

112

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer)  
9 februari 2012, nr. 200.096.953/01, LJN  
BV7331  
(mr. Faase, mr. Faber, mr. Willems)  
Noot S.F.H. Jellinghaus

**Ondernemingsraad. Art. 46 WOR. Primaat van de politiek.**

**Betrekken van de ondernemingsraad bij besluitvorming verzet zich tegen beroep op art. 46 WOR (politiek primaat) bij de Ondernemingskamer. Gemeente Middelburg heeft in redelijkheid tot het besluit kunnen komen, ondanks onduidelijkheid over keuzemogelijkheid en benoemingsduur operationeel leidinggevende.**

[WOR art. 46]

De gemeenten Middelburg, Schouwen-Duiveland, Veere en Vlissingen hebben de intentie om samenwerkingsverbanden aan te gaan op 34 gebieden. Een samenwerkingsverband kan worden vormgegeven in een 'gastgemeente'-model, waarin ambtenaren van de ene gemeente die betrokken zijn bij het terrein waarop de samenwerking plaatsvindt, worden ingepast in de ambtelijke dienst van de andere gemeente, de gastgemeente. De eerste van die reeks van beoogde samenwerkingsverbanden betreft een samenwerking tussen de gemeente Middelburg en de gemeente Vlissingen op het terrein van gemeentelijke belastingheffing en -invordering, uitvoering van de Wet waardering onroerende zaken en privaatrechtelijke facturering. Daartoe is op 21 juli 2009 door de colleges van burgemeester en wethouders van beide gemeenten een startnotitie vastgesteld. Op 6 augustus 2009 heeft de gemeente Middelburg aan de ondernemingsraad advies gevraagd ter zake van het voorgenomen besluit tot vaststelling van de projectstructuur, de 'startnotitie samenwerking belastingen' en een convenant met de gemeente Vlissingen betreffende de 'samenwerking belastingen'. De ondernemingsraad heeft positief geadviseerd. In de eerste fase van dit project zijn project- en werkgroepen ingesteld. Bij brief van 26 juli 2010 heeft de gemeente Middelburg advies gevraagd over het 'Plan van aanpak samenwerking belastingen'. Ook hierover heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd. Het beoogde samenwerkingsverband op het gebied van belastingen zal meebrengen dat ambtenaren van de gemeente Vlissingen zullen worden ingepast in de ambtelijke dienst van de gemeente Middelburg en met de Middelburgse collega's op het stadskantoor van de gemeente Middelburg worden geïntegreerd in een aparte organisatorische eenheid Belastingen binnen de afdeling Planning en Control. Deze eenheid gaat de belastingen verzorgen voor zowel de gemeente Middelburg als de gemeente Vlissingen. Op 6 oktober 2011 heeft de ondernemingsraad zijn advies uitgebracht. Volgens de ondernemingsraad past het aanwijzen van een operationeel leidinggevende door het creëren van een extra managementlaag niet binnen de organisatiestructuur zoals in 2003 op bestuurlijk niveau is vastgesteld. Bovendien past de uitbreiding van deze leidinggevende laag niet in de doelstellingen om te bezuinigen op het management. De ondernemingsraad gaat op onderdelen van de samenwerking Middelburg-Vlissingen akkoord, maar adviseert negatief over het onderdeel een beoogd leidinggevende te plaatsen boven de eenheid Belastingen. Bij brief van 12 oktober 2011 heeft de gemeente Middelburg het besluit aan de ondernemingsraad bekendgemaakt waarin zij het negatieve advies van de ondernemingsraad niet op-

volgt. Volgens de ondernemingsraad heeft de gemeente Middelburg bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit van 12 oktober 2011 kunnen komen, voor zover het besluit behelst dat boven de organisatorische eenheid Belastingen een operationeel leidinggevende wordt geplaatst. De gemeente stelt zich onder meer op het standpunt dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk is, omdat volgens haar sprake is van een niet-adviesplichtig besluit in de zin van art. 46 WOR (politiek primaat). De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Uit de brief van de gemeentesecretaris van 9 juni 2011 en de bijlage bij die brief blijkt niet dat het advies is gevraagd onder enig voorbehoud, integendeel. Ook anderszins is niet van enig door de gemeente Middelburg gemaakt voorbehoud, ook niet ter zake van het politieke primaat, gebleken. Uit de in het geding gebrachte stukken, onder welke het besluit waarin het in acht nemen van de in art. 25 lid 6 WOR voorgeschreven opschortingstermijn wordt aangekondigd en de brief van de gemeentesecretaris van 9 november 2011, moet juist worden afgeleid dat de gemeente Middelburg het bestreden besluit steeds heeft beschouwd, althans heeft behandeld, als een kwestie waarop het in art. 25 WOR neergelegde adviesrecht van de ondernemingsraad zonder meer van toepassing is. Bij die stand van zaken kan de gemeente Middelburg niet met succes voor het eerst in deze procedure het standpunt innemen dat geen advies gevraagd had hoeven worden en dat aan de ondernemingsraad daarom geen beroep als bedoeld in art. 26 WOR toekomt. Het verweer dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk behoort te worden verklaard wordt daarom verworpen. In het midden kan blijven of het beroep van de gemeente op het politieke primaat naar de betekenis daarvan zou hebben kunnen slagen.

Met betrekking tot de vraag of de gemeente Middelburg bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, overweegt de Ondernemingskamer het volgende. Vooropgesteld wordt dat de ondernemingsraad uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht dat hij instemt met de samenwerking op het gebied van belastingen met de gemeente Vlissingen en met het onderbrengen van die samenwerking in een aparte organisatorische eenheid binnen de afdeling Planning en Control van de gemeente Middelburg. Het gaat de ondernemingsraad enkel om de plaatsing van een operationeel leidinggevende boven die organisatorische eenheid.

Bij het realiseren van de beoogde samenwerking, stond de gemeente Middelburg voor de keuze tussen enerzijds huisvesting van de nieuwe eenheid te Middelburg onder acceptatie van de benoeming van Kodde tot operationeel leidinggevende van die eenheid, en anderzijds huisvesting van de eenheid te Vlissingen. In aanmerking genomen (1) de consensus van partijen over de wenselijkheid en de overige aspecten van de samenwerking en (2) de twee hiervoor vermelde keuzemogelijkheden daartoe, en gelet op de steun onder de medewerkers van de gemeente Middelburg voor de benoeming van Kodde als operationeel leidinggevende, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet gezegd worden dat de gemeente Middelburg in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. In dat oordeel wordt betrokken dat de gemeente Middelburg wat betreft de bezuinigingsdoelstelling onweersproken heeft aangevoerd dat, gelet op de rechtspositionele aanspraken van Kodde, het financieel geen verschil maakt welke functie hij krijgt. Het beroep van de ondernemingsraad op precedentwerking van het besluit kan aan dit oordeel niet afdoen. Nog afgezien van de vraag of mogelijke precedentwerking die van het besluit uit zou kunnen gaan het besluit op zichzelf onredelijk zou maken, heeft de ondernemingsraad, in het licht van het betoog van de gemeente Middelburg dat het besluit een tijdelijke aanstelling betreft voor de duur van de arbeidsrelatie van Kodde en dat dit eerste samenwerkingsverband een zo groot mogelijke kans op slagen moet krijgen, het gevaar van precedentwerking onvoldoende

geconcretiseerd. Dat onvoldoende duidelijk is wat de duur van de tijdelijke aanstelling van de operationeel leidinggevende is, is een omstandigheid die de gemeente kan worden aangerekend. Het had op de weg van de gemeente Middelburg gelegen, tot wier zorgplicht het behoort om het medezeggenschapstraject te bewaken, om de ondernemingsraad eerder helder en adequaat te informeren over de beoogde bestaansperiode van de functie en over de eerder vermelde twee keuzemogelijkheden. Dat hierover langer dan wenselijk onduidelijkheid heeft bestaan is echter niet van dien aard dat het bestreden besluit als kennelijk onredelijk zou moeten worden aangemerkt. In deze beschouwing wordt betrokken dat de gemeente Middelburg ter terechtzitting bij monde van de gemeentesecretaris heeft bevestigd dat de ondernemingsraad structureel zal worden betrokken bij de volgende samenwerkingsverbanden. De slotsom is dat het verzoek zal worden afgewezen.

de Ondernemingsraad van de gemeente Middelburg, gevestigd te Middelburg,  
verzoeker,  
advocaat: mr. S.M.W.L. van Boven, kantoorhoudende te Middelburg,  
tegen  
de gemeente Middelburg, gevestigd te Middelburg,  
verweerster,  
advocaten: mr. D.W. Boere en mr. B.F.T.H. de Moor, beiden kantoorhoudende te Terneuzen.

#### Hof:

##### 1. Het verloop van het geding

- 1.1 Partijen zullen hierna onderscheidenlijk de ondernemingsraad en de gemeente Middelburg genoemd worden.
- 1.2 De ondernemingsraad heeft bij op 10 november 2011 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven –
  1. te verklaren dat de gemeente Middelburg bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit van 12 oktober 2011, voor zover het betreft de benoeming van een operationeel leidinggevende van de organisatorische eenheid belastingen, heeft kunnen komen;
  2. de gemeente Middelburg te verplichten het bestreden deel van het besluit in te trekken;
  3. de gemeente Middelburg te verbieden een operationeel leidinggevende van de organisatorische eenheid belastingen te benoemen;
  4. de gemeente Middelburg te veroordelen in de kosten van deze procedure.
- 1.3 De gemeente Middelburg heeft bij op 21 december 2011 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht het verzoek af te wijzen.
- 1.4 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 5 januari 2012, alwaar mr. Van Boven en mr. De Moor de standpunten van de door hen gerepresenteerde partijen nader hebben toegelicht, beiden aan de hand van aan de Ondernemingskamer overgelegde pleitaantekeningen en wat mr. Van Boven betreft onder overlegging van een op voorhand aan de Ondernemingskamer en de advocaten van de andere partij gezonden nadere productie.

##### 2. De feiten

- 2.1 Tot 2003 bestond de interne organisatiestructuur van de gemeente Middelburg uit vier lagen. In 2003 is een tussenlaag uit de organisatiestructuur geschrapt en is een nieuwe structuur

vastgesteld die bestaat uit drie niveaus, te weten directie, afdelingshoofden en ambtenaren. Binnen afdelingen bestaan organisatorische eenheden. Ter ondersteuning van de afdelingshoofden is bij de invoering van de nieuwe organisatiestructuur per organisatorische eenheid een eerste medewerker of opzichter aangewezen.

2.2 In 2009 is de organisatiestructuur opnieuw onder de loep genomen. Daarbij is onder meer onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van een wijziging van die structuur, waar in de organisatie voor werd gepleit en die inhield dat de opzichters en eerste medewerkers zouden worden betrokken bij het personeelsbeleid, in het bijzonder door deelname aan de functionerings- en beoordelingsgesprekken met de medewerkers. De rol van de opzichters en eerste medewerkers is toen niet uitgebreid met die taken. De organisatiestructuur is in februari 2009 vastgelegd in het Organisatieplan Gemeente Middelburg 2009, dat onder meer inhoudt:

##### “1.5 Eenvoudige organisatiestructuur

Onder een eenvoudige structuur wordt verstaan een structuur, waarbij sprake is van zo weinig mogelijk hiërarchische niveaus. In de praktijk betekent dit maximaal drie hiërarchische niveaus: (...). Ter ondersteuning van de afdelingshoofden wordt, binnen die afdelingen die een zeer specifiek karakter hebben en bijzonder groot van omvang zijn, een opzichter ingezet. Deze opzichter stuurt functioneel aan, maar is hiërarchisch gezien geen leidinggevende. Daarnaast kan het afdelingshoofd ervoor kiezen binnen de afdeling ter ondersteuning een hoogste medewerker met coördinerende taken in te zetten. Deze hoogste medewerker heeft ook geen hiërarchische bevoegdheden”.

2.3 De gemeenten Middelburg, Schouwen-Duiveland, Veere en Vlissingen hebben de intentie om samenwerkingsverbanden aan te gaan op 34 gebieden. Een samenwerkingsverband kan worden vormgegeven in een “gastgemeente”-model, waarin ambtenaren van de ene gemeente die betrokken zijn bij het terrein waarop de samenwerking plaatsvindt, worden ingepast in de ambtelijke dienst van de andere gemeente, de gastgemeente.

2.4 De eerste van die reeks van beoogde samenwerkingsverbanden betreft een samenwerking tussen de gemeente Middelburg en de gemeente Vlissingen op het terrein van gemeentelijke belastingheffing en -invordering, uitvoering van de Wet waardering onroerende zaken en privaatrechtelijke facturering. Daartoe is op 21 juli 2009 door de colleges van burgemeester en wethouders van beide gemeenten een startnotitie vastgesteld. Op 6 augustus 2009 heeft de gemeente Middelburg aan de ondernemingsraad advies gevraagd ter zake van het voorgenomen besluit tot vaststelling van de projectstructuur, de “startnotitie samenwerking belastingen” en een convenant met de gemeente Vlissingen betreffende de “samenwerking belastingen”. De ondernemingsraad heeft positief geadviseerd. In de eerste fase van dit project zijn project- en werkgroepen ingesteld. Bij brief van 26 juli 2010 heeft de gemeente Middelburg advies gevraagd over het “Plan van aanpak samenwerking belastingen”. Ook hierover heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd. Een nota van de afdeling Planning en Control van de gemeente Middelburg, gedateerd 25 mei 2011, waarmee de tweede fase werd afgesloten, houdt onder meer in dat de beoogde samenwerking op het gebied van belastingen zal leiden tot structurele kostenbesparingen en dat de continuïteit en de kwaliteit van de werkzaamheden bij samenwerking gebaat zijn. Het project bevindt zich in de vierde en laatste fase, die van het opstellen van een implementatieplan.

2.5 Het beoogde samenwerkingsverband op het gebied van belastingen zal meebrengen dat ambtenaren van de gemeente

Vlissingen (8 fte, 12 personen) zullen worden ingepast in de ambtelijke dienst van de gemeente Middelburg en met de Middelburgse collega's (11 fte, 15 personen) op het stadskantoor van de gemeente Middelburg worden geïntegreerd in een aparte organisatorische eenheid "belastingen" binnen de afdeling Planning en Control. Deze eenheid gaat de belastingen verzorgen voor zowel de gemeente Middelburg als de gemeente Vlissingen.

2.6 Op 9 juni 2011 heeft de gemeentesecretaris van de gemeente Middelburg, die heeft te gelden als bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden, het volgende aan de ondernemingsraad geschreven:

"Het College van burgemeester en wethouders heeft op 6 juni 2011 de in de bijlage gevoegde besluiten ten aanzien van de samenwerking belastingen Middelburg-Vlissingen genomen. (...) Ik verzoek u uw advies uit te brengen ten aanzien van de genomen besluiten".

De bijlage bij de brief houdt een lijst besluiten in, waaronder: "(...)"

8. de samenwerking belastingen onder te brengen in een aparte organisatorische eenheid (binnen de afdeling Planning en Control) en de beoogd leidinggevende Ron Kodde als kwartiermaker van het nieuw te vormen samenwerkingsverband te laten fungeren;

(...)"

De bijlage houdt voorts het voorgenomen besluit in om "de samenwerking belasting in Middelburg te huisvesten". Uit de bijlage blijkt verder dat de gemeente Middelburg als gastgemeente zal optreden.

2.7 Bij brief van 6 juli 2011 heeft de gemeentesecretaris ter aanvulling van de adviesaanvraag van 9 juni 2011 de adviezen van verschillende werkgroepen van het project samenwerking belastingen gestuurd aan de ondernemingsraad.

2.8 Een brief van de ondernemingsraad aan de gemeentesecretaris, gedateerd 12 september 2011, luidt, voor zover van belang: "Met de komst van de medewerkers belastingen naar Middelburg komt er een eenheid belastingen met daarboven een leidinggevende. De nieuwe managementlaag heeft consequenties voor de organisatiestructuur binnen Middelburg en staat haaks op de gekozen organisatiestructuur binnen onze organisatie. Bovendien wordt in de nota al gesproken over een persoon als kwartiermaker en beoogd leidinggevende. (...) [Wij] blijven (...) moeite hebben met de bevoegdheden die de beoogd medewerker krijgt en vind[en] dit niet passen binnen onze organisatiestructuur en cultuur".

2.9 Op 19 september 2011 is het voorgenomen besluit besproken in de overlegvergadering tussen de gemeentesecretaris en de ondernemingsraad. Het verslag van deze vergadering houdt onder meer in:

"Het is de [ondernemingsraad] niet duidelijk waarom er een extra managementlaag wordt gecreëerd voor Ron Kodde. Dit past niet in onze organisatiestructuur. De [gemeentesecretaris] legt uit dat de samenwerking belastingen Middelburg-Vlissingen een eerste samenwerkingsverband is. De [gemeentesecretaris] zegt dit op een zo goed mogelijke manier te willen vormgeven. Met het samenvoegen bestaat de cluster belastingen uit meer dan 20 medewerkers. Dit moet goed worden aangestuurd. Om dit te faciliteren is er voor gekozen Ron Kodde als kwartiermaker en beoogd leidinggevende aan te wijzen. En daarbij heeft gemeente Vlissingen gevraagd de betrokken medewerker operationeel leidinggevende te laten worden. Het college van burgemeester en wethouders heeft in principe besloten dit naar de betreffende persoon tijdelijk voor een jaar te respecteren. De [gemeente Middelburg voelt] zich gelet op de relatie met de gemeente Vlissingen niet vrij de voorwaarden nog te veranderen.

(...) De projectgroep [personeel] heeft om een aantal redenen (...) geadviseerd een aparte leiding boven [de] cluster belastingen aan te wijzen. (...) Er is bewust voor tijdelijkheid gekozen (een jaar) om zo te voorkomen dat we gedwongen worden over te gaan tot een organisatie wijziging".

2.10 Op 6 oktober 2011 heeft de ondernemingsraad zijn advies uitgebracht. Voor zover van belang houdt het advies in:

"Het aanwijzen van een operationeel leidinggevende door het creëren van een extra managementlaag past niet binnen de organisatiestructuur zoals in 2003 op bestuurlijk niveau is vastgesteld. Bovendien past de uitbreiding van deze leidinggevende laag niet in de doelstellingen om te bezuinigen op het management. Resumerend komen wij tot de conclusie dat wij op onderdelen van de samenwerking Middelburg-Vlissingen akkoord gaan en wij negatief adviseren over het onderdeel een beoogd leidinggevende te plaatsen boven de eenheid belastingen".

2.11 Bij brief van 12 oktober 2011 heeft de gemeente Middelburg het besluit aan de ondernemingsraad bekend gemaakt. In de brief wordt meegedeeld dat:

"het college van burgemeester en wethouders (...) heeft besloten (...) te kiezen voor een operationeel leidinggevende, ondanks het negatieve advies van de Ondernemingsraad (...).

Het college heeft aan zijn besluit 3 argumenten ten grondslag gelegd:

1. Dit is de eerste vorm van samenwerking tussen de gemeente Vlissingen en de gemeente Middelburg, waarbij gewerkt wordt met een gastgemeente. Beide gemeenten vinden het erg belangrijk dat deze samenwerking succesvol wordt. Goede aansturing van de werknemers is zeer belangrijk voor het succes van de samenwerking.

2. Het besluit om de huidige teamleider van de gemeente Vlissingen operationeel leidinggevende (...) te laten worden is (...) besloten op advies van de Projectgroep Samenwerking Belastingen, in welke projectgroep zowel medewerkers van de gemeente Middelburg als medewerkers van de gemeente Vlissingen vertegenwoordigd zijn. Deze medewerkers hechten ook aan directe aansturing door een operationeel leidinggevende om de samenwerking tot een succes te maken.

3. De belangen van de betreffende medewerker. De gemeente Vlissingen heeft aan de gemeente Middelburg uitdrukkelijk verzocht een passende plek te creëren voor de persoon die nu teamleider is in de gemeente Vlissingen. Van belang hierbij is dat het hier gaat om een persoonlijke garantie. Het toevoegen van de operationeel leidinggevende is een tijdelijke situatie. Dit is namelijk uitdrukkelijk gekoppeld aan de persoon van de huidige teamleider van de gemeente Vlissingen.

(...)

De benoeming van de huidige teamleider als operationeel leidinggevende brengt ook geen extra kosten met zich mee. (...)

Vanzelfsprekend zal de opschortingstermijn van 1 maand zoals bedoeld in artikel 25 lid 6 van de Wet op de ondernemingsraden in acht worden genomen."

2.12 Een memo, gedateerd 24 oktober 2011, van (een aantal medewerkers van) de afdeling Planning en Control van de gemeente Middelburg houdt in, kort gezegd, dat het afwijzende standpunt van de ondernemingsraad ten aanzien van het voornemen een operationeel leidinggevende aan te stellen in de nieuw te vormen eenheid niet wordt gedeeld.

2.13 Bij brief van 3 november 2011 heeft de advocaat van de ondernemingsraad de gemeente Middelburg laten weten dat tegen het bestreden besluit beroep zal worden ingesteld bij de Ondernemingskamer. De gemeentesecretaris heeft in zijn schriftelijke reactie, gedateerd 9 november 2011, onder meer meegedeeld dat voor de duur van de procedure bij de Onderne-

**ningskamer geen operationeel leidinggevende zal worden benoemd**

### 3. De gronden van de beslissing

3.1 De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek stellingen ten grondslag gelegd die er op neer komen dat de gemeente Middelburg bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit van 12 oktober 2011 heeft kunnen komen, voor zover het besluit behelst dat boven de organisatorische eenheid belastingen een operationeel leidinggevende wordt geplaatst.

3.2 De ondernemingsraad heeft ter toelichting van zijn standpunt onder meer het volgende naar voren gebracht. Door benoeming van een operationeel leidinggevende wordt inbreuk gemaakt op de eerder gekozen organisatiestructuur. De uitbreiding van de organisatiestructuur met een extra laag past voorts niet in de doelstelling van de gemeente om te bezuinigen op het management. De ondernemingsraad vreest dat de voorgenoemde benoeming van een operationeel leidinggevende precedentwerking zal hebben op de 33 andere gebieden waarvoor samenwerking tussen de gemeente Middelburg en andere gemeenten wordt onderzocht. De ondernemingsraad heeft voorgesteld om de operationeel leidinggevende uit Vlissingen te benoemen tot eerste medewerker met behoud van salaris en emolumenten, of om hem te benoemen tot afdelingshoofd.

3.3 De gemeente Middelburg heeft zich beroepen op niet-ontvankelijkheid van de ondernemingsraad op grond van het bepaalde in artikel 46d, aanhef en onder b, WOR. Het in die bepaling neergelegde "primaat van de politiek" brengt mee dat geen verplichting bestond om voor het bestreden besluit advies te vragen als bedoeld in artikel 25 WOR. De besluiten betreffende de samenwerking op het gebied van belastingen met de gemeente Vlissingen zijn immers aan te merken als uitvloeisel van de bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders om de ambtelijke organisatie te wijzigen met het oog op de vervulling van publieke taken, aldus de gemeente Middelburg. Wat betreft het onderhavige besluit heeft de gemeente Middelburg nog betoogd dat zij geen afstand heeft gedaan van het recht zich te beroepen op het "politieke primaat".

3.4 De Ondernemingskamer overweegt het volgende. Uit de brief van de gemeentesecretaris van 9 juni 2011 en de bijlage bij die brief blijkt niet dat het advies is gevraagd onder enig voorbehoud, integendeel. Ook anderszins is niet van enig door de gemeente Middelburg gemaakt voorbehoud, ook niet ter zake van het politieke primaat, gebleken. Uit de in het geding gebrachte stukken, onder welke het besluit waarin het in acht nemen van de in artikel 25 lid 6 WOR voorgeschreven opschortingstermijn wordt aangekondigd en de in 2.13 vermelde brief van de gemeentesecretaris van 9 november 2011, moet juist worden afgeleid dat de gemeente Middelburg het bestreden besluit steeds heeft beschouwd, althans heeft behandeld, als een kwestie waarop het in artikel 25 WOR neergelegde adviesrecht van de ondernemingsraad zonder meer van toepassing is. Bij die stand van zaken kan de gemeente Middelburg niet met succes voor het eerst in deze procedure het standpunt innemen dat geen advies gevraagd had hoeven worden en dat aan de ondernemingsraad daarom geen beroep als bedoeld in artikel 26 WOR toekomt. Het verweer dat de ondernemingsraad niet ontvankelijk behoort te worden verklaard wordt daarom verworpen. In het midden kan blijven of het beroep van de gemeente op het politieke primaat naar de betekenis daarvan zou hebben kunnen slagen.

3.5 Met betrekking tot de vraag of de gemeente Middelburg bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het

bestreden besluit heeft kunnen komen overweegt de Ondernemingskamer het volgende.

3.6 Vooropgesteld wordt dat de ondernemingsraad uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht dat hij instemt met de samenwerking op het gebied van belastingen met de gemeente Vlissingen en met het onderbrengen van die samenwerking in een aparte organisatorische eenheid binnen de afdeling Planning en Control van de gemeente Middelburg. Het gaat de ondernemingsraad enkel om de plaatsing van een operationeel leidinggevende boven die organisatorische eenheid.

3.7 De gemeente Middelburg heeft, onder verwijzing naar de in het besluit van 12 oktober 2011 verwoorde argumenten, het volgende benadrukt. Het fusieproces, waarin niet alleen werkprocessen op elkaar moeten worden afgestemd maar ook cultuurverschillen moeten worden overbrugd, is gebaat bij begeleiding door een leidinggevende binnen de te vormen eenheid. De operationeel leidinggevende zal functioneringsgesprekken voeren, beoordelingsgesprekken voeren en andere leidinggevende taken vervullen. Tijdens de voorbereiding van de samenwerking is de wenselijkheid van een eigen operationeel leidinggevende voor de organisatorische eenheid belastingen gebleken en de projectgroep samenwerking belastingen heeft tot benoeming van R. Kodde (hierna Kodde te noemen) geadviseerd. In de organisatie is veel draagvlak voor het besluit; ook het memo van 24 oktober 2011 van de afdeling Planning en Control getuigt daarvan. In het adviestraject heeft de gemeente Middelburg naar voren gebracht dat de samenwerkingspartner, de gemeente Vlissingen, bijzonder veel waarde hecht aan de benoeming van Kodde tot operationeel leidinggevende. Ter terechtzitting heeft de gemeente Middelburg nog uiteengezet dat de gemeente Vlissingen in de onderhandelingen een koppeling heeft gemaakt tussen de huisvesting van de nieuwe eenheid in Middelburg en de positie van Kodde. De gemeente Vlissingen stemt bovendien niet in met de door de ondernemingsraad voorgestelde benoeming van Kodde tot eerste medewerker, terwijl benoeming tot afdelingshoofd tot een veel verdergaande wijziging van de organisatie van de gemeente Middelburg zou leiden dan het bestreden besluit.

3.8 Uit de in de vorige rechtsoverweging weergegeven, niet gemotiveerde weersproken stellingen van de gemeente Middelburg blijkt dat zij, bij het realiseren van de beoogde samenwerking, stond voor de keuze tussen enerzijds huisvesting van de nieuwe eenheid te Middelburg onder acceptatie van de benoeming van Kodde tot operationeel leidinggevende van die eenheid, en anderzijds huisvesting van de eenheid te Vlissingen.

3.9 In aanmerking genomen (i) de consensus van partijen over de wenselijkheid en de overige aspecten van de samenwerking en (ii) de twee hiervoor vermelde keuzemogelijkheden daartoe, en gelet op de steun onder de medewerkers van de gemeente Middelburg voor de benoeming van Kodde, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet gezegd worden dat de gemeente Middelburg in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. In dat oordeel wordt betrokken dat de gemeente Middelburg wat betreft de bezuinigingsdoelstelling onweersproken heeft aangevoerd dat, gelet op de rechtspositionele aanspraken van Kodde, het financieel geen verschil maakt welke functie hij krijgt.

3.10 Het beroep van de ondernemingsraad op precedentwerking van het besluit kan aan dit oordeel niet afdoen. Nog afgezien van de vraag of mogelijke precedentwerking die van het besluit uit zou kunnen gaan het besluit op zichzelf onredelijk zou maken, heeft de ondernemingsraad, in het licht van het betoog van de gemeente Middelburg dat het besluit een tijdelijke aanstelling betreft voor de duur van de arbeidsrelatie van Kodde en dat dit eerste samenwerkingsverband een zo groot mogelijk

ke kans op slagen moet krijgen, het gevaar van precedentwerking onvoldoende geconcretiseerd. Daar komt nog bij dat de gemeente Middelburg ter terechtzitting heeft doen verklaren dat de secretarissen van de vier bij de samenwerkingsprojecten betrokken gemeenten hebben afgesproken dat bij de totstandkoming van de overige 33 projecten de (organisatiestructuur van de) gastgemeente leidend zal zijn.

3.11 De ondernemingsraad heeft nog opgemerkt dat de functie van operationeel leidinggevende volgens de gemeente Middelburg tijdelijk zal bestaan, maar dat uit het besluit niet blijkt welke periode de gemeente Middelburg op het oog heeft.

3.12 De Ondernemingskamer is met de ondernemingsraad van oordeel dat de adviesaanvraag, de in het adviestraject verschaft informatie en het besluit op dit punt niet uitblinken in helderheid. Er is immers sprake geweest van een "kwartiermaker", van het "tijdelijk voor een jaar respecteren" van de door de gemeente Vlissingen gewenste positie van Kodde, en van "voor tijdelijkheid gekozen (een jaar)". Pas in de loop van deze procedure is duidelijk gemaakt dat de functie van operationeel leidinggevende zal bestaan gedurende de periode dat Kodde deze zal vervullen, dat wil zeggen mogelijk totdat hij, over circa 20 jaar, de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer had het op de weg van de gemeente Middelburg, tot wier zorgplicht het behoort om het medezeggenschapstraject te bewaken, gelegen om de ondernemingsraad eerder helder en adequaat te informeren over de beoogde bestaansperiode van de functie en over de eerder vermelde twee keuzemogelijkheden. Dat hierover langer dan wenselijk onduidelijkheid heeft bestaan is echter niet van dien aard dat het bestreden besluit als kennelijk onredelijk zou moeten worden aangemerkt. In deze beschouwing wordt betrokken dat de gemeente Middelburg ter terechtzitting bij monde van de gemeentesecretaris heeft bevestigd dat de ondernemingsraad structureel zal worden betrokken bij de volgende samenwerkingsverbanden.

3.13 De slotsom is dat het verzoek zal worden afgewezen.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek van de ondernemingsraad af.

#### NOOT

1. Deze uitspraak is om een aantal redenen interessant voor een bespreking. Het gaat dan onder meer over de werking van het primaat van de politiek, het gefaseerd adviseren alsmede de reikwijdte van het adviesrecht. Deze aspecten zullen hieronder nader aan de orde komen.

2. Het is opvallend dat er (relatief) weinig wordt geprocedeerd rondom het zogenoemde primaat van de politiek (zie hieromtrent nader onder meer J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, 'Wet op de Ondernemingsraden', *Paris* 2010, blz. 170 e.v. alsmede het binnenkort te verschijnen S.F.H. Jellinghaus en B. Vermaak, 'Het primaat van de politiek, Verschillende perspectieven op dit bijzondere fenomeen', serie *OR en Overheid*, Kluwer 2012). Zeker als we in ogenschouw nemen dat de Hoge Raad tot op heden geen zaak heeft aanvaard waarbij het primaat van de politiek niet gold. Sterker nog, we zien dat een reorganisatie bij de rijksrecherche onder het primaat van de politiek wordt gebracht (zie Hoge Raad 1 maart 2003, «JAR» 2002/116) alsmede dat de oprichting van het shared service center Pay Direct onder het primaat van de politiek wordt gebracht via de werking van de Comptabiliteitswet (zie Hoge Raad 20 mei 2005, «JAR» 2005/156). Dit gaat nogal ver. In de praktijk kan dit grote gevolgen hebben. Ik mag in dat kader wel wijzen op art. 108 lid 1

Gemeentewet, welke bepaalt: "De bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente wordt aan het gemeentebestuur overgelaten". Desalniettemin zien we dat ondernemingsraden binnen de sector overheid nog steeds adviesrechten ontvangen.

3. Er zit in dit kader nog steeds 'ruis' op de lijn: waar eindigt het primaat van de politiek? Zeker nu de Hoge Raad in het eerder genoemde arrest SSC het volgende heeft overwogen: "4.2 .....uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d, aanhef onder b, WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit mee weegt. Tevens blijkt uit die passages dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het door de staat bepleite standpunt, dat erop neerkomt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd."

Onduidelijk is echter tot op heden nog steeds waar het primaat van de politiek eindigt. In ieder geval zal er wel sprake moeten zijn van een publiekrechtelijke vaststelling van taken. Hiervan is geen sprake volgens de bedrijfscommissie overheid toen de raad van hoofdcommissarissen besloot dat bij een zogenoemde prior melding (waarbij gebruik van zwaailichten en geluidssignalen is toegestaan) een snelheidsbeperking gold (bedrijfscommissie overheid 14 oktober 2005, *RP* 115). Daarbij werd overwogen dat deze Raad niet in de Politiewet werd genoemd en derhalve hun besluiten niet konden worden aangemerkt als een publiekrechtelijke vaststelling van taken.

4. In deze kwestie wordt pas gedurende de procedure een beroep gedaan op de werking van het primaat van de politiek. Me dunkt dat wanneer dit in een eerder stadium was gedaan (te weten voordat de adviesaanvraag was ingediend) dit beroep nog kans van slagen zou hebben gehad. Immers, het aangaan van een samenwerking op het gebied van belastingen betreft een aangelegenheid die valt onder de publiekrechtelijke vaststelling van taken. Echter, in deze kwestie was reeds advies gevraagd.

5. Opvallend is dat de Ondernemingskamer in een dergelijke situatie zich niet uitlaat of hier sprake is van een primaat van de politiek-situatie waarbij gesteld kan worden dat als gevolg van het indienen van de adviesaanvraag een art. 32 WOR situatie is ontstaan: het toekennen van een extra recht waarbij het primaat wordt overschreven. Nee, de Ondernemingskamer kiest ervoor om in een dergelijke situatie eigenlijk te kiezen voor de benadering dat als gevolg van het vragen van advies geen discussie meer bestaat of het al dan niet valt onder de werking van het primaat van de politiek. Deze benadering is in lijn met een eerdere uitspraak van de Ondernemingskamer, te weten Ondernemingskamer 25 januari 2005, «JAR» 2005/65 Drimmelen. Ook in deze kwestie werd gekozen voor het uitleg-model in plaats van het extra rechten model. Doordat er advies is gevraagd, staat het al dan niet bestaan van een primaat van de politiek niet (meer) ter discussie.

6. In deze kwestie is sprake van een zogenoemd gefaseerd adviestraject. Dit betekent dat er afspraken zijn gemaakt rondom de verwerking van de adviesaanvraag. De WOR voorziet in een adviesaanvraag voor een geheel traject. In de praktijk komt het voor dat dit dan wordt gesplitst in verschillende deeladviesaanvragen. Een ondernemingsraad mag blijkens de rechtspraak echter verlangen dat er een integrale adviesaanvraag wordt ingediend. In onderling overleg kan dit (mede in het kader van art. 32 WOR) nader worden uitgewerkt. Daarbij speelt wel een formeel aandachtspunt: op grond van art. 25 lid 5 WOR kan worden betoogd dat alsdan de volgende adviesaanvragen worden

aangemerkt als zogenoemde uitvoeringsadviesaanvragen. Dit heeft tot gevolg dat voor de ondernemingsraad geen gang meer mogelijk is richting de Ondernemingskamer (dat wordt door art. 26 lid 1 WOR uitgesloten.) Opvallend is dat dit aspect in deze kwestie (kennelijk) geen rol speelt.

7. Vervolgens de inhoudelijke beoordeling. De Ondernemingskamer komt al snel tot het oordeel dat in redelijkheid tot het besluit kan worden gekomen. We zien dat de Ondernemingskamer, wanneer het gaat om inhoudelijke geschillen, nagenoeg nimmer komt tot een beslissing ten faveure van de ondernemingsraad. Zeker wanneer e.e.a. wordt gemotiveerd door de ondernemer. Dit kan eventueel nog middels een aanvullende motivatie in het verweerschrift of ter zitting. Een werkgever die bijvoorbeeld ontkent dat er sprake is van precedentwerking, heeft hiermee ook het gelijk aan de zijde.

S.F.H. Jellinghaus

## Personen- en familierecht

113

Hof Leeuwarden

15 maart 2012, nr. 200.075.773/01, LJN BW1788

(mr. Feunekes, mr. Van der Meer, mr. Idsardi)

Noot C. de Bie-Koopman

**Niet ondertekend aanvullend convenant.  
Gerechvaardigde verwachting partijen.**

**Geldigheid van niet ondertekend aanvullend  
convenant. Art. 3:35 BW. Hof acht aanne-  
melijk dat bij de man de gerechvaardigde  
verwachting is gewekt dat partijen tot over-  
eenstemming zijn gekomen.**

[BW art. 6:217; BW art. 3:33 t/m 3:35]

*In de onderhavige zaak waren partijen reeds gescheiden en hadden zij op 9 februari 2004 een echtscheidingsconvenant getekend. De vrouw heeft in december 2005 het initiatief genomen om te komen tot een wijziging (conversie) van de in het convenant opgenomen onderhoudsbijdragen. Om die reden heeft op 2 februari 2006 een viergesprek plaatsgevonden. Vervolgens is er een aanvullend convenant opgesteld, dat niet is ondertekend. De vrouw is gedurende een langere periode akkoord gegaan met de gewijzigde betalingen, en heeft pas in september 2008 laten weten bezwaar te maken tegen de in het aanvullende convenant neergelegde afspraken. Onder die omstandigheden acht het hof het aannemelijk dat bij de man ten tijde van het viergesprek de gerechvaardigde verwachting is gewekt, dat partijen tot overeenstemming zijn gekomen omtrent de conversie van de onderhoudsbijdragen zoals verwoord in het aanvullend convenant.*

[*appellante*], wonende te [woonplaats],  
appellante in het principaal appel,  
geïntimeerde in het incidenteel appel,  
hierna te noemen: de vrouw,  
advocaat mr. H.A. van der Kleij,  
kantoorhoudende te Zwolle,  
tegen

[*geïntimeerde*], wonende te [woonplaats],  
geïntimeerde in het principaal appel,  
appellant in het incidenteel appel,  
hierna te noemen: de man,  
advocaat mr. E.M. Thoenes-van der Veen,  
kantoorhoudende te Zwolle.

Het hof verwijst voor wat betreft het procesverloop naar zijn tussenbeschikking van 23 juni 2011.

**Hof:**

*Het verdere procesverloop*

Na die tussenbeschikking is op 1 augustus 2011 ter griffie van het hof binnengekomen een brief met bijlagen van mr. Van der Kleij gedateerd 29 juli 2011.

Bij brief met bijlagen van mr. Thoenes-Van der Veen, gedateerd 28 augustus 2011 maar binnengekomen bij het hof op 26 augustus 2011, is namens de man daarop gereageerd.