

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

S.F.H. Jellinghaus

5.1 Inleiding

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

5.2 Het begin: artikel 23 lid 2 WOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3 Rechtspraak artikel 23 WOR

In tegenstelling tot artikel 46d WOR¹⁰ is over de werking en de toepassing van het zogenoemde primaat van de politiek uit artikel 23 lid 2 WOR nagenoeg geen rechtspraak. Een bekende zaak die door de Ondernemingskamer is behandeld en heeft geleid tot een uitspraak, betreft de Gemeenschappelijke Medische Dienst.¹¹ Wat was hier aan de hand?

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

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

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

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

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

5.4 Zelfstandige bestuursorganen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 Zie voor een overzicht https://almanak.overheid.nl/Zelfstandige_bestuursorganen/.

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

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

5.5 Private ondernemingen geconfronteerd met overheidsbesluiten

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

Ten aanzien van subsidiebeëindiging heeft de Ondernemingskamer dit een keer overwogen in 1981.¹⁸ Daarbij werd expliciet overwogen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.6 Afronding

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

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

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

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