

Het OR-lid

W.J.M. van Tongeren en C.H.J. van Leeuwen*

- 49 Een OR-lid is binnen de 'waaier van werknemers' in zoverre een bijzondere werknemer dat hij vanwege zijn positie een grote kans loopt in conflict te komen met zijn werkgever. Om die reden wordt hem een bijzondere bescherming geboden, waarop hierna nader zal worden ingegaan. Daarbij wordt eveneens ingegaan op de positie van het OR-lid dat werkzaam is op basis van een publiekrechtelijke aanstelling. Ook zal aandacht worden besteed aan de gevolgen van de invoering van de wet Flexibiliteit en zekerheid. Daarnaast is er nog aandacht voor enkele miscellanea.

Kiezen of gekozen worden

Een werknemer die werkzaam is in een onderneming in stand gehouden door een ondernemer die verplicht is een ondernemingsraad in te stellen – vanaf 4 maart 1998 een onderneming waarin tenminste 50 werknemers werkzaam zijn (art. 6 lid 1 WOR; de 100-plus en 100-min OR bestaan niet meer) – heeft zowel het actief als het passief kiesrecht. Het actief kiesrecht – het kunnen kiezen – heeft een werknemer die gedurende 6 maanden in de onderneming werkzaam is. Het passief kiesrecht – het gekozen kunnen worden – heeft een werknemer die gedurende 12 maanden in de onderneming werkzaam is (art. 6 lid 2 en 3 WOR).

Benadelingsverbod

In art. 21 lid 1 WOR wordt de hoofdregel geformuleerd. Die bepaalt dat de ondernemer er zorg voor dient te dragen dat personen die lid zijn (geweest) van een ondernemingsraad(scommissie) of op een kandidatenlijst staan of hebben gestaan niet worden benadeeld in hun positie. In feite vloeit uit dit benadelingsverbod van art. 21 lid 1 WOR reeds een (zekere) ontslagbescherming voort. Deze ontslagbescherming is echter apart geregeld in art. 21 lid 2 en 3 WOR.

Art. 21 lid 1 WOR blijft na de invoering van de wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 gehandhaafd. De ontslagbescherming van art. 21 lid 2 en 3 WOR verhuist vanwege de invoering van die wet naar het BW: art. 670 lid 4 BW en art. 670a BW (nieuw).

* Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks, Star Busmann, Hanotiau te Utrecht en mr. C.H.J. van Leeuwen is redacteur van dit blad.

Opzegverbod

In art. 21 lid 2 wordt expliciet geformuleerd dat een ondernemer een arbeidsovereenkomst met een lid van de ondernemingsraad of een lid van een vaste of onderdeelcommissie van die raad niet kan beëindigen. Een opzegging is nietig. Een termijn waarbinnen een beroep op de nietigheid moet worden gedaan, wordt niet gesteld. Afstand van recht resp. rechtsverwerking, in welk geval niet enkel het verloop van tijd bepalend is, bepalen de termijn. Het is mogelijk dat het OR-lid, ingeval van een opzegging, ook een beroep zou kunnen doen op art. 6 BBA, omdat er is opgezegd zonder ontslagvergunning, of op het huidige art. 7:670 BW, omdat er sprake is van een opzegging tijdens ziekte. Dan gelden wel daarvoor gestelde termijnen. Zoals bekend noemt art. 9 BBA een termijn van 6 maanden en art. 7:670 BW een termijn van 2 maanden.

Een en ander betekent dat de *nietige* opzegging als bedoeld in art. 21 lid 2 WOR een verdergaande werking heeft dan de *vernietigbare* opzegging in verband met het niet beschikken over een ontslagvergunning of in verband met ziekte. Ook na 6 maanden zou een (ex) OR-lid nog kunnen stellen dat de opzegging nietig is. Dat betekent dat het ex-lid nog in dienst is van de ondernemer en ook nog lid van de OR, tenzij er – zo moet worden aangenomen – intussen een nieuwe OR zou zijn gekozen.

In de praktijk is overigens een (nietige) opzegging van een arbeidsovereenkomst met een OR-lid zeker niet ondenkbaar. Zo komt het wel voor dat een OR een schemerbestaan gaat leiden, bijvoorbeeld ingeval het merendeel van de OR-leden is opgestapt en de ondernemer er van uitgaat dat de OR niet meer bestaat en dus geen leden meer zou hebben.

Toestemming kantonrechter

Naast het benadelingsverbod en het opzegverbod kent art. 21 lid 3 nog een derde trap, welke een minder verstrekende rechtsbescherming dan een beëindigingsverbod inhoudt voor werknemers die op een kandidatenlijst voor een OR hebben gestaan, korter dan 2 jaar geleden lid zijn geweest van een OR of een OR-commissie, dan wel lid zijn van een voorbereidingscommissie van een OR. Voor deze categorie werknemers geldt dat voorafgaande toestemming van de kantonrechter nodig is alvorens de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd. De kantonrechter verleent die toestemming slechts indien het hem aannemelijk voorkomt dat de beëindiging geen verband houdt met de plaatsing van de betrokkene op de kandidatenlijst of met het lidmaatschap van de OR(-commissie).

Nadat toestemming van de kantonrechter is verkree-

gen, dient uiteraard ook nog de ontslagvergunning bij de RDA te worden verkregen. In de praktijk wordt deze dubbele route meestal vervangen door ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken aan de kantonrechter.

Uitzonderingen op opzegverbod

Er bestaat geen hoofdregel zonder uitzonderingen, zo ook in dit geval. Het opzegverbod of het kantonrechtelijk toestemmingsvereiste geldt niet

- indien de betrokkene schriftelijk met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst instemt;
- indien sprake is van een dringende reden;
- ingeval van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel waarin het OR-lid werkzaam is; en
- indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt.

Ad a

Het vereiste van schriftelijke instemming geldt alleen als de werkgever (al of niet rechtsgeldig) opzegt of een beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorstelt en het OR-lid zich daarbij neerlegt. Daarbij geldt voor de werkgever de verplichting om zich ervan te vergewissen dat de werknemer ook werkelijk wil wat hij verklaart te willen, namelijk dat hij afstand doet van zijn ontslagbescherming. Wanneer de werknemer zelf opzegt, geldt het opzegverbod uiteraard niet en evenmin het vereiste van schriftelijke instemming. Van een opzegging door de werknemer moet onderscheiden worden – althans theoretisch – een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Partijen doen er goed aan bij een beëindiging met wederzijds goedvinden apart en expliciet vast te leggen dat het OR-lid instemt met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in het licht van zijn OR-lidmaatschap.

Ad b

Bij een beëindiging op grond van een dringende reden kan de reden er een zijn die helemaal losstaat van het OR-lidmaatschap of een die er juist niet los van staat. Het geval Meijer is in dat laatste verband bekend. Het feit dat Meijer als OR-lid een brief schreef naar de minister en naar enkele kranten betekende bij zijn (toenmalige) werkgever zijn arbeidsrechtelijke dood (HR 20 april 1990, NJ 1990, 702).

Ad c

Als de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel waarin het OR-lid werkzaam is eindigen, is de gewone opzegging van de met het OR-lid bestaande arbeidsovereenkomst mogelijk. Het eindigen van

de werkzaamheden moet (nagenoeg) volledig zijn. Het gaat om de werkzaamheden van de werknemers. Als een onderneming of een onderdeel volledig automatiseert, bijvoorbeeld in de vorm van een robotisering, eindigen de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel. In de praktijk doen zich soms wel situaties voor waarin de werkzaamheden van een onderneming worden beëindigd, waarna die werkzaamheden vervolgens worden verplaatst naar een andere locatie. In HR 21 juni 1985 (NJ 1985, 754) werd in stand gelaten het (feitelijke) oordeel van de rechtbank dat, nu na de verplaatsing naar de andere locatie de productiecapaciteit niet was toegenomen en de functie van het (ex) OR-lid op de andere locatie niet werd voortgezet, de met het OR-lid bestaande arbeidsovereenkomst (gewoon) kon worden opgezegd op de grond dat de werkzaamheden van de onderneming waren beëindigd. Een ander oordeel was hier naar onze opvatting zeker mogelijk geweest.

Indien de werkzaamheden van een onderneming of een onderdeel gedeeltelijk worden beëindigd, kan de situatie zich voordoen dat het OR-lid een geringere anciënniteit heeft dan een andere aldaar werkzame werknemer. Een gewone opzegging na verkregen RDA-vergunning is dan (in beginsel) niet mogelijk. De ondernemer die in dat geval de arbeidsovereenkomst met het OR-lid (toch) wil beëindigen, zal de kantonrechter moeten verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter moet dan uiteraard wel toetsen of de beoogde ontbinding (ook nog) verband houdt met het OR-lidmaatschap. Zie Ktr. Bergen op Zoom 19 juni 1996, JAR 1996/144.

Ad d

Een OR-lid heeft geen ontslagbescherming als een arbeidsovereenkomst die voor bepaalde tijd is aangegaan, van rechtswege eindigt. Hetzelfde geldt als er sprake is van een – geoorloofde – ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst met het OR-lid.

Art. 21 lid 5 (ontbinding)

In art. 7:685 BW is bepaald dat een werkgever te allen tijde de kantonrechter kan verzoeken een arbeidsovereenkomst te ontbinden. Als het gaat om een arbeidsovereenkomst met een OR-lid is dat, behalve ingeval van een uitzondering op het opzegverbod, de enige weg. De kantonrechter kan het verzoek van de ondernemer slechts inwilligen indien het hem aannemelijk voorkomt dat het verzoek geen verband houdt met het lidmaatschap van de ondernemingsraad of een commissie van die raad. Uit de jurisprudentie blijkt dat het niet eenvoudig is om te beoordelen of een door de ondernemer gewenste ontbinding verband houdt met het lidmaatschap van een onderne-

mingsraad. Voor werkgevers is het niet goed mogelijk het (negatief) bewijs te leveren dat dat verband niet bestaat. Doorgaans verlangen kantonrechters dat het OR-lid stelt en aannemelijk maakt dat de beoogde beëindiging verband houdt met het OR-lidmaatschap. Het enkele feit dat uit notulen van overlegvergaderingen blijkt dat er sprake is geweest van pittige discussies, is in het algemeen niet voldoende om aan te nemen dat er een verband bestaat met de gewenste beëindiging. Uiteindelijk zal vaak het intuïtief oordeel van een rechter beslissend zijn als het gaat om het aannemen van een verband tussen het OR-lidmaatschap en de beoogde ontbinding. Het gevoel bij de rechter: het zit goed of het zit fout. Hoewel er naar ons oordeel dus objectief geen goede maatstaven zijn aan te leggen is een absolute ondergrens van de ontslagbescherming dat een OR-lid het voordeel van de twijfel heeft. Zie: R. van der Woude, OR-lid beschermd tegen ontslag?, *ArbeidsRecht* 1994/6/7, 44 en C.J.G. van den Berk, De ontslagbescherming van art. 21 Wet op de ondernemingsraden, SMA 1990, p. 340 e.v. Zie nog enkele uitspraken: Ktr. Maastricht 20 oktober 1992, JAR 1993/1, Ktr. Zaandam 16 juni 1994, JAR 1994/161, Ktr. Schiedam 12 juli 1994, JAR 1994/190, Ktr. Leiden 10 augustus 1994, JAR 1994/191, Ktr. Brielle 30 juni 1994, JAR 1994/203 en Ktr. Zwolle 24 juli 1996, JAR 1996/178.

Hiervoor is aangegeven dat de wijze van functioneren als OR-lid een reden kan zijn voor een ontslag op staande voet. Het is de vraag of onder omstandigheden – andere dan die aanleiding zijn voor een ontslag op staande voet – ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet onvermijdelijk is *juist* vanwege een verband met het OR-lidmaatschap. Denkbaar is dat vanwege het functioneren *als* OR-lid een onwerkbaar verhouding ontstaat met de werkgever, zodat verder functioneren – ook als ‘gewoon’ werknemer – onmogelijk is geworden. De kantonrechter zou in een dergelijk geval het verzoek van de ondernemer gelet op de ‘verbandtoets’ in art. 21 lid 5 moeten afwijzen. Daarvoor kiest de Schiedamse Kantonrechter in zijn uitspraak van 12 juli 1994 (JAR 1994/190). Soms is dat niet realistisch. De kantonrechter heeft, als hij toch kiest voor ontbinding, wel de mogelijkheid om een substantiële vergoeding toe te kennen, in welk geval hij dan aan de ondernemer – als die de ontbinding heeft gevraagd – de keuze laat om het verzoek te handhaven of in te trekken en zich (alsnog) tot het uiterste in te spannen om de verhouding met het OR-lid te verbeteren. Als de kantonrechter het verzoek afwijst en de ondernemer toch een beëindiging wil, heeft het OR-lid in dat geval een comfortabele onderhandelingspositie. De Schiedamse Kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst

(uiteindelijk) toch, maar op verzoek van (alleen) het OR-lid.

Dringende reden/toerekenbare tekortkoming/ontbinding vanwege dringende reden

In de hiervoor reeds aangehaalde zaak Meijer is ook uitgemaakt dat, als een ondernemer ontbinding vraagt van de arbeidsovereenkomst op grond van – indertijd wanprestatie en thans – een toerekenbare tekortkoming, de rechter bij de beoordeling van de vordering strekkende tot *die* ontbinding buiten beschouwing mag laten het feit dat die ontbinding (wèl) verband houdt met het OR-lidmaatschap. De Hoge Raad overwoog in dat verband dat er geen reden was om – kort gezegd – de ontslagbescherming uit te breiden tot het bij de parlementaire behandeling niet voorziene geval van een vordering als bedoeld in art. 1639x BW (oud). De Hoge Raad overwoog daarbij nog dat een ontbinding op grond van wanprestatie veeleer op één lijn te stellen is met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden, in welk geval er voor het OR-lid ook geen sprake is van ontslagbescherming. Als een doekje voor het bloeden overwoog de Hoge Raad tot slot dat bij de vraag of de gedragingen van de werknemer voor de werkgever een dringende reden voor ontslag of een voldoende ernstige wanprestatie voor een ontbinding opleveren, mede van belang zal zijn in hoeverre de verwijten van de werkgever verband houden met het lidmaatschap van de werknemer van de ondernemingsraad. Of de Hoge Raad ook zal oordelen dat op één lijn te stellen is een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden en het verzoek van een ondernemer om op grond van art. 7:685 BW een arbeidsovereenkomst met een OR-lid te ontbinden in verband met een, weliswaar aanwezige maar, niet gebruikte dringende reden is onzeker.

In een geruchtmakende Zwolse zaak – 6 werknemers, onder wie 4 OR-leden vertelden in een TV-programma over het stelselmatig gebruik van fysiek geweld tegen pupillen – oordeelde de kantonrechter het standpunt van de ondernemer dat de in verband met het lidmaatschap van de ondernemingsraad geldende ‘verbandtoets’ als bedoeld in art. 21 lid 5 WOR achterwege moest blijven, omdat die toets ook niet aan de orde komt bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een dringende reden, onjuist. De Kantonrechter overwoog dat de speciale ontslagbescherming wèl moest gelden bij een dergelijk risicovol optreden van de OR-leden (Ktr. Zwolle 8 november 1991, ROR 1992, 4). Naar ons oordeel zouden gelijke gevallen zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld en is goed verdedigbaar om een

ontbinding op grond van een niet gebruikte dringende reden op één lijn te stellen met een ontbinding op grond van wanprestatie resp. een beëindiging op grond van een dringende reden.

— OR-lid/ambtenaar

Op grond van de Wet Regeling Medezeggenschap Overheidspersoneel in de WOR die van kracht werd op 5 mei 1995, dienen in het algemeen ook publiekrechtelijke lichamen – ministeries, provincies, gemeenten, waterschappen etc. – evenals ondernemers in de marktsector en de non-profit-sector ondernemingsraden in te stellen.

In het algemeen wordt binnen die publiekrechtelijke lichamen arbeid verricht op basis van een publiekrechtelijke, dat wil zeggen ambtelijke aanstelling. Voor ambtenaren die lid zijn van een OR, geldt niet de huidige ontslagbescherming van art. 21 lid 2 en 3 WOR en – vanaf 1 januari 1999 – de art. 7:670 e.v. BW. In art. 7:615 BW is uitdrukkelijk bepaald dat de bepalingen van titel 7 die gaan over de arbeidsovereenkomst, niet van toepassing zijn op personen in dienst van publiekrechtelijke lichamen, tenzij die personen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. *En passant* wordt in dit verband opgemerkt dat het dus mogelijk is dat in één OR zowel ambtenaren als werknemers zitting hebben. Nu is en ook na 1 januari 1999 blijft art. 21 lid 1 WOR – ook voor ambtenaren – van kracht, in welk lid als gezegd is bepaald dat de ondernemer ervoor zorgt dat een OR-lid niet wordt benadeeld in zijn positie in de onderneming.

Een uitdrukkelijke bepaling die een ambtenaar als OR-lid ontslagbescherming verleent, is er niet. In het algemeen kan een voor onbepaalde tijd aangestelde ambtenaar worden ontslagen door het bevoegd gezag op grond van (alleen) in een toepasselijk reglement genoemde, limitatieve ontslaggronden. Een voor bepaalde tijd aangestelde ambtenaar kan in beginsel aan het eind van de gestelde tijd worden ontslagen en soms tussentijds. Als er sprake is van een dergelijk ontslag, zou de ambtenaar kunnen betogen dat zijn ontslag ook verband houdt met zijn lidmaatschap van de OR. Een ambtenaar kan dan allereerst intern bezwaar maken en vervolgens tegen het besluit op bezwaar beroep instellen bij de rechtbank, sector bestuursrecht. Daarna kan de ambtenaar eventueel nog in beroep gaan bij de Centrale Raad van Beroep. Voorzover ons bekend zijn er nog geen uitspraken in zaken van ambtenaren die van mening zijn dat hun ontslag verband houdt met het OR-lidmaatschap. Dat kan ook bijna niet, omdat publiekrechtelijke lichamen eerst vanaf 5 mei 1997 verplicht werden om een ondernemingsraad in te stellen. Aangenomen kan wor-

den dat in het licht van art. 21 lid 1 WOR ook de rechtbank en, eventueel, de Centrale Raad van Beroep kritisch zullen kijken naar een ontslag van een OR-lid. Het valt overigens wel op dat in vergelijking met een OR-lid dat werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, wiens arbeidsovereenkomst door de kantonrechter op verzoek van de werkgever kan worden ontbonden in een éénmalige, korte, exercitie, de positie van een OR-lid dat ambtenaar is, (veel) rianter lijkt nu, zoals hiervoor aangegeven, deze zijn ontslag op verschillende niveaus kan laten toetsen. Dat zou schrijnend zijn als in één ondernemingsraad sommige leden ambtenaar zijn en andere werknemer, welke situatie zich, zoals hiervoor en passant vermeld, kan voordoen.

— Een OR-lid in dienst van een derde

De WOR kent de mogelijkheid dat een persoon lid is van een OR van een ondernemer die niet zijn werkgever is. Op grond van art. 6 lid 4 WOR kunnen de ondernemer en de OR gezamenlijk één of meer groepen van personen die regelmatig in de onderneming arbeid verrichten, aanmerken als in de onderneming werkzame personen. Hierbij moet worden gedacht aan (groepen) uitzendkrachten, freelancers etc. Vanaf 1 januari 1999 geldt dat uitzendkrachten die 24 maanden uitzendarbeid hebben verricht bij de inlener gelden als in de onderneming werkzame personen en als OR-lid kunnen worden gekozen. Dit op grond van art. 1 lid 3 WOR, in verband met art. VI van de op 4 maart 1998 in werking getreden wijziging van de WOR. Aangenomen moet worden dat een OR-lid dat niet in dienst is van de ondernemer die de onderneming met 'zijn' OR in stand houdt, geen ontslagbescherming heeft. Alleen de 'eigen' werkgever kan opzeggen. De ondernemer kan niet eens opzeggen. Verdedigbaar is dat de ondernemer de feitelijke verhouding met de 'werknemer' niet mag beëindigen op gronden die verband houden met het lidmaatschap van de betrokkene van de ondernemingsraad. In feite is er dan sprake van een analoge toepassing van art. 21 WOR, die ons inziens moet 'doorwerken' in de verhouding met de (formele) werkgever. Overigens zal die eigen werkgever in het algemeen niet eerder opzeggen dan nadat de inlenende werkgever de tewerkstelling beëindigt.

Gebondenheid OR-lid aan (arbeidsrechtelijke) besluiten OR

Interessant is de vraag of een OR-lid zelf (arbeidsrechtelijk) is gebonden aan besluiten van een ondernemer die met instemming van 'zijn' OR zijn genomen.

In het algemeen is er geen sprake van een 'doorwerking' in de individuele arbeidsovereenkomst van be-

sluiten van een ondernemer die met instemming van de OR zijn genomen. Zo is een werknemer niet (zonder meer) gebonden aan een met instemming van de OR genomen besluit tot wijziging van een regeling. Aangenomen moet worden dat, naarmate een besluit van de ondernemer dichter komt bij of een besluit is dat wordt genoemd in art. 27 lid 1 WOR, de instemming van een ondernemingsraad met een dergelijk door de ondernemer genomen besluit feitelijk wel doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Een werknemer zal in het algemeen feitelijk zijn gebonden aan een met instemming van de OR genomen besluit tot verandering van de werktijden. Alleen als dat besluit in het concrete individuele geval voor een werknemer (in hoge mate) bezwaarlijk uitpakt, zou die werknemer daartegen bezwaar kunnen maken. Die opvatting vloeit onder meer voort uit het IBM-arrest van 7 oktober 1988, NJ 1989, 335, en is nadien gecodificeerd in art. 7:613 BW. In art. 7:613 BW wordt aan de ene kant de bevoegdheid van een werkgever om gebruik te maken van een beding van éézijdige wijziging in een arbeidsovereenkomst beperkt, aan de andere kant volgt uit die bepaling dat instemming van een ondernemingsraad met een door de werkgever gewenste wijziging meebrengt dat die wijziging wordt vermoed redelijk te zijn, tenzij de werknemer daartegen zwaarwegende bezwaren kan aanvoeren. Geldt dat ook als die werknemer OR-lid is? Aangenomen moet worden dat als 'zijn' OR instemt met het besluit van de ondernemer, het OR-lid niet zonder meer is gebonden aan dat besluit. Immers, dan zou dat OR-lid door het lidmaatschap van de OR in zijn positie in de onderneming benadeeld worden. De kwestie van de gebondenheid aan met instemming van de OR genomen besluiten van de ondernemer zal aan betekenis winnen, omdat ondernemers en ondernemingsraden in de toekomst naar verwachting vaker een zogenaamde ondernemingsovereenkomst als bedoeld in art. 32 lid 1 WOR zullen sluiten. Die ondernemingsovereenkomsten zullen doorgaans betrekking hebben op het uitbreiden van bevoegdheden van een ondernemingsraad als zodanig. Maar zij kunnen echter ook gaan over aangelegenheden die betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden, met name in die gevallen waarin een ondernemer niet gebonden is aan een CAO, er geen vakbonden op het toneel zijn en een OR in dat opzicht een vervangende rol vervult.

— Ambtelijk secretaris

De ambtelijk secretaris is geen lid van de ondernemingsraad. In zoverre gaan de opmerkingen over zijn positie het bestek van deze bijdrage te buiten. Toch willen wij graag een enkele opmerking maken. Blijkens art. 17 lid 1 WOR is het de ondernemer die

aan de OR een secretaris *toevoegt*. Aangenomen moet worden dat de OR in het algemeen geen aanspraak heeft op toevoeging van een ambtelijk secretaris. Als een ondernemer voornemens is om een ambtelijke secretaris toe te voegen, zal een OR inspraak hebben als het gaat om de persoon van de ambtelijk secretaris. Een ondernemingsraad zal toevoeging van een ambtelijk secretaris kunnen weigeren. De ambtelijk secretaris wordt in art. 21 lid 1 en 2 genoemd – overigens pas sinds de wetwijziging van 4 maart 1998 – als degene aan wie (ontslag)bescherming toekomt. Op grond van lid 1 draagt de ondernemer er zorg voor dat de ambtelijk secretaris niet wordt benadeeld in zijn positie in de onderneming. Op grond van lid 2 kan de ondernemer de arbeidsovereenkomst met de ambtelijk secretaris niet opzeggen. Uiteraard kan de ondernemer de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst met de ambtelijk secretaris te ontbinden. In dat laatste geval zal de kantonrechter het verzoek slechts inwilligen indien het hem aannemelijk voorkomt dat het verzoek van de ondernemer geen verband houdt met het zijn van ambtelijk secretaris.

Op grond van (het nieuwe) art. 7:670 lid 4 BW is ook de ambtelijk secretaris een persoon met wie de arbeidsovereenkomst niet kan worden opgezegd. Dat betekent dat in de ontbindingsprocedure als bedoeld in art. 7:685 BW de kantonrechter zich ervan moet vergewissen dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het bestaan van een opzegverbod.

Overigens is het heel goed mogelijk dat een door de ondernemer aan te zoeken – en toe te voegen – ambtelijk secretaris niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, maar op basis van een overeenkomst van opdracht tot het verrichten van enige diensten. In dat geval is er van 'ontslagbescherming' geen sprake. Niet goed voorstelbaar is om de – verboden – opzegging van een arbeidsovereenkomst op één lijn te stellen met een opzegging van de overeenkomst van opdracht. Overigens is het wel mogelijk dat een ambtelijk secretaris die werkzaam is op basis van een opdracht, ontslagbescherming heeft, namelijk als zich het geval voordoet van art. 1 onder b sub 2 BBA: het persoonlijk arbeid verrichten voor minder dan 3 opdrachtgevers, tenzij de functie van ambtelijk secretaris een bijkomstige werkzaamheid zou zijn. Maar die ontslagbescherming geldt ook voor de 'gewone' opdrachtnemer die niet de positie heeft van ambtelijk secretaris.

— Flexibiliteit en zekerheid

Op 1 januari 1999 treedt in werking de wet Flexibiliteit en zekerheid, welke leidt tot een flink aantal wijzigingen in boek 7 titel 10, waarin de arbeidsovereenkomst is geregeld. Ook voor ons onderwerp zijn er relevante wijzigingen.

In de kern komt het hier op neer dat de ontslagbescherming van een OR-lid wordt gelijkgesteld met de thans bestaande ontslagbescherming van een zieke werknemer of een zwangere werkneemster. De ontslagbescherming van een zieke werknemer of een zwangere werkneemster wordt overigens in die zin verminderd dat deze geen ontslagbescherming meer hebben ingeval de werkzaamheden van een onderneming of een onderdeel daarvan worden beëindigd, een en ander zoals nu al geldt voor een OR-lid.

Opzegverbod

In art. 670 lid 4 BW wordt vanaf 1 januari 1999 bepaald dat een werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer die lid is van een OR, van een COR, van een GOR, van een vaste of onderdeelcommissie van die raden, van een personeelsvertegenwoordiging, van een Arbocommissie of van een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese ondernemingsraad als bedoeld in de WOR dan wel die krachtens die wet optreedt als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging voor werknemers, *niet* kan opzeggen.

Hiervoor is opgemerkt dat onder vigore van art. 21 lid 2 WOR een opzegging van een arbeidsovereenkomst met een OR-lid voor onbepaalde tijd nietig is. Vanaf 1 januari 1999 gaat op grond van art. 7:677 lid 5 BW een ander systeem gelden. Een opzegging van een arbeidsovereenkomst met een OR-lid is vernietigbaar. Er geldt een termijn van 2 maanden, waarbinnen door het OR-lid een beroep moet worden gedaan op de vernietigingsgrond. Het beroep op de vernietigingsgrond geschiedt door kennisgeving aan de werkgever. Het is, als gezegd, het huidige systeem voor een opzegging tijdens ziekte of vanwege bijvoorbeeld zwangerschap. Een dergelijke opzegging is niet schadeplichtig. De wetgever onttrekt een werknemer in dat geval dus een keuzemogelijkheid. De werknemer moet dus opteren voor een beroep op de vernietigbaarheid, zij het dat hij zich zou kunnen neerleggen bij de opzegging en de rechter zou kunnen vragen de opzegging kennelijk onredelijk te verklaren. Interessant is de vraag of een OR-lid wiens arbeidsovereenkomst is opgezegd en die niet binnen 2 maanden een beroep doet op de vernietigingsgrond, maar wel na bijvoorbeeld 5 maanden zich er op beroept dat de werkgever geen ontslagvergunning had, op grond waarvan de opzegging nietig is, nog lid is van de OR. Betoogd zou kunnen worden dat die werknemer zijn recht heeft verwerkt om het OR-lidmaatschap nog te claimen, nu hij primair een beroep had moeten doen op art. 7:677 lid 5. Het OR-lid mag overigens de termijn van 2 maanden ten volle gebruiken. Art. 3:55 BW, welk artikel – in dit geval – de werkgever de be-

voegdheid zou toekennen om het OR-lid een termijn te stellen waarbinnen een beroep op de vernietigingsgrond zou moeten worden gedaan, wordt in art. 7:677 lid 5 in fine buiten toepassing verklaard.

OR/GOR/COR

In art. 7:670 lid 4 BW wordt niet alleen het OR-lid genoemd, maar ook het GOR-lid, het COR-lid en het EOR-lid, naast anderen.

In het huidige art. 34 lid 6 jo. lid 7 WOR wordt – kort gezegd – de ontslagbescherming van toepassing verklaard op leden van een COR of een GOR. De vraag is of dat nodig is. Immers, leden van een COR of een GOR worden gekozen door de betrokken ondernemingsraden uit de leden van elk van die raden. Als een lid van een COR of een GOR ophoudt lid te zijn van een OR, eindigt ook van rechtswege zijn lidmaatschap van de COR of de GOR.

De werkzaamheden van een lid van een COR of een GOR liggen in het verlengde van zijn OR-lidmaatschap en kunnen gelden als in verband met het OR-lidmaatschap, zodat ook de COR/GOR-werkzaamheden rechtstreeks onder het bereik van de ontslagbescherming vallen die een OR-lid heeft. Een uitzondering is mogelijk als een COR of een GOR in zijn reglement heeft bepaald dat het lidmaatschap van die COR of GOR mogelijk is voor iemand die werkzaam is in een onderneming die tot een groep behoort, waarvoor geen ondernemingsraad behoeft te worden ingesteld. Dan zou de ontslagbescherming voor een lid van zo'n COR of GOR zelfstandige betekenis kunnen hebben.

Proeftijd

In art. 7:670b BW, zoals het vanaf 1 januari 1999 zal luiden, is bepaald dat de ontslagbescherming van een lid van een ondernemingsraad niet geldt bij een opzegging gedurende de proeftijd. Dat is in vergelijking met het huidige art. 21 WOR nieuw.

In het algemeen zal deze 'nieuwigheid' geen problemen opleveren. Immers, art. 6 lid 3 WOR bepaalt dat verkiesbaar tot lid van de ondernemingsraad zijn de personen die gedurende tenminste 1 jaar in de onderneming werkzaam zijn geweest. Toch is het bedingen van een proeftijd met een OR-lid niet uitgesloten. Immers, als een OR-lid een nieuwe taak zou krijgen, zou het gerechtvaardigd kunnen zijn om een proeftijd overeen te komen. Aangenomen moet worden dat in een voorkomend geval een rechter extra kritisch zal kijken naar de rechtvaardigingsgrond die een werkgever voor het bedingen van een proeftijd met een OR-lid aanvoert.

Art. 7:685 BW (ontbinding)

Zoals ook thans, kan de werkgever aan de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst met een OR-lid te ontbinden. Vanaf 1 januari 1999 wordt in art. 7:685 lid 1 BW *in het algemeen* bepaald dat de kantonrechter het verzoek slechts kan inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of er een opzegverbod bestaat, voor het onderhavig geval het opzegverbod in verband met het OR-lidmaatschap. In art. 7:685 BW wordt voortaan gesproken over: *zich vergewissen van het bestaan van een opzegverbod*. In art. 21 WOR gaat het erom dat het de kantonrechter aanmerkelijk voorkomt dat het verzoek geen verband houdt met het OR-lidmaatschap. Hoewel de tekst van de wet de kantonrechter alleen maar vraagt (formeel) te kijken naar het bestaan van een opzegverbod, moet worden aangenomen dat de kantonrechter onverminderd inhoudelijk naar het verband met het OR-lidmaatschap zal, dat wil zeggen: *moet*, kijken. Uit niets blijkt dat de wetgever met de nieuwe formulering een andere toetsing door de kantonrechter heeft beoogd. Niettemin lijkt de (taalkundige) formulering de kantonrechters vanaf 1 januari 1999 iets meer *freies Ermessen* te geven en zou een kantonrechter een arbeidsovereenkomst met een OR-lid wiens verhouding met zijn werkgever volstrekt is verstoord, kunnen ontbinden.

Art. 16 lid 3 Werkloosheidswet

Een probleem dat niet is opgelost, is het geval dat de arbeidsovereenkomst met een OR-lid wordt ontbonden op een kortere termijn dan de opzegtermijn. Op grond van het nieuwe art. 16 lid 3 Werkloosheidswet ontvangt de werknemer feitelijk geen werkloosheidsuitkering over de periode dat de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een opzegging, door een ontbinding eerder eindigt. De werknemer moet die periode dan overbruggen met het aanwenden van de (eventueel toegekende) vergoeding als bedoeld in art. 7:685 lid 8 BW. Als er geen vergoeding is toegekend, speelt het probleem niet. De minister heeft in de Eerste Kamer opgemerkt dat in situaties waarin de kantonrechter beslist om niet op termijn te ontbinden, deze de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor het OR-lid kan compenseren door hem, naast de reguliere bovenwettelijke aanvulling, een aanvullende vergoeding te geven die gelijk is aan het loon dat de werknemer bij opzegging zou hebben ontvangen. Als kantonrechters daartoe niet bereid zouden zijn, betekent dat dat het OR-lid, omdat de met hem bestaande arbeidsovereenkomst niet kan worden opgezegd, maar alleen via een ontbinding kan worden beëindigd, in een nadeliger positie verkeert. Dat staat op gespannen voet met art. 21 lid 1 WOR (dat ook na 1 januari 1999 van kracht blijft), dat de

ondernemer als gezegd verbiedt het OR-lid in zijn positie in de onderneming te benadelen. Gezegd kan wel worden dat het niet de ondernemer is die benadeelt, maar de wetgever.

Slot

De bescherming van een OR-lid is een groot goed. In het kader van de behartiging van de belangen van de onderneming en van haar werknemers, zoals de ondernemingsraad die ziet, is een conflict met de werkgever heel goed denkbaar. De bescherming biedt het OR-lid en ook de ondernemingsraad de mogelijkheid om tot een standpuntbepaling te komen in een zekere onafhankelijkheid, zonder daarvoor bevreesd te hoeven zijn. Art. 21 WOR werkt in de praktijk bevredigend. Na de inwerkingtreding van de wet Flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 zal de bescherming niet geringer worden. Het is niet de bedoeling dat de nieuwe 'verbandtoets' iets anders gaat betekenen dan de huidige. Art. 16 lid 3 Werkloosheidswet, zoals dat vanaf 1 januari 1999 voor een OR-lid geldt, is ongewenst.