bedoeld in artikel 46d, onder a, van het wetsvoorstel, achten wij een dergelijk beroepsrecht van ondernemingsraden bij de overheid niet wenselijk. Wij zijn van mening dat het aan de politieke organen zelf moet worden overgelaten om bij het nemen van een besluit verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om het resultaat van die belangenafweging te bepalen. In dit kader past ons inziens geen rechterlijke toets.

Vervolgens hebben wij overwogen of aan de ondernemingsraad bij de overheid een adviesrecht over bedoelde besluiten kan worden toegekend, zonder dat daaraan een beroepsrecht wordt verbonden. Hoewel een dergelijk adviesrecht van de ondernemingsraad bij de overheid het primaat van de politiek onverlet laat, en daar op inhoudelijke gronden veel voor te zeggen zou zijn, hebben wij na ampele overweging daar toch van afgezien. Ook een adviesrecht zonder beroepsrecht kan namelijk op gespannen voet staan met de wenselijkheid om op bepaalde momenten, zoals bij de kabinetsformatie en college-onderhandelingen, snel beslissingen te kunnen nemen. Als eerst advies ingewonnen dient te worden bij de ondernemingsraad is een dergelijke snelle besluitvorming immers niet mogelijk.<sup>22</sup>

In 3.14 haalt de A-G de uitkomsten van de evaluatie van de WOR bij de overheid aan. Onder meer worden de volgende passages aangehaald:

‘Een fundamenteel verschil tussen de overheidswerkgever en de marktwerkgever is dat elke overheidswerkgever te maken heeft met democratisch gecontroleerde organen aan wie voor elk optreden, ook dat als werkgever, politieke verantwoording verschuldigd is. (...)

Het kabinet is van mening dat het aan de democratisch gecontroleerde organen zelf moet worden overgelaten om bij het nemen van een besluit verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en om het resultaat van die belangenafweging te bepalen. Het is niet aan de rechter om de redelijkheid van die belangenafweging te beoordelen. (...) Het kabinet is van oordeel dat de bovengenoemde

---

22 Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5, p. 1, 2, 3 en 8 e.v.

argumenten nog steeds geldig zijn en wil daarom het uitgangspunt dat de medezeggenschap van het overheidspersoneel de politieke democratie niet mag doorkruisen, zoals neergelegd in artikel 46 d onder b van de WOR, onverkort handhaven.<sup>23</sup>

Uit de evaluatie blijkt dat bij overheidsondernemers in de praktijk de bereidheid blijkt te bestaan politieke (voorgenomen) besluiten te bespreken in overlegvergaderingen:

‘Het kabinet constateert met waardering dat de meerderheid van de overheids-werkgevers dergelijke politieke besluiten bespreken in de overlegvergadering. Slechts een zeer kleine minderheid van 6% doet dat nooit. Uit het onderzoek blijkt ook dat de ondernemingsraden, zij het in beperktere mate, de mogelijkheid wordt geboden om te adviseren over het politieke besluit als zodanig dan wel alleen over de personele gevolgen voorafgaande aan de politieke besluitvorming. Het kabinet zou het betreuren indien het arrest van de Hoge Raad tot gevolg zou hebben dat de overheids-werkgevers, staande voor besluitvorming over publiek-rechtelijke taken, in mindere mate dan thans uit het empirisch onderzoek blijkt, bereid zullen zijn om de ondernemingsraad hierbij te betrekken.’<sup>24</sup>

De conclusie van de evaluatie luidt dan ook dat de huidige formulering van artikel 46d, aanhef en onder b, WOR in stand blijft.<sup>25</sup>

In 3.15 haalt de A-G de beantwoording aan door de minister van de bij de evaluatie door Kamerleden gestelde vragen over de aantasting van het politieke primaat:

‘Verder zou een aantasting gelegen kunnen zijn in een eventuele (als gevolg van het beroepsrecht van ondernemingsraden) beoordeling door de rechter van de redelijkheid van de belangenafweging zoals die door de democratisch gecontroleerde organen heeft plaatsgevonden. Het gaat daarbij niet om de rechtmatigheid van de genomen besluiten, maar om de belangenafweging die heeft plaatsgevonden. De controle daarop is bij uitstek een taak voor de vertegenwoordigende lichamen als parlement, gemeenteraden e.d.

Een en ander laat overigens onverlet dat ondernemingsraden en individuele overheids-werknemers ingevolge de Algemene wet bestuursrecht de rechtmatigheid van ten aanzien van hen genomen besluiten ter toetsing aan de rechter kunnen voorleggen.’<sup>26</sup>

Deze verwijzingen naar de wetsgeschiedenis en -evaluatie maken duidelijk dat het toekennen van een rol aan de rechter om de inhoudelijke politieke afwegingen door de democratische gecontroleerde organen te toetsen niet wordt gewenst en een van de belangrijkste redenen is om de bevoegdheden van de ondernemingsraden bij de overheid in te perken. Tegelijkertijd blijkt steeds weer dat dit onverlet laat dat overheidsondernemingsraden bij deze aangelegenheden kunnen worden

---

23 Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1, p. 9-10.

24 Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1, p. 7 e.v.

25 Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1, p. 7 e.v.

26 Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 2, p. 5-6.

betrokken. Maar dan op basis van, zoals de Hoge Raad het aanduidt, een ‘informeel adviesrecht’ maar niet op basis van een (wettelijke) bevoegdheid.

### 3.3.8 Beschikking 8: Politie regionale eenheid Oost-Brabant

De belangrijkste vraag die in deze zaak centraal stond, was in hoeverre een tijdelijk verhuizingsbesluit, genomen door de regionale korpsleiding, onder de reikwijdte van de bepaling van het primaat politiek viel. Hoe ver strekt de reikwijdte van het begrip uit de wetsgeschiedenis dat besluiten van democratische gecontroleerde overheidsorganen onder het bereik van het primaat van de politiek vallen? Waar houdt bij decentrale besluitvorming de noodzaak van bescherming van het primaat van de politiek op?

De Ondernemingskamer verwijst bij het oordeel dat het hier een aangelegenheid betreft die onder de publiekrechtelijke taak valt naar de rechtspraak van de Hoge Raad (beschikkingen 1, 2, 5 en 6). Voor de beantwoording van de hiervoor geformuleerde vraag wordt verwezen naar beschikking 2 inzake de Rijksrecherche: het primaat heeft niet alleen betrekking op besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratische gecontroleerde overheidsorganen. In r.o. 3.7 trekt de Ondernemingskamer dit vervolgens ver door:

‘Weliswaar staat in het besluit niet dat het namens de korpschef is ondertekend, een ander laat onverlet dat de korpschef, (...) de verantwoordelijkheid draagt voor een besluit dat invulling geeft aan de publiekrechtelijke politietaak om criminaliteit in de zin van de ZSM-aanpak te bestrijden. Ingevolge art. 27 lid 1 van de Politiewet 2012 is de korpschef belast met de leiding en beheer van de Politie en legt de korpschef over de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden verantwoording af aan de Minister van Veiligheid en Justitie. Dit brengt mee dat anders dan de ondernemingsraad betoogt sprake is van een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan.’

Bij de overheid wordt veel van de besluitvorming uitgeoefend in naam van een politiek functionaris in het kader van de mandaatregeling. Gezien bovenstaande redenering van de Ondernemingskamer vallen alle in mandaat genomen besluiten onder de reikwijdte van het begrip besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen. En zelfs als een overheidsfunctionaris niet namens een ander een besluit neemt, moet dat toch in dezelfde context geplaatst worden, aldus de OK. Een argumentatie gebaseerd op de categorie B-argumenten, waarbij geen afweging plaatsvindt in relatie tot categorie A-argumenten: dat inperkingen niet verder dienen te gaan dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek.

De Hoge Raad doet de zaak op grond van artikel 81 lid 1 RO af zonder verdere motivering. A-G Timmerman concludeert bij een bespreking van de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Ondernemingskamer dat de Hoge Raad het primaat van de politiek eerder dan de Ondernemingskamer lijkt te aanvaarden, door een ruime uitleg aan de uitzondering te geven en de uitzondering op de uitzondering minder snel aan te nemen. Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer sinds

2015 blijkt dat de Ondernemingskamer zich heeft verzoend met de wijze waarop de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan het leerstuk, aldus de A-G.<sup>27</sup> Nu de Ondernemingskamer rechtspreekt in de lijn van de HR-jurisprudentie, ziet de Hoge Raad geen noodzaak meer om zijn visie op bovenstaande vraag kenbaar te maken.

### 3.3.9 Beschikking 9: GOR Rijk

Dat laatste geldt ook voor de laatste HR-beschikking. In die zaak ging het om de vraag waar bij gefaseerde besluitvorming het primaat van de politiek ophoudt. In de rechtspraak van de Hoge Raad tot dan toe waren er twee lijnen te onderscheiden: de uitzondering op de uitzondering is pas aan de orde als het besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen (beschikking 1 en 2). Maar in de De Mirandabad-beschikking heeft de Hoge Raad ook nog benadrukt dat de bescherming van het primaat van de politiek niet verder dient te reiken dan strikt nodig is ter bescherming van de politieke besluitvorming, in dat geval de vaststelling van de begroting.

De vraag die in deze zaak centraal stond, is of het besluit tot het inrichten van een rijkskantoorpand in Eindhoven als een standaard rijkskantoorgebouw, waar rijksambtenaren in werkzaam zullen zijn, nog onder reikwijdte van het primaat van de politiek viel. Daar was onder meer het besluit aan voorafgegaan tot het vaststellen van een Masterplan, waarbij Eindhoven werd aangewezen als locatie voor een rijkskantoorgebouw. De Ondernemingskamer verwijst in r.o. 3.4 naar de HR-rechtspraak op een vergelijkbare wijze als gedaan in beschikking 8. De Ondernemingskamer komt vervolgens tot de conclusie dat ook de besluitvorming in deze fase nog onder het primaat van de politiek valt. Omdat nog niet is besloten welke rijksambtenaren in het pand werkzaam zullen gaan zijn, strekt het besluit nu nog niet tot het regelen van de personele gevolgen en is er nog geen sprake van een adviesrecht.

Daaruit volgt dat bij gefaseerde besluitvorming de werking van het primaat van de politiek pas eindigt in de fase dat concreet aanwijsbare personele gevolgen aan de orde zijn, waarbij van belang is dat de groep personen waar het om gaat, is gespecificeerd. Dat vaststaat dat rijksambtenaren daar zullen gaan werken, is nog niet concreet genoeg. Ook hier is dus sprake van een argumentatie van de Ondernemingskamer gebaseerd op de categorie B-argumenten, waarbij geen afweging plaatsvindt in relatie tot categorie A-argumenten: dat inperkingen niet verder dienen te gaan dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek.

De Hoge Raad doet de zaak op grond van artikel 81 lid 1 RO af zonder verdere motivering. De Hoge Raad kan zich vinden in het oordeel van de Ondernemingskamer.

---

<sup>27</sup> Randnr. 3.10, ECLI:NL:PHR:2019:479.

### 3.3.10 Conclusie

In deze paragraaf hebben we bekeken welke passages uit de wetsgeschiedenis in de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad een rol hebben gespeeld.

De categorie A-argumenten (de bedoeling om de ondernemingsraad bij de overheid zo veel marktconforme medezeggenschapsrechten toe te kennen) hebben in de rechtspraak van de Ondernemingskamer een belangrijke en vaak doorslaggevende rol gespeeld. Dat gold tot ongeveer 2015. Vanaf die periode heeft de Ondernemingskamer zich geconformeerd aan de lijn die is uitgezet in de rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft maar beperkt dergelijke argumenten gehanteerd. En dan meestal in de context dat het mogelijk en wenselijk kan zijn de OR bij de overheid informeel te raadplegen, maar niet op basis van wettelijke bevoegdheden.

De categorie B-argumenten (argumenten waarom een bijzondere bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek vereist is) uit de wetsgeschiedenis zijn veel aangehaald door de Hoge Raad en zeker sinds 2015 ook door de Ondernemingskamer. De verwijzingen naar de wetsgeschiedenis in deze categorie had met name op drie aspecten betrekking:

- de rol van de rechterlijke macht, met name van de Ondernemingskamer, bij het adviesrecht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat afwegingen van politieke aard zijn voorbehouden aan de politiek en dat het niet de bedoeling is dat deze onderwerp kunnen worden van een rechterlijke beoordeling;
- met name besluiten genomen in een politieke context vallen onder het primaat van de politiek; en
- besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen vallen onder het bereik van het primaat van de politiek.

De categorie C-argumenten (waar de grens moet liggen tussen de twee uiteenlopende doelstellingen onder A en B) zijn met name in zaken aan de orde gekomen waar het ging over de uitzondering op de uitzondering (de personele gevolgen). In de eerste twee beschikkingen is met verwijzing naar wettekst en wetsgeschiedenis beargumenteerd dat de OR bij de overheid pas in beeld komt in de fase dat een (voorgenomen) besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen. In de Van Mesdag-beschikking is erop gewezen dat dit ook tot gevolg heeft dat de rechterlijke toetsing zich alleen beperkt tot voorzieningen met betrekking tot de personele gevolgen. Uit beschikking 9 blijkt dat zolang de personele gevolgen niet concreet worden geregeld, er nog geen adviesrecht voor de OR is. Waar de overweging van de Hoge Raad aan het slot in het De Mirandabad nog aanleiding zou kunnen geven tot de conclusie dat er in het tussengebied – waar er geen strikte noodzaak meer is om het primaat van de politiek te beschermen maar de personele gevolgen nog niet volledig worden bepaald – ruimte voor een rol voor de OR bij de overheid zou zijn, maakt de GOR Rijk-beschikking duidelijk dat dat niet het geval is. De adviesrechten van de OR bij de overheid ontstaan pas in de fase dat de personele gevolgen van een voorgenomen besluit volledig bekend zijn. In geval de personele gevolgen gefaseerd aan de orde zijn, wordt de grens getrokken bij het moment dat de personen waarvoor de gevolgen zullen optreden voldoende te identificeren zijn.



Uit de in de rechtspraak aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis en de evaluatie van de WOR bij de overheid blijkt dat er door de wetgever niet van uit wordt gegaan dat het wettelijk systeem zo strikt wordt toegepast als uit de vormgeving van de bepaling (zie par. 2.2) volgt. Wat dat betreft is er een duidelijk verschil tussen de tekst van de wet en de wijze waarop deze wordt uitgelegd.



# 4 De rechtspraak van de Ondernemingskamer (OK) in overheidszaken buiten het primaat van de politiek

R.J.M. Hampsink & E. Unger

## 4.1 Inleiding

Wetstechnisch gezien had de invoering in 1995 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) bij de overheid niet zo heel veel om het lijf. Er werden wat definities aangepast en om te voorkomen dat besluiten van democratisch gecontroleerde organen onder het bereik van medezeggenschapsorganen zouden vallen en daarmee het democratisch besluitvormingsproces zou kunnen worden belemmerd, werd ten behoeve van overheidsondernemingen het zogenaamde primaat van de politiek van toepassing verklaard. Het primaat van de politiek werd vastgelegd in het nieuwe artikel 46d aanhef en onder b WOR.

Het primaat van de politiek brengt daarmee voor de ondernemingsraad van een overheidsonderneming een belangrijke beperking aan op het overlegrecht over alle 'aangelegenheden de onderneming betreffende' als bedoeld in artikel 23 lid 2 WOR. Het strekt echter verder. Immers, wanneer de ondernemingsraad op grond van het primaat van de politiek met betrekking tot een voorgenomen besluit het overlegrecht niet heeft, dan heeft hij over dat voorgenomen besluit evenmin het adviesrecht en het instemmingsrecht alsmede het aan het adviesrecht verbonden beroepsrecht, behoudens voor zover het betreft de gevolgen van het voorgenomen besluit voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen (zie ook par. 3.2).

Met het primaat van de politiek wordt in de kern beoogd om ten aanzien van ondernemingen waarin (nagenoeg) uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, (voorgenomen) besluiten van democratisch(e) (gecontroleerde) organen aan de invloed van ambtelijke medezeggenschapsorganen te onttrekken, alsmede aan de daaraan verbonden toetsing door de rechter. In de rechtspraak is de uitleg die aan het primaat van de politiek wordt gegeven, gaandeweg zodanig verruimd dat het er thans voor moet worden gehouden dat elk (voorgenomen) besluit dat door of in (onder)mandaat namens dan wel onder verantwoordelijkheid van een democratisch gecontroleerd orgaan is/wordt genomen en is gericht op het beleid ten aanzien van en de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, onder de reikwijdte van het primaat van de politiek valt en van medezeggenschap is uitgezonderd.

Zo blijkt uit een van de meest recente beschikkingen van de Ondernemingskamer (OK) van het gerechtshof Amsterdam waarin het primaat van de

politiek aan de orde komt en die door de Hoge Raad (zie par. 2.2, beschikking 8) ook in stand is gelaten dat zelfs het besluit tot de tijdelijke verhuizing van de zogenaamde ZSM-afdeling van de Regionale Eenheid Oost-Brabant van Eindhoven naar Den Bosch ten gevolge van het primaat van de politiek aan de toetsing door de rechter is onttrokken. Immers, het ZSM-beleid valt onder de publiekrechtelijke taak van de politie om criminaliteit te bestrijden; de uitvoering daarvan is onlosmakelijk verbonden met de concrete invulling van de samenwerking tussen de ketenpartners; de locatie waar het ZSM-beleid wordt uitgevoerd, is op haar beurt weer zodanig verbonden met de inhoud en de uitvoering ervan dat deze een essentieel onderdeel ervan vormt en daarmee van de publiekrechtelijke taak om criminaliteit te bestrijden; en het besluit is weliswaar niet namens de korpschef ondertekend, maar dat laat onverlet dat de korpschef op grond van artikel 27 lid 1 Politiewet 2012 de verantwoordelijkheid draagt voor het besluit en daarover verantwoording aflegt aan de minister van Justitie en Veiligheid. Aldus kort weergegeven de Ondernemingskamer.<sup>1</sup>

Het primaat van de politiek is dus niet altijd zo ruim uitgelegd. Het is de vraag of de minder ruime uitleg die er in het verleden aan het primaat van de politiek werd gegeven, ertoe heeft geleid dat het politieke besluitvormingsproces in het gedrang kwam. Wij zullen hierna de rechtspraak van de Ondernemingskamer in zaken die betrekking hebben op overheidsondernemingen, waarop artikel 46d sub b WOR van toepassing is, analyseren. Daarbij zullen wij nagaan in welke mate het primaat van de politiek een rol heeft gespeeld en op welke wijze de Ondernemingskamer de betrokken besluiten heeft getoetst. Wij doen dit aan de hand van de volgende onderverdeling:

- categorie I: primaat van de politiek uitdrukkelijk niet van toepassing (par. 4.2);
- categorie II: primaat van de politiek niet aan de orde (par. 4.3);
- categorie III: primaat van de politiek niet uitdrukkelijk aan de orde (maar stilzwijgend wel enigszins?) (par. 4.4);
- categorie IV: primaat van de politiek terzijde gelaten vanwege de niet-inherente personele gevolgen (par. 4.5).

Aan het slot (par. 4.6) trekken wij de conclusies uit het voorafgaande, waarbij wij ook aandacht besteden aan de vraag in welke mate de ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad tot gevolg heeft dat besluiten die vallen onder de verschillende categorieën niet of minder ter advies zullen worden voorgelegd.

#### **4.2 Categorie I: primaat van de politiek uitdrukkelijk niet van toepassing**

In het eerste geschil dat in 1996 na de invoering van de WOR bij de overheid op de voet van artikel 26 WOR aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam werd voorgelegd, beriep de overheid, in dit geval de gemeente Amsterdam, zich direct op het primaat van de politiek, doch tevergeefs. De Ondernemingskamer oordeelde dat het besluit van de gemeente Amsterdam

---

<sup>1</sup> HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1235 en gerechtshof Amsterdam (OK) 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337, JAR 2018/121 en ARO 2018/77 (OR Politie Regionale Eenheid Oost-Brabant/Politie (Regionale Eenheid Oost-Brabant)), zie ook par. 2.2, Beschikking 8.

(om precies te zijn de gemeenteraad van Amsterdam op voordracht van burgemeester en wethouders van Amsterdam) tot privatisering van de instellingen voor ouderenzorg ook betrekking had op de gevolgen ervan voor de in de onderneming werkzame personen en daarom adviesplichtig was. Omdat de gemeente Amsterdam de centrale ondernemingsraad van de bedoelde instellingen, verenigd in de Gemeentelijke Organisatie voor Verpleging en Verzorging (GOVV), desondanks niet om advies had gevraagd, moest het besluit volgens de Ondernemingskamer als kennelijk onredelijk worden aangemerkt en worden ingetrokken.<sup>2</sup>

Een beroep op het primaat van de politiek kon in 1997 ook de gemeente Rotterdam niet baten in een geschil over de privatisering van het gemeentelijk afvalverwerkingsbedrijf, de Dienst voor Reiniging, Ontsmetting, Transport en Bedrijfswerkplaatsen, kortweg de Roteb, met de ondernemingsraad van de Roteb. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer gaf de gemeente Rotterdam uitvoering aan een haar bij wetgeving in materiële zin opgedragen taak – op grond van de Wet Milieubeheer hebben de Nederlandse gemeenten immers de plicht om ervoor te zorgen dat het huishoudelijk afval ten minste éénmaal per week wordt verzameld – maar had de gemeente Rotterdam onvoldoende toegelicht waarom het primaat van de politiek als uitzondering op het beginsel van medezeggenschap van toepassing was en had de gemeente Rotterdam zelf in het kader van de besluitvorming ook expliciet overwogen dat het bestreden besluit niet op principiële maar op pragmatische gronden berustte en dat daar waar integratie met de N.V. Afvalverwerking Rijnmond (AVR) praktische voordelen zou opleveren hiertoe zou kunnen worden overgegaan. Daarnaast had de gemeente Rotterdam het voorgenomen besluit aan de ondernemingsraad ter advies voorgelegd zonder daarbij te kennen te geven dat slechts een gedeelte (namelijk de personele gevolgen) van hetgeen werd voorgelegd adviesplichtig was. Omdat het uiteindelijke verzelfstandigingsbesluit van de gemeente Rotterdam (om precies te zijn de gemeenteraad van Rotterdam op voordracht van burgemeester en wethouders van Rotterdam) niet overeenkwam met het voorgenomen verzelfstandigingsbesluit waarover de ondernemingsraad van de Roteb om advies was gevraagd, moest volgens de Ondernemingskamer worden geconstateerd dat de gemeente Rotterdam niet in redelijkheid tot het verzelfstandigingsbesluit had kunnen komen en werd de gemeente Rotterdam de verplichting opgelegd dat besluit in te trekken.<sup>3</sup>

In lijn hiermee oordeelde de Ondernemingskamer in 1999 dat het gewest Midden-Limburg zijn ondernemingsraad ten onrechte niet op de voet van artikel 25 WOR om advies had gevraagd over het besluit om de toekomstige intergemeentelijke samenwerking binnen het gewest te organiseren op basis van één van de vier modellen en de gemeenteraden uit te nodigen daartoe de benodigde besluiten te nemen.

‘Daaraan doet niet af dat het besluit tot toekomstige intergemeentelijke samenwerking binnen het gewest onder het politieke primaat zou vallen aangezien het

---

2 Gerechtshof Amsterdam (OK) 24 oktober 1996, NJ 1998/371, JAR 1996/245, ROR 1997/7 (COR Gemeentelijke Organisatie voor Verpleging en Verzorging (GOVV)/gemeente Amsterdam).

3 Gerechtshof Amsterdam (OK) 17 juli 1997, ROR 1997/19, NJ 1997/578 en JAR 1997/183 (OR Roteb/gemeente Rotterdam).

besluit reeds daarom adviesplichtig is omdat het – naar niet is weersproken – gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de in de onderneming van het gewest werkzame personen. Anders dan het gewest blijkbaar meent kunnen deze gevolgen in redelijkheid niet van (de modaliteiten van) de herijking als zodanig worden geabstraheerd, zodat de ondernemingsraad bij zijn advies over die gevolgen (de voor zijn advisering relevante modaliteiten van) de herijking als zodanig moet kunnen betrekken.<sup>4</sup>

Een vergelijkbare redenering hield de Ondernemingskamer er in 1999 op na in een geschil dat bij de Dienst Omroepbijdragen speelde. De Dienst Omroepbijdragen vroeg de ondernemingsraad weliswaar op de voet van artikel 25 WOR om advies over het voorgenomen besluit tot afschaffing van de omroepbijdrage, maar beperkte de reikwijdte van de adviesaanvraag tot de personele gevolgen. De personele gevolgen van de afschaffing van de omroepbijdrage en in verband daarmee de opheffing van de Dienst Omroepbijdragen konden volgens de Ondernemingskamer echter in redelijkheid niet van het daartoe strekkende besluit worden geabstraheerd, zodat het besluit in zijn geheel aan de ondernemingsraad ter advies had moeten worden voorgelegd.<sup>5</sup>

De gemeente Den Haag daarentegen vroeg de ondernemingsraad van de Dienst Onderwijs, Cultuur en Welzijn – zonder enig voorbehoud – om advies over een voorgenomen besluit tot privatisering van de jeugd tandzorg. Maar nadat ze het negatieve advies van de ondernemingsraad terzijde had geschoven en de ondernemingsraad op de voet van artikel 26 WOR beroep had ingesteld, beriep de gemeente Den Haag zich er bij de Ondernemingskamer op dat de ondernemingsraad vanwege het primaat van de politiek geen adviesrecht over het gehele voorgenomen besluit toekwam doch slechts over de personele gevolgen ervan, de lening die nodig was om de personele gevolgen te ondervangen daarbij inbegrepen. De Ondernemingskamer zag dit, blijkens haar beschikking uit 2000, als een poging om de ondernemingsraad – alsnog – buitenspel te zetten, verklaarde het genomen besluit vanwege de formele en materiële gebreken die daaraan kleefden kennelijk onredelijk en droeg de gemeente Den Haag op het besluit in te trekken.<sup>6</sup>

De Secretaris-Generaal van Verkeer en Waterstaat besloot naar aanleiding van de uitkomsten van de Bijlmerenquête om de inspecties niet langer verantwoording af te laten leggen aan de Directeur-Generaal onder wie zij vallen, doch aan de Inspecteur-Generaal. De departementale ondernemingsraad (DOR) ging tegen dat besluit in beroep omdat hem daarover niet op de voet van artikel 25 WOR om advies was gevraagd. De ondernemer voerde verweer met als argument dat er nog slechts van een beleidsvoornemen sprake was en dat de aangelegenheid onder het primaat van de politiek viel. De Ondernemingskamer verklaarde het besluit kennelijk onredelijk en droeg de ondernemer op het besluit in te trekken, omdat het om een beslissing van intern-organisatorische

---

4 Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 februari 1999, ROR 1999/6 (OR Gewest Midden-Limburg/ Gewest Midden-Limburg).

5 Gerechtshof Amsterdam (OK) 22 juli 1999, ROR 2000/6, NJ 1999/806 en JAR 1999/193 (OR Dienst Omroepbijdragen/I. Dienst Omroepbijdragen en 2. Staat der Nederlanden).

6 Gerechtshof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, JOR 2000/191, ROR 2000/14 en JAR 2000/79 (OR Dienst Onderwijs en Cultuur en Welzijn gemeente Den Haag/gemeente Den Haag).

aard ging die geen betrekking had op een publiekrechtelijke vaststelling van een taak van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, het beleid ten aanzien daarvan of de uitvoering daarvan.<sup>7</sup>

Het College van procureurs-generaal besloot om een Coördinatiecommissie Rijksrecherche (CCR) in te stellen met als gevolg dat de positie van de unit-hoofden zou worden gewijzigd, dit met de instemming van de Minister van Justitie, maar zonder de ondernemingsraad van de Rijksrecherche daaraan voorafgaand op de voet van artikel 25 WOR om advies te vragen. De Ondernemingskamer kwam onder verwijzing naar de gemeentelijke herindelingsbeschikking van de Hoge Raad (zie par. 2.2, Beschikking 1) tot het oordeel dat het besluit daarmee kennelijk onredelijk was, omdat het niet in een politiek proces tot stand was gekomen en het de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen raakte. In lijn daarmee legde de Ondernemingskamer de ondernemer de verplichting op om de instelling van de CCR op te schorten.<sup>8</sup> De Hoge Raad maakte dit later weer ongedaan met als argumentatie dat het besluit van het College betrekking had op de publiekrechtelijke vaststelling van taken en voor onttrekking aan rechterlijke toetsing niet alleen plaats is voor zover het besluiten betreft die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in (democratische) organen met (mede)wetgevende bevoegdheid zoals de Staten-Generaal, Provinciale Staten en gemeenteraden, maar ook daar waar het gaat om besluiten van andere democratisch gecontroleerde organen.<sup>9</sup>

De ondernemingsraad van de Regiopolitie Haaglanden verzette zich tegen het besluit tot het opstarten van een project ter bevordering van de veiligheid in en rondom scholen, zoals de Politie Regio Haaglanden dat met de instemming van de burgemeester van Den Haag had genomen en dat in weerwil van een eerdere onvoorwaardelijke toezegging niet op de voet van artikel 25 WOR aan de ondernemingsraad (of de betrokken onderdeelcommissie) ter advies was voorgelegd. Alleen al omdat het hierbij om een intern besluit van een orgaan van de uitvoerende macht ging, kon het primaat van de politiek aan het daardoor in het leven geroepen adviesrecht geen afbreuk doen, aldus de Ondernemingskamer, die het besluit vervolgens kennelijk onredelijk verklaarde.<sup>10</sup>

In een beschikking uit 2003 liet de Ondernemingskamer zich uit in een geschil over een besluit van een socialewerkvoorzieningsorganisatie tot stopzetting van de productie van de caravanafdeling zonder de ondernemingsraad daarover voorafgaand om advies te vragen. Naar aanleiding van het beroep van de sociale werkvoorzieningsorganisatie op het primaat van de politiek overwoog de Ondernemingskamer daarin als volgt:<sup>11</sup>

---

7 Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 april 2000, ROR 2000/16 (Departementale Ondernemingsraad (DOR) Ministerie Verkeer en Waterstaat/Staat der Nederlanden).

8 Gerechtshof Amsterdam (OK) 16 november 2000, JOR 2001/12, JAR 2000/260 en ROR 2001/4 (OR Rijksrecherche/Staat der Nederlanden (College van Procureurs-Generaal)).

9 HR 1 maart 2002, NJ 2002/295, JAR 2002/116, JOR 2002/80, m.nt. Van het Kaar en ROR 2002/7 (Staat der Nederlanden/Ondernemingsraad Rijksrecherche).

10 Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 december 2000, ROR 2001/7 (OR Regiopolitie Haaglanden/ Politie Regio Haaglanden).

11 Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 september 2003, ARO 2003/165, JAR 2003/261 en JOR 2003/283 (OR Werkvoorzieningschap Oost-Twente (WOT) en Top Craft BV/Werkvoorzieningschap Oost-Twente en Top Craft BV).

‘Ten slotte verwerpt de Ondernemingskamer het betoog van verweerders dat het hier beoordeelde besluit niet adviesplichtig is omdat het besluit het beleid betreft ten aanzien van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak als bedoeld in de artikelen 23 lid 2 en 46d aanhef en onder b WOR. Tekst noch strekking van deze bepalingen nopen tot toepassing daarvan in een geval als het onderhavige, waarin – ook al gaat het om een besluit van een rechtspersoon die in het leven is geroepen in verband met de uitvoering (door een publiekrechtelijk lichaam) van een publiekrechtelijke taak – de vraag aan de orde is of een privaatrechtelijke rechtspersoon een, en zo ja welke maatregel dient te nemen uit commerciële overwegingen in verband met de omstandigheden op de markt voor de door haar – krachtens eigen beslissing – geproduceerde goederen. Een andere opvatting zou bovendien tot het – niet te aanvaarden – gevolg leiden dat de bij de totstandkoming van meergenoemde artikelen veelvuldig geuite opvatting van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden dat “de medezeggenschap bij de overheid zoveel mogelijk marktconform” diende te zijn, zonder noemenswaardige betekenis is.’

Andere voorbeelden van de eerste categorie beschikkingen worden gevormd door beschikkingen van de Ondernemingskamer naar aanleiding van reorganisatiebesluiten van de gemeente Gorinchem, de gemeente Middelburg en de provincie Limburg waarover de betrokken ondernemingsraden voorafgaand om advies was gevraagd en waarbij het primaat van de politiek pas in de procedure bij de Ondernemingskamer in het kader van het verweer werd aangevoerd. In alle drie gevallen werd dat verweer door de Ondernemingskamer verworpen, omdat de ondernemer de ondernemingsraad zonder beroep op of met enig voorbehoud ter zake van het primaat van de politiek om advies had gevraagd.<sup>12</sup>

#### *Tussenconclusie*

De tussenconclusie die op grond van het voorgaande kan worden getrokken, is dat de Ondernemingskamer met name in de ‘beginperiode’ na de invoering van de WOR bij de overheid van 1996 tot en met 2003 vond dat het politieke primaat niet aan het adviesrecht van de ondernemingsraad over onder meer privatiserings- en verzelfstandigingsbesluiten, een besluit tot intergemeentelijke samenwerking en besluiten tot wijziging van de bevoegdheidsverdeling in de weg stond. Met de huidige zeer ruime uitleg van het politieke primaat is dat ondenkbaar. De eerste categorie beschikkingen die kan worden onderscheiden, betreft dus situaties die destijds (in tegenstelling tot nu) gewoon door de Ondernemingskamer werden beoordeeld, terwijl het ging om besluiten die waren genomen binnen de politieke verantwoordelijkheid van de betrokken overheidsondernemers en ook de invulling en/of reikwijdte van de publiekrechtelijke taak betroffen. De redenering van de Ondernemingskamer was daarbij telkens dat het besluit adviesplichtig was omdat het personele gevolgen had die er niet van los konden worden gekoppeld of omdat het van intern-organisatorische aard was. Indien

---

12 Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 juni 2003, ARO 2003/122 (OR gemeente Gorinchem/gemeente Gorinchem); gerechtshof Amsterdam (OK) 9 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7331, ARO 2012/40, JAR 2012/105 en ROR 2012/7 (OR gemeente Middelburg/gemeente Middelburg); gerechtshof Amsterdam (OK) 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5628, ARO 2012/157, JAR 2013/28 en ROR 2012/29 (OR Provincie Limburg/provincie Limburg).



de overheidsondernemer de ondernemingsraad desondanks niet op de voet van artikel 25 WOR om advies had verzocht, kwam de Ondernemingskamer volledig in lijn met de Linge-jurisprudentie,<sup>13</sup> zoals de Ondernemingskamer die voor de marktsector had ontwikkeld, tot het oordeel dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen.

### 4.3 Categorie II: primaat van de politiek niet aan de orde

Werd er in het eerste geschil dat na de invoering van de WOR bij de overheid aan de Ondernemingskamer werd voorgelegd al direct een beroep op de primaat van de politiek gedaan, in het tweede geschil, waarin de ondernemingsraad eveneens stelde dat hem ten onrechte niet om advies was gevraagd, geschiedde dat niet. Omdat de Staat (in de persoon van de directeur rechtspleging namens de Minister van Justitie) de ondernemingsraad van de Gerechtelijke Diensten Arrondissement Middelburg ten onrechte niet om advies had gevraagd, verklaarde de Ondernemingskamer in een beschikking uit 1997 dat de Staat bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit tot intrekking van het organisatie- en formatiemandaat aan de directeurs gerechtelijke ondersteuning had kunnen komen en het besluit moest intrekken.<sup>14</sup> Deze beschikking vormt daarmee een treffend voorbeeld van de tweede categorie beschikkingen, waarbij het gaat om intern-organisatorische kwesties of uitwerkingsbesluiten zonder een politieke component en waarbij de omstandigheid dat het besluit door een overheidsondernemer is genomen dus geen rol speelt.

Een ander voorbeeld van deze tweede categorie deed zich voor in een beschikking uit 1999, waarbij het ging om een situatie waarin de ondernemingsraad van een tbs-kliniek om advies was verzocht over vier mogelijke scenario's om de gevolgen van een door de minister opgelegde bezuinigingsmaatregel te ondervangen, maar het uiteindelijk genomen besluit waarbij een keuze voor één van deze scenario's werd gemaakt door de Ondernemingskamer, kennelijk onredelijk werd verklaard, omdat deze keuze onvoldoende was gemotiveerd. Dat het hier om een overheidsondernemer ging die uitvoering aan een overheidsmaatregel probeert te geven, wordt in de beschikking nergens expliciet benoemd en lijkt ook in de overwegingen van de Ondernemingskamer geen enkele rol te spelen.<sup>15</sup>

In de beschikking die de Ondernemingskamer een week eerder wees in een geschil over een reorganisatiebesluit van de PI Over-Amstel bleef het politiek primaat eveneens onbenoemd, maar viel het dubbelteje vanwege de gegeven motivering, die hier dus wel afdoende was, uiteindelijk de andere kant op, zodat

---

13 Zie Gerechtshof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981/271, m.nt. Maeijer (OR Linge Ziekenhuis/Linge Ziekenhuis).

14 Gerechtshof Amsterdam (OK) 15 mei 1997, NJ 1998/538, ROR 1997/17 en JAR 1997/141 (OR Gerechtelijke Diensten Arrondissement Middelburg/Staat der Nederlanden).

15 Gerechtshof Amsterdam (OK) 22 april 1999, JAR 1999/117 en ROR 1999/21 (OR Forensisch Centrum Veldzicht/Forensisch Centrum Veldzicht).

de Ondernemingskamer niet tot het oordeel kwam dat het besluit kennelijk onredelijk was.<sup>16</sup>

De drie hiervoor besproken beschikkingen vormen daarmee vroege voorbeelden van een hele reeks beschikkingen, die na de invoering van de WOR bij de overheid door de Ondernemingskamer werden gewezen in geschillen – veelal over intern-organisatorische kwesties of uitwerkingsbesluiten zonder een politieke component – tussen overheidsondernemers en hun ondernemingsraad, waarbij het primaat van de politiek hoegenaamd geen rol speelde en waarin het door de overheidsondernemer genomen besluit door de Ondernemingskamer aan de hand van de marginale toets van artikel 26 lid 5 WOR werd beoordeeld op een zelfde wijze als wanneer het een besluit van een ondernemer in de marktsector betrof.<sup>17</sup> Begrijpelijk, want het ging om besluiten die

---

16 Gerechtshof Amsterdam (OK) 15 april 1999, ROR 1999/20 (OR Penitentiare Inrichting Over-Amstel/Staat der Nederlanden).

17 Andere voorbeelden zijn: gerechtshof Amsterdam (OK) 24 september 1998, ROR 1998/20 (OR Faculteit der Geesteswetenschappen UVA/Faculteit der Geesteswetenschappen UVA); gerechtshof Amsterdam (OK) 22 april 1999, JAR 1999/117 en ROR 1999/21 (OR Forensisch Centrum Veldzicht/Forensisch Centrum Veldzicht); gerechtshof Amsterdam (OK) 3 juni 1999, JAR 1999/147 en ROR 1999/24 (COR Sociale Verzekeringsbank/Sociale Verzekeringsbank); gerechtshof Amsterdam (OK) 8 juli 1999, ROR 1999/28 (OR gemeente Noord-Beveland/gemeente Noord-Beveland); gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 1999, ROR 2000/10 (OR Gerechtelijke diensten en de stafdienst in arrondissement Arnhem/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 31 mei 2000, ROR 2000/25, JOR 2000/210 en JAR 2000/162 (1. OR Sector Stadsbeheer (SB), 2. OR Sector Stedelijke Ontwikkeling (SO) en 3. OR Sector Facilitaire Dienst (FD)/gemeente Haarlem); gerechtshof Amsterdam (OK) 27 juli 2000, ROR 2000/28 en JOR 2000/196 (OR Dienst Binnenwaterbeheer gemeente Amsterdam/gemeente Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 11 januari 2001, ROR 2001/8 (OR Faculteit der Economische Wetenschappen en Econometrie (FEE)/Openbare Universiteit van Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, ROR 2001/10 (OR Dienst Binnenwaterbeheer gemeente Amsterdam (BBA)/gemeente Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 20 februari 2001, ROR 2001/16 (Ondernemingsraad Kadaster Directie Noord-West/Kadaster Directie Noord-West); gerechtshof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, JOR 2001/131 en ROR 2001/12 (COR Universiteit van Amsterdam/Openbare Universiteit van Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 19 oktober 2001, JAR 2001/23 en ROR 2002/4 (OR Rijksarchiefdienst/Staat der Nederlanden (Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen)); gerechtshof Amsterdam (OK) 8 augustus 2002, JAR 2002/276, ARO 2002/145 en ROR 2002/24 (OR Rijksgebouwendienst/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 29 september 2003, ARO 2003/165, JAR 2003/261 en JOR 2003/283 (OR Werkvoorzieningschap Oost-Twente (WOT) en Top Craft BV/Werkvoorzieningschap Oost-Twente en Top Craft BV); gerechtshof Amsterdam (OK) 29 december 2003, ARO 2004/17 en JAR 2004/44 (OR Politieregio Gelderland-Midden/Regionaal politiekorps Gelderland-Midden); gerechtshof Amsterdam (OK) 22 januari 2004, ARO 2004/31 (OR Pieter Baan Centrum/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 18 mei 2004, ARO 2004/84 en JAR 2004/162 (OR gemeente Beek/gemeente Beek); gerechtshof Amsterdam (OK) 19 augustus 2004, JAR 2004/234 en ARO 2004/114 (GOR Gevangeniswezen/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 8 november 2004, ARO 2004/143 en JAR 2005/9 (OR De organisatie ter verbetering van de binnenvisserij/1. De organisatie ter verbetering van de binnenvisserij, 2. Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, ARO 2005/20 en JAR 2005/64 (OR Werkvoorzieningschap Oost Twente en Top Craft BV/1. Werkvoorzieningschap Oost-Twente, 2. Top Craft BV en 3. Priwotco BV); gerechtshof Amsterdam (OK) 22 april 2005, ARO 2005/74 en JAR 2005/131 (OR Provincie Noord-Holland/Provincie Noord-Holland); gerechtshof Amsterdam (OK) 29 juli 2005, ARO 2005/175 en JAR 2005/247 (OR PI Noord/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 22 februari 2006, ARO 2006/68 en JAR 2006/114 (OR Korps Landelijke Politiediensten/Korps Landelijke

---

Politiediensten); gerechtshof Amsterdam (OK) 4 april 2006, ARO 2006/93, JAR 2006/134 en ROR 2007/3 (OR Weener Groep gemeente 's-Hertogenbosch/gemeente 's-Hertogenbosch); gerechtshof Amsterdam (OK) 5 december 2006, ARO 2006/205 en ROR 2007/12 (OR Provincie Groningen/provincie Groningen); gerechtshof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, ARO 2007/62, JAR 2007/107 en ROR 2007/18 (OR Bestuursdienst gemeente Rotterdam/gemeente Rotterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 10 april 2007, ARO 2007/78, JAR 2007/138 en ROR 2007/21 (OR Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers/Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers); gerechtshof Amsterdam (OK) 17 augustus 2007, ARO 2007/152, JAR 2007/244 en ROR 2007/34 (OR Open Universiteit Nederland/Open Universiteit Nederland); gerechtshof Amsterdam (OK) 8 januari 2008, ARO 2008/34, JAR 2008/51 en ROR 2007/42 (OR Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de Provincie Utrecht/Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de Provincie Utrecht); gerechtshof Amsterdam (OK) 13 mei 2009, ARO 2009/99, JAR 2009/162, RAR 2009/110, JOR 2009/223 en ROR 2009/34 (OR Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV)); gerechtshof Amsterdam (OK) 13 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8656, ARO 2011/163 en JAR 2011/293 (OR Belastingdienst Regio Haaglanden/Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën, Belastingdienst Regio Haaglanden)); gerechtshof Amsterdam (OK) 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7221, ARO 2012/42, JAR 2012/124 en ROR 2012/9 (OR gemeente Leeuwarden/gemeente Leeuwarden); gerechtshof Amsterdam (OK) 16 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV9235, ARO 2012/52, JAR 2012/106 en ROR 2012/12 (OR Regiopolitie Flevoland/Politieregio Flevoland); gerechtshof Amsterdam (OK) 18 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4168, ARO 2012/117 en JAR 2012/240 (OR Dienst Werkbedrijf voor Gesubsidieerde Arbeid, Activering en Trajecten Midden-Langstraat/Dienst Werkbedrijf voor Gesubsidieerde Arbeid, Activering en Trajecten Midden-Langstraat); gerechtshof Amsterdam (OK) 13 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4772, ARO 2013/152 en JAR 2014/65 (Bijzondere OR Orionis Walcheren, OR Orionis Walcheren voor zover rechtsopvolger van Arbeidsintegratiebedrijf Walcheren en OR Orionis Walcheren voor zover rechtsopvolger van Sociale Dienst Walcheren/Orionis Walcheren); gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4771, ARO 2013/169 en JAR 2014/49 (OR Open Universiteit/Open Universiteit); gerechtshof Amsterdam (OK) 27 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4902, ARO 2015/40, JAR 2015/50 en RAR 2015/51 (OR Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen/Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen); gerechtshof Amsterdam (OK) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5412, ARO 2015/60 en JAR 2015/33 (OR Inspectie Leefomgeving en Transport/Staat der Nederlanden (Inspectie Leefomgeving en Transport)); gerechtshof Amsterdam (OK) 16 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:46, ARO 2015/95 en JAR 2015/68 (OR Tweede Kamer der Staten Generaal/Tweede Kamer der Staten-Generaal); gerechtshof Amsterdam (OK) 2 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:208, ARO 2015/96, JAR 2015/166 en RAR 2015/157 (OR TopCraft/Gemeenschappelijke Regeling Werkvoorzieningschap Oost Twente, gemeente Dinkelland en Stichting Participatie Dinkelland); gerechtshof Amsterdam (OK) 12 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:356, ARO 2015/97 en JAR 2015/126 (OR Penitentiaire Inrichtingen Amsterdam Over-Amstel/Staat der Nederlanden (in het bijzonder Ministerie van Veiligheid en Justitie, meer in het bijzonder Dienst Justitiële Inrichtingen)); gerechtshof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, ARO 2015/134 en JAR 2015/127 (OR Provincie Zuid-Holland/Provincie Zuid-Holland); gerechtshof Amsterdam (OK) 16 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3986, ARO 2016/172, JAR 2016/297 en RAR 2017/28 (OR Permar WS/openbaar lichaam Permar WS); gerechtshof Amsterdam (OK) 30 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1105 (OR Cluster plaatsvervangend secretaris-generaal ministerie van Veiligheid en Justitie/Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie)); gerechtshof Amsterdam (OK) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, ARO 2017/143 en JAR 2017/269, m.nt. Zaal (OR Gezondheidscentrum voor Asielzoekers/Gezondheidscentrum voor Asielzoekers); gerechtshof Amsterdam (OK) 21 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4318 (OR gemeente Maastricht/gemeente Maastricht); gerechtshof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, JAR 2019/304 (OR Secretariaat van de Gezondheidsraad/Staat der Nederlanden (in het bijzonder Ministerie van VWS meer in het bijzonder Secretariaat van de Gezondheidsraad)).

voornamelijk bedrijfseconomisch, -organisatorisch of -sociaal zijn gemotiveerd en zijn te vergelijken met besluiten zoals de niet-overheidsondernemer die ook pleegt te nemen en waarbij een beroep op het primaat van de politiek ook minder voor de hand lijkt te liggen.<sup>18</sup> Enkele keren ging het echter om andere dan organisatorische zaken, bijvoorbeeld in twee beschikkingen uit 2004, waarin het besluiten tot samenwerking met een ander overheidsonderdeel betrof,<sup>19</sup> een beschikking uit 2008, waarin het de overdracht van de onderneming aan een derde betrof,<sup>20</sup> een beschikking uit 2016, waarin het om een duurzame samenwerking ging<sup>21</sup> en een beschikking uit 2017, waarin een bedrijfsbeëindiging aan de orde was.<sup>22</sup> Soms ging het in deze tweede categorie echter wel om besluiten die in nauw verband stonden met een politiek besluit of daaruit voortvloeiden.<sup>23</sup>

#### Tussenconclusie

De tussenconclusie die aan de beschikkingen van de tweede categorie kan worden verbonden, is dat daar waar het gaat om intern-organisatorische kwesties of uitwerkingsbesluiten zonder een politieke component, het voor alle betrokken partijen veelal buiten kijf stond dat daarover op de voet van artikel 25 WOR om advies moest worden gevraagd en dat ook bij de toetsing van deze besluiten door de Ondernemingskamer geen rol speelde dat het betrokken besluit door een overheidsondernemer was genomen. Gelet op de zeer ruime uitleg die er thans in de jurisprudentie aan het primaat van de politiek wordt

- 
- 18 Zie ook: K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.) *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, VvA Geschrift nr. 46, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 149-168.
- 19 Gerechtshof Amsterdam (OK) 22 januari 2004, ARO 2004/31 (OR Pieter Baan Centrum/Staat der Nederlanden) en gerechtshof Amsterdam (OK) 8 november 2004, ARO 2004/143 en JAR 2005/9 (OR De organisatie ter verbetering van de binnenvisserij/1. De organisatie ter verbetering van de binnenvisserij, 2. Staat der Nederlanden).
- 20 Gerechtshof Amsterdam (OK) 8 januari 2008, ARO 2008/34, JAR 2008/51 en ROR 2007/42 (OR Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de Provincie Utrecht/Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de Provincie Utrecht).
- 21 Gerechtshof Amsterdam (OK) 16 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3986, ARO 2016/172, JAR 2016/297 en RAR 2017/28 (OR Permar WS/openbaar lichaam Permar WS).
- 22 Gerechtshof Amsterdam (OK) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, ARO 2017/143 en JAR 2017/269, m.nt. Zaal (OR Gezondheidscentrum voor Asielzoekers/Gezondheidscentrum voor Asielzoekers).
- 23 Voorbeelden daarvan zijn: gerechtshof Amsterdam (OK) 18 februari 1999, JAR 1999/174, NJ 1999, 334, ROR 1999/26 en gerechtshof Amsterdam (OK) 8 april 1999, ROR 1999/27 (1. OR gemeente IJsselham, 2. OR gemeente Brederwiede, 3. OR gemeente Avereest en 4. OR gemeente Ommen/1. gemeente IJsselham, 2. gemeente Brederwiede, 3. gemeente Avereest en 4. gemeente Ommen); gerechtshof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, ROR 2001/11 (OR gemeente Maasbree/gemeente Maasbree); gerechtshof Amsterdam (OK) 27 januari 2005, ARO 2005/22 en JAR 2005/79 (GOR Justitiële Jeugdinstellingen/Staat der Nederlanden); gerechtshof Amsterdam (OK) 25 februari 2008, ARO 2008/74, JAR 2008/127 en ROR 2008/9 (OR Dienst Advies en Beheer gemeente Amsterdam/gemeente Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 10 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8298, ARO 2010/15 en JAR 2010/36 (OR Dienst Stadtoezicht/gemeente Amsterdam); gerechtshof Amsterdam (OK) 12 juli 2010, ARO 2010/121, JAR 2010/231 en ROR 2010/37 (OR VROM Algemeen/Staat der Nederlanden (in het bijzonder het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu)); gerechtshof Amsterdam (OK) 14 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX9486, ARO 2012/142, JAR 2012/287 en ROR 2012/27 (Bijzondere OR Goeree-Overflakkee/gemeente Dirksland, gemeente Goedereede, gemeente Middelharnis en gemeente Oostflakkee).

gegeven, is het de vraag in hoeverre deze praktijk nog stand zal houden. Voor zover het in deze tweede categorie om besluiten gaat die in nauw verband staan met een politiek besluit of daaruit voortvloeien, kan worden geconstateerd dat de laatste beschikking uit 2012 dateert en het gelet op de omstandigheid dat de Ondernemingskamer sedert 2015 ambtshalve toetst of het primaat van de politiek aan een oordeel van de Ondernemingskamer in de weg staat,<sup>24</sup> het niet aannemelijk is dat de Ondernemingskamer nog een oordeel zal vellen over de houdbaarheid van het besluit.

#### **4.4 Categorie III: primaat van de politiek niet uitdrukkelijk aan de orde (maar stilzwijgend wel enigszins?)**

Het primaat van de politiek kwam evenmin aan de orde in een geschil tussen de gemeente Amsterdam en de ondernemingsraad van het Gemeentelijk Vervoerbedrijf over de tijdelijke inhuur van twintig tot dertig niet-beëdigde buitengewoon opsporingsambtenaren (boa's) zonder dat de ondernemingsraad daarover op de voet van artikel 25 WOR om advies was gevraagd. De Ondernemingskamer kwam naar aanleiding daarvan in 1999 tot het voorlopige oordeel dat de gemeente Amsterdam bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen, maar wees daarbij het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen af, omdat het bedrijfsbelang daarmee niet was gediend en het besluit geen onomkeerbare gevolgen en slechts beperkt negatieve gevolgen voor het personeel had.<sup>25</sup> Of de Ondernemingskamer hierbij meewoog dat het om een overheidsonderneming ging, wordt uit de beschikking niet duidelijk.

Ook in een geschil tussen de gezamenlijke ondernemingsraden van de Kamers van Koophandel en de Staatssecretaris van Economische Zaken over een besluit tot vaststelling van de gebiedsindelingen voor de Kamers van Koophandel dat in 1998 tot een beschikking van de Ondernemingskamer leidde, werd geen beroep op het primaat van de politiek gedaan. Omdat het besluit gevolgen had voor de in de onderneming werkzame personen, was het volgens de Ondernemingskamer adviesplichtig en had de ondernemer volgens de Ondernemingskamer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit kunnen komen zonder daaraan voorafgaand de ondernemingsraden op de voet van artikel 25 WOR om advies te vragen, maar omdat de intrekking van het besluit en het ongedaan maken van de gevolgen zeer ingrijpend en praktisch onuitvoerbaar waren en de staatssecretaris zich constructief opstelde, zag de Ondernemingskamer termen om onder meer de verzoeken tot intrekking van het besluit en het ongedaan maken van de gevolgen af te wijzen.<sup>26</sup> Ook hier wordt

---

24 Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4890, JAR 2016/11, JOR 2016/31 en ARO 2015/238 (OR gemeente Diemen/gemeente Diemen).

25 Gerechtshof Amsterdam (OK) 7 januari 1999, ROR 1999/2 (OR Gemeentelijk Vervoerbedrijf Amsterdam/gemeente Amsterdam).

26 Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 april 1998, NJ 1998/751, ROR 1998/6 en JAR 1998/97 (Gezamenlijke OR-en Kamers van Koophandel en Fabrieken voor Rotterdam en de Beneden-Maas, voor Midden-Holland en voor Zuid-Holland Zuid, nu de Kamer van Koophandel en Fabrieken Rotterdam/i. Staat der Nederlanden (Staatssecretaris van Economische Zaken) en 2. Kamer van Koophandel en Fabrieken Rotterdam).

uit de beschikking niet duidelijk of de Ondernemingskamer meewoog dat het om een overheidsonderneming ging.

#### *Tussenconclusie*

De tussenconclusie die hier kan worden getrokken is dat in deze – kleine – derde categorie beschikkingen het politieke primaat in de tussen partijen gevoerde discussie en ook in de door de Ondernemingskamer gemaakte overwegingen geen expliciete rol van betekenis speelt, maar het algemeen belang dat door de overheid wordt gediend wel mee lijkt te worden gewogen bij de toetsing van eventuele verzoeken tot het treffen van (voorlopige) voorzieningen. De zeer ruime uitleg die er thans in de jurisprudentie aan het primaat van de politiek wordt gegeven, maakt echter dat de Ondernemingskamer tegenwoordig veelal niet meer aan de vraag toekomt of de overheidsondernemer al dan niet (voorlopige) voorzieningen moeten worden opgelegd.

#### **4.5 Categorie IV: primaat van de politiek terzijde gelaten vanwege de niet-inherente personele gevolgen**

In twee beschikkingen uit 1998 en een beschikking uit 1999 verwierp de Ondernemingskamer een beroep van de provincie Zuid-Holland en de gemeenten Leidschendam en Nootdorp op het primaat van de politiek met het argument dat het aan de orde zijnde besluit tot gemeentelijke herindeling, naar voorshands genoegzaam aannemelijk was te achten, gevolgen had voor de in de ondernemingen van de betrokken gemeenten werkzame personen die niet van het herindelingsbesluit konden worden geabstraheerd. De Ondernemingskamer gebood dan ook eerst om de verdere behandeling van het door Gedeputeerde Staten aan Provinciale Staten voorgelegde ontwerp voor een herindelingsregeling, waarover de ondernemingsraden van de betrokken gemeenten niet op de voet van artikel 25 WOR om advies was gevraagd, op te schorten en bepaalde uiteindelijk in de beschikking uit 1999 dat het herindelingsbesluit bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet had kunnen worden genomen.<sup>27</sup> In een beschikking uit 1999 oordeelde de Ondernemingskamer op min of meer dezelfde gronden dat de provincie Gelderland bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot een besluit tot opheffing van een waterschap had kunnen komen.<sup>28</sup> Beide beschikkingen uit 1999 werden door de Hoge Raad vernietigd en ten aanzien van de beschikking in de gemeentelijke herindelingskwestie overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar de parlementaire behandeling uitdrukkelijk dat tussen besluiten en de personele gevolgen ervan niet in alle opzichten een strikte scheiding kan worden aangebracht, maar dat aan de aldus bestaande verwevenheid

---

27 Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 en 26 november 1998, NJ 1999/186 en JAR 1999/28 en 29; gerechtshof Amsterdam (OK) 28 januari 1999, NJ 1999/185 en ROR 1999/4 (OR gemeente Rijswijk/1. gemeente Rijswijk en 2. provincie Zuid-Holland; OR gemeente Leidschendam/1. gemeente Leidschendam en 2. provincie Zuid-Holland; OR gemeente Nootdorp/1. gemeente Nootdorp en 2. provincie Zuid-Holland).

28 Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 januari 1999, NJ 1999/187 en ROR 1999/3 (OR Waterschap Polderdistrict Betuwe/1. Waterschap Polderdistrict Betuwe en 2. provincie Gelderland).

niet het gevolg mag worden verbonden dat een democratisch orgaan het advies van de ondernemingsraad ten aanzien van de personele gevolgen dient te vragen en af te wachten.<sup>29</sup>

In 2005 oordeelde de Ondernemingskamer dat het besluit tot verzelfstandiging van een tbs-kliniek kennelijk onredelijk was, omdat de ondernemer zonder de ondernemingsraad daaraan voorafgaand om advies te vragen tevens had besloten dat er voortaan uitsluitend op basis van arbeidsovereenkomsten gewerkt zou gaan worden en de medewerkers dus de ambtelijke status zouden verliezen, terwijl dat op zichzelf niet inherent was aan het verzelfstandigingsbesluit.<sup>30</sup> Het besluit om de medewerkers voortaan uitsluitend op basis van arbeidsovereenkomsten te laten werken, sleepte daardoor het verzelfstandigingsbesluit in zijn val mee. De Hoge Raad corrigeerde dit enkele jaren later door te oordelen dat de Ondernemingskamer vanwege het politieke primaat niet het gehele besluit had mogen vernietigen, omdat ten aanzien van de personele gevolgen medezeggenschap mogelijk was zonder dat daarbij het verzelfstandigingsbesluit ter discussie behoefde te worden gesteld.<sup>31</sup>

In 2012 heeft de Ondernemingskamer nogmaals geprobeerd tegemoet te komen aan het uitgangspunt dat de medezeggenschap in de overheidssector zo veel mogelijk marktconform dient te zijn en oordeelde ze dat het Stadsdeel Zuid van de gemeente Amsterdam niet in redelijkheid had kunnen komen tot het besluit om een krediet voor de renovatie van het De Mirandabad ter beschikking te stellen zonder daaraan voorafgaand de ondernemingsraad van het Stadsdeel Zuid om advies te vragen. Dat het hier ging om een besluit dat was genomen door een democratisch gekozen orgaan, was op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat het besluit de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan of het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR betrof, omdat daarmee de medezeggenschap bij de overheid verder zou worden ingeperkt dan strikt genomen nodig was met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het besluit was ook niet van dien aard dat het een politieke afweging vergde van de voor- en nadelen ervan:

‘Om aan te nemen dat de uitzondering van art. 46d aanhef en onder b WOR van toepassing is, dient de ondernemer concrete omstandigheden, waaruit (bijvoorbeeld) blijkt dat het besluit gepaard gaat met een verschuiving van politieke taken of verantwoordelijkheden en/of is ingegeven door politieke overwegingen, te stellen op grond waarvan de conclusie is gerechtvaardigd dat het in het te beoordelen geval met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek inderdaad noodzakelijk is de medezeggenschap te beperken. Dergelijke

---

29 HR 26 januari 2000, NJ 2000/224 en ROR 2000/24 (provincie Gelderland/OR Waterschap Polderdistrict Betuwe); HR 26 januari 2000, JOR 2000/55, m.nt. Van het Kaar, ROR 2000/12, RvdW 2000/30; NJ 2000/223, m.nt. Maeijer en ROR 2000/12 (provincie Zuid Holland/OR en gemeenten Rijswijk, Leidschendam en Nootdorp), zie par. 2.2, Beschikking 1 en 2.

30 Gerechtshof Amsterdam (OK) 25 november 2005, ARO/2005 214 en JAR 2006/11 (vervolg van gerechtshof Amsterdam (OK) 22 juli 2005, JAR 2005/231), ARO 2005/137 (OR Dr. S. van Mesdagkliniek en GOR TBS/Staat der Nederlanden).

31 HR 9 februari 2007, NJ 2007/102, ARO 2007/42, JAR 2007/72 en ROR 2007/17 (Staat der Nederlanden/OR Dr. S. van Mesdagkliniek en GOR TBS Ministerie van Justitie), zie par. 2.2., Beschikking 5.

concrete omstandigheden ontbreken echter in de stellingen van Stadsdeel Zuid en zijn de Ondernemingskamer ook niet anderszins gebleken. [...] De enkele omstandigheid dat Stadsdeel Zuid, op grond van zijn autonome bestuursbevoegdheid, de huishouding van het stadsdeel regelt en bestuurt noopt nog niet tot de conclusie dat met het besluit van de deelraad tot renovatie van het De Mirandabad (kennelijk) sprake is van de publiekrechtelijke vaststelling van een taak van Stadsdeel Zuid, van de uitvoering daarvan of van beleid terzake. Ook indien wordt aangenomen dat het besluit van de gemeente Amsterdam in het verleden om een zwembad te bouwen en te exploiteren, berustte op politieke afwegingen en keuzes bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak, houdt dit niet zonder meer in dat het nu genomen besluit tot renovatie – eveneens – op zodanige (hernieuwde) politieke afwegingen berust. Gelet ook op de aard van het besluit is evenzeer voorstelbaar dat het niet (mede) op grond van politieke afwegingen wordt gemaakt. Het heeft op de weg van Stadsdeel Zuid gelegen om met concrete feiten en omstandigheden inzichtelijk, en daardoor in zoverre toetsbaar, te maken dat en op welke wijze politieke afwegingen en keuzes (ook thans) hebben plaatsgevonden.<sup>32</sup>

In cassatie bevestigde de Hoge Raad dat het besluit om een krediet voor de renovatie van het De Mirandabad ter beschikking te stellen een besluit van een democratisch gecontroleerd orgaan was, omdat het was genomen door de deelraad van het Stadsdeel Zuid op voorstel van het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Zuid. Omdat het Stadsdeel Zuid ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2, Gemeentewet en artikel 26 Amsterdamse Verordening op de stadsdelen bij uitsluiting bevoegd was om binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders de begroting in te richten en vast te stellen en de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten te nemen, had het besluit rechtstreeks betrekking 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 Ondernemingskamer had geoordeeld, was een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergde van de daaraan verbonden voor- en nadelen en reeds daarom een besluit was als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR. Gezien de aard van het besluit had de Ondernemingskamer ten onrechte geoordeeld dat Stadsdeel Zuid ertoe was gehouden om concrete feiten en omstandigheden te stellen en aan de hand daarvan aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit tot politieke afwegingen en keuzes noopte. Waar reeds de aard van het besluit meebracht dat Stadsdeel Zuid met succes een beroep kon doen op het bepaalde in artikel 46d aanhef en onder b WOR, was voor een dergelijke verplichting geen plaats, aldus nog steeds de Hoge Raad.<sup>33</sup>

---

32 Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5619, ARO 2012/158, JAR 2013/29 en ROR 2012/30 (OR gemeente Amsterdam (Stadsdeel Zuid)/gemeente Amsterdam (Stadsdeel Zuid)).

33 HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139, JAR 2013/301, JOR 2014/8, RAR 2014/13, ARO 2014/28 en TRA 2014/17 (vervolg op Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5619, ARO 2012/158, JAR 2013/29 en ROR 2012/30 (gemeente Amsterdam (Stadsdeel Zuid))/OR gemeente Amsterdam (Stadsdeel Zuid)), zie par. 2.2, Beschikking 6.



### Tussenconclusie

In de hiervoor besproken uitspraken van de Hoge Raad stond de ondernemingsraad aanvankelijk in de weg aan de ‘voltooiing’ van een democratisch besluitvormingsproces. In de in paragraaf 4.2 besproken beschikkingen van de Ondernemingskamer met betrekking tot de privatiseringsbesluiten van de gemeenten Amsterdam, Rotterdam en Den Haag was dat ook het geval, maar die beschikkingen zijn niet aan de Hoge Raad voorgelegd en dientengevolge ook niet vernietigd. Bij de beschikkingen van de Ondernemingskamer die door de Hoge Raad werden vernietigd, vormden de personele gevolgen telkens het aanknopingspunt om tot de adviesplichtigheid van het betrokken besluit te concluderen. Gelet op de beschikkingen van de Hoge Raad waarin de beschikkingen van de Ondernemingskamer werden vernietigd, laat de uitzondering van de personele gevolgen, de zogenaamde uitzondering op de uitzondering, zich inmiddels in de volgende twee zinnen samenvatten: de personele gevolgen van een besluit dat onder het bereik van het primaat van de politiek valt, zijn niet aan het adviesrecht van de ondernemingsraad onderworpen, indien en voor zover ze onlosmakelijk zijn verbonden met dat besluit, dat wil zeggen indien en voor zover ze aan dat besluit inherent zijn; worden er aan het besluit (tevens) personele gevolgen verbonden die niet inherent zijn aan dat besluit, dan moeten deze op de voet van artikel 25 lid 1 WOR aan de ondernemingsraad ter advies worden voorgelegd.<sup>34</sup>

## 4.6 Restcategorie

Een vreemde eend in de bijt wordt gevormd door een beschikking van de Ondernemingskamer uit 2002 in een geschil tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg en haar ondernemingsraad over een advies van de inspecteur-generaal aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) met betrekking tot de kerntaken van de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Omdat het niet aan de inspecteur-generaal is om zelfstandig de omvang van de – bestuursrechtelijke – taken van de Inspectie voor de Gezondheidszorg te bepalen en omdat aan de inspecteur-generaal slechts de opdracht is gegeven om de minister van VWS een niet bindend voorstel te doen ten aanzien van de kerntaken van de Inspectie voor de Gezondheidszorg, was er (nog) geen sprake van een adviesplichtig besluit. Daardoor kon de vraag in het midden blijven of het primaat van de politiek aan de orde is, wat niet wegnam ‘dat het voor de hand had gelegen dat, en dat aan de – positie van de – ondernemingsraad als orgaan van medezeggenschap op zinvolle wijze recht zou zijn gedaan indien de inspecteur-generaal, alvorens hij zijn advies aan de minister van VWS had uitgebracht, advies aan de ondernemingsraad had gevraagd.’ Dit klemde temeer,

---

34 Hetgeen in 2018 door de OK nog weer eens is bevestigd in een beschikking die door de Hoge Raad in 2019 in stand is gelaten: als het besluit nog geen gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen, komt de OK aan de uitzondering op het bepaalde in art. 46d aanhef en onder b WOR (nog) niet toe. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2020:1444, hersteld in: ECLI:NL:HR:2020:1283 en gerechtshof Amsterdam (OK) 8 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4104, JAR 2018/309 en ARO 2019/25 (GOR Rijk/Staat der Nederlanden).

aldus nog steeds de Ondernemingskamer, nu (i) de ondernemingsraad als belangrijk orgaan van de onderneming een belangrijke rol diende te spelen bij de verdere besluitvorming, (ii) niet viel in te zien waarom door de inspecteur-generaal geen advies bij de ondernemingsraad kon worden ingewonnen, (iii) niet viel uit te sluiten dat de minister een beroep op het primaat van de politiek zou doen en de ondernemingsraad niet om advies zou vragen en (iv) de ondernemingsraad aan uitlatingen van de inspecteur-generaal de verwachting had ontleend en in redelijkheid ook had kunnen ontlenen dat hij in verdergaande mate dan het geval was geweest bij de totstandkoming van het advies in de inspecteur-generaal zou worden betrokken.<sup>35</sup>

Met name overweging (iii) van de Ondernemingskamer is interessant, omdat hiermee een oplossing wordt geboden in de vorm van medezeggenschap in het voortraject voorafgaand aan het formele besluitvormingsproces door het politieke orgaan.

#### 4.7 Conclusie

Na de invoering van de WOR bij de overheid oordeelde de Ondernemingskamer aanvankelijk dat, wanneer de personele gevolgen aan het voorgenomen (principe)besluit inherent zijn, het primaat van de politiek niet aan de orde is en er over gehele besluit inclusief de personele gevolgen om advies moet worden gevraagd en het gehele besluit ook aan de toetsing van de Ondernemingskamer kon worden onderworpen. Wanneer de ondernemingsraad niet of onvoldoende op de voet van artikel 25 lid 1 WOR bij een zodanig besluit werd betrokken, kon dat daardoor tot gevolg hebben dat het besluit opnieuw moest worden genomen, maar dan anders, met betrokkenheid van de ondernemingsraad. In de praktijk leidde deze uitleg van het primaat van de politiek er niet toe dat politieke (principe)besluiten geen doorgang konden vinden of dat beroering ontstond in het publieke debat.<sup>36</sup>

Door toedoen van de Hoge Raad wijzigde deze praktijk zich in tweeërlei opzicht. Enerzijds heeft de Ondernemingskamer het begrip primaat van de politiek gaandeweg zodanig verruimd dat het er thans voor moet worden gehouden dat elk (voorgenomen) besluit dat door of in (onder)mandaat namens, dan wel onder verantwoordelijkheid van een democratisch gecontroleerd orgaan is/wordt genomen en is gericht op het beleid ten aanzien van en de uitvoering van een publiekrechtelijke taak onder de reikwijdte van het primaat van de politiek valt en van medezeggenschap is uitgezonderd. Anderzijds gaat de Ondernemingskamer er thans van uit dat ook een voorgenomen (principe) besluit waaraan de gevolgen inherent zijn, aan het primaat van de politiek kan

---

35 Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 augustus 2002, ROR 2002/26 (OR Inspectie voor de Gezondheidszorg/Staat der Nederlanden (Inspectie voor de Gezondheidszorg)).

36 Anders dan bijvoorbeeld de Urgenda-uitspraken van de burgerlijke rechter en de PAS-uitspraak van de Raad van State, die tot grote maatschappelijke discussie over de rol van de rechtspraak bij politieke besluitvormingsprocessen hebben geleid. Zie: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier en RvdW 2020/89 (Staat der Nederlanden/Stichting Urgenda) en RvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019/309, m.nt. Backes (Stichting Werkgroep Behoud de Peel/College van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant).

zijn onderworpen. Het gevolg daarvan is dat er slechts aan de ondernemingsraad om advies behoeft te worden gevraagd als de personele gevolgen niet aan het (voorgenomen) besluit inherent zijn en dan ook nog uitsluitend over die personele gevolgen.

Als een politieke dimensie niet (duidelijk) aan de orde is, vindt de toetsing door de Ondernemingskamer in het gros van de gevallen niet anders plaats dan in zaken die spelen in de marktsector, zij het dat een enkele keer bij de beoordeling door de Ondernemingskamer van een verzoek tot het opleggen van (voorlopige) voorzieningen, dit werd afgewezen vanwege het algemeen belang van de overheidsondernemer.



# 5 Het primaat van de politiek in andere ondernemingen binnen de publiekrechtelijke context

S.F.H. Jellinghaus

## 5.1 Inleiding

Het primaat van de politiek zoals opgenomen in artikel 46d WOR viert zijn 25ste verjaardag. En dat zal gezien de lijn die de rechtspraak heeft ingezet ook nog wel even blijven.<sup>1</sup> Het bestaan van een primaat van de politiek is echter niet nieuw. Zo was het primaat van de politiek reeds vanaf de jaren zeventig in de WOR opgenomen, te weten in artikel 23 lid 2 slot. Daarnaast blijkt in de praktijk dat het ook regelmatig voorkomt dat private organisaties en hun ondernemingsraden worden geconfronteerd met extern genomen besluiten. Hierbij valt met name te denken aan het beëindigen van een subsidierelatie en de impact die een dergelijke beslissing heeft op de organisatie. In deze bijdrage wordt bestudeerd op welke wijze hiermee door de rechter wordt omgegaan. Vervolgens wordt gekeken welke lessen hieruit kunnen worden getrokken.

## 5.2 Het begin: artikel 23 lid 2 WOR

Zoals gezegd, het primaat van de politiek heeft altijd al in de WOR gestaan (sedert 1979) en dan ook nog telkens met dezelfde tekstinhoud. Het staat verwoord in het slot van artikel 23 lid 2 WOR. Voor de achtergrond bij dit wetsartikel moet voornamelijk worden gekeken in de wetsgeschiedenis en de algemene handboeken. Specifieke literatuur is hierover niet verschenen. De bepaling is geschreven met het oog op de positionering van zelfstandige bestuursorganen (zbo's) die wettelijke taken vervullen.<sup>2</sup> Hierbij valt te denken aan De Nederlandsche Bank bij de uitvoering van de Bankwet en de Nederlandse Publieke Omroep bij de uitvoering van de verplichtingen vanuit de Mediawet. Bij de toepasselijkheidsverklaring van de WOR op de overheid had de wetgever natuurlijk ook gewoon eenvoudig kunnen aansluiten bij de werking van dit artikel 23. Echter, dit werd door de minister onwenselijk geacht.<sup>3</sup> Het belangrijkste argument hiervoor

---

1 Zie hieromtrent bijvoorbeeld ook A.L. Asscher & J. Roest, 'De Hoge Raad geeft bestuurlijk Nederland het primaat van de politiek weer terug', WPNR 6405, 2000, p. 409-411 en K.M.J.R. Maessen, 'Medezeggenschap bij de overheid anno 2020. De vergaande impact van het primaat van de politiek', MvO 2020, p. 16-22.

2 Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106.

3 L.C.J. Sprengers, aantekening 1.4.13.1.3, *Ondernemingsraad*, Kluwer (losbladig).

was dat artikel 23 lid 2 WOR het publiekrechtelijk vaststellen van taken van publiekrechtelijk lichamen en onderdelen daarvan niet uitdrukkelijk noemt. Daarbij heeft kennelijk meegespeeld dat artikel 23 WOR niet uitdrukkelijk de vaststelling van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen benoemde, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat een dergelijk onderwerp in de overlegvergadering aan de orde zou komen. Daar dit onwenselijk werd geacht, is geopteerd om dit onderwerp apart te regelen in artikel 46d WOR.<sup>4</sup> Terecht stelt Sprengers dat de wetgever er ook voor had kunnen kiezen om artikel 23 lid 2 WOR eenvoudig uit te breiden.<sup>5</sup>

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met artikel 46d WOR het oog had op besluiten van democratisch gecontroleerde organen. Zo wordt daar overwogen:<sup>6</sup>

‘Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om de beperking verder te laten gaan dan noodzakelijk is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Dit brengt mee dat besluiten van niet-democratisch gecontroleerde publiekrechtelijke organen, zoals de Algemene Rekenkamer en de Nationale Ombudsman, waarbij zij zelf een wijziging of aanpassing aanbrengen in de (uitvoering van) hen opgedragen publiekrechtelijke taken wel onder de werking van de WOR vallen. In deze gevallen kan immers niet worden gesproken van besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen.’

Daarenboven blijkt uit het advies van de Raad van State dat met het begrip ‘publiekrechtelijke vaststelling’ wordt beoogd buiten twijfel te stellen dat de voor de ondernemingsraad bij de overheid aangebrachte beperking alleen betrekking heeft op besluiten die door de democratisch gecontroleerde organen worden genomen.<sup>7</sup> Sprengers stelt dat er in zijn ogen er geen verschil bestaat tussen 23 lid 2 WOR en 46d WOR.<sup>8</sup> We zullen aan het slot van deze bijdrage zien of dat ook een juiste constatering is.

Een vergelijking met de tekst van artikel 46d WOR dient zich dan ook snel aan:

Artikel 23 lid 2 WOR	Artikel 46d WOR
Onder de aangelegenheden, de onderneming betreffende, is niet begrepen het beleid ten aanzien van, alsmede de uitvoering van een bij of krachtens een wettelijk voorschrift aan de ondernemer opgedragen publiekrechtelijke taak, behoudens voor zover deze uitvoering de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen betreft.	Voor de toepassing van artikel 23, tweede lid, zijn onder de aangelegenheden de onderneming betreffende niet begrepen de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, noch het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.

4 Rood's, Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 581.

5 L.C.J. Sprengers, aantekening 1.4.13.1.3, Ondernemingsraad, Kluwer (losbladig).

6 Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 6.

7 Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 6.

8 L.C.J. Sprengers, aantekening 1.4.13.1.5, Ondernemingsraad, Kluwer (losbladig).

We zien dat het tekstuele verschil klein is. Wel kan worden geconstateerd dat de tekst van artikel 23 lid 2 WOR een ruimer primaat van de politiek kent dan artikel 46d WOR. Volgens Sprengers in zijn proefschrift is dit niet moedwillig door de wetgever zo gedaan.<sup>9</sup> Wel kan dit volgens hem leiden tot verwarring. Ik ben van mening dat – hoewel dat kennelijk niet is beoogd – bij het opstellen van de wetstekst van artikel 46d WOR in ieder geval ‘de uitvoering van opgedragen publiekrechtelijke taak’ niet is overgenomen, zonder dit nader toe te lichten. Hiervoor is dus kennelijk toch zonder enige toelichting voor gekozen. Daarbij speelt vervolgens ook de vraag of dat wenselijk is. Immers, juist een zbo kent een ruime vrijheid om zijn rechten toe te kennen, zonder dat daarop direct een democratische controle bestaat. Dit volgt uit artikel 2 Wet Zbo waarin staat dat een zbo wordt ingesteld wanneer onder meer ‘er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid.’

### 5.3 Rechtspraak artikel 23 WOR

In tegenstelling tot artikel 46d WOR<sup>10</sup> is over de werking en de toepassing van het zogenoemde primaat van de politiek uit artikel 23 lid 2 WOR nagenoeg geen rechtspraak. Een bekende zaak die door de Ondernemingskamer is behandeld en heeft geleid tot een uitspraak, betreft de Gemeenschappelijke Medische Dienst.<sup>11</sup> Wat was hier aan de hand?

In het kader van het terugdringen van het aantal arbeidsongeschikten zijn in 1992 alle GMD-medewerkers naar het GAK overgegaan. Naar aanleiding van de volgende stap – het overdragen van de GMD-taken aan de – zelf-administrerende – bedrijfsverenigingen (za-BV'en) en het definitief detacheren van GMD-medewerkers aldaar, om aldus tot een geïntegreerde gevalshandeling van arbeidsongeschikten te komen – heeft het GAK in juni 1993 advies aan de ondernemingsraad van de GMD gevraagd. Dit advies zou, aldus het GAK, alleen betrekking dienen te hebben op de overgang van de GMD-medewerkers naar de bedrijfsverenigingen en niet op het besluit tot invoering van het model zelf, omdat dit laatste besluit de uitoefening van een publiekrechtelijke taak betrof. De ondernemingsraad heeft dit bestreden en heeft over het gehele onderwerp een negatief advies uitgebracht. De ondernemingsraad heeft daartoe onder meer opgemerkt dat de gevolgen voor het te detacheren personeel van de overgang volstrekt onduidelijk zijn. Een structuur waarbinnen de medewerkers bij de bedrijfsvereniging zouden moeten gaan werken, ontbreekt, de belangstelling voor overplaatsing onder werknemers is gepeild op een moment waarop onvoldoende informatie beschikbaar was, en een sociaal plan ontbreekt. De reden voor alle onduidelijkheid is vooral dat het besluit is genomen zonder dat daarbij de gevolgen van de toenmalige Wet Terugdrin-

9 L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 245.

10 Zie voor een algemene beschouwing met rechtspraak het overzicht van de rechtspraak tot en met 2019: S.F.H. Jellinghaus & H. Moltmaker, 'Primaat van de politiek', in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra, *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Boom Juridisch 2019, p. 135 e.v.

11 Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 december 1993, JAR 1994/15.

ging Ziekteverzuim en de wijzigingen in de Arbeidsomstandighedenwetgeving (TA/Arbo) op de detachingsplannen zijn betrokken. Het GAK bestrijdt het door de ondernemingsraad gestelde. Naar zijn mening beschikten de medewerkers over voldoende informatie om een keuze te kunnen maken. Voorts bergt uitstel het gevaar in zich dat de zakelijke bv's zelf personeel aan gaan trekken, hetgeen ongunstig is voor de ex-GMD-medewerkers. Met het GAK meent de Ondernemingskamer dat het besluit tot invoering van de geïntegreerde gevalbehandeling als zodanig niet door de ondernemingsraad dient te worden beoordeeld. Het betreft hier de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Wel dient het besluit tot overgang van het personeel naar de zakelijke bv's te worden getoetst. Met de ondernemingsraad meent de Ondernemingskamer dat dit besluit kennelijk onredelijk is. In het besluit is geen rekening gehouden met de gevolgen op grond van de TZ/Arbo. Dit betekent dat de GMD-medewerkers hun voorkeur hebben moeten uitspreken op grond van kennelijk onjuiste detachingsplannen, welke voorkeur bovendien volgens het GAK definitief is. Daarnaast bestaat er nog steeds geen goedgekeurd sociaal plan. Een en ander betekent dat het GAK niet heeft voldaan aan de eis van artikel 25 lid 3 WOR dat het aan de ondernemingsraad een overzicht dient te verstrekken van de gevolgen die het besluit zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen (de ex-GMD'ers) alsmede van de in dat kader voorgenomen maatregelen. Daarmee is wezenlijk tekortgedaan aan het medezeggenschapsbelang van de ondernemingsraad/het personeel en dient het besluit ongedaan te worden gemaakt.

#### 5.4 Zelfstandige bestuursorganen

De vraag ontstaat welke gevolgtrekking uit deze enige uitspraak kan worden getrokken. Immers, heden ten dage heeft de Hoge Raad meerdere malen aangegeven dat de beperking van het primaat van de politiek niet verder moet gaan dan strikt noodzakelijk.<sup>12</sup> Echter, we zien ook dat het primaat in artikel 23 lid 2 WOR ruimer is omschreven dan in 46d WOR. Gezien de wetsgeschiedenis ben ik van mening dat de reikwijdte van het adviesrecht op dit moment even groot moet zijn. De rechtspraak van de Hoge Raad moet op dezelfde wijze worden uitgevoerd. Het grote verschil tussen beide bepalingen is gelegen in het feit dat artikel 23 lid 2 WOR geschreven is ten behoeve van zogenoemde zelfstandige bestuursorganen (zbo). Deze treden zelfstandig op. De democratische controle (lees: politieke invloed) is daarbij beperkt. Dit volgt uit de definiëring van een zbo, zoals opgenomen in artikel 1 van de Kaderwet zbo:

‘zelfstandig bestuursorgaan: een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.’

Blijkens artikel 3 wordt dan ook een zbo alleen opgericht als er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. Dit

---

12 HR 20 mei 2005, JAR 2005/156, zie par. 2.2, Beschikking 4.



betekent dat de zbo (althans het bestuur daarvan) de vrijheid moet hebben om te handelen en daarbij gebruik moet kunnen maken van zijn vrijheid. In mijn ogen moet de rechtspraak van de Hoge Raad, die is gegeven ten aanzien van het adagium 'politiek primaat niet verder dan strikt noodzakelijk', ook hier zo worden toegepast. Het gaat dan enkel zuiver om de toepassing van de inhoudelijke regelgeving en het beleid daaromtrent. Met name de organisatorische gevolgen daarvan vallen dan niet onder het dan geldende primaat van de politiek.

Daarenboven kan deze benadering ook worden gezien in het licht van de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet 2017 zoals die per 1 januari 2020 heeft plaatsgevonden.<sup>13</sup> Deze wet heeft tot gevolg gehad dat ambtenaren thans onder het civiele arbeidsrecht vallen waarbij het volgens de wetsgeschiedenis primair niet de bedoeling is dat er een specifieke uitzonderingssituatie ontstaat ten opzichte van de private sector.<sup>14</sup> Voor de inwerkingtreding hiervan volgde uit de toenmalige Ambtenarenwet dat ambtenaren doorgaans werkten op basis van een publiekrechtelijke aanstelling.<sup>15</sup> Juist deze gelijktrekking en met name ook de wens om te komen tot een gelijkschakeling tussen de civiele en publieke werknemer ligt een gelijkschakeling van beide primaten voor de hand. Dit was immers ook de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van deze regelgeving. We zien voorts dat in Nederland een groot aantal zbo's bestaan die allemaal onder de Ambtenarenwet 2017 vallen.<sup>16</sup> Door de omschrijving in de Ambtenarenwet 2017 van het begrip ambtenaar, die afwijkt van de vroegere definiëring en waarbij geen directe link is geplaatst met de Kaderwet zbo, neemt het aantal overheidswerkgevers toe.<sup>17</sup> Er kan ook sprake zijn van een overheidswerkgeverschap zonder dat de werkgever valt onder de Kaderwet zbo. Een goed voorbeeld hiervan vormt het APK teststation. Juist binnen deze tendens lijkt een restrictieve benadering op haar plaats.

Het primaat van de politiek zoals opgenomen in artikel 23 WOR is alweer zo'n veertig jaar oud. Dat leverde in de praktijk slechts een handvol uitspraken op. Voor ondernemingsraden betekent dit dat zij meer moeten insteken op bijvoorbeeld het voeren van procedures op grond van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid bestuur en politieke beïnvloeding. Ook zullen ondernemingsraden zich dan meer in het publieke beïnvloedingsveld moeten begeven, zoals het benaderen van de publieke opinie en het lobbyen. Dat er in het verlengde van

---

13 Stb. 2017, 123. Zie voor een algemene beschrijving P.A. Hogewind-Wolters, e.a., *Arbeidsrecht voor de overheid verklaard*, editie gemeente, Den Haag: Sdu 2019; S.F.H. Jellinghaus & K.M.J.R. Maessen, *Normalisatie van het Ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2019; B. Barentsen, N. Hummel & S.F.H. Jellinghaus, e.a., *Van ambtenaar naar ambtenaar. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018; E.G.M. Huisman & S.F.H. Jellinghaus, *Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, tekst en toelichting*, Amsterdam: Berghauser Pont 2020.

14 Zie onder meer *Kamerstukken II 2018/19*, 35073, p. 42: dit advies heeft de regering niet overgenomen omdat de strekking van de Wvra is het private arbeidsrecht en het daarbij behorende overlegstelsel zo integraal mogelijk door te voeren in de publieke sector.

15 Hierop werd dan per wet voor een aantal gevallen een uitzondering gemaakt zoals het UWV en de SVB.

16 Zie voor een overzicht [https://almanak.overheid.nl/Zelfstandige\\_bestuursorganen/](https://almanak.overheid.nl/Zelfstandige_bestuursorganen/).

17 Artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet juncto artikel 2 lid 1 sub 1 (andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt).

artikel 46d WOR een vergelijkbare bepaling bestaat voor zbo's lijkt logisch, maar kan ook fundamenteel ter discussie worden gesteld. Immers, het primaat van de politiek speelt omdat daarmee de democratische waarden van kracht blijven. De vraag is echter of je dat wel bij een zbo speelt. Immers, een zbo voert zijn beleid zelfstandig uit en de invloed en controle hierop door democratisch gekozen organen is uiterst beperkt. Die wordt immers blijkens de Wet Zbo gegeven op hoofdlijnen, waaronder het benoemen van de raad van bestuur en het geven van richtlijnen. De besluitvorming bij zbo's zit dan ook bij hun eigen raad van bestuur. Te betogen valt, in het verlengde van de rechtspraak van de Hoge Raad dat het primaat van de politiek niet verder gaat dan strikt noodzakelijk, dat de besluitvorming van de raad van bestuur integraal ter advisering komt aan de ondernemingsraad, voor zover deze niet volgt uit een besluit van de minister. Het gaat dan om besluiten zoals bedoeld in artikelen 11, 17, 22 en 23 Wet zbo dan wel uit specifieke materiele wetgeving. Het primaat van artikel 23 WOR moet dan ook beperkt worden uitgelegd, nu de democratische controle op besluiten beperkt is. Hiermee ontstaat er een geraffineerder systeem van medezeggenschap omdat anders medezeggenschap op organisatorisch vlak aardig kan worden uitgehold. Gezien het feit dat de Ondernemingskamer besluiten inhoudelijk slechts marginaal toetst, ontstaat de vraag wat het probleem hiermee kan zijn. Deze benadering is vergelijkbaar met de benadering zoals die wordt gehanteerd vanuit artikel 27 lid 3 WOR. Het instemmingsrecht aldaar wordt beperkt wanneer een kwestie inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst. Deze opvatting staat haaks op de reeds gememoreerde opvatting van Sprengers dat tussen artikel 23 WOR en artikel 46d WOR geen verschil bestaat.

## **5.5 Private ondernemingen geconfronteerd met overheidsbesluiten**

Een andere interessante situatie doet zich voor op het moment dat een private onderneming (niet zijnde zbo) wordt gedwongen om onder overheidsinvloed haar organisatie te veranderen, hetgeen leidt tot een adviesplichtige aangelegenheid. In een dergelijke situatie wordt het besluit niet direct door een publiekrechtelijke taak gevergd en is er in de zuivere vorm geen sprake van een primaat van de politiek. Echter, we zien vervolgens dat de overheid wel ingrijpt en een ondernemer feitelijk niet anders kan doen dan het besluit van de overheidswerkgever volgen. Immers, wanneer het besluit niet wordt uitgevoerd zoals de overheid dat wenst kan dat leiden tot een continuïteitsprobleem voor de ondernemer. Hierbij valt te denken aan het (dreigen van) intrekken van een subsidiebeschikking omdat er moet worden gefuseerd. We zien dit regelmatig gebeuren ten aanzien van welzijnsinstellingen, zorgorganisaties, sportclubs en dergelijke. De instructie vanuit de overheid is dan ook vergaand. Derhalve komt ook hier de vraag aan de orde hoe ver het adviesdomein van de ondernemingsraad reikt.

Ten aanzien van subsidiebeëindiging heeft de Ondernemingskamer dit een keer overwogen in 1981.<sup>18</sup> Daarbij werd expliciet overwogen:

---

<sup>18</sup> Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juni 1981, NJ 1982/247.

‘Naar aanleiding van hetgeen door partijen is opgemerkt met betrekking tot (de positie van) het ministerie van Verkeer en Waterstaat – dat in het kader van de geldende subsidieregelingen aan een busonderneming als de onderhavige toestemming dient te geven voor investeringsbeslissingen die een belang van f 7000 te boven gaan en die geen toestemming tot herbouw had gegeven – merkt de Ondernemingskamer op dat een ondernemer verplicht is tijdig aan de ondernemingsraad alle relevante informatie te verschaffen over het met een derde, zoals een subsidieverlener, te voeren overleg. Daardoor wordt gewaarborgd dat de ondernemingsraad de ondernemer tijdig van zijn gevoelens kan doen blijken en dat de ondernemer daarmee bij het overleg met de derde rekening kan houden.’

De subsidiepositie is dan ook een aspect dat terdege mag worden meegenomen bij de besluitvorming, maar uiteindelijk blijft het een zelfstandig besluit van de ondernemer wat met deze situatie te doen. Dit speelde in 2012 bij een symfonieorkest.<sup>19</sup> In Zuid-Nederland verzorgden Het Brabants Orkest (HBO) en het Limburgs Symfonie Orkest (LSO) het aanbod van symfonische muziek. Voor de financiering zijn zij grotendeels afhankelijk van subsidies. De Staatssecretaris van OCW heeft voor de periode 2013-2016 criteria voor subsidiëring vastgesteld. De ondernemingsraad van HBO heeft een notitie uitgebracht waarin hij aangeeft te kiezen voor een strategische alliantie met LSO. HBO kiest echter voor het oprichten van een nieuwe organisatie (Zuid Nederlands Orkest, ZNO) door middel van een fusie. De Ondernemingskamer oordeelde dat een businessplan dat enkel afhankelijk is van de vraag of subsidies worden toegewezen, in de gemaakte keuzes en daaraan verbonden gevolgen voldoende concreet is, zodat er niet meer gesproken kan worden van enkel een beleidsvoornemen. Er is dan ook sprake van een adviesplichtige voorgenomen besluit, maar de subsidiepositie is daarbij een gegeven. In het bijzonder zal dan ook aandacht moeten worden besteed aan de personele gevolgen.<sup>20</sup> Dit ligt in het verlengde van hetgeen Maeijer reeds in 1982 opmerkte in zijn noot, waarin hij schrijft: ‘Zie in verband met deze zaak ook de uitspraak Hof Amsterdam (OK) 11 juni 1981, NJ 1982, 247’. Hierin werd onder meer beslist dat de omstandigheid dat een ondernemer afhankelijk is van een derde, zoals een subsidieverlener, zijn verplichtingen ingevolge de WOR onverlet laat. De ondernemer is dan ook verplicht om de OR tijdig alle relevante informatie te verschaffen over het met de derde te voeren overleg. Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat de ondernemer de OR bij zijn onderzoek naar alternatieve mogelijkheden heeft betrokken. Een besluit tot het sluiten van het DC was echter nog niet genomen.<sup>21</sup> Evenzo overwoog Duk in het verleden dat het veel te ver gaat om een door de subsidieverlener genomen besluit toe te rekenen aan de ondernemer.<sup>22</sup>

Daarnaast moet goed worden beoordeeld op welk tijdstip sprake is van een voorgenomen besluit. Zo oordeelde de kantonrechter dat een brief van de raad van toezicht aan een gemeente waarin mededelingen worden gedaan over

---

19 Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 mei 2012, ROR 2012/16.

20 Gerechtshof Amsterdam (OK) 9 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3380, JIN 2011/32 (Stichting Het Internationaal Danstheater).

21 Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 juli 1984, NJ 1987/966, m.nt. Maeijer.

22 R.A.A. Duk, *Advocatenblad* 67 (1987), p. 292.

hoe om te gaan met vermindering van de subsidie, slechts het anticiperen op mogelijke beslissingen van de gemeente betreft die er wellicht toe gaan leiden dat de Stichting haar organisatie zal dienen te wijzigen en sprake zal zijn van (voorgenomen) adviesplichtige besluiten. Dat is nu echter nog niet aan de orde en dus leidt dit tot afwijzing van de vorderingen.<sup>23</sup>

Geconcludeerd wordt dat bij een (dreigende) subsidieaanpassing onverminderd sprake is van een besluit dat adviesplichtig voor zover de gevolgen hiervan leidt tot een voorgenomen besluit dat valt te plaatsen onder artikel 25 lid 1 WOR. Het wordt genomen door de ondernemer en het adviesrecht van de ondernemingsraad is integraal van toepassing. Er is geen sprake van een zogenoemd primaat van de politiek. Daarbij zal de ondernemer bij de besluitvorming alle betrokken belangen moeten afwegen.<sup>24</sup>

Volledigheidshalve wijs ik er ook op dat ook een andere kant bestaat: de werkgever die niet handelt. Dit was onder meer het geval bij de NS, toen deze besloot niet mee te dingen bij een aanbesteding op een concessie.<sup>25</sup> Ook deze beslissing werd door de Ondernemingskamer adviesplichtig geacht. Interessant daarbij is dat het besluit door de overheid werd ingegeven, nu de NS vond dat sprake was van onrendabele lijnen.

De huidige benadering door de rechter van de subsidierelatie lijkt de juiste. Het betreft een volle (normale) toets door de rechter, waarbij de wens van de subsidiegever een gezichtspunt betreft. Het blijft uiteindelijk het besluit van de ondernemer, maar het financieringsvraagstuk van de toekomst van de organisatie is een belangrijk gezichtspunt. Dit is niet anders dan bij andere ondernemingen, omdat ook daar telkens de vraag speelt of een bepaalde beslissing wel financierbaar is.

## 5.6 Afronding

Geconcludeerd wordt dat het primaat van de politiek zoals genoemd in artikel 23 lid 2 WOR slot weldegelijk zijn werking kent. Het reikt ook verder dan het gezichtspunt van een democratisch gecontroleerd orgaancriterium, nu een zbo doorgaans slechts op grote afstand wordt gecontroleerd. Mede onder de maatschappelijke verandering, nu de normalisering van de rechtspositie een feit is, valt er veel voor te zeggen om de werking van dit primaat ook terug te brengen naar de proporties waartoe het behoort, te weten restrictief. Wat betreft subsidierelaties is de positie niet anders dan bij iedere andere ondernemingsraad. Dat is ook een juiste benadering.

---

23 Rb. Oost-Brabant 18 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6594.

24 Vgl. gerechtshof Amsterdam (OK) 9 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336 (Watts).

25 Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 oktober 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AF0036 (NS Reizigers).

# 6 Het primaat van de politiek anders regelen

P.A.M. Witteveen & L.C.J. Sprengers

## 6.1 Inleiding

Bij de invoering van de WOR bij de overheid is, met artikel 46d sub b WOR, een belangrijke beperking aangebracht op de bevoegdheden van de overheids-OR, zoals in de hoofdstukken 2 en 3 aan de orde is gekomen. Daarmee is artikel 46d sub b WOR voor de praktijk een van de meest gecompliceerde artikelen van de WOR geworden.

Bij invoering van de WOR bij de overheid was het leidende uitgangspunt dat medezeggenschap in de publieke sector zo veel mogelijk gelijkgeschakeld moest worden met de medezeggenschap in de private sector. Uit het rechtspraakoverzicht in hoofdstuk 2 blijkt dat aanvankelijk de rechter (de Ondernemingskamer) de ondernemingsraden niet in de kou heeft laten staan. Een beroep van een overheidsondernemer op de ‘politiek primaat-exceptie’ werd veelvuldig gepasseerd. Vanaf 2000 heeft de Hoge Raad in negen beschikkingen de (ruimhartige tikkende) klok van de Ondernemingskamer stevig teruggedzet in een serie van uitspraken. Een uitleg waar de Ondernemingskamer zich sinds 2015 achter heeft geschaard. In de rechtspraak van de Hoge Raad is doorslaggevend gebleken de doelstelling van de wetgever dat het bijzondere karakter van de overheid met zich brengt dat het eigene van de politieke besluitvorming bij de overheid beschermd dient te worden. Een ambtenaar zou niet meer invloed op de politieke besluitvorming moeten kunnen uitoefenen dan een burger. In de rechtspraak spitst zich dit met name toe op de uitleg van het begrip besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen, waartoe de reikwijdte van de bepaling zich uitstrekt. Dit begrip wordt zo ruim uitgelegd dat alle in mandaat genomen besluiten daar onder vallen, ongeacht op welk niveau in de (ambtelijke) organisatie besluitvorming plaatsvindt. Dat ondernemingsraden over die onderwerpen (informeel) betrokken worden, stuit niet op bezwaren in de rechtspraak. Bottleneck is met name de rechterlijke toetsing. De wetgever heeft de grens getrokken dat het aan de politiek is en niet aan de rechter om de politieke belangenafweging te toetsen. Die grens wordt in de rechtspraak strak gehandhaafd.

In de rechtspraak wordt de ‘uitzondering op de uitzondering’ zo uitgelegd dat pas wanneer bij de besluitvorming concrete personele gevolgen aan de orde zijn, er een bevoegdheid is voor de ondernemingsraad bij de overheid. Het moet gaan om besluiten die ertoe strekken om die gevolgen te regelen. Zolang de gevolgen nog inherent zijn, is de ondernemingsraad niet bevoegd. In de rechtspraak benadrukt de Hoge Raad tevens, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat de bescherming van het primaat van de politiek niet verder dient te reiken dan

strikt nodig is ter bescherming van het politieke belang. Daaraan wordt echter niet de conclusie verbonden dat bij gefaseerde besluitvorming de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de overheid herleven, zodra de bescherming van het politieke belang niet meer noodzakelijk is. De bevoegdheid van de ondernemingsraad ontstaat immers pas, zo is de constante lijn in de rechtspraak, wanneer het besluit strekt tot het regelen van de personele gevolgen. In de fases daarvoor wordt door de rechter met name benadrukt dat het niet in strijd met de wet is om de ondernemingsraad informeel te betrekken.

Feitelijk is er met dit alles een situatie ontstaan, waarin de medezeggenschap in de publieke sector bij de besluitvorming over belangrijke aangelegenheden geen wezenlijke rol krijgt toebedeeld en/of kan spelen. Er is gaandeweg een flinke discrepantie ontstaan tussen het destijds beleden uitgangspunt (gelijk-schakeling van medezeggenschap in publieke en private sector) en de beperkte rol die een overheidsondernemingsraad nog kan spelen bij majeure besluiten van de overheidsondernemer. Daarover bestaat in de praktijk ongenoegen en ook onbegrip. Overheidsmedezeggenschap loopt achter ten opzichte van die in de private sector. De invoering van de Wnra per 1 januari 2020 heeft nog eens benadrukt dat de doelstelling is de positie van de ambtenaar/werknemer bij de overheid zo veel als mogelijk gelijk te trekken aan die van de gewone werknemer. Dit is eens te meer reden om de ontwikkelingen ten aanzien van de bepaling over het primaat van de politiek nog eens tegen het licht te houden. Uit de rechtspraakanalyse is duidelijk geworden dat – wil er verandering komen in de uitleg van de bepaling over het primaat van de politiek – dit dient te komen door aanpassing van de regelgeving.

In dit hoofdstuk bezien we hoe aan dit ‘tekort’ bij de overheidsmedezeggenschap tegemoetgekomen kan worden. We lopen de verschillende mogelijkheden na van aanpassing van de wetgeving en besteden tot slot aandacht aan afspraken die in de cao of per onderneming gemaakt zouden kunnen worden.

## 6.2 Geen bijzondere bepaling opnemen

De WOR regelt de medezeggenschap van werknemers ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer. De besluitvormende bevoegdheid rust echter bij de ondernemer; die wordt door de wet niet aangetast, noch in de private sector, noch in de publieke sector. Daar staat tegenover dat de rol van de medezeggenschap niet vrijblijvend is, hetgeen tot uiting komt door de toetsende rol die aan de rechter is toegekend. De meest vergaande bevoegdheid is het instemmingsrecht, waar de vrijheid van besluiten van een ondernemer het meest wordt ingeperkt. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat het instemmingsrecht betrekking heeft op regelingen die gelden voor in de onderneming personen. Het instemmingsrecht valt naar zijn aard dus onder de uitzondering op de uitzondering in de huidige bepaling. Er is ook in de afgelopen 25 jaar maar één uitspraak geweest waar het primaat van de politiek in relatie tot het instemmingsrecht aan de orde was.<sup>1</sup> Maar ook bij het instemmingsrecht

---

<sup>1</sup> Ktr. Middelburg 3 oktober 2006, JAR 2006/276 (OR gemeente Goes) over openstelling loketten burgerlijke stand op zaterdagochtend.

voorziet de wet in de mogelijkheid voor de ondernemer om vervangende toestemming te vragen aan de kantonrechter indien geen instemming van de ondernemingsraad wordt verkregen. Uit de rechtspraakanalyse (hfdst. 2) blijkt dat alle uitspraken van de Hoge Raad betrekking hadden op de toetsende rol van de Ondernemingskamer in het kader van het adviesrecht. Op grond van artikel 26 lid 4 WOR toetst de rechter de redelijkheid van de belangenafweging die aan het besluit is voorafgegaan. Daarin dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de rechtmatigheidstoets en de doelmatigheidstoets. De laatste valt buiten het bereik van de bevoegdheid van de rechter ex artikel 26 lid 4 WOR. In de Holland Casino beschikking<sup>2</sup> heeft de Hoge Raad benadrukt dat het gaat om een marginale toetsing door de rechter, waarbij er sprake is van beleidsvrijheid voor de ondernemer in het kader van de besluitvorming. Dat geldt dus ook voor besluiten van de overheidsondernemer. Het is dan ook ten principale de vraag of het primaat van de politiek – door het integraal toepassen van de WOR voor de overheidssector en dus door het schrappen van artikel 46d sub b WOR – wordt aangetast. Of in ieder geval of het zo vergaand wordt aangetast dat een bijzondere behandeling van de overheidsondernemer versus de ondernemers in de private sector vereist is.

Uit het behandelde in hoofdstuk 4 blijkt dat in de rechtspraak daar waar het primaat van de politiek geen rol speelt de wijze waarop de WOR door de rechter wordt toegepast soms wel leidt tot interventies in het besluitvormingstraject. Maar het blijft altijd aan de ondernemer om te bepalen wat er besloten gaat worden en niet aan de rechter. Wel treedt de rechter soms corrigerend op in die gevallen waarin de positie of argumenten van de ondernemingsraad te lichtvaardig ter zijde zijn geschoven. Een dergelijke rol van de rechter zou geen reden behoeven te zijn om een bijzondere bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek te handhaven. De rol van de rechter zou beschouwd kunnen worden als een passend correctiemechanisme dat zijn dienst heeft bewezen in de marktsector en op eenzelfde van nut kan zijn in de overheidssector. Het is een belangrijk element van de vormgeving van een volwassen medezeggenschap die de wetgever met de WOR voor ogen staat. Het brengt tot uiting dat de overheid als werkgever waarde hecht aan de stem en inbreng van de uitvoerders van het beleid op een wijze die de WOR voor ogen staat.

### 6.3 Andere vormgeving

Indien de in paragraaf 6.2 besproken optie te vergaand is en ervan uit moet worden gegaan dat er toch behoefte is aan een bijzondere bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek in de WOR, dan is de vraag hoe die vorm te geven. In paragraaf 3.2 is stilgestaan bij de wijze waarop die in de huidige wet is vormgegeven. Het komt erop neer dat met het niet toekennen van overlegrecht aan de ondernemingsraad over aangelegenheden die onder de reikwijdte van het primaat van de politiek vallen, alle bevoegdheden die de WOR toekent aan een ondernemingsraad komen te vervallen. Uit de hoofdstukken 2

---

2 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, AR Updates 2018-0611, m.nt. L.C.J. Sprengers, ARO 2018/89 en JAR 2018/151, m.nt. I. Zaal.

en 3 blijkt dat noch in de wetsgeschiedenis noch in de rechtspraak deze grens zo strak wordt uitgelegd. Er wordt op gewezen en eigenlijk ook wel van uitgegaan dat ondernemingsraden bij de overheid wel betrokken (dienen te) worden bij onderwerpen die onder het primaat van de politiek vallen. Maar dan niet op basis van een recht maar op basis van een gunst. Het is in de huidige wettelijke regeling zo dat het aan de overheidsondernemer is om te beslissen of en wanneer hij de ondernemingsraad erbij betreft. Een zoals de Hoge Raad het aanduidt 'informele' bevoegdheid. Dat is een onvoldoende en te vrijblijvende basis voor de medezeggenschap bij de overheid.

De ratio achter de 'politiek primaat-exceptie' is in essentie vooral gericht op het voorkomen van rechterlijke toetsing van besluiten van overheidsondernemers. Dogmatisch is er zeker iets te zeggen voor de stelling dat besluiten, die worden genomen in het kader van een typisch politiek besluitvormingsproces zoals kabinetsformaties en collegeonderhandelingen op provinciaal of gemeentelijke niveau die in de wetsgeschiedenis vooral als voorbeeld worden aangehaald, niet vatbaar zouden moeten zijn voor een rechterlijke toetsing in het kader van de WOR. Maar dat hoeft natuurlijk niet zonder meer te betekenen dat alle medezeggenschapsbevoegdheden van de aan die onderneming verbonden ondernemingsraad moeten wijken. Het zou wenselijk zijn de reikwijdte van de 'politiek primaat-exceptie' in artikel 46d sub b scherper te omlijnen om te voorkomen dat de inperking van de medezeggenschapsbevoegdheden ten aanzien van aangelegenheden die onder dat primaat vallen verder gaat dan – gezien de ratio van de exceptie – nodig is. Zo'n scherpere omlijning kan worden bereikt door de 'politiek primaat-exceptie' niet te relateren aan het overlegrecht van artikel 23 WOR, maar aan bijzondere bevoegdheden van de ondernemingsraad, het adviesrecht (art. 25 WOR) en/of instemmingsrecht (art. 27 WOR). Aan die specifieke rechten zijn immers de verdergaande toetsende bevoegdheden van de rechter gekoppeld. Aldus wordt gewaarborgd dat aangelegenheden waarop het politiek primaat rust, op zich zelf vatbaar zijn voor overleg tussen ondernemer en ondernemingsraad en dat de ondernemingsraad ten aanzien van die aangelegenheden alle in de WOR verankerde bevoegdheden heeft; alleen het advies- en/of instemmingsrecht (en de daaraan verbonden beroepsrechten) zijn daarvan dan uitgezonderd.

Daarbij is het de vraag of het maken van een uitzondering ten aanzien van het instemmingsrecht wel vereist is. Immers, zoals hiervoor in paragraaf 6.2 reeds is aangehaald, heeft het instemmingsrecht betrekking op regelingen op het terrein van het sociaal beleid en de (secundaire) arbeidsvoorwaarden die gezien de huidige wettekst vallen onder de 'uitzondering op de uitzondering'. Dus nu reeds is het instemmingsrecht voor ondernemingsraden bij de overheid in volle omvang van toepassing. Gevolg daarvan is dat het logisch lijkt om de bepaling over het primaat van de politiek dan ook alleen op te nemen bij het adviesrecht, zoals geregeld in artikel 25 WOR.



## 6.4 Reikwijdte inperken

### 6.4.1 Democratische gecontroleerde overheidsorganen

Ook ten aanzien van de vraag of elk besluit dat wordt genomen in een meer omvattend besluitvormingsproces waarin (ook) een rol wordt gespeeld door een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan, daarmee onder het beschermingsbereik van het politiek primaat valt, is een scherpere afbakening op haar plaats. In de WOR zijn de bevoegdheden van de ondernemingsraad gekoppeld aan voorgenomen besluiten van de 'ondernemer.' Dat is de publiekrechtelijke rechtspersoon. Dit is een andere vormgeving dan bijvoorbeeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) waar het niet gaat om besluiten van de publiekrechtelijke rechtspersoon maar om besluiten van het bestuursorgaan. Door de systematiek van de WOR kunnen de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de overheid zich ook uitstrekken tot besluiten van de politieke organen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dat niet de bedoeling was. Het begrip ondernemer uit de WOR is wel aangehouden, ook voor de overheid, maar in de toelichting op artikel 46d sub d WOR is duidelijk gemaakt dat het primaat van de politiek betrekking heeft op besluiten van democratische gecontroleerde overheidsorganen. Wetssystematisch niet fraai om dit niet in de wettekst tot uiting te brengen. Uit de rechtspraak blijkt dat bij het begrip besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen wordt aangesloten. Vervolgens wordt dit begrip zo ruim uitgelegd (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2 naar aanleiding van Beschikking 8 inzake Regionale eenheid Politie Oost Brabant) dat het erop neerkomt dat besluiten die in mandaat genomen zijn namens de Minister of het College van B&W, onder de reikwijdte van het primaat van de politiek worden gebracht. Dit is wel erg ver verwijderd van de in de wetsgeschiedenis aangehaalde voorbeelden van aangelegenheden waar bescherming van het politiek primaat noodzakelijk werd geacht (kabinetsformatie, collegeonderhandelingen, departementale herindeling, privatisering). Gaat de uitleg die in de rechtspraak aan dit begrip wordt toegekend niet te ver en moet dat niet meer begrensd worden?

Dat zou kunnen door in de wettekst dan wel in de toelichting expliciet te bepalen dat onder besluiten van democratisch gecontroleerd overheidsorganen alleen de besluiten vallen die rechtstreeks genomen worden door de politieke organen, te weten de volksvertegenwoordiging of de politieke organen en functionarissen. Daarbij zou verwezen kunnen worden naar het in artikel 46d sub a WOR opgenomen lijstje van (politieke) functionarissen die in het kader van de WOR niet als bestuurder kunnen worden aangemerkt.<sup>3</sup>

---

3 Voor de toepassing van deze wet wordt als bestuurder in de zin van deze wet niet aangemerkt: 1°. bij een ministerie: de minister of een staatssecretaris; 2°. bij een provincie: de commissaris van de Koning, een lid van gedeputeerde staten of een lid van provinciale staten; 3°. bij een gemeente: de burgemeester, een lid van het college van burgemeester en wethouders of een lid van de gemeenteraad; 4°. bij een waterschap: de voorzitter, een lid van het dagelijks bestuur van een waterschap of een lid van het algemeen bestuur; 5°. bij de Kamers der Staten-Generaal: de voorzitter van de Kamer of een lid; 6°. bij de Raad van State: de vice-president of een lid; 7°. bij de Algemene Rekenkamer: de president of een lid van de Algemene Rekenkamer; 8°. bij de Nationale ombudsman: de Nationale ombudsman of een substituut-ombudsman.

#### 6.4.2 Democratisch genomen besluiten

In dit kader is het interessant om te kijken naar de wijziging die heeft plaatsgevonden in de Ontslagregeling naar aanleiding van de invoering van de Wnra. Na invoering van de Wnra is de preventieve ontslagtoets bij bedrijfseconomische ontslagen door het UWV ook van toepassing op de arbeidsrelatie tussen een ambtenaar/overheidswerknemer en een overheidswerkgever. Daarbij is aandacht besteed aan de mate waarin het UWV – in het kader van de toetsing of er een bedrijfseconomische noodzaak is – bij de beoordeling of toestemming verleend moet worden om tot een ontslag over te gaan, zich dient te buigen over door de politiek genomen besluiten. In de Ontslagregeling is een nieuw artikel 2a toegevoegd dat als volgt luidt:

**‘Artikel 2a. Beoordeling noodzaak verval van arbeidsplaatsen bij democratisch genomen besluiten die betrekking hebben op overheidswerkgevers**

Een overheidswerkgever die bij het UWV een schriftelijk verzoek indient om toestemming om op te zeggen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, geeft aan in het schriftelijk verzoek op welke wijze, binnen de democratische structuur waarin de overheidswerkgever opereert een bepaalde organisatie dan wel een onderdeel van een bepaalde overheidsorganisatie wordt opgeheven, gereorganiseerd of gekort dient te worden. De overheidswerkgever geeft daarbij concreet aan hoe de beslissing om de organisatie te veranderen tot stand is gekomen en welke, indien aan de orde, democratisch genomen besluiten aan de beslissing om toestemming te vragen om op te zeggen ten grondslag liggen.’

Wat opvalt is dat hier het beslissende criterium is ‘democratisch genomen besluiten’ en niet het begrip dat op grond van de wetsgeschiedenis van de WOR in de rechtspraak wordt gehanteerd: besluiten van democratisch gecontroleerde overheidsorganen. In de toelichting op deze nieuwe bepaling in de Ontslagregeling<sup>4</sup> wordt de keuze voor dit begrip als volgt toegelicht:

‘Als gevolg van de Wnra zal UWV ook toestemmingsverzoeken van overheidswerkgevers voor ontslag moeten toetsen. Dit is aanleiding om de ontslagregeling aan te passen en te verduidelijken hoe in geval van een verzoek van een overheidswerkgever de bedrijfseconomische omstandigheden bij die overheidswerkgever worden getoetst, wanneer het verval van arbeidsplaatsen het gevolg is van een democratisch genomen besluit. Geregeld wordt dat de overheidswerkgever bij zijn verzoek dient te onderbouwen of, en zo ja welke democratisch genomen besluiten aan het verval van arbeidsplaatsen ten grondslag liggen. Van een democratisch genomen besluit is sprake als het een besluit betreft dat genomen is door een democratisch gekozen overheidsorgaan. Er is uitdrukkelijk voor de bewoording democratisch genomen besluit gekozen, om tot uitdrukking te brengen dat hiermee niet bedoeld de op het politiek primaat zoals opgenomen in de Wet op Ondernemingsraden.

---

4 Stcrt. 17 december 2019, 68450.

Als sprake is van een democratisch genomen besluit, zal UWV dat besluit als vaststaand feit aanvaarden. Het democratisch genomen besluit wordt als zodanig niet getoetst. De wijze waarop het besluit wordt uitgevoerd moet de overheidswerkgever zich wel verantwoorden. Bij de toetsing daarvan past, net als bij de private werkgevers, terughoudendheid. Het UWV mag niet op de stoel gaan zitten van de werkgever en toetst de wijze waarop het besluit wordt uitgevoerd dus marginaal. Ook de overheidswerkgever moet zijn onderneming naar eigen inzicht kunnen inrichten.'

Uit deze toelichting blijkt dat de bepaling over het primaat van de politiek geregeld in de WOR als ruimer wordt beschouwd dan het begrip democratisch genomen besluit dat in de ontslagregeling is geïntroduceerd. Voor de toetsing door het UWV van de overheidsbesluitvorming wordt het in de WOR gehanteerde begrip als te ruim beschouwd. De vraag kan worden gesteld, nu de grens in het kader van de toetsende rol door het UWV wordt getrokken bij democratisch genomen besluiten, of dat ook niet een grens zou kunnen zijn die in de WOR geïntroduceerd zou kunnen worden. De passage over de begrenzing van de toetsing zoals die door het UWV plaatsvindt ten aanzien van de bedrijfseconomische noodzaak is ook van toepassing op de marginaal toetsende rol door de Ondernemingskamer, zoals door de Hoge Raad nog is bevestigd in de Holland Casino-beschikking.

## 6.5 Rechterlijke toetsing

Hier zit de angel als gekeken wordt naar wetsgeschiedenis en rechtspraak. Het belangrijkste doel van de wetgever is geweest om rechterlijke bemoeienis ten aanzien van politieke besluiten en afwegingen buiten de deur te houden. Uit de rechtspraakanalyse blijkt dat dit zich met name toespitst op geschillen met betrekking het adviesrecht en de daarin voorziene bevoegdheid van de Ondernemingskamer om te toetsen of het besluit bij afweging van alle belangen in redelijkheid genomen had kunnen worden. Uitgaande van de wens om het belang van deze doelstelling te blijven borgen in de WOR, zou in plaats van de huidige systematiek overwogen kunnen worden dit anders vorm te geven. We noemen hier een aantal opties over hoe dit anders vorm te geven:

1. *Optie 1.* Het adviesrecht geldt in zijn volle omvang, ook in aangelegenheden die onder het bereik van het politiek primaat vallen, zelfs met inbegrip van het beroepsrecht ex artikel 26 WOR. Wel zal hebben te gelden dat de Ondernemingskamer, voordat zij tot een inhoudelijke behandeling komt, eerst moet beoordelen en beslissen of naar haar oordeel de aangelegenheid (geheel dan wel gedeeltelijk) valt onder het politiek primaat. Indien dat het geval is, zal de Ondernemingskamer zich onbevoegd moeten verklaren. Partijen krijgen de gelegenheid hun standpunt daarover eerst aan de rechter kenbaar te maken. Dit scenario leidt ertoe dat de ondernemingsraad zijn volwaardige adviesrol kan spelen en de overheidsondernemer bij het nemen van het besluit rekening kan houden met het advies van de ondernemingsraad, maar niet blootgesteld is aan het potentiële risico van een rechterlijke toetsing van zijn besluit, als en voor zover het besluit valt onder het politiek primaat.

2. *Optie 2.* Een andere mogelijkheid is om uit te sluiten dat ter zake van een besluit met een politiekprimaatelement, de rechter voorzieningen kan opleggen. Dat zou er dan op neerkomen dat de rechter niet verder kan gaan dan te bepalen dat het besluit kennelijk onredelijk is. Ook bij een dergelijke ingreep heeft de ondernemingsraad de gelegenheid om volwaardig en via een adviesprocedure, zoals voorzien in artikel 25 WOR, een rol te spelen in de desbetreffende besluitvorming.
3. *Optie 3.* Denkbaar is te voorzien in een drempel voor rechterlijke toetsing van besluiten die (geheel of gedeeltelijk) vallen onder het politiek primaat, aldus dat rechterlijke toetsing slechts mogelijk is als dat is overeengekomen en vastgelegd in een op de onderneming toepasselijke cao of publiekrechtelijke regeling dan wel in een ondernemingsovereenkomst ex artikel 32 lid 2 WOR. Er zal dan wel gewaarborgd moeten zijn dat de rechter zijn bevoegdheid en rechtsmacht om over het besluit in rechte te oordelen aan een dergelijke overeenkomst of publiekrechtelijke regeling kan ontleen.<sup>5</sup>
4. *Optie 4.* Ten slotte, als zou blijken dat geen van de voorgaande opties levensvatbaar is, zou het ‘tekort’ in de overheidsmedezeggenschap in belangrijke mate verkleind kunnen worden door in de wet te verankeren dat de ondernemingsraad zijn bevoegdheden (ook) ten volle kan uitoefenen als het betreft aangelegenheden waarop (geheel of gedeeltelijk) het politiek primaat rust, met dien verstande dat rechtsmiddelen tegen besluiten over aangelegenheden in de zin van artikel 25 WOR niet openstaan. Aldus ontstaan er adviesrechten, maar zonder het beroepsrecht van artikel 26 WOR. Een wettelijke uitsluiting van het sanctieapparaat dat gekoppeld is aan artikel 27 WOR (instemmingsrecht) kan naar ons oordeel achterwege blijven, omdat – zoals eerder opgemerkt aan het slot van paragraaf 6.3 – het instemmingsrecht nu reeds overkort valt onder de bevoegdheden van de overheidsondernemingsraad.

## 6.6 Cao’s bij de overheid

De WOR is een minimumwet. Het is mogelijk om bij cao de bevoegdheden van ondernemingsraden bij de overheid uit te breiden (art. 32 lid 1 WOR). Het is niet mogelijk alle geuite kritiek op de consequenties van de wettekst en de uitleg daarvan in de rechtspraak over het primaat van de politiek bij cao te onderwerpen. Daarvoor is aanpassing van de wet, op een of meer onderdelen, nodig, zoals hiervoor in dit hoofdstuk besproken.

Maar in cao’s kan wel ook aandacht besteed worden aan de rol van de OR bij besluitvorming, ook wanneer een aangelegenheid op grond van de WOR valt onder het primaat van de politiek, dus in de fase voordat er sprake is van een voorgenomen besluit dat strekt tot regelen van de personele gevolgen.

Gedacht kan worden aan invulling geven aan de rol van de OR bij besluitvormingstrajecten over:

- departementale herindeling, gemeentelijke herindeling;
- overdracht taken/privatisering;
- huisvestingsbeleid/besluiten;

---

<sup>5</sup> HR 17 maart 1993, JAR 1993/77 (OR/Smitvlootbeheer).

- inkrimping/uitbreiding werkzaamheden;
- innovatie/ ict.

Het komt geregeld voor dat cao-partijen, bijvoorbeeld in het kader van het werk-naar-werk beleid, in aanvulling op hetgeen in de WOR is geregeld, beschrijven op welke momenten en welke wijze de ondernemingsraad bij een aangelegenheid betrokken dient te worden. Gezien de stand van de rechtspraak van de Hoge Raad (zie par. 2.2, Beschikking 7) is het niet mogelijk dat bijvoorbeeld bij het toekennen van een extra bevoegdheid in het kader van het adviesrecht, daarmee ook de toepasselijkheid van de procedure bij de Ondernemingskamer kan worden gerealiseerd. Indien cao-partijen in een voorkomend geval daar toch behoefte aan hebben, is het raadzaam deze toegang tot de Ondernemingskamer expliciet in de cao te vermelden. Mogelijk dat dat de situatie anders maakt dan het geval dat door de Hoge Raad is getoetst (de zaak betreffende de gemeente Maastricht), waar bij de toekenning van een extra adviesbevoegdheid niet expliciet over het van toepassing zijn van de beroepsgang naar de Ondernemingskamer was gesproken.

## 6.7 Ondernemingsovereenkomst

In artikel 32 lid 2 WOR wordt ook de mogelijkheid geboden de bevoegdheden van de ondernemingsraad uit te breiden bij ondernemingsovereenkomst. Dit kan zowel op een overkoepelend niveau aan de orde zijn, waar overheidsondernemer en een centrale of groepsondernemingsraad afspraken kunnen maken die voor de gehele overheidsorganisatie gaan gelden met alle daaronder vallende ondernemingsraden, maar kan ook op lokaal niveau aan de orde zijn. Als voorbeelden waarop dit betrekking kan hebben, kan verwezen worden naar dezelfde onderwerpen als in paragraaf 6.6. Ook hierbij geldt de opmerking ten aanzien van het van toepassing verklaren van de procedure bij de Ondernemingskamer zoals in paragraaf 6.6 gemaakt.

Het zal in de praktijk gaan over invulling van de rol van de medezeggenschap bij bepaalde aangelegenheden in de voorfasen, in de fasen voordat de personele gevolgen concreet geregeld gaan worden. Naarmate de afspraken meer betrekking hebben op een rol van de ondernemingsraad voorafgaand aan de besluitvorming in bepaalde fasen door de democratische gecontroleerd overheidsorganen is het wel van belang dat dit niet alleen wordt afgesproken tussen de ondernemingsraad en de ambtelijke top, maar dat ook het betrokken politieke orgaan de afspraken onderschrijft.



# 7 Conclusies en aanbevelingen

P.A.M. Witteveen, S.F.H. Jellinghaus, R.J.M. Hampsink, E. Unger & L.C.J. Sprengers

## 7.1 Conclusies

Vanaf de invoering van de WOR bij de overheid heeft artikel 46d aanhef en sub b (de bepaling over het zogenaamde politiek primaat) de gemoederen behoorlijk beziggehouden. Artikel 46d aanhef en sub b WOR beperkt de bevoegdheden van de (overheids)ondernemingsraad, in die zin dat medezeggenschap wordt uitgesloten bij aangelegenheden waarop het ‘politiek primaat’ rust. Deze uitsluiting geldt echter weer niet indien en voor zover de besluitvorming over de desbetreffende aangelegenheid tevens in het bijzonder is gericht op de regeling van de personele gevolgen en deze personele gevolgen niet onlosmakelijk aan het betrokken besluit zijn verbonden.

De wetsgeschiedenis (die uitvoerig is geanalyseerd in hoofdstuk 3) laat zien dat de wetgever heeft gehinkt op twee (principiële en in zekere zin tegengestelde) gedachten. De eerste gedachte betreft het uitgangspunt dat de medezeggenschap in de overheidssector marktconform moet zijn en op dezelfde wijze moet zijn geregeld als de medezeggenschap in de private sector. De andere gedachte berust op de notie dat de bescherming van het politiek primaat vergt dat er voor overheidsmedezeggenschap een zekere begrenzing moet gelden.

In hoofdstuk 2 is de rechtspraak van de Hoge Raad geanalyseerd. De Hoge Raad heeft de ruimte die er in het licht van de wetsgeschiedenis is voor een royaler dan wel beperkte(re) uitleg van de ‘politiek primaat-exceptie’, ingekaderd. Om het anders te zeggen: bij de uitleg van de uitsluiting van medezeggenschap voor de overheidsondernemingsraad in verband met het politiek primaat heeft de Hoge Raad meer gewicht toegekend aan die elementen uit de wetsgeschiedenis waarbij de bescherming van het politiek primaat vooropstond en daarmee dus minder gewicht toegekend aan de elementen waarbij marktconformiteit vooropstond. Overheidsmedezeggenschap werd, als gevolg van die uitleg, verder begrensd dan wat zou zijn gaan gelden als de Hoge Raad, meer in lijn van de (voorafgaande) rechtspraak van de Ondernemingskamer, het accent zou hebben gelegd op de wetshistorische argumenten, waarbij het zwaartepunt is gelegd bij marktconformiteit.

In de praktijk bestaat daarover het nodige ongenoegen en onbegrip. De slinger lijkt – na 25 jaar rechtspraak over de uitleg van het politiek primaat – te ver te zijn doorgeslagen, ten nadele van de positie van de overheidsondernemingsraad. Het ‘tekort’, waar het gaat om de overheidsmedezeggenschap, doet afbreuk aan de kwaliteit van de besluitvorming bij de overheidsonderneming. De inbreng vanuit de ondernemingsraad, die het personeel van de overheidsondernemer vertegenwoordigt, kan immers tot gevolg hebben dat er wezenlijke elementen

aan het besluitvormingsproces en daarmee aan het besluit worden toegevoegd. Bovendien kan daarmee het draagvlak voor een te nemen besluit worden vergroot, hetgeen ook de uitvoering van het besluit ten goede kan komen. In die zin is het betreuenswaardig dat de hiervoor genoemde ‘voordelen’, die er zijn bij de beperkte uitleg, worden gemist. Dat vanuit de wetgever en de rechtspraak aldoo wordt bepleit dat het aanbeveling verdient de ondernemingsraad toch tijdig, in het voortraject, bij overheidsbesluitvorming te betrekken, is een aardige geste, maar tegelijk ook wel enigszins gratuit.

Als auteurs van deze publicatie bepleiten wij dan ook dat er concrete stappen worden gezet om tegemoet te komen aan het ‘tekort’ in de overheidsmedezeggenschap dat is ontstaan als gevolg van de uitleg die tot dusverre aan de politiekprimaatexceptie is gegeven. Daarvoor is een aanpassing in de huidige regelgeving nodig.

In hoofdstuk 6 hebben wij een uitgebreid pallet geschetst van uiteenlopende mogelijkheden om – via aanpassing van de regelgeving – iets wezenlijks aan dat ‘tekort’ te doen. Hierna beschrijven wij wat er – naar ons gezamenlijk oordeel en kijkend naar de diverse opties, de haalbaarheid en de effectiviteit daarvan – nu zou moeten gebeuren.

## 7.2 Aanbevelingen

### Aanbeveling 1

In artikel 46d aanhef en sub b WOR moet expliciet tot uitdrukking worden gebracht dat niet élk besluit dat wordt genomen in een besluitvormingsproces waarin (ook) een rol wordt gespeeld door een democratisch gecontroleerd orgaan, daarmee automatisch onder het ‘politiek primaat’ valt. Vastgelegd moet worden dat het beschermingsbereik van het politiek primaat zich beperkt tot (enkel) besluiten *die door democratisch gecontroleerde overheidsorganen zelf worden genomen*. Dit beschermingsbereik moet in de wettekst worden verankerd en anders expliciet in de toelichting op de wet worden benoemd.

### Aanbeveling 2

Vastgelegd moet worden (door precisering in de wettekst of door uitleg in de toelichting) dat het beschermingsbereik van het politiek primaat is begrensd tot besluiten als bedoeld in artikel 25 WOR die aangelegenheden betreffen waarbij de politieke afweging van dominante en/of doorslaggevende betekenis is. Hierbij valt te denken dat het gaat om de voorbeelden die in de wetsgeschiedenis zijn genoemd, zoals besluitvorming in het kader van een kabinetsformatie of collegeonderhandelingen, departementale herindeling of privatisering. Het is van belang om duidelijk te onderscheiden dat het politiek primaat niet van toepassing is op besluiten die voornamelijk om redenen van bedrijfseconomische, bedrijfsorganisatorische en/of bedrijfssociale aard tot stand komen, zoals dat ook in de marktsector het geval is.

### Aanbeveling 3

De ‘politiekprimaatexceptie’ (zoals bedoeld in de aanbevelingen 1 en 2) moet scherper worden omlijnd en ingekaderd door – via een expliciete, daartoe strekkende bepaling – de uitsluiting van medezeggenschap in die gevallen



enkel en specifiek te relateren aan het adviesrecht van artikel 25 WOR. De uitsluiting van bevoegdheden wordt dan dus niet (langer) gekoppeld aan het overlegrecht van de ondernemingsraad.

#### **Aanbeveling 4**

Een overheidsondernemingsraad heeft ten aanzien van alle aangelegenheden, dus ook ten aanzien van elk voorgenomen besluit van een overheidsondernemer (ongeacht welk orgaan/wie het neemt en in welke context het wordt genomen) en voorafgaand aan een definitief te nemen besluit, het volwaardig adviesrecht als bedoeld in artikel 25 WOR (ook als op het besluit naar de aard daarvan een politiek primaat rust). Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het ook voor een overheidsondernemer van belang is om bij de besluitvorming vooraf kennis te kunnen hebben van de opvatting van de vertegenwoordiging van het personeel, een van de belangrijke functies van het adviesrecht zoals in de WOR geregeld.<sup>1</sup> Als onderdeel van deze aanbeveling 4 geldt echter ook dat een overheidsondernemingsraad tegen een besluit in de zin van artikel 25 WOR dat valt in de categorie waarop volgens aanbeveling 2 een politiek primaat karakter rust, geen beroep ex artikel 26 WOR kan instellen, behoudens indien en voor zover het besluit (tevens) in het bijzonder is gericht op de regeling van de personele gevolgen. Een variant die wij echter zeker ook ter overweging willen bepleiten en aanbevelen, luidt dat (in plaats van het volledig uitsluiten van de mogelijkheid beroep in te stellen) de beroepsmogelijkheid voor een overheidsondernemingsraad wordt beperkt, aldus dat deze ondernemingsraad wel beroep ex artikel 26 WOR kan instellen, maar dat de Ondernemingskamer geen (voorlopige) voorzieningen kan treffen. De (declaratoire) uitspraak van de Ondernemingskamer dat het besluit kennelijk onredelijk is, laat daarmee de gevolgen van het genomen besluit in stand. Het verkrijgen van een uitspraak van de Ondernemingskamer kan bijvoorbeeld van belang zijn met het oog op het verkrijgen van duidelijkheid over de bevoegdheden van de ondernemingsraden in toekomstige vergelijkbare situaties.

#### **Aanbeveling 5**

Bij een op de onderneming toepasselijke cao, publiekrechtelijke regeling, dan wel een ondernemingsovereenkomst in de zin van artikel 32 WOR, kan de overheidsondernemingsraad een adviesrecht worden toegekend ten aanzien van (voorgenomen) besluiten ten aanzien waarvan – zonder een zodanige toekenning – geen adviesrecht zou bestaan. In dat geval kan – aan een aldus toegekend adviesrecht – tevens het beroepsrecht als voorzien in artikel 26 WOR worden toegekend.

---

<sup>1</sup> Zo heeft de Ondernemingskamer ook in haar eerste uitspraak op grond van art. 26 WOR in 1980 in de Linge zaak uiteengezet: gerechtshof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981/271.



# Over de auteurs

## **Steven Jellinghaus**

advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators te Tilburg en als universitair docent verbonden aan het departement Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Tilburg University

## **René Hampsink**

advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht

## **Loe Sprengers**

advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en verbonden aan de sectie Arbeidsrecht Erasmus School of Law

## **Els Unger**

advocaat bij Unger Nolet Advocaten te Amsterdam

## **Paul Witteveen**

advocaat bij Boontje Advocaten te Amsterdam

