

➤ Medezeggenschap bij flexibele arbeidsrelaties ◀

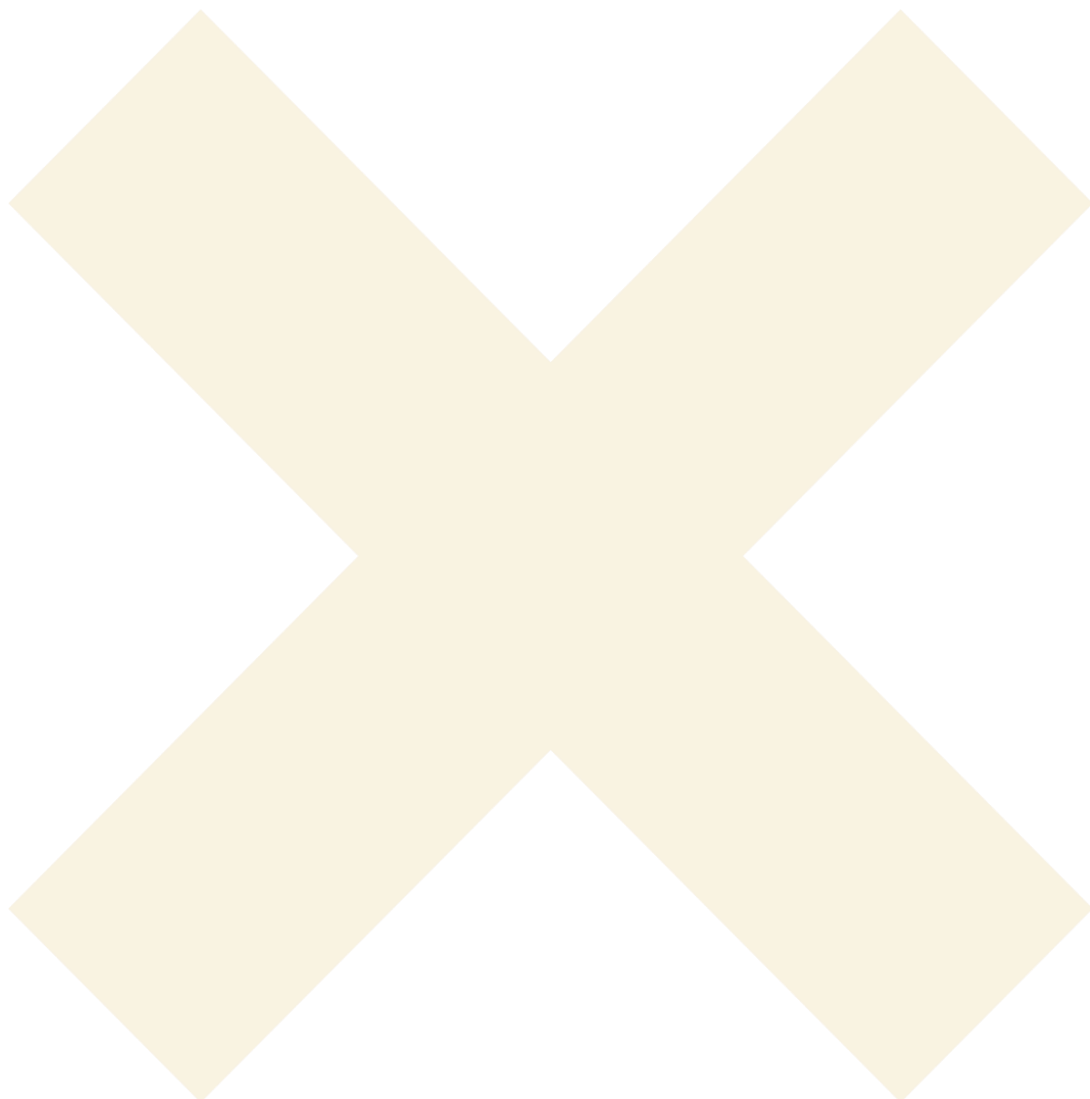
Na wijziging van de Wet op de
ondernemingsraden per 1 januari
2022

Auteurs: Jordi Rosendahl en Daniëlle Baveco

30 mei 2022

INHOUD

1	Inleiding	3
2	Recht op medezeggenschap.....	4
3	Het werknemersbegrip: In de onderneming werkzame personen.....	5
3.1	Uitgeleende werknemer: een bij uitlener werkzaam persoon?	5
3.2	Ingeleende werknemer: een bij de inlener werkzaam persoon?.....	6
3.3	Uitbreiden of beperken van de in de onderneming werkzame personen.....	8
3.4	Wijziging aantal in de onderneming werkzame personen.....	9
4	Medezeggenschapsrechten en de (on)mogelijkheid tot uitoefening daarvan voor flexwerkers	11
4.1	Het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad.....	11
4.2	Actief en passief kiesrecht	12
4.3	Spanningsveld uitoefening medezeggenschapsrechten flexwerkers	13
4.4	Uit praktisch oogpunt	13
5	Slot.....	14



➤ 1 INLEIDING

Medezeggenschap is een belangrijk (grond)recht voor werknemers binnen een onderneming. Het geeft werknemers het recht om mee te beslissen en invloed uit te oefenen over het beleid en op de besluitvorming van de onderneming. Te denken valt aan (voorgenomen) besluiten over arbeidsomstandigheden, technologische ontwikkelingen en belangrijke organisatiewijzigingen.

In de praktijk bestaat geregeld onduidelijkheid over de vraag of arbeidskrachten die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (zogenaamde **flexibele arbeidskrachten**¹) ook aanspraak kunnen maken op medezeggenschapsrechten. Mogen flexibele arbeidskrachten stemmen bij medezeggenschapsverkiezingen? Mogen zij zich beschikbaar stellen voor een medezeggenschapsorgaan? Enzovoorts.

In deze whitepaper gaan wij op deze vragen in, mede in het licht van de recente wijziging van de Wet op de ondernemingsraden, die van invloed is op de rechtspositie van flexibele arbeidskrachten.



¹ Denk aan werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, uitzendkrachten, oproepkrachten, payrollkrachten, zzp-ers, enzovoorts.

➤ 2 RECHT OP MEDEZEGGENSCHAP

Medezeggenschap is een belangrijk recht voor alle werkenden.² Volgens artikel 19 lid 2 van de Grondwet stelt de wet regels omtrent *“de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap”*. De wetgever heeft onder meer uitvoering gegeven aan artikel 19 van de Grondwet, door invoering van de Wet op de ondernemingsraden (**WOR**). De WOR is in de loop der jaren herhaaldelijk gewijzigd³ en beoogt een bijdrage te leveren aan het vergroten van de medezeggenschap van werkenden in de onderneming.

Hoewel iedere persoon die arbeid verricht op grond van de Grondwet medezeggenschapsrechten toekomt, komen medezeggenschapsrechten op grond van de WOR slechts toe aan *“in de onderneming werkzame personen”*⁴. Dit wordt ook wel het **werknemersbegrip** van de WOR genoemd.

Het werknemersbegrip in de zin van de WOR is onder andere relevant om te

bepalen of binnen de onderneming een ondernemingsraad dient te worden ingesteld. Uitgangspunt van de WOR is namelijk dat iedere onderneming waarin ten minste vijftig personen werkzaam zijn een ondernemingsraad moet installeren. Daarnaast wordt het aantal leden van de ondernemingsraad bepaald door het aantal in de onderneming werkzame personen. De samenstelling van de ondernemingsraad kan, afhankelijk van het aantal in de onderneming werkzame personen, verschillen tussen de drie en vijftentwintig leden. Daarnaast kunnen *“in de onderneming werkzame personen”* invloed uitoefenen op de samenstelling van de ondernemingsraad, door middel van actief en passief kiesrecht (mits zij voldoen aan de gestelde dienstdaardtermijnen, zie hierover ook paragraaf 4.2).

Kort en goed, het is derhalve van belang om *“het aantal in de onderneming werkzame personen”* c.q. het werknemersbegrip in de WOR scherp te hebben. Wij zullen hierna nader ingaan op dit werknemersbegrip.

² Zie ook: V. Heidsma en I. Zaal, 'Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digiproof?', *ArbeidsRecht* 2019/27.

³ Voor een uitvoerige beschrijving van de historie en de wijzigingen van de WOR wordt verwezen naar: Rood/Verburg, *Rood's Wet op de Ondernemingsraden*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

⁴ Verwezen wordt naar artikel 1 lid 2 en lid 3 WOR.

➤ 3 HET WERKNEMERSBEGRIIP: IN DE ONDERNEMING WERKZAME PERSONEN

Volgens artikel 1 lid 2 WOR wordt onder het begrip “in de onderneming werkzame personen” verstaan: diegenen die in de onderneming werkzaam zijn (in Nederland)⁵ op grond van een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling⁶ met de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Het begrip kent derhalve twee vereisten: een juridisch en een feitelijk vereiste. Aan beide vereisten moet worden voldaan om op grond van het tweede lid in aanmerking te komen voor medezeggenschapsrechten in de onderneming.⁷

Het eerste, juridische, vereiste maakt duidelijk dat alleen diegenen die werkzaam zijn bij de ondernemer op grond van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling, juridisch voldoen aan de definitie. Het maakt daarbij niet uit of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd of dat de betreffende werknemer al dan niet in deeltijd werkt.⁸ Wel is het soms lastig te bepalen in welke onderneming de

werknemer dan wordt geacht werkzaam te zijn.⁹

Daarnaast dient een werknemer ook aan het tweede, het feitelijke, vereiste te voldoen om onder het werknemersbegrip. Dit betekent dat de betreffende werknemer ook daadwerkelijk in de onderneming werkzaam dient te zijn.¹⁰ Dit “feitelijke” vereiste zorgt bij sommige flexibele arbeidsrelaties voor (juridische) problemen en/of onduidelijkheid. Wat als arbeidskrachten worden uitgeleend aan een andere onderneming en daar feitelijk werkzaamheden verrichten (zoals bij uitzenden en detacheren)? Worden zij dan aangemerkt als “in de onderneming werkzame personen” bij de uit- en/of inlener? Op deze vragen gaan wij hieronder nader in.

3.1 Uitgeleende werknemer: een bij uitlener werkzaam persoon?

Uitgeleend personeel, zoals uitzendkrachten, payrollers of gedetacheerden, hebben wel een arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst met het payrollbedrijf of uitzend- of detacheringsbureau, maar zijn daar *niet feitelijk* werkzaam. Zoals de naam “uitgeleend” al aangeeft, worden

⁵ Omdat de WOR territoriaal begrensd is tot Nederland, dienen de werknemers in Nederland in dienst te zijn.

⁶ De publiekrechtelijke aanstelling is na invoering van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) per 1 januari 2020 voor de meeste ambtenaren verdwenen. Enkele groepen ambtenaren hebben echter hun publiekrechtelijke aanstelling behouden. Dit zijn onder andere rechterlijke ambtenaren (rechters en officieren van justitie), politieke ambtsdragers (zoals Kamerleden, burgemeesters en wethouders), politieambtenaren en militaire ambtenaren (lees: bijzondere functionarissen in openbare dienst).

⁷ Rood/Verburg, *Rood's Wet op de Ondernemingsraden*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 46.

⁸ Minister van Sociale Zaken 18 augustus 1975, SMA 1976, p. 128.

⁹ In het geval een (deeltijd)werknemer werkzaam is in meerdere ondernemingen die door de ondernemer in stand wordt gehouden (te denken valt aan onderhoudsmedewerkers of receptiemedewerkers), wordt hij geacht enkel werkzaam te zijn in de onderneming van waaruit zijn werkzaamheden worden geleid.

¹⁰ Dit feitelijke vereiste dient echter niet te streng worden uitgelegd; arbeidsongeschikten die feitelijk gezien niet werken, blijven – op grond van de WOR – in de onderneming “werkzaam”.

dergelijke personen namelijk (structureel) uitgeleend aan een andere onderneming die in stand wordt gehouden door een andere ondernemer (de inlener). Zij verrichten dan ook hun feitelijke werkzaamheden bij de inlener.

Ten aanzien van de medezeggenschapsrechten van dergelijke arbeidskrachten c.q. *uitgeleend personeel* geldt het volgende. Dergelijke uitgeleende arbeidskrachten hebben direct medezeggenschapsrechten in de onderneming van waaruit zij zijn uitgeleend (derhalve het detacheringsbureau, payrollbedrijf of het uitzendbureau). In die onderneming tellen zij dan ook (direct) mee bij bepaling van het aantal werknemers voor de verplichte instelling van een ondernemingsraad.

3.2 Ingeleende werknemer: een bij de inlener werkzaam persoon?

Zoals reeds toegelicht worden uitzendkrachten en/of gedetacheerden door het uitzend- of detacheringsbureau (de uitlener) uitgeleend c.q. ter beschikking gesteld aan een andere onderneming (de inlener). Dergelijke arbeidskrachten verrichten hun werkzaamheden *feitelijk* bij de inlener. Door de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid¹¹ kunnen dergelijke ingeleende arbeidskrachten - mits zij voldoen aan de wettelijke vereisten - tevens medezeggenschapsrechten

verkrijgen in de inlenende onderneming waar zij feitelijk werkzaam zijn.



Indien dergelijke arbeidskrachten c.q. ingeleend personeel (i) op grond van een uitzendovereenkomst¹² (ii) gedurende 15 maanden in een en dezelfde onderneming (de inlener) arbeid hebben verricht, dan worden zij ook in die inlenende onderneming aangemerkt als "werkzaam persoon" in de zin van de WOR.¹³ Zij bouwen vanaf dat moment medezeggenschapsrechten op bij de inlener.

¹¹ Deze uitbreiding is ingevoerd bij wet van 14 februari 1998, *Stb.* 1998, 300, in werking getreden op 1 januari 1999.

¹² Ex artikel 7:690 BW.

¹³ Verwezen wordt naar artikel 1 lid 3 WOR.

Dit betekent dat dergelijke arbeidskrachten dubbele medezeggenschapsrechten kunnen hebben; zowel bij de *uitlener* (lees: de uitzendonderneming) als bij de(zelfde) *inlener* (mits 15 maanden in dienst op basis van een uitzendovereenkomst).

Tot 2022 (voor de recente wijziging van de WOR) bedroeg de diensttijds 24 maanden.¹⁴ Om uitzendkrachten meer en actiever bij de medezeggenschap te betrekken, is de termijn waarna uitzendkrachten als in de onderneming werkzame personen is (met terugwerkende kracht tot en met 15 november 2021) verkort naar 15 maanden.

Het vereiste dat op grond van een uitzendovereenkomst (op grond van artikel 7:690 BW) werkzaamheden moeten worden verricht, is echter ongewijzigd gebleven. Dit betekent dat in het geval geen sprake is van een uitzendovereenkomst, ingeleend personeel (bijvoorbeeld zelfstandigen zonder personeel) niet onder de definitie valt en derhalve geen medezeggenschapsrechten (zoals actief- en passief kiesrecht) toekomt in de zin van de WOR.

Het mogelijke gegeven dat zij langer dan 15 maanden bij de onderneming werkzaam zijn, doet daar niets aan af.

Als derhalve niet aan alle wettelijke vereisten van art. 7:690 BW c.q. de uitzendovereenkomst is voldaan, wat bij sommige detacheringsconstructies en contracting (aanneming van werk) het geval is, telt de betreffende ingeleende arbeidskracht bij de inlener dus niet mee bij de instellingsgrens van 50 personen en komt de betreffende arbeidskracht geen medezeggenschapsrechten toe bij de inlener in de zin van artikel 1 lid 3 WOR.¹⁵

Payrolling

Ten aanzien van de payroll werknemers merken wij het volgende op. Ondanks dat de payrollovereenkomst, aldus de wet, een bijzondere uitzendovereenkomst is¹⁶, is niet met zekerheid te stellen of payrollers na 15 maanden bij *de inlener* medezeggenschapsrechten opbouwen. Bij payrolling zijn of worden de arbeidskrachten geworven door de onderneming waarin zij feitelijk werkzaam zijn, maar berust het formele werkgeverschap bij de payroll onderneming.¹⁷

¹⁴ Op 27 augustus 2021 is door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer, waarin een drietal wijzigingen van de WOR zijn voorgesteld (*Kamerstukken II* 2020/21, 35 897 nr. 2, p. 8.). De zogeheten Verzamelwet SZW 2022 is op 20 december 2021 in het Staatsblad (*Stb.* 2021, 628) gepubliceerd en is de dag na uitgifte van het Staatsblad in werking getreden, met terugwerkende kracht tot en met 15 november 2021. In artikel XIX van de Verzamelwet SZW 2022 is de wijziging van de WOR opgenomen.

¹⁵ Zie anders: Rb. Rotterdam 30 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9268 en JAR 2018/28, m.nt. C. Nekeman. Zie in dit kader ook: E.M. Bevers in Flexibele arbeidsrelaties 6.8.2.5. Medezeggenschap, (actueel tot en met 1 januari 2022).

¹⁶ Verwezen wordt naar artikel 7:692 BW waarin het volgende is opgenomen: “*de payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.*”

¹⁷ In dit kader wordt tevens verwezen naar: R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, p. 36.

Gelet hierop zou bepleit kunnen worden om de 15-maanden eis niet voor deze groep te laten gelden, maar deze groep direct onder het werknemersbegrip (ten aanzien van de inlener c.q. de feitelijk werkgever) te scharen.¹⁸ Dit geldt naar onze mening temeer nu payrollers over het algemeen een betere rechtspositie hebben dan uitzendkrachten. Opgemerkt dient echter te worden dat de WOR hiervoor (nog) geen aparte voorziening bevat.¹⁹ Indien binnen een onderneming veel werknemers werkzaam zijn op basis van een payrollovereenkomst, wordt aangeraden om hierover aanvullende afspraken te maken en/of een regeling voor op te stellen (paragraaf 3.3).

3.3 Uitbreiden of beperken van de in de onderneming werkzame personen

De ondernemer en de ondernemingsraad kunnen, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR, de werkingssfeer van de WOR uitbreiden.²⁰ Dit betekent dat zij personen die anders dan op grond van een arbeids-overeenkomst, uitzendovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling werkzaam zijn (bijvoorbeeld zelfstandigen zonder personeel, ingeleend personeel of uitzendkrachten die korter dan 15 maanden in dienst zijn of onbepaalde vrijwilligers),

kunnen aanmerken als “in de onderneming werkzame personen”.

Op deze wijze kunnen dergelijke arbeidskrachten (eerder) actief en passief kiesrecht krijgen voor de ondernemingsraad. Overigens mag daarbij niet uit oog worden verloren dat pas vanaf dát moment zij als “in onderneming werkzame personen” worden aangemerkt, de diensttijdtermijnen gaan lopen die bepalen of zij actief respectievelijk passief kiesrecht voor de ondernemingsraad hebben (paragraaf 4.2).

Wanneer de ondernemingsraad en ondernemer beide van mening zijn dat het toekennen van medezeggenschapsrechten aan deze groep arbeidskrachten, bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR, kan aan deze personen het actief en passief kiesrecht worden toegekend. Dit betekent dat de ondernemer en de ondernemingsraad – in dit kader – wel tot overeenstemming dienen te komen. Indien zij echter van mening verschillen en/of niet tot overeenstemming over het aanwijzen van een dergelijke groep komen, dan kunnen zij een beslissing aan de kantonrechter vragen.²¹ Daarnaast dient de uitbreiding – zoals reeds aangegeven – bevorderlijk te zijn voor de goede toepassing van de WOR en dient de groep personen “regelmatig” in de

¹⁸ In dit kader wordt tevens verwezen naar: R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu uitgevers 2019, p. 38.

¹⁹ In dit kader wordt tevens verwezen naar: R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu uitgevers 2019, p. 38.

²⁰ Verwezen wordt naar artikel 6 lid 4 WOR.

²¹ Verwezen wordt naar artikel 6 lid 4 jo artikel 36 WOR.

onderneming arbeid te hebben verricht.²² Het Hof Den Haag oordeelde in 2018 dat een uitbreiding van het kiesrecht ten aanzien van al het ingeleende personeel dat ten minste 24 maanden²³ in de onderneming werkzaam is, niet bevorderlijk was voor een goede toepassing van de WOR.²⁴ Volgens het hof was het aantal ingeleende personeel dat langer dan 24 maanden in de onderneming werkzaam was, verwaarloosbaar (79 van de 2200 werkenden).

Opgemerkt dient te worden dat indien bepaalde groepen van arbeidskrachten worden beschouwd/aangewezen als in de onderneming werkzame personen, dan verkrijgen zij niet alleen actief en passief kiesrecht, maar tellen zij ook mee voor de berekening van het aantal werknemers dat vereist is voor de instelling van een ondernemingsraad.²⁵ Een dergelijke uitbreiding kan er derhalve toe leiden dat de instellingsgrens (zoals opgenomen in artikel 2 WOR) van de ondernemingsraad wordt overschreden en/of dat het aantal ondernemingsraadleden dient te worden gewijzigd.

Tot slot biedt de WOR de mogelijkheid om één of meer van die groepen niet langer als “in de onderneming werkzaam” aan te merken.²⁶ De mogelijkheid om de reikwijdte van de in de onderneming werkzame personen te beperken, heeft uitsluitend betrekking op de groep waarvoor eerder tot een uitbreiding is besloten en geldt niet voor groepen die op grond van de WOR medezeggenschapsrechten toekomen.²⁷ Er kan derhalve niet in het reglement worden opgenomen dat werknemers met een arbeidsovereenkomst of uitzendkrachten die voldoen aan de wettelijke vereisten, geen medezeggenschapsrechten toekomen.²⁸

3.4 Wijziging aantal in de onderneming werkzame personen

Het aantal in de onderneming werkzame personen kan in bepaalde ondernemingen per dag verschillen. Indien tijdens een zittingsperiode van de ondernemingsraad sprake is van een vermeerdering of vermindering van het aantal in de onderneming werkzame personen, dan brengt dit geen wijziging in het aantal leden van de ondernemingsraad.²⁹ Bij de volgende verkiezingen moet echter wel rekening worden gehouden met een vermeerdering of vermindering van het aantal werknemers.

²² Zie ook: N.T. Dempsey en C.L.C. Reynaers in: *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 1 Wet op de Ondernemingsraden (online, bijgewerkt op 20 oktober 2021).

²³ Derhalve voor de wetswijziging.

²⁴ Hof Den Haag 24 juli 2018, *JAR* 2018/222.

²⁵ In dit kader wordt tevens verwezen naar: R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, p. 70.

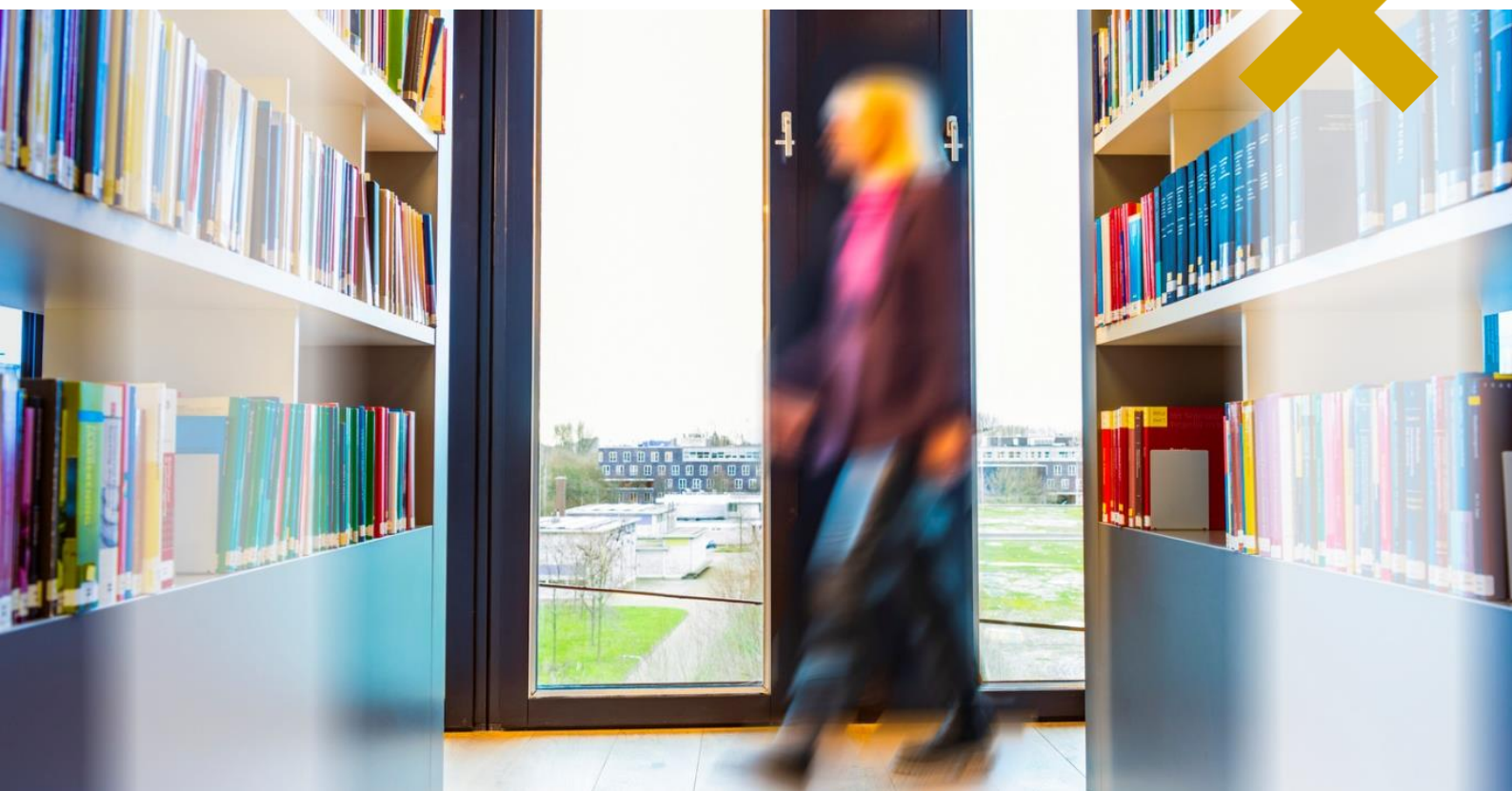
²⁶ Verwezen wordt naar artikel 6 lid 4 WOR.

²⁷ Zie in dit kader ook: L. Sprengers in: *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, commentaar op art. 6 WOR (online, actueel tot en met 1 januari 2022).

²⁸ Rb. Noord Holland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9545 (Generieke uitsluiting uitzendkrachten langer dan 24 maanden werkzaam in onderneming van actief en passief kiesrecht voor de OR in het Voorlopig Reglement is strijdig met de WOR).

²⁹ Verwezen wordt naar artikel 6 lid 6 WOR.

In dat kader is relevant op te merken dat indien de zittingsperiode van een ingestelde ondernemingsraad voorbij is en gedurende die zittingsperiode is gebleken dat bij de betreffende onderneming niet langer “in de regel” ten minste 50 personen werkzaam zijn, de ondernemer niet langer een ondernemingsraad hoeft te voort te zetten.³⁰



³⁰ Verwezen wordt naar artikel 2 lid 2 WOR.

➤ 4 MEDEZEGGENSCHAPSRECHTEN EN DE (ON)MOGELIJKHEID TOT UITOEFENING DAARVAN VOOR FLEXWERKERS

Zoals zojuist toegelicht hebben “in de onderneming werkzame personen” c.q. werknemers in de zin van de WOR, meerdere medezeggenschapsrechten. Zo kunnen zij (in)direct invloed uitoefenen op (belangrijke) economische en organisatorische besluiten. Daarnaast hebben in de onderneming werkzame personen (in)direct inspraak op “sociale” regelingen binnen de onderneming, zoals regelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden en werktijden. Tevens kunnen in de onderneming werkzame personen invloed uitoefenen op de samenstelling van de ondernemingsraad, door middel van actief en passief kiesrecht.

Dergelijke onderwerpen raken echter niet alleen de werknemers in de zin van de WOR, maar ook andere arbeidskrachten – niet zijnde “in de onderneming werkzame personen” – zoals kortdurend ingeleend personeel of zelfstandigen zonder personeel.

Hieronder zullen wij nader ingaan op de (belangrijkste) medezeggenschapsrechten van de in de onderneming werkzame personen en op de vraag of dergelijke medezeggenschapsrechten ook aan andere arbeidskrachten, niet zijnde “in de

onderneming werkzame personen”, (moeten) worden toegekend.

4.1 Het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad

In de onderneming werkzame personen kunnen onder andere (in)direct invloed uitoefenen op (belangrijke) besluiten van de ondernemer. Zo heeft de ondernemingsraad een adviesrecht ten aanzien van belangrijke besluiten van financiële, economische en/of organisatorische aard.³¹ In dat kader dient onder meer de ondernemingsraad om advies te worden gevraagd over een besluit tot het “groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten”.³² Het gaat daarbij niet om het inhuren van tijdelijke en individuele vervanging. Wij menen dat het adviesrecht ook kan zien op het besluit om op grote schaal “vaste” contracten te vervangen voor flexwerkers (waaronder mogelijk ook zelfstandigen zonder personeel).³³

De in de onderneming werkzame personen hebben derhalve (in)direct inspraak op het voor de onderneming aantrekken van flexwerkers ten behoeve van bepaalde werkzaamheden. Een dergelijk besluit kan echter gevolgen hebben voor de reeds binnen de onderneming werkzame flexwerkers.

Daarnaast heeft de ondernemingsraad een instemmingsrecht ten aanzien van de

³¹ Verwezen wordt naar artikel 25 WOR.

³² Verwezen wordt naar artikel 25 lid 1 sub g WOR.

³³ In dit kader wordt tevens verwezen naar: R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020, p. 181.

vaststelling, wijziging, of intrekking van een regeling op het gebied van het sociale beleid in de onderneming. In dat kader valt bijvoorbeeld te denken aan regelingen op het gebied van arbeidsomstandigheden³⁴ en arbeidstijdenregelingen.³⁵ Ondanks dat deze (in)directe rechten beperkt zijn tot de in de onderneming werkzame personen, raken deze onderwerpen andere werkenden in de onderneming ook. Ook (kort) ingeleend personeel of zelfstandigen zonder personeel hebben baat bij goede arbeidstijden, goede arbeidsomstandigheden en een veilige werkomgeving.

4.2 Actief en passief kiesrecht

Daarnaast kunnen in de onderneming werkzame personen invloed uitoefenen op de samenstelling van de ondernemingsraad, door middel van actief en passief kiesrecht.³⁶ Actief kiesrecht betreft het recht om te stemmen en passief kiesrecht betreft het recht om als lid van de ondernemingsraad gekozen te kunnen worden. Werk(nem)ers bouwen dergelijke medezeggenschapsrechten op vanaf het moment dat zij worden aangemerkt als "in de onderneming werkzame persoon" (paragraaf 2.1).

Om gebruik te kunnen maken van actief en passief kiesrecht, dient de persoon een

bepaalde tijd bij de onderneming werkzaam te zijn. Vanaf 1 januari 2022 bedraagt de wettelijke dienstdaartmijn voor actief en passief kiesrecht, drie (3) maanden. De termijnen voor actief en passief kiesrecht bedroegen vóór de wetswijziging respectievelijk zes (6) en twaalf (12) maanden.³⁷

Dit betekent dat iedere persoon die als "in de onderneming werkzaam persoon" wordt aangemerkt en vanaf dat moment ten minste drie maanden in de onderneming werkzaam is, actief en passief kiesrecht toekomt. Aangezien uitzendkrachten, zoals toegelicht in paragraaf 3.2, pas na 15 maanden als "in de onderneming werkzame personen" bij de inlener worden beschouwd c.q. vanaf dat moment medezeggenschapsrechten bij de inlener opbouwen, hebben zij derhalve na 18 maanden het recht om te stemmen en zich verkiesbaar te stellen ($15 + 3 = 18$ maanden).³⁸

De aangepaste dienstdaartmijdeis moet erin resulteren dat uitzendkrachten sneller bij de medezeggenschap kunnen en moeten worden betrokken.³⁹ In dat kader is relevant op te merken dat uitzendkrachten vóór de wetswijziging pas na 30 maanden⁴⁰ actief kiesrecht, en na 36 maanden⁴¹ passief kiesrecht verkregen.

³⁴ Verwezen wordt naar artikel 27 lid 1 sub d WOR.

³⁵ Verwezen wordt naar artikel 27 lid 1 sub b WOR.

³⁶ Verwezen wordt naar artikel 6 lid 2 jo lid 3 WOR (oud).

³⁷ Artikel XIX van de Verzamelwet SZW 2022 (*Kamerstukken II* 2020/21, 35 897 nr. 3).

³⁸ Toelichting bij Wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2022), *Kamerstukken II* 2020/21, 35 897 nr. 3, p. 13.

³⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35897, 3, p. 12.

⁴⁰ 24 maanden (art. 1 lid 3 sub c WOR (oud)) + 6 (art. 6 lid 2 WOR (oud)) = 30 maanden.

⁴¹ 24 maanden (art. 1 lid 3 sub c WOR (oud)) + 12 (art. 6 lid 3 WOR (oud)) = 36 maanden.

Opgemerkt dient te worden dat de ondernemingsraad in zijn reglement kan afwijken van de wettelijke diensttijdeisen voor actief en passief kiesrecht. Wel dient een afwijking van de wettelijke eisen voor actief en passief kiesrecht, bevorderlijk te zijn voor een goede toepassing van de WOR.

4.3 Spanningsveld uitoefening medezeggenschapsrechten flexwerkers

Opgemerkt dient te worden dat bij de uitoefening van de medezeggenschapsrechten een spanningsveld kan optreden tussen werknemers en flexwerkers.⁴² Bij een reorganisatie verzoekt de ondernemingsraad (met inachtneming van de Uitvoeringsregels van UWV⁴³) veelal eerst de “andere arbeidsrelaties” zoals uitzendkrachten en gedetacheerden, te beëindigen. Het kan echter worden betoogd dat in het geval dergelijke flexwerkers gedurende langere tijd bij de onderneming werkzaamheden verrichten, ook belang hebben bij enige vorm van medezeggenschap.

4.4 Uit praktisch oogpunt

Ondanks dat in bepaalde gevallen kan worden betoogd dat bepaalde flexwerkers belang hebben bij enige vorm van medezeggenschap, menen wij dat kan

worden afgevraagd – gelet op de korte periode dat flexwerkers over het algemeen werkzaam zijn - wat de “band” is met de betreffende onderneming waar zij op flexibele basis werkzaam zijn en welke medezeggenschapsrechten zij uit dien hoofde zouden moeten kunnen uitoefenen.⁴⁴

Daarnaast is het ook niet praktisch dat bij elke nieuwe of vertrekkende uitzendkracht of flexwerker een wijziging plaatsvindt in het voor de wet “in de onderneming werkzame personen” en daardoor het ledental van de samenstelling van ondernemingsraad wijzigt (zie paragraaf 3.4). Ook zijn er praktische bezwaren ten aanzien van de ontslagbescherming⁴⁵, het aspect van tijdsbesteding (indien een flexwerker bijvoorbeeld in de ondernemingsraad plaatsneemt), aanwezigheid en geheimhouding. Kortom, aan het toekennen van (meer) medezeggenschapsrechten aan flexwerkers kleven naar onze mening ook juridische en praktische bezwaren.⁴⁶

⁴² Zie ook: V. Heidsma en I. Zaal, ‘Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digiproof?’, *ArbeidsRecht* 2019/27.

⁴³ UWV Arbeidsjuridische dienstverlening, *Uitvoeringsregels: Ontslag om bedrijfseconomische redenen*, Den Haag 2020.

⁴⁴ Zie ook: J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 64.

⁴⁵ Verwezen wordt naar artikel 21 WOR.

⁴⁶ Zie ook: V. Heidsma en I. Zaal, ‘Platformarbeid en medezeggenschap: is de WOR digiproof?’, *ArbeidsRecht* 2019/27.

> 5 SLOT

Deze whitepaper is geschreven door mr. **Jordi Rosendahl** en mr. **Daniëlle Baveco**.

Jordi Rosendahl is gespecialiseerd in arbeidsrecht en ontslagrecht. Hij adviseert werkgevers en bestuurders onder andere over verschillende arbeidsrelaties (zoals zzp, uitzenden, detachering en overeenkomsten van opdracht) en platformarbeid. Hij procedeert regelmatig in kantonzaken, civiele procedures en bij UWV. Daniëlle Baveco adviseert en procedeert op alle gebieden van het arbeidsrecht, waaronder collectief en individueel ontslagrecht, medezeggenschap en overgang van onderneming.

Jordi Rosendahl

Advocaat, Partner



M: +31 6 5176 2726

E: j.rosendahl@lexence.com

Daniëlle Baveco

Advocaat



M: +31 6 1149 9477

E: d.baveco@lexence.com



Lexence

Amstelveenseweg 500
1081 KL Amsterdam
Postbus 75999
1070 AZ Amsterdam

T: +31 20 573 6736
E: info@lexence.com