

Hoge Raad redt politiek primaat

Onlangs heeft de Hoge Raad in een zaak over een besluit tot gemeentelijke herindeling, tegenover de ondernemingsraad van de gemeente het politiek primaat benadrukt ook in geval van ingrijpende personele gevolgen. Er zal opnieuw moeten worden vastgesteld wat politiek is en wat niet.

mr. W.J.M. van Tongeren

De Hoge Raad heeft op 26 januari 2000 twee beschikkingen gegeven die belangrijk zijn voor de medezeggenschap bij overheidsondernemingen (*NJ* 2000-223 m.nt. Maeijer, en *NJ* 2000-224).¹ In beide zaken heeft de Hoge Raad het mede-ondernemerschap van de provincie verworpen. In de zaak van de provincie Zuid-Holland heeft de Hoge Raad ook het besluit tot gemeentelijke herindeling beoordeeld in het licht van wat wel het politiek primaat wordt genoemd, een besluit genomen door democratisch gecontroleerde organen.² Deze beschikking zal ik hier bespreken.

Mede-ondernemerschap

In deze zaak ging het om uitbreiding van de gemeente Den Haag door correctie van de grenzen van een drietal naburige gemeenten. Daarbij vindt besluitvorming plaats op basis van de Wet Algemene Regels Herindeling. Provinciale Staten beslissen op voordracht van Gedeputeerde Staten. De betrokken gemeenten hebben in die besluitvorming een zekere inbreng. De Ondernemingskamer oordeelde dat de voordracht van Gedeputeerde Staten aan Provinciale Staten een besluit was in de zin van art. 25 lid 1 aanhef en sub a, d en/of e WOR en 'belangrijk' in de zin van de onderdelen d en e.³ Ze besliste dat door het rechtstreeks ingrijpen van de voordracht in de ondernemingen van de betrokken gemeenten de provincie Zuid-Holland als mede-ondernemer moet worden beschouwd.

De Hoge Raad voelt hier niets voor en oordeelt dat van mede-ondernemerschap slechts sprake is in het geval een andere ondernemer dan de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld ten opzichte van de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de

besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die andere ondernemer in stand wordt gehouden.

Politiek primaat

Wat betreft het politiek primaat overweegt de Ondernemingskamer dat het (voorgenomen) besluit ingrijpende gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de personen die werken in de ondernemingen van de gemeenten, dat die gevolgen niet kunnen worden los gezien van de herindeling en dat volgens de strekking van de WOR de personele gevolgen ook door de politieke besluitgever na verkregen advies meegewogen kunnen worden.

De Hoge Raad wil ook van deze benadering van de Ondernemingskamer niets weten. De Hoge Raad stelt voorop dat eerst moet worden beoordeeld of een (voorgenomen) besluit een politiek besluit is, nu uit de wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat het niet de bedoeling is dat besluiten van democratisch gecontroleerde organen – als het gaat om de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan – in aanmerking komen voor toetsing door de rechter, ook als er personele gevolgen zijn verbonden aan die besluitvorming. Als het dus een politiek besluit is, is de ondernemingsraad nog niet aan de beurt. De Hoge Raad leidt uit de wetsgeschiedenis af dat indien en zolang de (voorgenomen) besluitvorming zich beweegt op het politiek niveau de ondernemingsraad geen medezeggenschap kan uitoefenen, ook als er personele gevolgen kunnen voortvloeien uit die besluitvorming. De wetgever heeft dat meegewogen en het in dat geval ontbreken van inbreng van de ondernemingsraad voor lief genomen.

1 Het ging bij de twee beschikkingen om een zaak van de provincie Zuid-Holland tegen de ondernemingsraden van enkele gemeenten rondom Den Haag, en om een zaak van de provincie Gelderland tegen de ondernemingsraden van enkele waterschappen.

2 Aan de beschikkingen is nogal wat aandacht gegeven in de juridische literatuur. Van der Heijden en Heerma van Voss bespreken de beschikkingen in de *Kroniek van het sociaal recht*, *NJB* 2000, p. 519 e.v. Sprengers heeft een uitvoerig artikel geschreven: 'De Hoge Raad en het primaat van de politiek' in *Sociaal Maandblad Arbeid* maart 2000 p. 117 e.v. In *Ondernemingsrecht* 2000 p. 132 e.v. bespreekt Rood in een commentaar de beschikkingen. Tot slot kan nog gewezen worden op Van der Heijden, 'Medezeggenschap bij de overheid en de Hoge Raad,' *ArbeidsRecht* 2000 p. 15 e.v.

3 In art. 25 lid 1 sub a WOR gaat het over de overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan, sub c over de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan, sub d over een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming en sub e over een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming.

De Hoge Raad leidt uit de wets-geschiedenis af dat de ondernemings-raad geen medezeggenschap kan uitoefenen als de besluitvorming zich beweegt op politiek niveau

Volstaan met toerekening

Het mede-ondernemerschap van in dit geval de provincie was niet een gelukkige benadering van de Ondernemingskamer. In het geval van een herindeling is de bemoeienis van de provincie met een gemeentelijke onderneming eenmalig en incidenteel. Mede-ondernemer zijn veronderstelt, zoals ook de Hoge Raad overweegt, een voortdurende bemoeienis met een onderneming en een gezamenlijk staan voor een onderneming. De figuur van mede-ondernemerschap is ook niet nodig. Als een besluit van de provincie al van betekenis is – voor de onderneming van een gemeente in de zin van de WOR – dan dient de provincie de gemeente in de gelegenheid te stellen om zelf advies te vragen aan haar eigen ondernemingsraad. Dat is bijvoorbeeld ook het geval als op concernniveau in het buitenland een beslissing wordt genomen die betekenis heeft voor een onderneming in Nederland. De concernleiding dient de Nederlandse ondernemer in de gelegenheid te stellen de ondernemingsraad in de gelegenheid

te stellen advies uit te brengen, in welk geval bij de afweging van de belangen bij het voorgeno- men besluit ook het concernbelang mag mee- wegen.

In de niet-publieke sector is een enkele keer de figuur van het mede-ondernemerschap aan de orde geweest, in de zaak Heuga (*NJ* 1994- 545 m.nt. Maeijer). Een sub-holding voerde de directie in haar dochter en oefende daarmee stelselmatig invloed op de besluitvorming uit. In de praktijk wordt in de niet-publieke sector volstaan met toerekening van besluiten van de een aan de ander. Een besluit van een aandeel- houder om zijn aandelen te vervreemden geldt als een besluit van de ondernemer strekkende tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming. De bestuurder van de onderne- ming dient dan advies te vragen aan de onder- nemingsraad over het (voorgenomen) besluit van de aandeelhouder (PUEM-zaak, *NJ* 1990- 734). Bij de figuur van het mede-ondernemer- schap in publiekrechtelijke verhoudingen kan het gevaar dreigen dat een ondernemingsraad in een moeilijke positie komt en tussen twee publiekrechtelijke lichamen in komt te staan, die ieder een eigen politieke agenda kunnen hebben. Ook kan een ondernemingsraad tegen- over de eigen ondernemer en achter de (inci- dentele) mede-ondernemer komen te staan. In de publiekrechtelijke sector zal doorgaans ook kunnen worden volstaan met toerekening.

Opnieuw grenzen trekken

Wat betreft de betekenis die de Hoge Raad aan het politiek primaat toekent moet worden afge- wacht of de Hoge Raad zijn wat strenge bena- dering voortzet. Denkbaar is dat de Hoge Raad wat overreageert op de benadering van de Ondernemingskamer.

In de benadering van de Ondernemingskamer bleef er van het politiek primaat niet veel over. In de zaak die ging over de opheffing van de Dienst Omroepbijdragen zat de ondernemingsraad bij wijze van spreken bij het Kabinet aan tafel, omdat dat besluit ook personele gevolgen had en de ondernemings- raad volgens de Ondernemingskamer door de Minister in de gelegenheid gesteld moest wor- den om advies uit te brengen (Ondernemingskamer 22 juli 1999, *JAR* 1999- 193). Door het politiek primaat vergaand te relativeren kwamen er ook allerlei netelige kwesties. In de zaak van de opheffing van de

Dienst Omroepbijdragen overweegt de Ondernemingskamer dat de Staat niet kan wor- den veroordeeld om het wetsvoorstel in te trek- ken omdat de rechter vanwege de staatsrechte- lijke taakverdeling niet kan ingrijpen in het proces van wetgeving in formele zin.⁴ Aan de andere kant beslist de Ondernemingskamer dat de Staat in redelijkheid niet tot het genomen besluit tot afschaffing van de omroepbijdragen en opheffing van de Dienst Omroepbijdragen heeft kunnen komen; ze veroordeelt de Staat om alsnog advies te vragen aan de onderne- mingsraad, omtrent het (blijkbaar niet meer voorgenomen) besluit.

In zaken in de niet-publieke sector zal de Ondernemingskamer doorgaans de ondernemer opdragen om een dergelijk besluit, als er geen advies is gevraagd, in te trekken en de adviespro- cedure opnieuw te beginnen. In dergelijke geval- len is achteraf advies vragen mosterd na de maal- tijd. De Ondernemingskamer moet zich in allerlei bochten wringen om eruit te komen en lijkt hier de weg kwijt te raken. Sprengers lijkt in *SMA* te veronderstellen dat de Hoge Raad bereid is toe te geven aan bij bestuurders levende opvattingen, als het gaat om het geven van meer ruimte aan de politiek. Hij noemt HR 19 november 1999, *RvdW* 1999-179 waarin de Hoge Raad de gemeente Tegelen, die ageerde op grond van onrechtma- tig handelen, naar de politieke organen verwees voor het aan de kaak stellen van gestelde onre- gelmatigheden in de besluitvorming tot gemeentelijke herindeling.

Ik noem twee opvattingen die bij bestuur- ders leven. Oud-minister Peper schreef in een brief van 12 maart 1999 aan de Tweede Kamer dat in het wetgevingsproces een adviesrecht van een ondernemingsraad niet aan de orde is. Het rapport van de Commissie van Kemenade, *Bestuur in geding*, spreekt over overdaad aan rechtsbescherming en over de rechter op de stoel van het bestuur: 'echt onaangenaam wordt het als de Rechter een democratisch genomen besluit op inhoudelijke gronden vernietigt en aldus zijn oordeel in de plaats stelt van het oor- deel van het Bestuur.'

Ik denk niet dat de Hoge Raad heel erg gevoelig is voor de tegenwind van de kant van bestuurders die medezeggenschap maar lastig vinden, als het gaat om de medezeggenschap van de ondernemingsraad binnen overheids-on- dernemingen. Ik denk dat de Hoge Raad orde

⁴ De Minister had terzake een voorstel aan het Kabinet gedaan; overigens vindt Kortmann die opvatting in hoge mate staatsrechtelijk aanvechtbaar (*AAe* 1999 p. 473 e.v.).

op zaken heeft willen stellen en het politiek primaat als norm heeft willen inscherpen. Ik verwacht niet dat de Hoge Raad zal accepteren dat overheidsondernemers ten koste van de medezeggenschap van ondernemingsraden de besluitvorming zodanig zullen faseren en de personele gevolgen pas in de allerlaatste fase van de besluitvorming aan de orde zullen stellen. Hierdoor zou de medezeggenschap van de ondernemingsraad bij de overheid de facto illusoir worden, zoals Sprengers vreest. Wat politiek is en wat niet politiek is zal preciezer in kaart moeten worden gebracht. Op dat punt zullen taxaties verschillend blijven. Sommige zaken zullen bij uitstek een politiek gewicht

hebben, andere zaken minder. Het uitbesteden van een vuilnisophaaldienst, als meer praktisch van aard, zal minder politiek gewicht hebben dan een gemeentelijke herindeling.

Volgens mij heeft de Ondernemingskamer de goede taxatie gemaakt in haar beschikking van 27 april 2000 (JAR 2000-118), waarin wordt beslist dat het politiek primaat niet aan de orde is als het gaat om een beslissing van interne organisatorische aard, een keuze omtrent de vraag hoe binnen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat de taken organisatorisch vorm worden gegeven. Het gaat met andere woorden in een dergelijk geval niet om een publiekrechtelijke vaststelling van een taak

van het ministerie op basis van (een) politiek(e) besluit(vorming).

Aan het slot van zijn beschikking overweegt de Hoge Raad nog dat het de publiekrechtelijke lichamen vrij staat vroegtijdig de ondernemingsraden te betrekken in het proces van raadpleging. Wat de Hoge Raad precies bedoelt is niet duidelijk. De Hoge Raad spreekt niet over een uitbreiding van de bevoegdheden. De vraag is of het een publiekrechtelijk lichaam vrij staat om ten laste van democratisch gekozen organen bevoegdheden weg te geven. Afgewacht moet worden of en hoe in de praktijk inhoud wordt gegeven aan deze overweging ten overvloede. ■

In 'Afvalland' wordt met spanning uitgezien naar een in het najaar te verwachten arrest van het Europese Hof van Justitie waarin het begrip 'afvalstoffen' nader wordt gedefinieerd. Voor exploitanten van stortplaatsen heeft de definitiekwestie grote fiscale gevolgen.

mr. J.A.W. Suyver

Voorzitter van de (specialisten)Vereniging MilieurechtAdvocaten

In de Wet milieubeheer is te lezen wat onder afvalstoffen moet worden verstaan, maar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hanteert nu al jarenlang een 'eigen' definitie, die enigszins afwijkt van onder meer Europese opvattingen. Naar het oordeel van de Raad van State is er geen sprake van afvalstoffen indien een stof zonder nadere bewerkingen te ondergaan en zonder het treffen van nadere voorzieningen op een milieuhygiënisch verantwoorde wijze nuttig kan worden hergebruikt. De op handen zijnde uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen (HvJ EG) heeft uiteraard al de interesse van de gemiddelde milieujurist. Het Nederlandse milieurecht wordt tegenwoordig immers voor-

'Afvalstoffen'

namelijk aangestuurd vanuit 'Europa'.

Voor met name exploitanten van stortplaatsen zijn de op het spel staande financiële belangen enorm. Met ingang van 1 januari 1995 wordt belasting geheven op afvalstoffen die ter eindverwerking aan onder meer een stortplaats worden aangeboden. De Wet op de verbruiksbelastingen op milieugrondslag (verder: de Wet) bevat de fictie dat alle aan de stortinrichting afgegeven afvalstoffen zijn afgegeven ter eindverwerking en derhalve moeten worden belast. Nu zullen de meeste aangeboden stoffen inderdaad worden gestort, maar de wetgever heeft destijds over het hoofd gezien dat sommige categorieën aangeboden stoffen in stortinrichtingen plegen te worden hergebruikt. Denk aan verontreinigde grond, waarmee werkwegen worden aangelegd of stortfronten worden afgedekt. Daarnaast worden verontreinigde grond en andere van dergelijke stoffen veelvuldig aangewend in het kader van de afdekking en eindafwerking van (voormalige) stortinrichtingen.

De branche stelde zich op het standpunt dat bij dergelijke toepassingen geen sprake was van het storten van afvalstoffen, maar van de toepassing van zogenaamde secundaire grondstoffen (nu algemeen als bouwstoffen aangeduid). Daarbij baseerde men zich op de jurisprudentie van de Raad van State inzake afvalstoffen: de stoffen in kwestie werden immers nuttig en op milieuhygiënisch verantwoorde wijze herge-

bruikt zonder dat ze een nadere bewerking hadden ondergaan en zonder het treffen van nadere voorzieningen. Ze konden dus niet langer als afvalstoffen worden aangemerkt, zodat ze evenmin konden worden belast. De belastingdienst klampte zich echter vast aan die eerdergenoemde fictie en heeft diverse, meestal hoge aanslagen opgelegd, waartegen inmiddels veelvuldig beroep is ingesteld.

Het Gerechtshof in Den Haag heeft, omdat de Wet bepaalt dat wat betreft de uitleg van het begrip 'afvalstoffen' aansluiting moet worden gezocht bij de Wet milieubeheer, in een aantal procedures overeenkomstig de jurisprudentie van de Raad van State uitgemaakt dat in geval van bovengenoemde toepassingen (inderdaad) geen sprake is van eindverwerking van afvalstoffen, maar van nuttig hergebruik. Geen afvalstoffen, geen belasting.

De vraag is nu, of het HvJ EG de invulling van het afvalstoffen-begrip door de Raad van State en dus door de bovengenoemde belastingrechter aanvaardt. De Advocaat-Generaal bij het Hof heeft enkele maanden geleden zijn conclusie bekend gemaakt. Deze lijkt niet in het nadeel van de branche. Juichen of treuren is echter te vroeg. Niet alleen moet worden afgewacht hoe het HvJ EG oordeelt, bovendien zijn diverse cassatieberoepen bij de Hoge Raad aangehangig. ■