

Veilig onder de vleugels van de wet... of toch niet?

De wetgever heeft regels opgesteld voor de bescherming van de rechtspositie van OR-leden en andere personen die zich bezig houden of hielden met medezeggenschapstaken. Uit de rechtspraak en de praktijk blijkt dat velen nog altijd in de veronderstelling zijn dat een ondernemer deze personen kan afrekenen op het OR-werk of dat juist het standpunt wordt ingenomen dat deze leden nooit kunnen worden ontslagen. Tijd om nader in te gaan op de bescherming voor OR-leden en door wie en wanneer daar een beroep op kan worden gedaan.

Het is toe te juichen dat er medewerkers zijn die zich willen inzetten voor de medezeggenschap binnen een onderneming. Een lid van een medezeggenschapsorgaan vervult een waardevolle, maar soms ook lastige taak. Hij mag meepraten over belangrijke voorgenomen besluiten van de ondernemer en wil daarop ook invloed kunnen uitoefenen. Dit betekent dat een medezeggenschapslid kritisch moet kunnen en durven zijn tegenover de ondernemer. Aan de andere kant blijft hij ook gewoon als werknemer zijn eigen functie uitoefenen. Kortom, een OR-lid heeft twee petten op binnen de onderneming, de werknemerspet en de medezeggenschapspet.

De twee petten en daarmee samenhangende rollen leiden ertoe dat leden van de medezeggenschap (OR-leden) soms een kwetsbare positie hebben. Om dit te voorkomen, heeft de wetgever regels opgesteld voor de bescherming van OR-leden. Als uitgangspunt voor deze bescherming geldt artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). In dit artikel is de zorgplicht voor de ondernemer opgenomen. De ondernemer moet zorgen voor de bescherming van personen die zich bezig houden of hielden met medezeggenschapstaken.

De volgende vijf categorieën personen kunnen een beroep doen op artikel 21 WOR:

- degene die het initiatief neemt of heeft genomen tot het instellen van een ondernemingsraad;
- degene die op een kandidatenlijst voor de ondernemingsraad staat of heeft gestaan;
- degene die lid is of is geweest van de ondernemingsraad;
- degene die lid is of is geweest van een commissie van de ondernemingsraad;
- degene die als secretaris aan de ondernemingsraad is toegevoegd.

De ondernemer moet regels stellen om benadeling van deze personen te voorkomen. Uitgangspunt daarbij is dat zij geen schade mogen oplopen in hun positie als werknemer als gevolg van het medezeggenschapswerk dat zij verrichten. Dit brengt mee dat de te bieden bescherming uiteenvalt in twee onderdelen:

1. bescherming binnen de onderneming;
2. ontslagbescherming .

Geen benadeling

Een gewone werknemer mag niet worden benadeeld, omdat hij medezeggenschapswerkzaamheden uitvoert. Dit betekent dat hij dezelfde kansen en mogelijkheden zou moeten hebben en blijven houden als andere werknemers binnen de onderneming. Het is verstandig als een ondernemingsraad (OR) en de ondernemer hierover duidelijke afspraken maken. Te denken valt hierbij aan onderwerpen als:

- Behoud van loon – Een OR-lid heeft recht op de volledige beloning, ook gedurende de tijd dat er OR-werkzaamheden worden verricht (zie art. 17 WOR). Daarnaast kan men afspraken maken over een extra compensatie voor medezeggenschapswerk dat buiten werktijd wordt verricht.
- Tijdbesteding – Uit de artikelen 17 en 18 WOR volgt dat OR-overleg zoveel als mogelijk binnen werktijd mag plaatsvinden, evenals overleg met de achterban. De ondernemer moet OR-leden hiertoe in de gelegenheid stellen. Daarnaast moet de ondernemer er ook voor zorgen dat OR-leden kunnen blijven functioneren als werknemer. Er zullen dan ook afspraken moeten worden gemaakt over het aantal uur dat de werknemer aan OR-werkzaamheden mag besteden en het

tip

PERSOONLIJKE AFSPRAKEN

Het is voor een OR-lid raadzaam om de algemene afspraken die tussen OR en ondernemer zijn gemaakt voor zichzelf in te vullen en als richtsnoer te gebruiken bij de persoonlijke afspraken met de leidinggevende over de invulling van de eigen functie en het OR-lidmaatschap. Een schriftelijke vastlegging is aan te raden. Ook is het verstandig tijdig afspraken te maken over de hervatting en invulling van de eigen werkzaamheden als het einde van de zittingstermijn van de OR in zicht komt.

aantal uur dat de gewone functie moet worden uitgeoefend. De uitgangspunten hiervoor zijn opgenomen in artikel 18 lid 3 WOR, maar afwijkende afspraken kunnen worden overeengekomen. Het is bijvoorbeeld niet ongebruikelijk dat bij professionele ondernemingsraden leden (gedeeltelijk) worden vrijgesteld van hun eigen werkzaamheden.

- **Beoordeling en functioneren** – Voor OR-leden moet duidelijk zijn hoe de beoordeling van hun functioneren plaatsvindt. Uiteraard moet dit gebeuren op gelijke wijze als de beoordeling van andere werknemers. Maar hoe wordt bijvoorbeeld omgegaan met een gedeeltelijke vrijstelling van werk om OR-werkzaamheden te kunnen verrichten? Kunnen deze werknemers dan aanspraak maken op dezelfde salarisverhogingen bij goed functioneren, enzovoort?
- **Behoud van promotiekansen** – Uitgangspunt hierbij is dat OR-leden dezelfde en/of gelijkwaardige mogelijkheden moeten behouden als hun collega's die geen OR-lid zijn.
- **Aanspraak op bonusregelingen of eindejaarsuitkering** – Ook hierbij geldt dat OR-leden dezelfde kans op een bonus of andere uitkering moeten hebben als werknemers die geen OR-werkzaamheden verrichten. Dit kan in de praktijk tot problemen leiden, want wat als de aanspraak op een bonus omzet gerelateerd is? Worden de doelstellingen van OR-leden in dat geval bijgesteld?
- **Scholingsmogelijkheden** – Zowel als werknemer en als OR-lid moet een werknemer zich blijven ontwikkelen. In beide rollen moet men dus in de gelegenheid worden gesteld zich te scholen.
- **Functionievulling na afloop** – Het OR-lidmaatschap is niet oneindig, het is dan ook van belang dat men na afloop hiervan weer terug kan vallen op de eigen functie. Het is aan te raden om bij een (gedeeltelijke) vrijstelling van het eigen werk een terugkeergarantie overeen te komen voor de eigen of een andere gelijkwaardige functie.

Dergelijke afspraken kunnen worden vastgelegd in een ondernemingsovereenkomst of convenant tussen de OR en de ondernemer of in een sociaal statuut, zoals de Sociaal Economische Raad voorstelt. Dit zijn echter meestal algemene regelingen en afspraken. Het is verstandig om als individueel OR-lid daarnaast persoonlijke afspraken te maken en deze tijdig te evalueren.

Ontslagbescherming

In 1999 heeft de wetgever de ontslagbescherming voor OR-leden vanuit de WOR overgeheveld naar het Burgerlijk Wetboek (BW). Als gevolg hiervan geldt deze ontslagbescherming alleen voor werknemers en niet voor ambtenaren. Voor ambtenaren geldt immers een gesloten systeem van ontslaggronden. Uit de praktijk volgt echter dat ook een ontslagbesluit van een ambtenaar dat samenhangt met zijn medezeggenschapstaken niet geoorloofd is en geen stand zal houden. In het vervolg beperken we ons tot de ontslagbescherming zoals die is opgenomen in het BW.

De ontslagbescherming in het BW valt uiteen in twee onderdelen: het opzegverbod en de voorafgaande toestemming van de kantonrechter.

Opzegverbod

Het is voor een ondernemer niet mogelijk om de arbeidsovereenkomst van een OR-lid gedurende het OR-lidmaatschap eenzijdig op te zeggen. Dit betekent dat een ondernemer de arbeidsovereenkomst ook niet kan opzeggen nadat het UWV hiervoor een ontslagvergunning heeft verleend. Dit opzegverbod (art. 7:670 lid 4 sub 1 BW) geldt voor leden van een ondernemingsraad (OR), centrale ondernemingsraad (COR), groepsondernemingsraad (GOR), een vaste commissie, een onderdeelcommissie van deze raden of een personeelsvertegenwoordiging (PVT).

Als een ondernemer toch de arbeidsovereenkomst van een van deze leden eenzijdig opzegt, ook dus als er een ontslagvergunning door UWV is verleend, dan kan het lid de vernietigbaarheid van deze opzegging inroepen. Dit moet wel binnen twee maanden na de opzegging gebeuren.

Voorafgaande toestemming kantonrechter

Het opzegverbod geldt alleen gedurende het OR-lidmaatschap. Om ook medewerkers die zich hebben ingezet voor de medezeggenschap of zich daarvoor beschikbaar hebben gehouden de nodige bescherming te bieden, heeft een ondernemer voorafgaande toestemming van de kantonrechter nodig als hij de arbeidsovereenkomst van een van de volgende personen eenzijdig wenst op te zeggen (art. 7:670a BW):

- degene die op een kandidatenlijst is geplaatst voor een OR of PVT;
- degene die korter dan twee jaar geleden lid is geweest van een OR, COR, GOR, een commissie daarvan of een PVT of van een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese OR, een SE OR of SCE OR in de zin van de Europese Wet op de Ondernemingsraden en de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen;
- degene die korter dan twee jaar geleden is opgetreden als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers;
- degene die lid is van een voorbereidingscommissie van de OR, COR of GOR;
- de deskundige werknemer in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet;
- een functionaris voor gegevensbescherming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.

De ondernemer moet voorafgaande toestemming vragen aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst met een van genoemde personen op te zeggen. Daarbij moet hij aannemelijk maken dat de opzegging geen verband houdt met het OR-lidmaatschap of de OR-werkzaamheden die zijn of worden verricht. Als de kantonrechter hiervan overtuigd is, zal er toestemming worden verleend. Vervolgens moet de werkgever de gebruikelij-

ke bepalingen inzake opzegging van de arbeidsovereenkomst in acht nemen. Dat betekent dat bij het UWV een ontslagvergunning moet worden aangevraagd en dat na toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn.

Ontbinding arbeidsovereenkomst mogelijk

Het OR-lidmaatschap betekent dus niet dat men volledig en altijd beschermd is tegen eenzijdige opzegging van de arbeidsovereenkomst door de ondernemer. Dit volgt ook uit het feit dat de mogelijkheid blijft bestaan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen bij de kantonrechter, ook als het gaat om OR-leden. De ondernemer kan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst van deze leden te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW. Toch is het opzegverbod ook hier niet zonder betekenis. OR-leden die te maken krijgen met een ontbindingsverzoek doen er daarom verstandig aan een beroep te doen op de zogenaamde reflexwerking van het opzegverbod. Ook de kantonrechter zal zelfstandig bekijken of sprake is van een opzegverbod.

Is er sprake van een opzegverbod, dan moet de kantonrechter oordelen of dit verband houdt met de reden van het ontbindingsverzoek. Zo ja, dan zal de kantonrechter in beginsel het ontbindingsverzoek afwijzen, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn waardoor de ontslagbescherming opzij moet worden gezet. Dit laatste gebeurt alleen in uitzonderlijke situaties. Als er geen verband is tussen de reden van het ontbindingsverzoek en het opzegverbod, dan moet de kantonrechter beoordelen of er gewichtige redenen bestaan om het dienstverband te beëindigen. Er vindt in dat geval een gebruikelijke beoordeling van het ontbindingsverzoek plaats. Het is dus mogelijk een arbeidsovereenkomst van een OR-lid te ontbinden als de reden van de ontbinding niet samenhangt met het OR-lidmaatschap. Dit is bijvoorbeeld het geval als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd wegens bedrijfseconomische redenen. Dit doet zich nu in de praktijk veel voor. Rechtbank Noord-Holland heeft hierover op 19 maart 2013 nog geoordeeld. In deze zaak werd ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een oud-OR-lid gevraagd. De kantonrechter heeft dit verzoek toegewezen en daarbij vastgesteld dat de ontbinding geen verband hield met het OR-lidmaatschap, maar het gevolg was van de slechte financiële situatie van de ondernemer. Ook andere medewerkers waren hierdoor geconfronteerd met een beëindiging van het dienstverband. Deze medewerkers hadden allen geen enkele vergoeding gekregen, zodat de kantonrechter oordeelde dat ook het oud-OR-lid geen vergoeding toekwam.

Het is echter niet altijd zo duidelijk dat een ontbindingsverzoek geen verband houdt met het OR-lidmaatschap. Vooral als de ontbindingsreden is gelegen in disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding is de scheiding met het OR-werk vaak moeilijk te maken. Het is dan van groot belang dat een ondernemer dit onderscheid maakt, toelicht en uitgebreid motiveert dat de

Op staande voet

Ook een ontslag op staande voet blijft voor OR-leden tot de mogelijkheden behoren. Er moet dan uiteraard sprake zijn van een dringende reden als gevolg waarvan het dienstverband onmiddellijk moet worden beëindigd. Een specifieke reden die samenhangt met het OR-lidmaatschap kan bijvoorbeeld schending van de geheimhoudingsplicht in de zin van artikel 20 WOR zijn.

ontbindingsreden geen verband houdt met het OR-lidmaatschap. Als de ondernemer dit nalaat, krijgt hij de deksel op zijn neus. Dit overkwam een ondernemer in 2009. De kantonrechter Sittard-Geleen oordeelde in deze zaak dat de ondernemer geen goede scheiding had gemaakt tussen de verschillende functies van de betreffende medewerker. Het ontbindingsverzoek werd daarom afgewezen.

In sommige situaties wordt wel geconstateerd dat sprake is van een verband tussen het OR-lidmaatschap en de reden van ontbinding, maar zijn de verhoudingen dusdanig verstoord, dat de kantonrechter toch overgaat tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van de kantonrechter Utrecht 2 juli 2013. In deze zaak werd ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een OR-lid, tevens vakbondsbestuurder, gevraagd omdat dit OR-lid volgens de ondernemer vertrouwelijke informatie zou hebben verspreid. De kantonrechter oordeelde dat het ontbindingsverzoek geen verband hield met een opzegverbod, omdat de reden van ontbinding was gelegen in de opstelling en houding van de medewerker, nadat er discussie was geweest over het al dan niet verspreiden van de vertrouwelijke informatie. De kantonrechter stelt vast dat hierdoor de arbeidsverhoudingen zodanig zijn verslechterd, dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst onontkoombaar is. Daarbij merkt de kantonrechter wel op dat er te weinig bescherming was geboden tegen benadeling van het OR-lid. Dit mocht echter niet baten voor het OR-lid.

Conclusie

OR-leden hebben twee petten op binnen de organisatie, daarom is het belangrijk om de rechtspositie van OR-leden goed te regelen en afspraken hierover vast te leggen. De wetgever geeft hiervoor een aantal handvatten. Maar de bescherming die de wetgever biedt, is niet oneindig en moet worden ingevuld door de OR en de ondernemer gezamenlijk. De OR kan daarbij zelf een grote vinger in de pap hebben door het initiatief te nemen om afspraken te maken met de ondernemer over de rechtspositie van OR-leden. Naast deze afspraken, blijft de ontslagbescherming bestaan. Maar ook de ontslagbescherming die de wetgever biedt, heeft zijn beperkingen. ■

mr. R.E.M. Vink-Dijkstra, *De CLERCQ Advocaten en Notarissen*, www.declercq.com

Wet: art. 17, 18, 20, 21 WOR; art. 7:670, 7:670a, 7:677, 7:685 BW

Jurisprudentie: Rb. Noord-Holland 19-03-2013 (ROR 2013/7); Ktr. Sittard-Geleen 29-01-2009, 306627 EJ VERZ 08-1948 (ECLI:NL:RBMAA:2009:BH1578); Ktr. Utrecht 2-07-2013, 2027319 UE VERZ 13-329 (ECLI:NL:RBMNE:2013:2606)

Bron: De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl