

De praktische betekenis van de OECD-Richtlijnen voor het medezeggenschapsrecht

Ondernemingsrecht 2019/55

1. Inleiding

In juni 1982 verscheen in *TVVS* een artikel van Vito Timmerman over de OECD-gedragscode voor multinationale ondernemingen.² Hierin behandelde hij de sinds 1976 geldende OECD-Richtlijnen, die ook wel de “OECD-gedragscode” worden genoemd (hierna: Richtlijnen). Deze zijn laatstelijk aangepast in 2011 en bevatten niet-bindende richtlijnen voor multinationals ten aanzien van onderwerpen als mensenrechten, anti-corruptie, mededinging en werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen.³ Over dat laatste onderwerp gaat deze bijdrage.

Twee punten uit zijn slotbeschouwing wil ik hier kort citeren:

“Ondanks het niet-bindende karakter van de OECD-gedragscode mag er niet van worden uitgegaan, dat deze regeling niet effectief kan zijn.”

En:

“De OECD-gedragscode verdient een nauwgezette bestudering door juristen. Hij geeft tot vele interessante juridische vragen aanleiding.”

Die effectiviteit ontwikkelde zich sterker dan Timmerman destijds kon bevroeden. Sinds 2000 zijn de Richtlijnen namelijk versterkt met de opneming van Nationale Contactpunten (NCP's) die o.m. als bemiddelaar kunnen optreden in geschillen (zie hierna). Een snelle blik op de website van het Nederlandse NCP laat zien dat enkele Nederlandse multinationals via dit NCP zijn aangesproken door o.m. hun buitenlandse werknemers en dat dit ook resultaat heeft gehad in de vorm van nabetaling van loon en de opstelling van interne codes.⁴ De andere kant van het verhaal is dat de richtlijnen geen levend onderdeel zijn geworden van het Nederlandse recht. Timmerman schreef daarover destijds:

“Ook kan de OECD-gedragscode als (aanvullende) rechtsbron door de rechter worden gebruikt bij de invulling van open normen.”

Een *search* door de rechtspraak van de Ondernemingskamer laat zien dat de Richtlijnen vrijwel niet als rechtsbron worden genoemd, terwijl de Ondernemingskamer nu juist bij uitstek open normen toepast, op terreinen die door de Richtlijnen worden bestreken.⁵ Denk daarbij aan art. 2:350 lid 1 BW (enquêterecht) en aan art. 26 lid 1 WOR (beroepsrecht OR).⁶

Er is natuurlijk wel een verklaring te bedenken voor deze afwezigheid. De belangrijkste is, denk ik, dat de Richtlijnen niet bindend zijn en slechts aanvullend recht kunnen vormen dat behulpzaam kan zijn bij de invulling van open normen, zoals goed werkgeverschap. Die werking kan overigens wel sterker zijn indien de onderneming zelf heeft verklaard zich aan de richtlijnen te zullen houden. Tegelijkertijd bevat het Nederlandse recht op tal van terreinen al specifiekere geformuleerde regels. Hoofdstuk V van de Richtlijnen, zoals laatstelijk herzien in 2011, gaat over werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen en beslaat, inclusief toelichting vier A4'tjes. Dat is niet veel in vergelijking met de WOR. Het is grotendeels een opsomming van vrij evidente rechten, zoals recht op collectief onderhandelen en op informatie en samenwerking bij belangrijke beslissingen, verbod op kinder- en dwangarbeid, de plicht om overleg te bevorderen.

Een andere verklaring voor de beperkte receptie van de Richtlijnen in het Nederlandse medezeggenschapsrecht, is dat er nog andere concurrerende internationale bronnen zijn, zoals die van de International Labour Organisation (ILO) en het Europees Sociaal Handvest. Echter zijn deze internationale bronnen aan de verdragsstaten gericht. De toegevoegde waarde van de richtlijnen is dat zij de multinationals als normadressaat nemen. In de derde plaats bestaat (overigens ten onrechte) soms de indruk dat de Richtlijnen gelden voor werknemers in andere landen dan Nederland, waarin een Nederlandse multinational dan actief is. Die buitenlandse werknemers kunnen niet zo snel bij de Ondernemingskamer terecht.

Ondanks deze verklaringen is er reden te denken dat de richtlijnen onderbenut worden in de Nederlandse medezeggenschapspraktijk. Hierna noem ik een aantal toepassingsmogelijkheden en bekijk ik of die een nuttige aanvulling zouden kunnen zijn.

1 Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA, advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 L. Timmerman, 'De OECD-gedragscode voor multinationale ondernemingen', in: *TVVS* nr. 82/6.

3 De Nederlandse tekst van de richtlijnen is te vinden op www.oesrichtlijnen.nl.

4 Zie NCP Final statement Former employees of Bralima vs. Bralima and Heineken 18 august 2017, te vinden via www.oesrichtlijnen.nl.

5 In Hof Amsterdam 3 november 2010, *JOR* 2011/44, ECLI:NL:GHAMS:2011:BO2778 werd er wel een beroep gedaan op de richtlijnen, maar dit werd verder niet inhoudelijk in het oordeel betrokken.

6 In gelijke zin: S.M. Bartman e.a., 'V.6 De WOR en het buitenland', in: *Van het concern* V.6.

2. Toepassingsmogelijkheden

2.1 *Het nationaal contactpunt*

Allereerst wijs ik op het NCP dat sinds 2000 onderdeel uitmaakt van de richtlijnen. Iedere staat die is aangesloten, is verplicht een NCP in te stellen. Dat heeft tot taak om de effectiviteit van de Richtlijnen te bevorderen. Uiteraard ziet dat op informatie en promotie, maar er is ook een uitgebreide bemiddelingsprocedure voorzien voor specifieke gevallen. Daartoe gelden “Procedurele aanwijzingen”, die vrij specifiek zijn. Een recent voorbeeld laat zien hoe dat werkt: voormalige medewerkers van een Heinekendeelneming in Congo eisten loon nadat ze tijdens de oorlog in hun land waren ontslagen. Het Nederlandse NCP nam daartoe een klacht in ontvangst, Heineken werkte mee en na een periode van bijna twee jaar werd er een schikking getroffen, waarna het NCP op zijn website verslag deed van het gehele proces.⁷ In Nederland bestaat het NCP uit vier leden, van wie één een vakbondsachtergrond heeft en één ander afkomstig is van de werkgeversorganisaties. Het NCP is geen rechterlijke instantie en is, om effectief te kunnen zijn, grotendeels afhankelijk van de medewerking van de multinational. Veel multinationals hebben zich echter verplicht om mee te werken. Bovendien zal het NCP in beginsel een verklaring publiceren wanneer er geen overeenstemming wordt bereikt. Daarin staan in ieder geval de gemelde problemen. Dit kan een stok achter de deur zijn voor bedrijven om mee te werken. Ook is denkbaar dat een dergelijke verklaring een opstapje is voor een civiele procedure. Door het bestaan van deze NCP's, die in sommige gevallen onderling contact hebben teneinde een zaak te coördineren, is de vrijblijvendheid van de Richtlijnen naar mijn indruk sterk verminderd.

2.2 *Reikwijdte*

Een volgend aspect van de toepasbaarheid betreft de reikwijdte van de Richtlijnen. Deze is breed te noemen. Wat een multinationale onderneming is, wordt bewust niet gedefinieerd, maar wel breed opgevat (zie art. I.4).

“In het algemeen zijn het ondernemingen of andere entiteiten die in meerdere landen gevestigd zijn en zodanig met elkaar verbonden zijn dat ze hun activiteiten op verschillende manieren met elkaar afstemmen.”

Anders dan men zou vermoeden, zijn de Richtlijnen niet alleen bedoeld voor werknemers van buitenlandse dochterondernemingen. Er zijn drie situaties denkbaar waarin de richtlijnen van toepassing zijn op een Nederlandse onderneming:

1. Een buitenlandse partij (werknemer of vakbond) meldt een probleem over een Nederlandse multinational. Voorbeeld is de zojuist genoemde *Heineken*-zaak.
2. Een Nederlandse partij meldt een probleem over een Nederlandse multinational. Voorbeeld is een zaak waarin FNV klaagde over de manier waarop NUON om-

ging met personeel van onderaannemers op een werk in Nederland.⁸

3. Een Nederlandse partij meldt een probleem over een buitenlandse multinational die in Nederland actief is. Dit zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn in de *Ryanair*-zaak.⁹ Het in Ierland gevestigde Ryanair sloot de vestiging Eindhoven *overnight* en plaatste het personeel over nadat de vakbond had getracht te onderhandelen over een cao. Art. V.7 van de Richtlijnen verbiedt het om werknemers over te plaatsen teneinde het recht te belemmeren om zich te organiseren.

In alle gevallen kan het Nederlandse NCP bevoegd zijn want daarvoor is bepalend waar “de problemen zijn ontstaan” (toelichting procedureregels, 23) met dien verstande dat er ook landen zijn die geen NCP hebben, in welk geval het NCP van het land van de moedermaatschappij in beeld komt.

Dus ook een Nederlandse werknemer kan een melding doen bij het NCP of kan tegenover de Nederlandse rechter een beroep doen op de Richtlijnen, indien zijn werkgever een Nederlandse multinational is of een multinational uit een andere OECD lidstaat.

3. Wat schiet de Nederlandse werknemer ermee op?

Dat brengt mij op de vraag wat een Nederlandse werknemer daar dan mee zou opschieten. Ik dien dan eerst iets meer te zeggen over art. 6 uit hoofdstuk V van de Richtlijnen dat gaat over informatie en samenwerking:

“Wanneer zij [ondernemingen, JvS] overwegen veranderingen in hun activiteiten aan te brengen die belangrijke gevolgen voor de werkgelegenheid zouden kunnen hebben, met name bij sluiting van een bedrijfs onderdeel dat collectief ontslag met zich meebrengt, de werknemers die zij tewerkstellen en hun werknemersvertegenwoordigers (...) binnen redelijke termijn op de hoogte stellen en met de werknemersvertegenwoordigers en de autoriteiten samen te werken om de ongunstige gevolgen zoveel mogelijk te verzachten.”

Weliswaar hoeft de informatievoorziening niet steeds plaats te vinden op een moment dat nog geen definitieve beslissing is genomen, maar dat heeft wel de voorkeur (zie art. V.6 & 59). Nu bevat de WOR natuurlijk ook dit principe, maar daarin is dat veel duidelijker opgeschreven en bovendien duidelijker gesanctioneerd.

Het nadeel van een duidelijke wet is echter ook dat er sommige situaties duidelijk niet onder gebracht kunnen worden. Hier toont zich de potentiële meerwaarde van de (vagere) Richtlijnen. Immers: de norm mag dan wel vager zijn, de potentiële reikwijdte is daarmee ook aanmerkelijk breder dan

7 Zie Final statement former employees of Bralima vs. Bralima and Heineken 18 august 2017, te vinden via www.oesorichtlijnen.nl.

8 NCP Eindverklaring Nuon/FNV 2014/12.

9 Rb. Oost-Brabant 1 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5330.

die van de WOR. Dat kan zich in ieder geval manifesteren op de volgende deelgebieden: kleine ondernemingen, andere arbeidsrelaties, vakbonden en internationale toerekening. Ik zal ieder deelgebied kort toelichten. Steeds is het idee dat de aanvullende werking van de Richtlijnen een opstapje kan zijn om bij de rechter een aanvulling op de WOR te bepleiten. Ik waarschuw wel voor te hooggespannen verwachtingen. Het zojuist geciteerde art. V.6 geeft veel ruimte om te bepleiten dat er geen voorafgaande medezeggenschap aan ontleend kan worden. Er zijn echter voorbeelden denkbaar waarin de Richtlijnen toch behulpzaam kunnen zijn. Ik denk dan bijvoorbeeld aan een geval waarin een werkgever met minder dan tien werknemers dezen overvalt met een collectieve ontslagaanvraag bij het UWV.

3.1 *Kleine ondernemingen*

Ten eerste zijn er ondernemingen die niet onder de (gehele) WOR vallen omdat zij te weinig personeel hebben. Art. 35b-d WOR regelen de medezeggenschap in kleine ondernemingen, maar bevatten geen verplichtingen ingeval er in de regel minder dan tien personen werkzaam zijn. Indien, bijvoorbeeld, een vestiging van een buitenlandse multinational met minder dan tien werknemers wordt gesloten, is te bepleiten dat de werknemers daarover tijdig dienen te worden geïnformeerd en betrokken. Uiteraard is dat niet versterkt met een beroepsrecht bij de OK, maar soms kan een dergelijk recht op informatie ook gebruikt worden ter ondersteuning in kort geding waarin een verbod op uitvoering wordt gevraagd of bij het UWV om erop te wijzen dat de ontslagaanvragen nog niet in behandeling dienen te worden genomen.

3.2 *Andere arbeidsrelaties*

Ten tweede is de WOR beperkt tot werknemers die in dienst zijn van de ondernemer en uitzendkrachten die meer dan 24 maanden bij hem zijn tewerkgesteld. Buiten de WOR vallen onder meer afhankelijke zelfstandigen en schijnzelfstandigen. Anders gezegd: mensen die lijken op een werknemer, maar niet die status hebben. De Engelstalige tekst hanteert de brede term “workers” om zowel het engere begrip “employees” aan te duiden als sommige andere werkenden. Het is dus de brede groep van “workers” die recht heeft op informatie en samenwerking bij collectief ontslag. In de Nederlandse tekst is dat niet goed tot uitdrukking gebracht, maar het kan worden afgeleid uit de woorden “werknemers die zij tewerkstellen”.¹⁰

3.3 *Vakbonden*

Ten derde regelt de WOR niets over de verplichting met de vakbonden te spreken. Een dergelijke verplichting kan voortvloeien uit WMCO, SER Fusiegedragsregels of de cao, maar die stellen ook weer randvoorwaarden (ontslag van twintig of meer werknemers, een fusie) die in art. V.6 van de Richtlijnen ontbreken. Bij het ontbreken van een ondernemingsraad zou gesteld kunnen worden dat de vakbonden

deze rol op grond van de Richtlijnen kunnen claimen, ook in situaties die buiten hun wettelijke taakgebied vallen.

3.4 *Internationale toerekening*

Een vierde aspect dat interessant kan zijn, betreft internationale toerekening van besluiten. Het komt geregeld voor dat de leiding van de multinational in het buitenland is gevestigd en aldaar een besluit neemt dat gevolgen heeft voor de werkgelegenheid bij de Nederlandse dochter. Een bekend voorbeeld waarin de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht oordeelde dat er sprake was van wanbeleid betrof de sluiting van de BATCO Sigarettfabriek, die in belangrijke mate was bepaald door de Engelse moedermaatschappij. In de uitspraak memoreert de Ondernemingskamer dat deze moedermaatschappij eerder had verklaard de Richtlijnen te ondersteunen.¹¹ Vaker haalt de Ondernemingskamer in het kader van de WOR de leerstukken van toerekening en mede-ondernemerschap van stal. Dat doet zij ook wanneer de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd.¹² Ook het Hof van Justitie EU past het leerstuk van internationale toerekening toe bij de uitleg van de Richtlijn Melding Collectief Ontslag.¹³

Art. V.6 van de Richtlijnen kan hier een interessante aanvulling bieden op de volgende manieren. De belangrijkste is dat op de (in een OECD-land gevestigde) moedermaatschappij zelf de verplichting rust, ook als zijn dochter in een ander land is gevestigd. Hierdoor kunnen de richtlijnen helpen in de vaak ingewikkelde discussie of er nu wel of niet kan of moet worden toegerekend. Het is immers voorstelbaar dat de Ondernemingskamer eerder tot internationale toerekening in het kader van WOR overgaat indien de ondernemingsraad erop wijst dat de buitenlandse moedermaatschappij ook reeds via art. V.6 een eigen verplichting tot informatie en samenwerking richting de werknemersvertegenwoordiging van de dochter had. Deze verplichting zou dan niet alleen in de zaken spelen waarin er een ondernemingsraad is ingesteld, maar ook bij kleine ondernemingen (zie hiervoor).

Een andere mogelijke uitbreiding op dit gebied kan zijn gelegen op het gebied van de relatie tussen de buitenlandse en de Nederlandse onderneming. Toerekening en mede-ondernemerschap veronderstellen veelal een hiërarchische concernrelatie: moeder besluit tot sluiting, dochter heeft het maar uit te voeren. De Richtlijnen schrijven in II. 13 ook voor dat de multinational “zakenrelaties, waaronder leveranciers en onderaannemers” stimuleert principes van verantwoord ondernemen toe te passen. Dat klinkt erg vrijblijvend, maar het viel me op dat het Nederlandse NCP in de eerder aangehaalde *Heineken*-zaak deze bepaling aangreep om te onderbouwen dat Heineken als 95% aandeelhouder van Bralima,

¹¹ Hof Amsterdam 21 juni 1979, *NJ* 1980/71.

¹² Zie o.m. Hof Amsterdam 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (*Seaway*) en Hof Amsterdam 20 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4587 (*DB Schenker*).

¹³ HvJ EU 10 september 2009, *JAR* 2009/252 en HvJ EU 21 september 2017, *JAR* 2017/277.

¹⁰ Zie ook de toelichting onder V.49 waarin dit wordt onderkend.

mede aanspreekbaar was.¹⁴ Dit kan wellicht een haakje bieden om ook besluiten van multinationals aan de kaak te stellen die niet eigen concernwerknemers betreffen.

Ten slotte kan ik mij voorstellen dat een melding bij het NCP een strategisch interessante optie kan zijn. Een multinational zal in voorkomende gevallen (moreel) gehouden kunnen zijn om de procedure af te wachten alvorens verder tot uitvoering over te gaan. Uitstel van besluitvorming en uitvoering is voor werknemers vaak om twee redenen interessant: van uitstel komt soms afstel en uitstel kost geld en kan de *leverage* van werknemers bij de onderhandeling over een sociaal plan verhogen. Overigens is de rechter niet gehouden om de procedure bij het NCP af te wachten. Verder is in sommige gevallen wellicht te betogen dat het NCP meer mogelijkheden heeft om, via de zuster NCP in een ander land, bepaalde informatie te verkrijgen en dat daarom de uitkomst van de NCP-procedure moet worden afgewacht.

4. Slotbeschouwing

Bovenstaande is een korte inventarisatie van mogelijke extra middelen die werknemers aan de richtlijnen kunnen ontleen. Samengevat zien die allereerst op de brede reikwijdte: ook Nederlandse werknemers kunnen in Nederland klagen over het optreden van hun Nederlandse werkgever in Nederland, als die maar een multinational is (wat wil zeggen: in meerdere landen actief is). Ten tweede zijn de normen weliswaar vager en minder vergaand, maar ook op een breder pallet aan situaties van toepassing dan uit de WOR volgt. Ten derde kan inschakeling van het NCP een interessante zet in een steekspel rondom een collectief ontslag zijn.

Timmerman heeft gelijk gekregen: de Richtlijnen geven aanleiding tot allerlei interessante juridische vragen. Ik heb er maar enkele daarvan op het gebied van medezeggenschap aangestipt in de hoop dat juristen daar nadere studie naar doen en vooral dat ze deze toepassen in de praktijk.



‘Het zomerhuis’, Gouache door Eugène Brands (1987) zie www.eugenebrands.nl en www.jaski.nl

14 Final statement former employees of Bralima vs. Bralima and Heineken 18 august 2017, par. 5.