

# Het instemmingsrecht van de OR: wanneer is sprake van een besluit van algemene strekking?

*ArbeidsRecht 2020/15*

In de praktijk komt het met enige regelmaat voor dat de ondernemer en de ondernemingsraad met elkaar twisten over de vraag of een (voorgenomen) besluit of een gedragslijn van de ondernemer de vaststelling, wijziging of intrekking van een *regeling* in de zin van art. 27 lid 1 WOR betreft, en daarmee instemmingsplichtig is. In dit artikel wordt een korte beschouwing van het begrip 'regeling' gegeven en wordt nagegaan hoe dit begrip in de rechtspraak wordt uitgelegd. Onderdeel daarvan is de bespreking van het arrest van de Hoge Raad waarin deze problematiek centraal stond en dat op art. 81 RO is afgedaan.<sup>2</sup> Tot slot volgen enkele aanwijzingen voor de praktijk.

## 1. Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft een instemmingsrecht voor elk voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van bepaalde regelingen. Het gaat steeds om regelingen opgenomen in art. 27 lid 1 WOR, voor zover die betrekking hebben op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen. Is eenmaal tot een instemmingsplichtige regeling besloten, dan is ook elk voorgenomen besluit tot wijziging van die regeling instemmingsplichtig. Daarbij maakt het niet uit of de voorgestelde wijziging de regeling inhoudelijk wezenlijk verandert: ook voor geringe wijzigingen moet instemming worden gevraagd.<sup>3</sup> Als een ondernemer een instemmingsplichtig besluit neemt zonder daarvoor eerst de ondernemingsraad om instemming te vragen, dan kan de ondernemingsraad van dat besluit buitengerechtelijk schriftelijk de nietigheid inroepen (art. 27 lid 5 WOR). De ondernemingsraad moet dat beroep uiterlijk een maand doen nadat de ondernemer het besluit aan de ondernemingsraad heeft medegedeeld. Als de ondernemer deze mededeling nalaat, dan moet het beroep uiterlijk een maand worden gedaan nadat het de ondernemingsraad is gebleken dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan zijn besluit.

## 2. Een regeling is een besluit van algemene strekking

Het begrip 'regeling' is in de wet niet gedefinieerd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat volgens de minister onder het

begrip 'regeling' een besluit van algemene strekking wordt verstaan. Besluiten van algemene strekking zijn:

'regelingen die betrekking hebben op het gehele personeel of op een of meer groepen daarvan, dus geen besluiten ten aanzien van individuele werknemers.'<sup>4</sup>

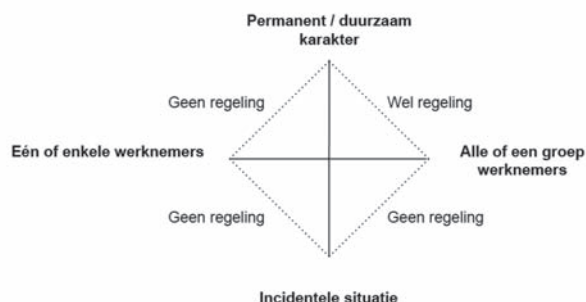
Dit criterium is als zodanig ook opgenomen in de slotzin van art. 27 lid 1 WOR. Elders heeft de minister het begrip als volgt toegelicht:

'Wèl spreekt het ons inziens vanzelf, dat artikel 27, eerste lid, onder c, evenals de andere de onderdelen van dit lid betrekking heeft op regelingen van min of meer algemeen of permanent karakter. De instemming van de ondernemingsraad is dus niet vereist voor beslissingen die betrekking hebben op één of een zeer beperkt aantal personen of op een incidentele situatie.'<sup>5</sup>

Niet alleen zijn besluiten met betrekking tot enkele werknemers dus van het instemmingsrecht uitgesloten, maar ook besluiten die zien op incidentele situaties. Elders merkte de minister tot slot op:

'Het begrip regeling omvat overigens in algemene zin mede een ondernemersbesluit van algemene strekking waarbij een duurzame voorziening wordt ingevoerd; een besluit derhalve dat de bedoeling heeft voor langere tijd of met een zekere duurzaamheid te gelden in de onderneming.'<sup>6</sup>

De minister stelt aldus twee nadere vereisten aan een 'regeling' in de zin van art. 27 lid 1 WOR, die hieronder ter illustratie langs twee assen zijn getekend.



In de praktijk ontstaat regelmatig discussie over de vraag in hoeverre het besluit van de ondernemer kwalificeert als vaststelling, wijziging of intrekking van een *regeling*. Hier kan onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten si-

<sup>1</sup> Mr. M.E. van Schaick is werkzaam als advocaat in dienstbetrekking bij de Nederlandse Spoorwegen.

<sup>2</sup> HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:314, JAR 2019/94.

<sup>3</sup> Kamerstukken I 1978/79, 13954, 8d, p. 22.

<sup>4</sup> Kamerstukken I 1978/79, 13954, 8d, p. 22.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13954, 3, p. 44.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 1995/96, 24615, 3, p. 43.

tuaties. De eerste situatie is de meest voorkomende, en betreft een *ondernemersbesluit* dat zelf niet ter discussie staat, maar waarvan de vraag is of het strekt tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling. De tweede situatie komt minder vaak voor, en heeft betrekking op de vraag of er in een *gedragslijn* van de ondernemer, dus in een feitelijk handelen, een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling besloten ligt.

### 3. Uitleg van het begrip 'regeling' in de rechtspraak

In deze paragraaf worden verschillende uitspraken besproken waarin de vraag speelde of een besluit van een ondernemer als een *regeling* kwalificeerde. Eerst komen de uitspraken aan bod waarin de inhoud van het *ondernemersbesluit* zelf niet ter discussie stond, maar waarvan de vraag was of dat besluit strekte tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling (3.1). Daarna volgen de uitspraken waarin de vraag speelde of in een *gedragslijn* van de ondernemer een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling besloten lag (3.2). Vervolgens volgt een korte juridische beschouwing van de besproken rechtspraak (3.3). Tot slot wordt het arrest van de Hoge Raad besproken en wordt nagegaan hoe dit zich verhoudt tot de voorgaande jurisprudentie (3.4).

#### 3.1 Is het ondernemersbesluit een regeling?

Deze categorie omvat de meeste jurisprudentie en is voor de overzichtelijkheid verdeeld in algemeen (3.1.1), een pilot (3.1.2) en een sociaal plan (3.1.3).

##### 3.1.1 Algemeen

Er zijn in de jurisprudentie verschillende voorbeelden van zaken waarin een ondernemer besluit om voor onbepaalde tijd van een bestaande regeling af te wijken. In die zaken stelt de ondernemingsraad dan steeds van dat besluit instemmingsrecht te hebben omdat sprake zou zijn van een besluit van algemene strekking. Een eerste voorbeeld daarvan is die inzake *British Telecom*. British Telecom besloot in 2011 tot nadere kennisgeving geen winst meer uit te keren, ondanks de geldende winstdelingsregeling op basis waarvan negen jaar lang winst was uitgekeerd. De kantonrechter oordeelde dat de ondernemer op grond van de tekst van de regeling een discretionaire bevoegdheid had om niet ieder jaar winst uit te keren, zodat een jaarlijkse beslissing om geen winst uit te keren niet instemmingsplichtig was.<sup>7</sup> Mocht de ondernemer echter gedurende twee á drie jaar geen winstuitkering toekennen, dan zou de regeling wel gewijzigd of ingetrokken zijn, waarmee een instemmingsrecht voor de ondernemingsraad zou ontstaan. Deze uitspraak is een goed voorbeeld van de vraag waar het omslagpunt ligt tussen besluiten met een tijdelijk en met een permanent karakter. In hoger beroep las het Gerechtshof Amsterdam anders dan de kantonrechter in de regeling

geen discretionaire bevoegdheid.<sup>8</sup> Het besluit om de regeling voor onbepaalde tijd op te schorten zonder dat duidelijk was of en wanneer deze zou worden hervat, vormde volgens het gerechtshof daarom wél een instemmingsplichtig wijzigingsbesluit. In een zaak van De Bijenkorf was in afwijking van de geldende werktijdenregeling besloten tot openstelling van filialen op zon- en feestdagen. Volgens De Bijenkorf was geen sprake van een besluit van algemene strekking, omdat werken op deze dagen op vrijwillige basis was. Omdat een groot aantal vrijwilligers zich had gemeld, had het besluit volgens de rechtbank betrekking op een groep werknemers.<sup>9</sup> De rechtbank oordeelde daarom dat het besluit instemmingsplichtig was. Een andere zaak betreft het Psychiatrisch centrum Joris. Deze zorginstelling had een groep verpleegkundigen een loonsverhoging van 10% voor de duur van één jaar aangeboden. In eerste aanleg werd geoordeeld dat het besluit betrekking had op een beperkte groep verpleegkundigen en op een incidentele situatie, zodat geen sprake was van een besluit van algemene strekking. In hoger beroep overwoog de rechtbank dat het totaal van 35 werknemers weliswaar klein was, maar dat zij samen een afdeling en daarmee een groep vormden. Vervolgens overwoog de rechtbank dat de termijn van een jaar van dien aard was dat die niet kon worden aangemerkt als een incidenteel geval.<sup>10</sup> Dit gold volgens de rechtbank temeer nu de regeling (in theorie) voor herhaling vatbaar was (ondanks dat was verklaard dat de regeling niet herhaald zou worden). Het besluit was daarom instemmingsplichtig. Een volgende uitspraak betreft fietsenmaker Gazelle. Gazelle kende een werktijdenregeling op grond waarvan enkel op maandag tot en met vrijdag werd gewerkt. Vanwege drukte vroeg Gazelle haar werknemers eenmalig op vrijwillige basis twee zaterdagdagen over te werken. Volgens Gazelle betrof het een besluit met een incidenteel karakter, zodat het niet van algemene strekking was. De kantonrechter oordeelde dat uit de geldende werktijdenregeling volgde dat niet in het weekend werd gewerkt, zodat het overwerken op twee zaterdagdagen door een groep werknemers een instemmingsplichtige wijziging van de regeling vormde.<sup>11</sup> Daarbij speelde mee dat Gazelle jaarlijks afspraken maakte met de ondernemingsraad om pieken in de productie op te vangen, maar ditmaal een oproep had gedaan zonder instemming te vragen. Deze laatste uitspraak leent zich voor een nadere beschouwing. Enerzijds geldt dat elk besluit tot *wijziging* van een regeling instemmingsplichtig is, ook als die wijziging slechts gering is. Anderzijds geldt dat er geen sprake is van een wijzigingsbesluit als een ondernemer incidenteel *afwijkt* van een regeling, aangezien dat geen besluit van algemene strekking is. Tussen deze twee rechtsfiguren zit een spanning, aangezien er situaties denkbaar zijn waarin een eenmalige afwijking van een regeling (waarvan dus geen instemmingsrecht bestaat) meer consequenties heeft voor

7 Rb. Amsterdam (ktr.) 17 juli 2012, JAR 2012/212.

8 Hof Amsterdam 23 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2342, JAR 2013/224.

9 Rb. Amsterdam 5 april 1989, Prg. 1989, 3080.

10 Rb. 's-Gravenhage 23 oktober 1991, ECLI:NL:RBSGR:1991:AD1514, NJ 1992/223.

11 Ktr. Arnhem 5 maart 1996, JAR 1996/101. Zie ook de uitspraak in kort geding: Rb. Arnhem (vzr.) 4 juli 1995, JAR 1995/173.

werknemers dan een geringe permanente wijziging van de regeling (waarvan dus wel instemmingsrecht bestaat). In deze zaak heeft de kantonrechter geoordeeld alsof sprake was van een structurele wijziging van de regeling, zodat de ondernemingsraad een instemmingsrecht had. Dat lijkt mij niet terecht, nu enkel sprake lijkt van een eenmalige afwijking van de regeling.

### 3.1.2 Pilot

In de jurisprudentie is er een aantal gevallen waarin een ondernemer een pilot houdt met betrekking tot een instemmingsplichtig onderwerp. De vraag is dan telkens of dit een besluit van algemene strekking is. Een eerste voorbeeld betreft vervoersbedrijf Veolia. Veolia had een pilot gehouden met betrekking tot verzuimreductie. De pilot werd gehouden bij twee van de tien bedrijfsonderdelen (21% van alle werknemers). De kantonrechter oordeelde dat het voorgenomen besluit van Veolia tot het voeren van de pilot instemmingsplichtig was.<sup>12</sup> De reden daarvoor was dat de pilot voor een aanzienlijke groep (kwetsbare) werknemers geruime tijd gevolgen zou (kunnen) hebben. Een tweede voorbeeld betreft KPN. KPN hield een pilot voor vijf maanden waarbij de reisbewegingen van deelnemers met een lease-auto werden gevolgd. Aan de pilot hadden 42 werknemers op een totaal van 15.000 werknemers op vrijwillige basis meegedaan. Het gerechtshof oordeelde onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een regeling, het aankomt op het *doel* van de regeling.<sup>13</sup> Omdat volgens het gerechtshof het systeem niet bedoeld was 'met een zekere duurzaamheid' ingevoerd te worden, was geen sprake van een instemmingsplichtig besluit. Ook had de pilot volgens het gerechtshof voor de onderneming en de deelnemers geen (ingrijpende) gevolgen. De motivering van het gerechtshof in deze zaak is naar mijn mening eigenaardig en onjuist. Het gerechtshof heeft namelijk de tijdelijkheid van het besluit en het beperkt aantal werknemers waarop het betrekking had betrokken bij de vraag wat het *doel* was van de regeling. Daarvoor heeft het gerechtshof het toetsingskader gehanteerd dat de Hoge Raad daartoe heeft geformuleerd.<sup>14</sup> Dat toetsingskader is echter enkel bedoeld voor de vraag of een regeling ziet op een *onderwerp* uit art. 27 lid 1 WOR. De tijdelijkheid van het besluit en het aantal werknemers waarop het betrekking heeft zijn echter relevant voor een ander toetsingskader, namelijk of sprake is van een besluit van algemene strekking. Aldus lijkt het gerechtshof de relevante feiten voor het ene toetsingskader (of sprake is van een besluit van algemene strekking) ten onrechte geplaatst te hebben binnen een ander toetsingskader (of het doel van de regeling een instemmingsplichtig onderwerp betrof). Tot slot nog een zaak die speelde bij Holland Casino, dat bij wijze van proef voor de duur van zes maanden het toezicht op speeltafels van één tafelleider per twee tafels naar één per vier tafels had teruggebracht. Ook besprak het voor de duur

van vier maanden camerabeelden met individuele werknemers, in plaats van maandelijks en geanonimiseerd zoals de geldende regeling voorschreef. De voorzieningenrechter achtte deze pilots instemmingsplichtig omdat ze gevolgen hadden voor een grote groep werknemers gedurende een 'aanzienlijke periode'.<sup>15</sup>

### 3.1.3 Sociaal plan

Bij de vaststelling van een sociaal plan wordt niet snel een instemmingsrecht van de ondernemingsraad aangenomen. Zo had Shell een sociaal plan vastgesteld ten behoeve van een reorganisatie. Volgens de kantonrechter moest het begrip regeling 'zeer restrictief' worden uitgelegd, zodat een sociaal plan daar niet onder valt, mede nu dat was gericht op één (langdurige) reorganisatie.<sup>16</sup> In een vergelijkbare zaak kwam de Rechtbank Amsterdam tot eenzelfde oordeel. Overwogen werd dat een uitsluitend voor een bepaalde reorganisatie in het leven geroepen sociaal plan bestemd was voor eenmalige toepassing en daarmee niet instemmingsplichtig was.<sup>17</sup>

### 3.2 Leidt gedragslijn ondernemersbesluit tot een regeling?

In enkele gevallen speelde de vraag of in de gedragslijn van een ondernemer een besluit tot het vaststellen, wijzigen of intrekken van een regeling besloten kan liggen. Een goed voorbeeld daarvan is een zaak van vervoersbedrijf Hermes. Hermes had in een periode van vijf jaar in totaal zeven keer een mystery guest ingezet om individuele buschauffeurs te beoordelen. De kantonrechter oordeelde dat de inzet van mystery guests niet kwalificeerde als een besluit van algemene strekking, onder meer omdat het middel een beperkt aantal keren was ingezet.<sup>18</sup> Voor de kantonrechter was dus met name relevant hoe vaak het middel was ingezet. In hoger beroep oordeelde het gerechtshof echter dat wel sprake was van een besluit van algemene strekking.<sup>19</sup> Dat de mystery guest 'een beperkt aantal keren was ingezet' liet namelijk onverlet dat het middel in beginsel 'op iedere chauffeur (herhaaldelijk) toepasbaar was'. De inzet van mystery guests was daarom wel instemmingsplichtig. In deze zaak speelde verder dat Hermes videobeelden van een buschauffeur had geraadpleegd en gebruikt in een ontslagprocedure, in afwijking van de bij Hermes geldende regeling. Zowel de

12 Rb. Breda (vzr.) 31 oktober 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU2906, JAR 2011/303.

13 Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3525, JAR 2017/14.

14 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, JAR 2003/18.

15 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 22 februari 2000, JAR 2000/58. Deze uitspraak is in hoger beroep gedeeltelijk vernietigd, maar alleen omdat volgens het gerechtshof het besluit niet strekte tot de vaststelling van een regeling op het gebied van een *onderwerp* opgenomen in art. 27 lid 1 WOR. Daarbij speelde niet meer de vraag of sprake was van een besluit van algemene strekking. In cassatie bevestigde de Hoge Raad deze overweging, maar werd het arrest toch vernietigd omdat het gerechtshof niet aan de stelling van de ondernemingsraad voorbij had mogen gaan dat Holland Casino in een eerder stadium zou hebben toegezegd dat het een instemmingsplichtig besluit betrof. Zie voor het arrest in hoger beroep Hof 's-Gravenhage 15 maart 2001, JAR 2001/140. Zie voor het arrest in cassatie HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, JAR 2003/18.

16 Ktr. Zevenbergen 19 januari 1994, JAR 1994/64.

17 Rb. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2008, JAR 2008/122.

18 Rb. Oost-Brabant (ktr.) 7 augustus 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4762, JAR 2015/219, m.nt. mr. I.J. de Laat.

19 Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5163, JAR 2016/302, m.nt. mr. I.J. de Laat.

kantonrechter als het gerechtshof oordeelden dat niet 'met enige bestendigheid' van de regeling cameratoezicht was afgeweken (namelijk slechts éénmaal). Het was verder duidelijk dat het ging om een incident en (daarmee) niet om een gedragslijn. De eenmalige afwijking van de bestaande regeling was daarom niet instemmingsplichtig. Andere voorbeelden waarbij een gedragslijn geen besluit van algemene strekking vormde, betreffen die van het Politiekorps en Vakbond De Unie. Het Politiekorps had voor de aanstelling van een ambtenaar in een hooggeplaatste positie eenmalig afgeweken van het aanstellingsbeleid. Het gerechtshof oordeelde dat geen sprake was van een instemmingsplichtig besluit tot wijziging van het aanstellingsbesluit.<sup>20</sup> Uit de enkele afwijking volgde namelijk geen gedragslijn van de ondernemer waaruit een stelselmatig afwijken van de opleidingseisen bleek. Vakbond De Unie zou met haar driekoppige managementteam op individuele basis afvloeiingsregelingen hebben afgesproken. De kantonrechter oordeelde dat het geen besluit van algemene strekking betrof 'om ook in de toekomst toe te passen'.<sup>21</sup> Opvallend is dat in de drie hiervoor besproken zaken het niet zozeer relevant was hoeveel werknemers door het besluit van de ondernemer zijn getroffen (kwantitatief), maar met name of sprake was van een gedragslijn die ook geschikt was om in de toekomst op alle of een groep werknemers toe te passen (kwalitatief). Tot slot een zaak die de Gemeente Amsterdam betreft. Deze zaak ging over een inconvenienttoeslag die op grond van de regeling elke drie jaar werd geherwaardeerd en daardoor lager of hoger kon uitvallen. De gemeente had de herwaardering van de toeslag echter niet consequent toegepast, waardoor ambtenaren soms een te hoge toeslag ontvingen. Na een fusie van verschillende stadsdelen werd de toeslag alsnog geherwaardeerd, waardoor de toeslag van deze ambtenaren werd verlaagd. De kantonrechter oordeelde dat het alsnog herwaarderen van de toeslagen niet kwalificeerde als een instemmingsplichtig wijzigingsbesluit, nu de herwaardering conform de tekst van het beloningssysteem was.<sup>22</sup> In het feit dat er in het verleden sprake was geweest van een onjuiste toepassing van de regeling of toeslagen op oneigenlijke gronden waren toegekend, lag volgens de kantonrechter geen (eerder) besluit tot wijziging van de regeling besloten.

### 3.3 *Algemene beschouwing rechtspraak*

Uit de hier besproken rechtspraak volgt dat er doorgaans beperkte discussie bestaat over of een besluit ziet op één of enkele werknemers of op een groep of alle werknemers. Als deze jurisprudentie langs de horizontale as van de in dit artikel opgenomen afbeelding worden gelegd, dan bevinden die zich vaak aan de uiteinden daarvan. Dit is anders bij de vraag of een besluit incidenteel is of permanent c.q. duurzaam. De feiten bevinden zich dan meer verspreid over de verticale as van de afbeelding en de rechtspraak is meer

diffuus. Opvallend is dat rechters besluiten die zien op een eenmalige situatie of op korte perioden van vier maanden tot een jaar redelijk vaak als instemmingsplichtig beoordelen. Het verweer dat een besluit niet instemmingsplichtig is omdat het op een incidentele situatie ziet of maar voor een korte periode geldt wordt dus niet snel gehonoreerd. Bij de vraag of een besluit tot het voeren van een pilot instemmingsplichtig is, valt op dat de rechtspraak onder meer toetst in hoeverre de pilot, ondanks dat die voor bepaalde tijd geldt, (ingrijpende) gevolgen voor werknemers heeft. Daarmee lijkt het criterium 'duurzaam' niet alleen een betekenis in tijd te hebben, maar ook in de gevolgen die het besluit heeft voor werknemers. Ik vraag mij af of deze benadering in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever is. Daarbij staat die benadering in contrast met de rechtspraak over een besluit tot vaststelling van een sociaal plan. Dat besluit is niet instemmingsplichtig als het ziet op één reorganisatie, terwijl het geen twijfel lijdt dat de inhoud van een sociaal plan doorgaans ingrijpender is voor een werknemer dan de besproken pilots. Tot slot ga ik nog wat uitgebreider in op de zaak betreffende de Gemeente Amsterdam. In feite stelde de ondernemingsraad in deze zaak dat, doordat de gemeente langere tijd de toeslagen niet had geherwaardeerd, sprake was van een gedragslijn waarin een besluit van algemene strekking besloten lag. Het onderscheid met andere zaken is echter dat de ondernemingsraad niet gelijk de nietigheid van dit besluit heeft ingeroepen en de ondernemer maande de onderliggende regeling weer na te leven, maar dat door die gedragslijn de inhoud van de geldende regeling structureel zou zijn gewijzigd. Het zou de ondernemer dan niet vrijstaan om zonder de ondernemingsraad eerst instemming te vragen op een later moment de regeling weer 'terug te wijzigen' (dus om de toeslagen weer te gaan herwaarderen), aangezien voor elk wijzigingsbesluit de ondernemingsraad eerst instemming moet worden gevraagd. Op zichzelf begrijp ik het uitgangspunt van de ondernemingsraad, die kennelijk meent dat de ondernemer door zijn gedragslijn op een eerder moment een instemmingsplichtig wijzigingsbesluit heeft genomen waarvan de ondernemingsraad (dus) geen instemming is gevraagd, maar waarvan de ondernemingsraad evenmin (tijdig) de nietigheid heeft ingeroepen. Daarmee zou de regeling structureel zijn gewijzigd. Toch denk ik dat die conclusie niet snel mag worden getrokken, aangezien de gevolgen daarvan vergaand zijn. Een ondernemer zou dan immers door zijn gedragslijn steeds verplicht kunnen worden structureel die gedragslijn voort te moeten zetten, zonder dat daaraan een volwaardige schriftelijke regeling ten grondslag ligt. Betekent dit dan dat een ondernemer die een vastgestelde regeling met betrekking tot het ziekteverzuim niet altijd heeft nageleefd, voortaan gebonden is aan de door die gedragslijn gewijzigde 'manke' regeling? Of dat een ondernemer die een aantal keer winst heeft uitgekeerd zonder dat daaraan een regeling ten grondslag lag, voortaan verplicht kan worden winst uit te keren op basis van de daardoor ontstane regeling? En mag deze laatste ondernemer dan niet zonder instemming van de ondernemingsraad nadere regels aan die winstuitkering verbinden? Naar ik

20 Hof Amsterdam 9 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN1325, JAR 2010/229.

21 Rb. Arnhem (ktr.) 15 juli 2019, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4325, JAR 2009/212.

22 Rb. Amsterdam (ktr.) 28 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3128, JAR 2013/163, m.nt. I. Zaal.



verwacht zullen rechters met een dergelijk oordeel terughoudend zijn.

### 3.4 Arrest *Gemeente Landgraaf*

Het arrest van de Hoge Raad inzake *Gemeente Landgraaf* ging over de vraag of een langdurige afwijking door een ondernemer van een schriftelijke regeling leidt tot een wijziging daarvan. Eerst wordt het arrest besproken (3.4.1). Daarna volgt een korte beschouwing (3.4.2).

#### 3.4.1 *Het arrest*

De Gemeente Landgraaf gebruikte voor de registratie van werk- en pauzetijden een kloksysteem. Om de ambtenaren te stimuleren (voldoende) pauze te nemen was met instemming van de ondernemingsraad in de werktijdenregeling met ingang van 2008 opgenomen dat geklokte pauzes korter dan een half uur werden aangevuld tot 30 minuten. Begin 2008 communiceerde de gemeente intern echter dat, in afwijking van de gewijzigde regeling, geklokte pauzes korter dan 30 minuten toch niet zouden worden aangevuld. In 2009 werd de gehanteerde werkwijze als voorgenomen wijzigingsbesluit schriftelijk ter instemming aan de OR voorgelegd, die daarmee instemde. Het voorgenomen besluit is daarna echter niet door de gemeente geformaliseerd. In mei 2011 stemde de OR in met een nieuwe versie van de Arbeidsvoorwaardenregeling, waarvan de nog steeds ongewijzigde werktijdenregeling uit 2008 onderdeel was. In 2016 kondigde de bestuurder aan dat met ingang van 2017 te korte pauzes weer zouden worden aangevuld tot 30 minuten, dus conform de schriftelijke werktijdenregeling. De ondernemingsraad riep van dit besluit de nietigheid in. Het gerechtshof stelde net als de kantonrechter de ondernemingsraad in het ongelijk, onder meer omdat de Gemeente Landgraaf de werktijdenregeling die in 2008 was ingevoerd nooit bij formeel besluit had gewijzigd.<sup>23</sup> In cassatie concludeerde A-G Langemeijer dat het niet onjuist of onbegrijpelijk is dat het gerechtshof het bericht van de ondernemer uit 2016 niet heeft aangemerkt als een besluit tot wijziging van de werktijdenregeling.<sup>24</sup> Uit de feiten blijkt dat de OR wist dat de werktijdenregeling, ondanks dat die in de praktijk anders werd toegepast, op papier niet was gewijzigd. De OR had met die regeling in 2011 nog ingestemd. Er was daarom geen sprake van een stilzwijgende wijziging. Volgens de A-G beschouwde het gerechtshof de sinds 2008 bestaande praktijk als een (voor de ondernemingsraad kenbare) *tijdelijke gedoogsituatie*, die geen wijziging had gebracht in de geldende werktijdenregeling. De aankondiging dat vanaf 2017 de geldende werktijdenregeling zou worden gehandhaafd bleef daarom binnen de kaders van de regeling. De Hoge Raad heeft de zaak op art. 81 RO afgedaan.<sup>25</sup>

#### 3.4.2 *Korte beschouwing*

De ondernemingsraad krijgt hier het deksel op de neus. Dit lijkt met name het gevolg van het feit dat de ondernemings-

raad zich in 2009 niet had ingespannen om de voorgenomen wijziging van de regeling geformaliseerd te krijgen en in 2011 nog instemde met de onaangepaste tekst. Het oogt dan inconsequent tegelijkertijd te stellen dat de regeling feitelijk een andere was dan in de tekst ervan opgenomen. Juridisch vind ik de vastgestelde 'gedoogsituatie' en daarmee het ongelijk van de ondernemingsraad echter niet eenvoudig te duiden. Begrijp ik de uitspraken en de conclusie van de A-G goed, dan betekent een gedoogsituatie in feite dat niet wordt toegekomen aan de vraag of sprake is van een besluit tot wijziging van een *regeling*, omdat eenvoudigweg de ondernemer geen *besluit* heeft genomen. Er is door de ondernemer 'enkel' feitelijk van de regeling afgeweken, zodat het standpunt van de ondernemingsraad op dat punt al sneuvelt. Een feitelijke afwijking van een regeling kan echter een gedragslijn zijn, en in een gedragslijn kan een besluit van algemene strekking besloten liggen. Dat dit toch niet zo was in deze zaak, zou dan zijn omdat de gemeente enkele keren had aangegeven dat de tekst van de onderliggende regeling door deze gedragslijn niet werd gewijzigd. Op zich vind ik dat een verdedigbaar standpunt, maar het lijkt mij dat een ondernemer dit standpunt niet eindeloos kan volhouden. Als een ondernemer welbewust afwijkt van een onderliggende regeling, die werkwijze aan de werknemers kenbaar maakt en vele jaren volhoudt, dan lijkt het mij dat dit besluit c.q. de feitelijke gedragslijn van de ondernemer op een gegeven moment toch meer gewicht moet worden toegekend dan de mededeling van de ondernemer dat de onderliggende regeling door deze gedragslijn niet is gewijzigd. Ik had het niet vreemd gevonden als in deze zaak was geconcludeerd dat een dergelijk 'omslagpunt' zou zijn bereikt, aangezien de gemeente voor langere tijd, namelijk van 2008 tot 2017, de welbewuste afwijking van de onderliggende regeling heeft volgehouden. Verder valt op dat de A-G ter onderbouwing van zijn conclusie verwijst naar de zaak betreffende de Gemeente Amsterdam, die de inconveniëntentoeslag enige tijd niet had geherwaardeerd en daar na een fusie alsnog toe overging, zonder dat volgens de kantonrechter sprake was van een wijzigingsbesluit.<sup>26</sup> Deze vergelijking gaat naar mijn mening niet helemaal op. De Gemeente Landgraaf had er immers expliciet voor gekozen om voor onbepaalde tijd van de geldende regeling af te wijken en daarover breed gecommuniceerd. Dat is beduidend anders in de zaak van de Gemeente Amsterdam, waar verschillend per stadsdeel tijdelijk geen gebruik was gemaakt van een bevoegdheid tot herwaardering, terwijl daaraan naar het lijkt vooraf geen (uitdrukkelijk) intern besluit ten grondslag lag en waarover niet (vooraf) met de ambtenaren was gecommuniceerd. Dat zijn belangrijke verschillen ten opzichte van het feitencomplex in dit arrest.

## 4. Aanwijzingen voor de praktijk

In deze paragraaf volgen enkele aanwijzingen voor de praktijk. Een ondernemer heeft in beginsel de vrijheid om voor

<sup>23</sup> Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:365.

<sup>24</sup> Concl. A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2019:106, bij HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:314, JAR 2019/94.

<sup>25</sup> HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:314, JAR 2019/94.

<sup>26</sup> Rb. Amsterdam (ktr.) 28 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3128, JAR 2013/163, m.nt. I. Zaal. Deze zaak wordt in dit artikel in par. 3.2 besproken.

één of enkele werknemers een besluit te nemen dat zich op het terrein van een instemmingsplichtig onderwerp bevindt, zonder dat het een besluit van algemene strekking is. Dat geldt zowel wanneer (nog) geen sprake is van een onderliggende bestaande regeling, als wanneer de ondernemer van een bestaande regeling afwijkt. Dit kan anders zijn als sprake is van een gedragslijn die (in theorie) voor alle of een groep werknemers toepasbaar is. De ondernemer en ondernemingsraad doen er dus goed aan na te gaan wat de aard van de gedragslijn is. Als de ondernemer een besluit neemt dat geldt voor alle of een groep werknemers, is geen sprake van een besluit van algemene strekking als het besluit een incidenteel karakter heeft. De rechtspraak oordeelt echter al snel dat een besluit dat geldt voor een relatief korte periode toch geen incidenteel karakter heeft, waarbij ook de gevolgen van het besluit voor de werknemers relevant zijn. Een uitzondering daarop is een ondernemersbesluit dat ziet op het vaststellen van een sociaal plan dat geldt voor één reorganisatie. Als een ondernemer voor langere tijd voor alle of een groep werknemers van een bestaande regeling wil afwijken zonder die regeling zelf te wijzigen, dan lijkt dat op grond van het arrest van de Hoge Raad mogelijk door gelijktijdig met die afwijking te communiceren dat daarmee geen wijziging van de regeling is beoogd. Omdat een dergelijke afwijking doorgaans zal kwalificeren als een besluit van algemene strekking kan de ondernemingsraad van dat besluit de nietigheid inroepen en de ondernemer dwingen alsnog instemming voor de beoogde afwijking van de regeling te vragen. Doet de ondernemingsraad dat niet, bijvoorbeeld omdat de afwijking van de regeling voor de werknemers gunstig is, dan zal het voor de ondernemingsraad lastig zijn om op een later moment met succes te stellen dat door de afwijking de regeling toch inhoudelijk is gewijzigd en de ondernemer dus verplicht is de gewijzigde gedragslijn voort te zetten.