

Vergoeding van de kosten van deskundige ondersteuning van medezeggenschapsorganen niet goed geregeld

MR. E.L.J. BRUYNINCKX EN MR. DR. G.W. VAN DER VOET

Hoewel het aantal procedures dat uitmondt in een rechterlijke uitspraak op het gebied van het medezeggenschapsrecht steeds meer lijkt af te nemen, mag dit rechtsgebied zich desondanks verheugen in een grote belangstelling binnen de advocatuur.¹ Door juridische advisering in het voortraject worden veel conflicten kennelijk voorkomen, of — al dan niet door middel van bemiddeling — geschikt.² Van de zaken die in de afgelopen jaren wel voor de rechter kwamen had een relatief niet onbelangrijk aantal betrekking op de vergoeding van de kosten van de rechtsbijstandverlener voor het adviseren van het medezeggenschapsorgaan.³ In de praktijk gaat op dit punt dus nog wel eens iets mis. Omdat de vergoeding van de kosten van juridische bijstand een cruciaal onderdeel vormt van de ondersteuning van het medezeggenschapsorgaan, vormt dit een reden om een bijdrage aan dit onderwerp te wijden.

Centraal daarin staat art. 22 Wet op de ondernemingsraden (WOR), dat onder meer handelt over de vergoeding van de kosten van deskundigen en het voeren van rechtsgedingen. Gekeken wordt naar zowel de bedoeling van de wetgever met dit artikel, als naar de uitleg die daaraan in de jurisprudentie gedurende het afgelopen decennium is gegeven. Vervolgens wordt gekeken naar de wijze waarop de vergoeding van de kosten van juridische bijstand van andere medezeggenschapsorganen — namelijk van de medezeggenschapsraad in het (basis- en middelbaar) onderwijs en van de cliëntenraad in de zorg — is geregeld. Tot slot zal worden stilgestaan bij de uitkomsten van een (bescheiden) praktijkonderzoek naar de deskundige ondersteuning van medezeggenschapsraden in zowel het bedrijfsleven, de zorg als het onderwijs. De bijdrage zal worden afgesloten met een conclusie en een aantal praktische tips.

Art. 22 WOR

Het eerste lid.

Art. 22 lid 1 WOR bepaalt dat alle kosten die de ondernemingsraad (OR) en zijn commissies redelijkerwijze noodzakelijk moeten maken om de taak van de OR(-commissie) te kunnen vervullen, voor rekening van de ondernemer komen. Gedacht kan daarbij onder meer worden aan de kosten van vakliteratuur en de doorgaans geringe vergaderkosten (bijvoorbeeld aan de kosten verbonden aan het gebruik van een vergaderruimte, het nuttigen van consumpties, kopieer- en computervoorzieningen, telefoonkosten en de kosten van postzegels), maar ook aan de wat omvangrijkere kosten van secretariële ondersteuning. De kosten moeten wel voor het medezeggenschapsorgaan zijn gemaakt. Kosten die individuele OR-leden voor zichzelf hebben gemaakt vallen namelijk niet onder art. 22 lid 1 WOR.⁴ Aanvankelijk adviseerde de SER een regeling in de WOR op te nemen, waarbij alle uitgaven ten behoeve van het functioneren van de OR de goedkeuring van de ondernemer behoeften, alvorens zij te zijner laste zouden komen.⁵ Omdat de wetgever vreesde dat de ondernemer daardoor te veel de gelegenheid werd gebo-

1 Deze belangstelling bleek onder meer uit het grote aantal advocaten dat zich eind 2007, naast belangstellenden vanuit de overheid, de wetenschap en het bedrijfsleven, aanmeldde als lid van de Werkgroep Medezeggenschapsrecht van de landelijke Vereniging voor Arbeidsrecht, welke in 2009 een adviesrapport uitbracht aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (zie: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2009).

2 Zie overeenkomstig W.H. Hogerzeil, M. Rodriguez Escudero en S.W. Geelkerken, 'Geschillenregeling', in: a.w. (noot 1), p. 100 en 110.

3 Zie onder meer: Rb. Leeuwarden 10 december 2008, LJN BG6737, Ktr. Delft 23 april 2009, LJN BI9263, Rb. Middelburg 12 augustus 2009, LJN BK9710, Gerechtshof Leeuwarden 25 augustus 2009, LJN BJ6301, Rb. Den Haag 27 januari 2010, LJN BL3893.

4 Van der Heijden meent dat reiskosten van individuele OR-leden om die reden niet op grond van art. 22 lid 1 WOR in aanmerking komen voor vergoeding (zie: P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 222). Zie anders: F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag 2010, p. 117.

5 Sociaal-Economische Raad, Advies inzake uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraden, Den Haag 1968, p. 32.

den door hem niet gewenste activiteiten van de OR tegen te gaan, koos hij voor de huidige opzet, waarbij als hoofdregel geldt dat de ondernemer de door de OR gemaakte kosten dient te vergoeden.⁶

Het tweede lid

Ten aanzien van de kosten van het raadplegen van deskundigen⁷ en de kosten verbonden aan het voeren van rechtsgedingen⁸ stelt art. 22 lid 2 WOR een extra voorwaarde: deze komen alleen voor rekening van de ondernemer indien deze kosten vooraf aan hem zijn meegedeeld. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de kosten verbonden aan het voeren van rechtsgedingen in drie soorten uiteenvallen: (1) de kosten van rechtsbijstand, (2) zuivere proceskosten als griffierechten en de kosten van het horen van getuigen en deskundigen en (3) de proceskosten van de wederpartij. Art. 22 lid 2 WOR ziet daarbij uitsluitend op de eerste twee categorieën.⁹ Indien van de kosten van een door de OR(-commissie) in te schakelen deskundige van tevoren geen nauwkeurige opgave kan worden verkregen, zal (de deskundige van) de OR(-commissie) een voorlopige schatting van de kosten aan de ondernemer moeten geven.¹⁰ De bedoeling van de voorafgaande mededeling is dat de ondernemer – vanwege de hoogte van de kosten die daaraan doorgaans verbonden zijn – vooraf zowel bezwaar kan maken tegen de noodzaak van het inschakelen van een deskundige en/of het voeren van een rechtsgeding, als tegen de omvang van de daaraan verbonden (geschatte) kosten. De wet stelt geen vormvereisten aan deze mededeling. Vanuit bewijsoogpunt is het echter verstandig dit schriftelijk te doen.

Indien de ondernemer bezwaar heeft tegen de inschakeling van de deskundige of het voeren van een rechtsgeding, dient hij dit tijdig aan de OR kenbaar te maken (wat onder 'tijdig' dient te worden verstaan zal in de praktijk afhankelijk zijn van de verwachte omvang van de kosten, de spoedeisendheid van de zaak en – in dat licht bezien – van de vraag of de OR de ondernemer een redelijke termijn heeft gesteld om op de kostenopgave te reageren). In een poging de OR(-commissie) over te halen af te zien van het maken van de kosten, verdient het voorts aanbeveling dat de ondernemer zijn bezwaar goed motiveert. Komen de ondernemer en de OR(-commissie) er desondanks niet uit, dan kan de OR¹¹ het geschil, nadat bemiddeling door de bedrijfscommissie heeft plaatsgevonden, voorleggen aan de kantonrechter (art. 36 WOR). De kosten van die procedure komen

op grond van art. 22 lid 1 WOR altijd voor rekening van de ondernemer. De kantonrechter zal dit geschil vervolgens beslechten aan de hand van de vraag of de inschakeling van de deskundige redelijkerwijs noodzakelijk is voor de vervulling van de taak van de OR(-commissie). Daarbij zullen onder meer in aanmerking moeten worden genomen:

Indien de ondernemer bezwaar heeft tegen de inschakeling van de deskundige of het voeren van een rechtsgeding, dient hij dit tijdig aan de OR kenbaar te maken

(1) de aard en het belang van het onderwerp in verband waarmee de deskundige dient te worden ingeschakeld, (2) de hoogte van de daaraan verbonden kosten en (3) de financiële draagkracht van de ondernemer. De gang naar de kantonrechter – en de daaraan voorafgaande bemiddeling door de bedrijfscommissie – kost echter tijd. Die tijd zal er niet altijd zijn. De verleiding bestaat dan om de deskundige toch maar alvast met zijn of haar werkzaamheden te laten beginnen, maar dat is niet zonder risico's. Acht de kantonrechter het bezwaar van de ondernemer gegrond, dan hoeft deze de kosten van de deskundige namelijk niet te betalen (zie Geen voorafgaande opgave gedaan van de verwachte kosten). De deskundige kan de leden van de OR(-commissie) in dat geval persoonlijk aansprakelijk stellen voor de betaling van zijn factuur (tenzij de OR vooraf met de deskundige heeft afgesproken dat de deskundige dit risico zelf zal dragen).¹² Hetzelfde geldt in de situatie waarin de (deskundige van de) OR(-commissie) in het geheel geen kostenopgave op voorhand heeft gedaan. De ondernemer hoeft deze kosten dan in beginsel – ongeacht of zij redelijkerwijs noodzakelijk zijn gemaakt – niet te betalen. Ook in dat geval kunnen de OR-leden door de deskundige in privé worden aangesproken om tot betaling van de factuur over te gaan. Heeft de ondernemer naar aanleiding van de mededeling van de OR(-commissie) geen (tijdig) bezwaar gemaakt, dan kan de OR hem in beginsel tot betaling van de kosten aanspreken (zie hierover Bezwaar tegen een vooraf gedane kostenopgave en Resultaten onderzoek onder medezeggenschapsraden). Als belanghebbende in de zin van art. 36 lid 1 WOR kan de deskundige ook zelf rechtstreeks betaling trachten af te dwingen.¹³

De kosten verbonden aan het raadplegen van een deskundige door de OR, om te adviseren naar aanleiding van de vraag of een bepaalde adviesbevoegdheid toekomt aan de Centrale Ondernemingsraad ('COR') of de OR, worden in de jurisprudentie tot slot aangemerkt als voor de uitvoe-

6 Kamerstukken II 1969-70, 10 335, nrs. 1-3, p. 21.

7 Bedoeld wordt niet een vaste deskundige, maar een deskundige die op Incidentele basis wordt geraadpleegd (zie art. 16 WOR of art. 23a lid 6 WOR).

8 Het gaat hierbij om rechtsgedingen in de eigenlijke zin, zoals procedures ex art. 26, 27 lid 5 en 36 WOR, procedures in kort geding, procedures inzake jaarrekeningen ex art. 2:337 en 2:338 BW en procedures ex art. 2:161 lid 2 en 2:271 lid 2 BW inzake het ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap.

9 Ten aanzien van de derde categorie geldt namelijk dat de OR niet in de proceskosten van de ondernemer kan worden veroordeeld (art. 22a WOR).

10 F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, a.w. (noot 4), p. 118.

11 Een OR-commissie is daartoe niet bevoegd.

12 De OR heeft immers geen rechtspersoonlijkheid en kan derhalve – tenzij de WOR dit uitdrukkelijk bepaalt – niet als zelfstandig rechtssubject jegens derden rechten en verplichtingen aan. De OR-leden doen dit dus in persoon en kunnen daardoor ook in persoon aansprakelijk worden gesteld voor de naleving van deze verplichtingen. Zie overeenkomstig: P.F. van der Heijden, a.w. (noot 4), p. 225.

13 Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2007, ROR 2007, 35.

ning van de taak van de OR redelijkerwijze noodzakelijk gemaakte kosten en dienen daarom door de ondernemer in beginsel te worden vergoed, ook indien de ondernemer daartegen tijdig bezwaar heeft gemaakt.¹⁴

De door de OR ingeschakelde deskundige doet er verstandig aan om eerst schriftelijk vast te leggen dat de ondernemer geen bezwaar heeft tegen diens (aanvullende) raadpleging en de daaraan verbonden kosten

Het derde lid

In sommige gevallen kent de ondernemer zijn OR jaarlijks een vast budget toe op basis waarvan de OR naar eigen inzicht zijn uitgavenpatroon kan bepalen. Art. 22 lid 3 WOR biedt de ondernemer en de OR de mogelijkheid om zo'n eigen budget samen af te spreken.¹⁵ Het voordeel daarvan is dat het de OR in financieel opzicht een meer onafhankelijke positie ten opzichte van de ondernemer geeft. Zo hoeft de OR – in het geval de kosten van deskundigen in dit vaste budget zijn inbegrepen – geen voorafgaande mededeling meer te doen van de kosten verbonden aan het inschakelen van een deskundige en/of het voeren van een rechtsgeding. Toch kan men zich afvragen of de OR er verstandig aan doet om ten aanzien van deze kosten een vast budget met de ondernemer af te spreken. Het risico dat de redelijkerwijs te maken kosten het budget overschrijden, rust dan namelijk op de OR. Indien de OR kosten moet maken waardoor het jaarlijkse budget wordt overschreden, dan kan de OR aan de ondernemer weliswaar een aanvullend budget vragen (of de ondernemer vragen om deze specifieke extra kosten voor zijn rekening te nemen), maar de ondernemer is niet verplicht om positief op dat verzoek te reageren. Tegen een afwijzing kan de OR namelijk niet in rechte opkomen. Naarmate er meer onzekerheid bestaat over het aantal en de aard van de adviesaanvragen en/of instemmingsverzoeken die de OR in een bepaald jaar van de ondernemer kan verwachten, is het risico verbonden aan het afspreken van een vast budget voor de OR logischerwijs navenant groter.

Recente jurisprudentie naar aanleiding van art. 22 WOR

Geen voorafgaande opgave gedaan van de verwachte kosten

Een greep uit de jurisprudentie van het afgelopen decen-

nium naar aanleiding van art. 22 WOR, levert het volgende beeld op. In de zaak van Accountantskantoor X tegen Stichting Thuiszorg Nederland ('STN') had STN de OR gevraagd advies uit te brengen over een voorgenomen overdracht van één van de zorglocaties.¹⁶ Enkele weken later stelde de OR STN per e-mail op de hoogte van het feit dat hij een accountantskantoor had benaderd met het verzoek ondersteuning te verlenen bij het uitbrengen van het advies. STN maakte toen – op 1 april 2008 – geen bezwaar tegen de inschakeling van deskundige ondersteuning, maar vroeg de OR slechts om uiterlijk 14 april 2008 tot uitbrenging van het advies over te gaan. Vanwege de zeer korte termijn waarop de adviesaanvraag gereed moest zijn, was het accountantskantoor daarop onmiddellijk met de werkzaamheden begonnen, zonder voorafgaande mededeling omtrent de daaraan naar verwachting verbonden kosten. Strikt genomen handelde de OR noch het accountantskantoor dus in overeenstemming met art. 22 lid 2 WOR. Om die reden weigerde STN uiteindelijk om alle kosten van het accountantskantoor te betalen. Volgens de Kantonrechter Delft mocht STN haar OR (en het accountantskantoor) in de gegeven omstandigheden niet tegenwerpen dat zij niet tijdig van de verwachte kosten op de hoogte was gesteld. Die omstandigheden waren onder meer:

- de door STN genoemde korte termijn voor het uitbrengen van zijn advies door de OR;
- het feit dat STN wel tijdig wist dat het accountantskantoor werd ingeschakeld;
- het feit dat STN tegen de inschakeling van het accountantskantoor 'an sich' geen bezwaar heeft gemaakt;
- het feit dat STN ook na het bekend worden van de door de accountant geraamde kosten evenmin bezwaar tegen diens inschakeling heeft gemaakt;
- het feit dat STN zelfs, zonder enig protest ten aanzien van de hoogte daarvan, de kosten verbonden aan de werkzaamheden vanaf medio april 2008 voor haar rekening heeft genomen; en
- het feit dat STN niet voldoende onderbouwd heeft gesteld en evenmin anderszins gebleken is dat de kosten van het accountantskantoor niet redelijk zouden zijn geweest.

Deze uitspraak wijkt enigszins af van de regel uit art. 22 lid 2 WOR, maar doet wel recht aan de ratio daarvan. De ondernemer in kwestie was immers in de gelegenheid om bezwaar te maken tegen de inschakeling van de deskundige zolang er nog geen beraming van de daaraan verbonden kosten bekend was. In plaats daarvan voerde de ondernemer slechts de tijdsdruk voor het uitbrengen van het advies op. De OR mocht er in die omstandigheid op vertrouwen dat de ondernemer geen punt zou maken van het ontbreken van een voorafgaande mededeling over de verwachte kosten. De uitspraak onderstreept in ieder geval het belang dat de ondernemer zijn bezwaar tegen inschakeling van de deskundige en/of tegen de hoogte van de daaraan verbonden kosten tijdig kenbaar maakt. Dit om te voorkomen dat

14 Zie Ktr. Roermond 17 oktober 2005, *«JAR»* 2005/279 en Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2006, *«JAR»* 2006/189.

15 De kosten waarop art. 17 en 18 WOR betrekking hebben mogen niet in dit jaarlijkse budget worden opgenomen. Deze artikelen zien op de kosten voor het ter beschikking stellen van voorzieningen door de ondernemer, het doorbetalen van het salaris bij onderbreking van het werk ten behoeve van ondernemingsraadsactiviteiten en de kosten van deelname aan scholingscursussen.

16 Ktr. Delft 24 april 2009, LJN BI9263, *«RAR»* 2009, 128.

de ondernemer het verweer 'wie zwijgt, stemt toe' krijgt tegengeworpen.

Hoewel het vereiste van de voorafgaande mededeling uit art. 22 lid 2 WOR dus kennelijk geen 'Wet van Meden en Perzen' is¹⁷, liep het voor de door de OR van STN ingeschakelde advocaat minder goed af.¹⁸ Deze advocaat had evenmin vooraf een kostenberaming gegeven van de door hem voor de OR verrichte werkzaamheden. Belangrijk verschil met de situatie van het ingeschakelde accountantskantoor, was echter dat bij deze werkzaamheden geen sprake was van extreme tijdsdruk en dat (de toenmalige bestuurder van) STN in het geval van deze advocaat wel op een 'kostenplaatje' vooraf had aangedrongen en daar bovendien ook nadien nog eens herhaaldelijk (tevergeefs) om had gevraagd. De advocaat mocht er in deze omstandigheden volgens de Rechtbank Den Haag dan ook niet op vertrouwen dat STN hem een 'blanco cheque' had willen geven. Hij had STN dan ook niet voor 'voldongen feiten' mogen stellen door haar achteraf zijn declaraties van in totaal € 51.654,14 te presenteren. Anders dan STN op grond van de tekst van art. 22 lid 2 WOR mocht verwachten, was de rechtbank voorts van oordeel dat dit niet betekende dat de kosten verbonden aan de inschakeling van deze deskundige in het geheel niet ten laste van STN konden worden gebracht. Uit de strekking van art. 22 lid 2 WOR vloede volgens de rechtbank namelijk voort, dat de ondernemer de kosten dient te vergoeden die in de gegeven omstandigheden achteraf gezien redelijkerwijs noodzakelijk waren. In dit geval achtte de rechtbank een vergoeding van € 25.000 (exclusief BTW) redelijk. Men kan erover twisten of deze uitspraak inderdaad recht doet aan de strekking van art. 22 WOR, waarvan het tweede lid toch duidelijk stelt dat de door een deskundige gemaakte kosten slechts ten laste van de ondernemer kunnen worden gebracht, indien deze van de verwachte kosten voorafgaand op de hoogte is gesteld. Hiervoor werd reeds uiteengezet dat de ratio daarvan juist is gelegen in het feit dat de ondernemer in de gelegenheid moet zijn om bezwaar te maken tegen de noodzaak en redelijkheid van deze kosten, voordat deze daadwerkelijk worden gemaakt. Mogelijk speelde in deze zaak echter ook een rol dat de ondernemer wel voorafgaand op de hoogte was gesteld van de inschakeling van de deskundige, maar tegen de noodzaak daarvan sec geen bezwaar had gemaakt. Dat een deel van de daaraan verbonden kosten in zo'n geval achteraf door een rechter als niet redelijkerwijs noodzakelijk wordt beschouwd, komt dan terecht voor rekening en risico van de OR-(commissie)leden en/of de door hen ingeschakelde deskundige, aangezien zij nu eenmaal zelf dat risico hebben genomen door geen kostenopgave aan de ondernemer te verstrekken ondanks herhaalde verzoeken daartoe.

Bezwaar tegen een vooraf gedane kostenopgave

Als een ondernemer, na voorafgaande mededeling van de

inschakeling van een deskundige inclusief voorlopige kostenopgave, in eerste instantie geen bezwaar maakt en na verloop van tijd weigert de kosten van een nader advies van deze deskundige te betalen, dan spitst de beoordeling door de kantonrechter zich toe op de noodzaak van die extra werkzaamheden en niet meer op de vraag of het raadplegen van de deskundige 'an sich' redelijkerwijs noodzakelijk was.¹⁹ De door de OR ingeschakelde deskundige doet er sowieso verstandig aan om, alvorens hij zijn (extra) werkzaamheden aanvangt, eerst schriftelijk vast te leggen dat de ondernemer geen bezwaar heeft tegen diens (aanvullende) raadpleging en de daaraan verbonden kosten. Doet de deskundige dat niet en maakt de ondernemer vervolgens bezwaar tegen de kosten, dan kan dit zuur voor de deskundige en de betrokken OR-leden aflopen. Zo oordeelde de Kantonrechter Venlo dat het feit dat de OR en de deskundige zich niets gelegen hadden laten liggen aan de bezwaren van de ondernemer tegen de hoogte van de door de deskundige ingediende offerte, voor hun eigen rekening en risico komt.²⁰ De offerte betrof een bedrag van f 15.000. De ondernemer had aangegeven dat een bedrag van f 5.000 toereikend moest zijn. Partijen hebben daarna niet meer over de hoogte van de kosten gesproken en de deskundige is gestart met zijn werkzaamheden waarvoor hij uiteindelijk f 15.200 in rekening brengt. De ondernemer wilde daarvan slechts f 5.000 vergoeden, waardoor de deskundige ruim f 10.000 misliep.

Voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 22 WOR is uiteraard dat de OR (nog) bestaat

In een zaak bij de Rechtbank Middelburg trok de deskundige eveneens aan het kortste eind.²¹ De rechtbank oordeelde dat de ondernemer op grond van art. 22 lid 2 WOR niet verplicht was de rechtsbijstandskosten te vergoeden, omdat dit in strijd was met de strekking van deze bepaling te voorkomen dat de ondernemer achteraf met onverwacht hoge kosten zou worden geconfronteerd. Het advocatenkantoor in kwestie had in 2007 en 2008 de OR van de stichting Regionale Ambulance-Voorziening Zeeland ('RAVZ') bijgestaan in de dossiers 'rooster', 'inwerkprotocollen/aanstellingen' en 'naleving'. Na voorafgaande mededeling te hebben gedaan van de inschakeling van deze deskundige en te hebben verwezen naar diens offerte, vroeg de OR RAVZ om een budget voor de werkzaamheden van de deskundige beschikbaar te stellen. RAVZ stelde daarop (eenzijdig) per afzonderlijk dossier een budget ter beschikking onder de mededeling dat indien deze bedragen ontoereikend zouden blijken, zij een nieuwe aanvraag van de OR verwachtte. Deze nieuwe aanvraag werd niet gedaan. Evenmin vocht de OR voorafgaand aan het maken van de kosten de redelijkheid van de omvang van deze budgetten aan. In plaats

17 Zie voor deze vaststelling tevens: R.H. van het Kaar, 'WOR en kosten van de deskundige', *TRA* 2009/12, 101.

18 Rb. Den Haag 27 januari 2010, LJN BL3893.

19 Zie bijvoorbeeld Vzng. Arnhem 29 november 2007, I JN BC0968, «JAR» 2008/31: de ondernemer diende alsnog de aanvullende kosten van de ingeschakelde deskundige te betalen.

20 Ktr. Venlo 15 juli 2002, «JAR» 2002/272.

21 Rb. Middelburg 12 augustus 2008, LJN BK9710.

daarvan confronteerde de advocaat RAVZ met een factuur die de gestelde budgetten ruimschoots overschreed. RAVZ achtte zich niet gehouden tot betaling van het bedrag waarmee deze budgetten waren overschreden. Omdat in casu geen sprake was van een eigen budget van de OR als bedoeld in art. 22 lid 3 WOR, toetste de rechtbank onderhavig geschil (terecht) aan art. 22 lid 2 WOR. De rechtbank oordeelde dat de advocaat en de OR, door de RAVZ niet voorafgaand van de (aanzienlijke) budgetoverschrijding op

Geconcludeerd kan worden dat de ondersteuning van de cliëntenraad in de Wmcz minder goed geregeld is, dan de ondersteuning van de OR in de WOR

de hoogte te stellen, RAVZ de mogelijkheid hebben ontnomen om de omvang van deze (haar inziens te hoge) kosten voorafgaand ter bemiddeling en ter advisering aan de bedrijfscommissie voor te leggen en de redelijkheid en noodzakelijkheid daarvan vervolgens door de kantonrechter te laten beoordelen. Zij namen daarbij welbewust het risico dat RAVZ uiteindelijk niet bereid zou blijken de budgetten te verhogen. De advocaat mocht er derhalve niet op vertrouwen dat hij zijn werkzaamheden voor de OR voor rekening van RAVZ kon blijven verrichten. Bij de beoordeling of de door hem gemaakte kosten redelijk waren, betrof de rechtbank vervolgens de drie criteria uit de wetsgeschiedenis, te weten: het belang en de aard van het onderwerp, de hoogte van de kosten en de financiële draagkracht. Aangezien RAVZ verkeerde in financieel zwaar weer, achtte de rechtbank het begrijpelijk dat de ondernemer geen blanco cheque aan de OR wilde geven voor het maken van kosten. Deze dienden, voor zover zij de gestelde budgetten overschreden, voor rekening van de advocaat te blijven.

Onzekerheid omtrent het (voort)bestaan van de OR

Voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 22 WOR is uiteraard dat de OR (nog) bestaat. De Rechtbank Leeuwarden en het Hof Leeuwarden in hoger beroep, oordeelden dat dit na een concessieovergang in het openbaar (bus) vervoer van BBA naar Arriva niet meer het geval was.²² In beide instanties werd geconcludeerd dat daarmee de bodem onder de door de advocaat ingestelde vordering wegviel en Arriva niet gehouden was de kosten van deze (in feite door de voormalige OR-leden ingeschakelde) deskundige te betalen. De stelling van de advocaat dat sprake was van een overgang van onderneming waardoor de OR mee over was gegaan naar Arriva, deelden beide instanties niet. Het hof wees daarbij op het 'Finse bussen-arrest' van het Hof van Justitie van de EG²³ en stelde dat geen sprake was van een overgang van onderneming, omdat Arriva geen materiële activa (zoals de bussen) van BBA had overgenomen. De OR van De Meijerij en Brabant Oost was dus niet mee overgegaan en had op de datum van de concessieovergang feite-

lijk opgehouden te bestaan, zodat Arriva door deze (voormalige) OR niet als ondernemer in de zin van art. 22 WOR kon worden aangemerkt.²⁴ Per de datum van de overgang van de concessie werden de werknemers van De Meijerij en Brabant Oost – die bij Arriva in dienst waren getreden – vertegenwoordigd door de OR van Arriva. De rechtbank en het hof waren zeer stellig over het feit dat de OR niet (meer) bestond. Zelfs art. 7:611 BW bood volgens de rechtbank en het hof geen grondslag voor toewijzing van de gevorderde kosten van rechtsbijstand, nu dit artikel slechts betrekking heeft op de verhouding tussen de werkgever en werknemer en niet (ook) op de verhouding tussen ondernemer en OR. Daarmee zijn beide instanties er naar onze mening echter ten onrechte aan voorbijgegaan dat de voormalige OR-leden – die door het oordeel omtrent de reikwijdte van art. 22 WOR het risico liepen door de advocaat in privé voor de gemaakte kosten te worden aangesproken – wel degelijk tevens in een werknemer-werkgeverrelatie tot Arriva staan. Nu zij er ten tijde van de inschakeling van de deskundige – te weten voorafgaand aan de concessieovergang – gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat het ging om kosten die zij noodzakelijkerwijs moesten maken voor een goede uitoefening van de taak van de (toen nog bestaande) OR, lijkt het onjuist en bovendien onwenselijk deze kosten voor hun eigen rekening te laten komen en had het beroep op art. 7:611 BW daarom naar onze mening dienen te worden gehonoreerd.

Anders oordeelde dan ook de Ondernemingskamer (OK) van het Hof Amsterdam in een eerder geschil over het al dan niet bestaan van een Europese Ondernemingsraad (EOR) bij Equant. De OK oordeelde dat Equant als ondernemer de kosten van de ingeschakelde deskundige – mede vanwege de complexiteit van de materie – diende te vergoeden, ondanks het feit dat de OK tevens oordeelde dat de EOR bij Equant niet bestond.²⁵ Bij overeenkomst was in 1997 door Global One de EOR 'Global One European Employee Forum' (het 'EEF') ingesteld. Global One fuseerde op 1 juli 2001 met Equant N.V., een dochteronderneming van France Telecom. Equant kondigde in 2002 aan de overeenkomst met het EEF te zullen opzeggen en een EOR op Equant-niveau te zullen instellen. De overeenkomst met het EEF werd vervolgens ook daadwerkelijk door Equant opgezegd. France Telecom maakte echter bezwaar tegen de instelling van een EOR bij Equant, omdat zij een EOR op het niveau van de moedermaatschappij wilde instellen. Het EEF stelde zich op zijn beurt op het standpunt dat de opzegging van de overeenkomst niet rechtsgeldig was geschied en dat het EEF bleef bestaan totdat een nieuwe EOR was ingesteld en dat Equant haar toezegging om de EOR in

22 Rb. Leeuwarden 10 december 2008, LJN BG6737 en Hof Leeuwarden 25 augustus 2009, LJN BJ6301.

23 HvJ EG 25 januari 2001, «AR» 2001/68, Lilkenne.

24 Zie voor de vraag wanneer de OR in geval van overgang van onderneming wel overgaat onder meer: P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, 'Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming', TAP 2009, special 2, p. 7 e.v. en R.M. Beltzer en I. Zaaij, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming', *Ondernemingsrecht* 2009, 97. Zie voorts ook HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09 en het commentaar bij deze uitspraak van R.M. Beltzer op www.ar-updates.nl.

25 OK van het Hof Amsterdam 1 april 2004, «AR» 2004/110. Dit arrest is besproken door R.H. van het Kaar in *Sociaal Recht* 2004, 7/8, 56.

te schakelen moest nakomen. De OK oordeelde dat de opzegging van de overeenkomst door Equant wel rechtsgeldig was en dat Equant niet kon worden gedwongen om een EOR op Equant-niveau in te stellen aangezien die verplichting, op grond van de WEOR, op France Telecom als moedermaatschappij rustte. Het EEF was volgens de OK alleen blijven bestaan om haar activiteiten af te wikkelen, waaronder naar het oordeel van de OK mede het voeren van een procedure als de onderhavige kon worden begrepen. Equant diende daarom in de kosten van de procedure bij de voorzieningenrechter en de OK te worden veroordeeld en de kosten van de ingeschakelde deskundige te vergoeden.

Een vergelijking met andere medezeggenschapswetten

Deskundige ondersteuning van cliëntenraden in de zorg

De in 1996 in werking getreden Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz)²⁶ verplicht zorgaanbieders die worden gefinancierd vanuit collectieve middelen (in de meeste gevallen stichtingen) tot het instellen van een cliëntenraad bij iedere zorginstelling die zij in stand houden (art. 2 lid 1 Wmcz). Deze cliëntenraad dient qua samenstelling representatief te zijn voor de cliënten van de betreffende zorginstelling en dient voorts redelijkerwijs in staat te zijn om de gemeenschappelijke belangen van deze cliënten te behartigen (art. 2 lid 3 Wmcz). De cliëntenraad kan deze belangen onder meer behartigen door uitoefening van de aan het medezeggenschapsorgaan wettelijk toekomende adviesrechten. Zo bevat art. 3 lid 1 Wmcz een opsomming van adviesplichtige onderwerpen, waarover de zorgaanbieder voorafgaand aan het nemen van een besluit eerst advies dient te vragen aan de cliëntenraad. De cliëntenraad mag daarnaast ook spontaan advies aan de zorgaanbieder uitbrengen over alle zaken die voor de cliënten van de zorginstelling van belang (zouden kunnen) zijn (art. 3 lid 3 Wmcz). De cliëntenraad kan deze adviesbevoegdheden uiteraard alleen maar goed uitoefenen, indien de raad daarvoor wanneer nodig, deskundige ondersteuning kan inhuren. Het is de vraag of de huidige regeling in de Wmcz de mogelijkheid daartoe in voldoende mate waarborgt. De Wmcz bevat namelijk slechts de opdracht aan de zorgaanbieder om, in het door hem op te stellen medezeggenschapsreglement, aan te geven over welke materiële middelen de cliëntenraad kan beschikken (art. 2 lid 2 sub b Wmcz). Art. 2 lid 3 sub b Wmcz plaatst daarbij slechts de randvoorwaarde dat de cliëntenraad daardoor redelijkerwijs in staat moet kunnen worden geacht de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen. Het reglement valt onder het adviesrecht van de cliëntenraad, zodat een geschil over de toe te kennen middelen en faciliteiten aan de vertrouwenscommissie²⁷ kan worden voorgelegd (art. 3 lid 1 sub l jo. art. 4 lid 2 Wmcz). Sommige

Tweede Kamerleden vonden de Wmcz op het punt van de ondersteuning van de cliëntenraad desondanks toch te summier.²⁸ Zij vonden dat het recht op ondersteuning op deze wijze onvoldoende uit de verf kwam en vreesden dat de onafhankelijkheid van de cliëntenraad er onvoldoende door zou worden gewaarborgd. Koepelorganisaties van cliëntenraden – die de bij hen aangesloten cliëntenraden in de praktijk voorzien van scholing en deskundige ondersteuning – onderschreven deze vrees toen zij de toenmalige minister van VWS erop wezen het principiële onjuist te vinden dat de cliëntenraden voor de toekenning van hun budget afhankelijk zijn van de zorgaanbieder.²⁹ De zorgaanbieder kan de cliëntenraad daardoor namelijk voor de keus stellen tussen een hoger eigen budget voor de cliëntenraad óf ‘meer handen aan het bed’. In combinatie met de onduidelijkheid over het beschikbare budget zou dit kunnen leiden tot een zekere terughoudendheid van de cliëntenraad bij het maken van kosten. Geconcludeerd kan worden dat de ondersteuning van de cliëntenraad in de Wmcz minder goed geregeld is, dan de ondersteuning van de OR in de WOR. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in het Wetsvoorstel Cliëntenrechten Zorg (WCZ) – dat op 7 juni 2010 werd ingediend bij de Tweede Kamer en een voorstel bevat voor een omvangrijke wet die de Wmcz en andere patiënten- en kwaliteitswetten in de zorg beoogt te vervangen en waarin een aparte paragraaf (par. 5.1) is gewijd aan de medezeggenschapsrechten van de cliëntenraad – een veel

De WMS regelt evenmin als de WOR en de Wmcz de situatie waarin onzekerheid bestaat over het voortbestaan van het medezeggenschapsorgaan

uitvoerigere bepaling met betrekking tot de ondersteuning van de cliëntenraad is opgenomen.³⁰ De inhoud van dit artikel (art. 34 WCZ) is namelijk op grote lijnen hetzelfde als die in de art. 22 en 22a WOR, met die kanttekening dat de cliëntenraad – afgezien van de kosten die verband houden met het voeren van rechtsgedingen – geen voorafgaande mededeling aan de zorgaanbieder hoeft te doen van het inhuren van een deskundige. Om discussies achteraf over de vraag of de kosten van de inhuur van de deskundige redelijkerwijs noodzakelijk waren, te voorkomen, verdient het echter aanbeveling wanneer cliëntenraden hiervan voorafgaand aan het maken van de kosten zekerheidshalve toch mededeling aan de zorgaanbieder doen.

Ten aanzien van de inhoud van zo'n voorafgaande mededeling is de recente uitspraak van de OK in de zaak van de Zorgcentra De Betuwe (ZDB) relevant.³¹ De door de centrale cliëntenraad (CCR) in deze zaak ingeschakelde advocaat deed bij faxbericht van 5 januari 2010 mededeling

26 Stb. 1996, 201.

27 De vertrouwenscommissie is de geschilbeslechtende instantie als het gaat om onderwerpen die vallen onder het adviesrecht van de cliëntenraad (art. 10 lid 1 Wmcz).

28 Zie *Handelingen II*, 6 september 1994, p. 88-5964 en *Kamerstukken II* 1994-95, 23 041, nr. 29.

29 Zie *Handelingen II*, 6 september 1994, p. 88-5964 en *Kamerstukken II* 1994-95, 23 041, nr. 29.

30 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 402, nr. 2.

31 OK van het Hof Amsterdam 29 april 2010, LJN BM3172.

aan ZDB van het feit dat hij de CCR juridisch zou bijstaan, dat de kosten daarvan in beginsel zouden worden berekend op basis van een uurtarief van € 360 exclusief BTW en dat hij zich waar mogelijk zou laten bijstaan door kantoorgenoten met een lager uurtarief. Op 25 februari 2010 zond de advocaat zijn (tweede) declaratie aan ZDB, met het verzoek deze binnen 14 dagen te voldoen. Bij de declaratie was een specificatie gevoegd, welke de datum, de bestede uren en de uitvoerder van de verrichte werkzaamheden en een omschrijving van deze werkzaamheden vermeldde. In de begeleidende brief meldde de advocaat voorts dat hij 'schattenderwijs kan (...) aangeven dat indien de procedure zich verder beperkt tot één beknopt verweerschrift en één mondelinge behandeling, daarmee van [zijn] zijde (...) zo een 50-70 uur, tegen een gemiddeld uurtarief van ongeveer € 275,- gemoeid zal zijn.'³² Bij brief van 9 maart 2010 gaf

Geen enkele cliëntenraad was zich bewust van het risico van persoonlijke aansprakelijkheid in geval van onzekerheid over het (voort)bestaan van de cliëntenraad

ZDB echter aan de advocaat van de CCR te kennen dat zij de door hem ingediende declaraties van 5 en 25 februari 2010 tot een totaalbedrag van € 38.520,92 wegens aan de CCR verleende rechtsbijstand niet zou betalen, onder meer omdat zij wegens het ontbreken van een uiteenzetting van de aard en inhoud van de werkzaamheden en van een voorafgaande begroting van de daarmee gepaard gaande kosten, niet kon beoordelen of de gemaakte en nog te maken kosten redelijkerwijs noodzakelijk waren voor de vervulling van de taak van de CCR. De OK oordeelde echter dat ZDB, op grond van het met de CCR gesloten Convenant (lees: het medezeggenschapsreglement), verplicht was om de kosten van rechtsbijstand te dragen.³³ De rechtsbijstand van de CCR was naar het oordeel van de OK namelijk redelijkerwijs noodzakelijk geweest om tot herstel van de medezeggenschapsverhoudingen te komen en met het faxbericht van 5 januari 2010 had de advocaat van de CCR ZDB vooraf van de omstandigheid dat kosten zouden worden gemaakt, op de hoogte gesteld. Ingevolge het Convenant was voorts geen gespecificeerde begroting van de kosten nodig, hetgeen de OK niet onredelijk voorkwam omdat de hoogte daarvan zich van tevoren niet altijd nauwkeurig laat schatten. Bovendien had de advocaat bij brief van 25 februari 2010 wel een specificatie en schatting van zijn kosten verstrekt, hetgeen naar de OK aannam, voldoende aan de wensen van ZDB tegemoet kwam.

Ook in de zorg kan zich overigens voorts onzekerheid voordoen omtrent het (voort)bestaan van het medezeggenschapsorgaan. Te denken valt daarbij aan fusies, die er in de praktijk nogal eens toe hebben geleid dat bestaande cliëntenraden op het niveau van de verschillende zorginstellingen door de zorgaanbieder werden 'omgedoopt' tot

'locatiecommissies', waarna er vervolgens één cliëntenraad werd ingesteld op het niveau van de directie van de fusieorganisatie.³⁴ De oude cliëntenraden – voor zover zij nog bestonden – durfden zich daar veelal niet tegen te verzetten. Onduidelijkheid doet zich voorts ook voor als de cliëntenraad door de zorgaanbieder (eenzijdig) wordt ontbonden of terzijde gesteld. Zo verving het kinderspsychiatrisch ziekenhuis 'De Drie Vennen' de cliëntenraad zelfstandig door een nieuwe cliëntenraad, omdat de oude cliëntenraad volgens deze zorgaanbieder niet langer representatief kon worden geacht voor de cliënten van het ziekenhuis.³⁵ Er waren tussentijds cliëntenraadsleden mee gestopt, waardoor de cliëntenraad nog slechts uit ouders van ex-clieënten bestond. Verder onderhield deze cliëntenraad nauwelijks contact met de achterban. De cliëntenraad vocht de geldigheid van zijn terzijdestelling aan, maar kreeg tot aan de Hoge Raad ongelijk. Doordat de cliëntenraad niet langer representatief was, voldeed het medezeggenschapsorgaan volgens de Hoge Raad namelijk niet meer aan het representativiteitsvereiste uit art. 2 lid 3 sub a Wmcz. Daardoor was er volgens de Hoge Raad niet langer sprake van een cliëntenraad in de zin van de Wmcz. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in de zaak van GGZ-instelling 'De Grote Rivieren', waarin het Hof 's-Gravenhage oordeelde dat de zorgaanbieder zijn (centrale) cliëntenraad terecht zelfstandig had opgeheven, omdat deze ten gevolge van een vertrouwensbreuk met de zorgaanbieder niet langer in staat kon worden geacht de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen. De zorgaanbieder wilde namelijk geen overleg meer met deze cliëntenraad voeren.³⁶ De cliëntenraad voldeed met andere woorden niet langer aan het vereiste uit art. 2 lid 3 sub b Wmcz, zodat niet langer sprake was van een cliëntenraad in de zin van de Wmcz. Deze (voormalige) cliëntenraden hadden zich door een juridisch deskundige laten bijstaan en hadden proceskosten gemaakt, omdat zij meenden dat een goede uitoefening van hun taak dit redelijkerwijs noodzakelijk maakte. Voor de vergoeding van deze kosten konden zij echter geen beroep doen op de Wmcz. In de zaak De Drie Vennen werden de leden van de voormalige cliëntenraad bovendien ook nog eens persoonlijk veroordeeld in de kosten van het geding.³⁷ In de Wmcz is op dit punt dus kortom sprake van een leemte, waarin helaas de toekomstige regeling in de WCZ evenmin voorziet.

34 Zorgaanbieders profiteerden daarbij van de onduidelijkheid die speelt rondom de betekenis van het begrip 'zorginstelling' (zie: K. van Gelder e.a., *Evaluatie Wet Medezeggenschap Cliënten Zorgsector; Achtergrondstudies per sector*, Utrecht: Verwelj-Jonker Instituut 2000, p. 26, 27, 78, 94 en 95).

35 HR 6 april 200(x), NJ 2001, 35.

36 Hof 's-Gravenhage 2 april 2008, LJJ BC8830.

37 Anders oordeelde het Hof 's-Gravenhage in de zaak 'De Grote Rivieren', waarin de leden van de (voormalige) cliëntenraad – anders dan in de zaak 'De Drie Vennen' – niet persoonlijk als partij optraden. Het hof achtte een veroordeling van de (voormalige) cliëntenraad in de kosten van het geding niet op zijn plaats, aangezien het medezeggenschapsorgaan geen rechtspersoonlijkheid had en over geen andere middelen beschikte dan die welke door de zorgaanbieder zelf aan het orgaan beschikbaar waren gesteld (zie r.o. 2.7).

32 R.o. 2.31.

33 R.o. 4.9.

Deskundige ondersteuning van medezeggenschapsraden in het onderwijs

Wanneer wij vervolgens kijken naar de situatie in het onderwijs, dan blijkt dat iedere schoolinstelling daar overeenkomstig bestaande bekostigingsregels een bepaalde vergoeding voor de exploitatiekosten ontvangt. Net als in de zorg dient de medezeggenschap vanuit dit reguliere budget te worden gefinancierd. Het 'bevoegd gezag' – het bestuur van de rechtspersoon die de scho(o)l(engemeenschap) in stand houdt – kan in beginsel zelf beslissen welk deel het daarvan doorsluisst naar het medezeggenschapsorgaan, aangezien dit bedrag niet is 'geoomerkt'. Kenmerkend in het onderwijs is dat het medezeggenschapsorgaan – de medezeggenschapsraad (MR), of in geval van een scholengemeenschap, de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR) – is samengesteld uit twee geledingen: vertegenwoordigers van de ouders en/of leerlingen enerzijds en vertegenwoordigers van het personeel anderzijds. De in januari 2007 in werking getreden Wet medezeggenschap op scholen (WMS)³⁸ – die de medezeggenschapsrechten van het personeel en de ouders en/of leerlingen in het basis- en voortgezet onderwijs regelt – kent een uitgebreide hoeveelheid advies- en instemmingsbevoegdheden aan de (G)MR en diens afzonderlijke geledingen toe (zie de art. 10 t/m 19 WMS). Net als het bedrijfsleven en in de zorg geldt ook hier weer, dat het medezeggenschapsorgaan alleen in staat zal zijn deze bevoegdheden goed uit te oefenen, als het daarvoor indien nodig, deskundige ondersteuning zal kunnen inhuren. Het is de vraag of de WMS de mogelijkheid daartoe in voldoende mate waarborgt. Art. 28 lid 2 WMS bepaalt namelijk slechts dat het bevoegd gezag een regeling treft voor de 'redelijkerwijs noodzakelijke kosten' van medezeggenschapsactiviteiten die door de (geledingen van de) MR en de GMR worden ondernomen. Daaronder worden begrepen: scholingskosten, kosten voor inhuur van deskundigen en kosten van het voeren van rechtsgedingen. Het bevoegd gezag mag het budget van de (G)MR ook weer niet volledig eenzijdig vaststellen, want art. 22 sub e WMS schrijft voor dat deze regeling wordt opgenomen in het zogenoemde 'medezeggenschapsstatuut'. Dit houdt in dat de (G)MR een instemmingsrecht ten aanzien van deze regeling heeft, want het medezeggenschapsstatuut mag slechts worden vastgesteld of gewijzigd indien twee derde van het aantal leden van het medezeggenschapsorgaan daarmee kan instemmen (art. 21 lid 2 WMS). Komen het bevoegd gezag en de (G)MR er samen niet uit, dan kan het bevoegd gezag het door haar voorgestelde budget aan de Landelijke Commissie voor Geschillen in het onderwijs (de 'LCG WMS') voorleggen (art. 31 sub b WMS). Deze commissie toetst dan (na eerst een bemiddelingspoging te hebben gedaan) of het bevoegd gezag, bij afweging van de betrokken belangen, in redelijkheid tot het voorgestelde budget heeft kunnen komen (art. 33 lid 3 WMS). Is de commissie van oordeel dat dit niet het geval is – wat gezien het marginale karakter van deze toets, niet snel het geval zal zijn – dan geeft zij in haar uit-

spraak aan hoe het voorstel dient te worden gewijzigd. Het bevoegd gezag is dan verplicht om het medezeggenschapsstatuut overeenkomstig aan te passen.

Hoewel de (G)MR dus wel enige invloed kan uitoefenen op de hoogte van het eigen budget, is de kans relatief groot dat indien men er met het bevoegd gezag niet uit komt, het bevoegd gezag uiteindelijk aan het langste eind trekt. De wettelijke regeling sluit voorts niet uit, dat de leden van het medezeggenschapsorgaan – vanwege de krappe schoolbudgetten – in de praktijk voor de keuze kunnen worden gesteld tussen (bijvoorbeeld) nieuwe computers of een hoger budget voor de (G)MR.³⁹ Toch is het van belang dat de (G)MR zich inspant voor de opnemings van een goede onkostenregeling in het medezeggenschapsstatuut. Ontbreekt deze regeling, of ontbreekt zelfs het hele medezeggenschapsstatuut, dan kan de (G)MR namelijk geen beroep doen op vergoeding van de kosten van de ingeschakelde deskundige. Zo oordeelde de OK – als de bevoegde instantie als het gaat om geschillen met betrekking tot de naleving van de WMS (art. 36 leden 1 en 2 WMS)⁴⁰ – in de zaak van basisschool Prinsehaghe dat, nu het medezeggenschapsstatuut ontbrak, de vordering tot vergoeding van de kosten van de door de MR ingeschakelde deskundige niet kon worden toegewezen.⁴¹ De MR had volgens de OK in plaats daarvan naleving moeten vorderen van de verplichting van het bevoegd gezag een medezeggenschapsstatuut vast te stellen. In een opmerking ten overvloede voegde de OK daaraan nog wel toe dat een regeling inzake de kosten van het voeren van rechtsgedingen van een zodanige inhoud dient te zijn dat de MR in de gelegenheid is zich van effectieve rechtsbijstand te voorzien.

Overstijgen de kosten van een door de (G)MR ingehuurde deskundige het op basis van de regeling in het medezeggenschapsstatuut aan de (G)MR ter beschikking gestelde budget, dan kunnen diens kosten volgens de CAO voor het Voortgezet Onderwijs voorts alleen worden voldaan, indien het bevoegd gezag daarmee instemt (zie art. 10 van Bijlage 9 bij de CAO voor het Voortgezet Onderwijs). Art. 13.3 lid 12 van de CAO voor het Primair Onderwijs bepaalt bovendien dat de kosten van het raadplegen van deskundigen en de kosten voor het voeren van rechtsgedingen door de (G)MR slechts ten laste van het bevoegd gezag kunnen worden gebracht, indien zij hiervan vooraf in kennis is gesteld.⁴² De hoogte van de vergoeding voor het raadplegen van een deskundige wordt volgens art. 13.3 lid 12 van deze cao voorts afhankelijk gesteld van: de complexiteit, het belang en het onomkeerbare karakter van het te nemen besluit, de mate waarin het bevoegd gezag zelf extern advies inwint, dan

39 Om die reden is in het verleden dan ook wel gepleit voor een onafhankelijke faciliteitenregeling (zie *Kamerstukken II* 2000-01, 27 400 VIII, nr. 3, p. 3).

40 Zie hierover onder meer: A. Joosten, 'Geschillenbeslechting onder de WMS', in: *Loe's Magazine* 2009.

41 OK Gerechtshof Amsterdam 17 juli 2008, *«JAR»* 2008/239.

42 Deze voorafgaande mededelingsplicht is door de meeste scholen bovendien opgenomen in hun medezeggenschapsstatuut (zie bijvoorbeeld art. 8 lid 2 van het model medezeggenschapsstatuut voor scholen in het voortgezet onderwijs).

wel beschikt over professionele ondersteuning en de mate waarin de kosten in relatie tot de financiële positie van de school binnen de grenzen van het redelijke blijven.

De WMS regelt tot slot evenmin als de WOR en de Wmcz de situatie waarin onzekerheid bestaat over het voortbestaan van het medezeggenschapsorgaan.

Resultaten praktijkonderzoek

In de zomer van 2010 is een enquête gehouden onder de voorzitters (en secretarissen) van (centrale) ondernemingsraden van tien beurssgenoteerde ondernemingen, onder de voorzitters (dan wel secretarissen) van (centrale) cliëntenraden van zeven zorginstellingen en onder de voorzitters (dan wel secretarissen) van medezeggenschapsraden bij vijf onderwijsinstellingen in het middelbaar en basisonderwijs (waaronder een cursusleider medezeggenschap in het voortgezet onderwijs en een advocaat die medezeggenschapsraden in de praktijk wel eens terzijde staat).⁴³ Gevraagd werd of het medezeggenschapsorgaan wel eens (een) externe deskundige(n) inschakelt en zo ja, wat voor deskundige, met welke regelmaat en in wat voor gevallen. Bij een positieve beantwoording werd vervolgens gevraagd of het medezeggenschapsorgaan beschikt over een eigen budget om de kosten van de deskundige uit te voldoen. Indien dat niet het geval was, werd gevraagd of het medezeggenschapsorgaan de ondernemer of zorgaanbieder respectievelijk het bevoegd gezag altijd vooraf van de daaraan verbonden kosten op de hoogte heeft gesteld en of tegen de inschakeling van de deskundige en/of diens kostenopgave vervolgens wel eens bezwaar is gemaakt. Tot slot is gevraagd of de leden van het medezeggenschapsorgaan zich bewust zijn van het risico persoonlijk voor deze kosten aansprakelijk te worden gesteld indien er bijvoorbeeld onduidelijkheid bestaat over het voortbestaan van het medezeggenschapsorgaan.

Resultaten onderzoek onder ondernemingsraden

Van de centrale ondernemingsraden bij de grote ondernemingen gaven vrijwel alle voorzitters (of secretarissen) aan wel eens een externe deskundige in te schakelen. In alle gevallen gaat het dan om een jurist en incidenteel om een andere deskundige (zoals een bedrijfsdeskundige). Het merendeel van deze ondernemingsraden huurt meer dan één keer per jaar een deskundige in en het overige deel ongeveer één keer per jaar. De deskundige wordt in nagenoeg alle gevallen ingehuurd voor de beantwoording van vragen over (de interpretatie van) de WOR, doorgaans naar aanleiding van een door de ondernemer voorgenomen advies- of instemmingsplichtig besluit. Van de grote ondernemingen gaven voorts alle ondernemingsraden, met uitzondering van één, aan dat de kosten voor het inschakelen van een deskundige niet in het budget zijn opgenomen. Bij die OR waarbij de kosten van de deskundige wel in het budget waren opgenomen, was het budget tot op heden steeds voldoende

geweest. Slechts één COR-voorzitter was zich voorts bewust van het risico van persoonlijke aansprakelijkheid in geval er onzekerheid bestaat omtrent het voortbestaan van het medezeggenschapsorgaan. Opmerkelijk genoeg zou dat risico de leden van de COR er volgens hem niet van weerhouden toch een deskundige in te schakelen. Ook de overige geënquêteerde voorzitters van centrale ondernemingsraden gaven aan, dat zij hun besluit om deskundige bijstand in te huren niet zouden laten beïnvloeden door het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld. Daarbij speelt ongetwijfeld een rol dat hun ondernemer tot dan toe nog nooit moeilijk had gedaan over de kosten van hun deskundige ondersteuning.

Resultaten onderzoek onder cliëntenraden

Van de geënquêteerde cliëntenraden gaf een derde aan geen externe deskundige in te schakelen. Twee derde gaf aan dit één tot meerdere keren per jaar te doen, maar het ging dan niet om een advocaat of jurist. De kosten daarvan werden in alle gevallen voldaan uit een algemeen budget. Slechts in één geval was sprake van een specifiek voor het inhuren van deskundigen ter beschikking staand budget. In geen enkel geval was het budget ooit onvoldoende. Geen enkele cliëntenraad was zich voorts bewust van het risico van persoonlijke aansprakelijkheid in geval van onzekerheid over het (voort)bestaan van de cliëntenraad. Op de vraag of dit risico de keuze om tot inhuur van een deskundige over te gaan beïnvloedt, antwoordde het merendeel bevestigend. Anders dus dan bij de geënquêteerde ondernemingsraden, ervaren de cliëntenraden in die situatie wel degelijk een drempel bij het inschakelen van een deskundige. Dit ondanks het feit dat er door hun zorgaanbieder tot dan toe nog nooit moeilijk was gedaan over de kosten van deskundige ondersteuning.

Resultaten onderzoek onder medezeggenschapsraden

Uit het onderzoek onder de medezeggenschapsraden in het onderwijs blijkt dat het merendeel van hen onvoldoende (of zelfs geen) deskundige ondersteuning ontvangt, terwijl daar in de praktijk wel behoefte aan bestaat. Zij schakelen thans gemiddeld minder dan één keer per jaar een deskundige in. In de meeste gevallen was dit een advocaat of vakbondsjurist en in een enkel geval ging het om een financieel deskundige. De kosten daarvan worden voldaan uit een op basis van een activiteitenplan aan de MR toegekend algemeen budget (wat doorgaans ten koste gaat van andere taken en activiteiten van de MR), of worden op ad-hocbasis ter vergoeding aan het bevoegd bezag voorgelegd. Het bevoegd bezag reageert ter zake van zo'n voorafgaande kostenopgave vaak (te) laat en zou daarom volgens een van de geënquêteerde GMR-voorzitters moeten worden verplicht om standaard binnen 48 uur op zo'n mededeling te reageren. Voorts blijkt uit dit praktijkonderzoek dat het bevoegd gezag naar aanleiding van een verzoek de kosten van de deskundige op ad-hocbasis te vergoeden, vrijwel standaard bezwaar maakt (waartegen vervolgens geen beroep openstaat indien het medezeggenschapsstatuut geen regeling voor een onkostenvergoeding op ad-hocbasis bevat). Soms

⁴³ Met dank aan Merel van Noort door wie het praktijkonderzoek grotendeels is uitgevoerd.

werd de factuur door het bevoegd gezag in zo'n geval alsnog betaald, maar in de praktijk leidt dit er ook wel toe dat de factuur van de deskundige onbetaald blijft, of dat hij een deel daarvan heeft moeten afboeken. Voor deskundigen kan dit een reden vormen om deskundige bijstand in het vervolg aan een (G)MR te weigeren. Hoewel dit bij de geënquêteerde medezeggenschapsraden nog nooit had geleid tot persoonlijke aansprakelijkheid van de (G)MR-leden – en zij zich van dit risico ook niet bewust waren – zou dit naar verwachting van de meerderheid van hen in de praktijk een extra drempel opwerpen om tot inhuur van deskundige bijstand over te gaan.

Conclusie en aanbeveling

De mogelijkheid van het inschakelen van deskundige ondersteuning door het medezeggenschapsorgaan is van cruciaal belang voor de kwaliteit van de medezeggenschap. Daarom is het van belang dat de deskundige ondersteuning van medezeggenschapsorganen zodanig is geregeld, dat de leden van de medezeggenschapsorganen deze ondersteuning durven in te schakelen indien dit naar hun oordeel noodzakelijk is voor een goede uitoefening van hun taak. Bestudering van de regeling in art. 22 WOR en een naar aanleiding daarvan verricht jurisprudentieonderzoek leert ons echter dat de leden van één OR (of van een OR-commissie) in sommige gevallen waarin zij een deskundige inschakelen, een zeker risico lopen dat zij voor deze kosten in privé aansprakelijk zullen worden gesteld. Te denken valt daarbij onder meer aan de situatie waarin zij door grote tijdsdruk geen tijd hebben om de ondernemer voorafgaand op de hoogte te stellen van de te verwachten kosten en de situatie waarin de kosten na verloop van tijd toch veel hoger blijken uit te vallen dan verwacht (doordat er meer werk met het advies was gemoeid dan vooraf geschat). Hoewel geen van beide problemen is op te lossen door aanpassing van art. 22 WOR, zijn er praktische manieren om het risico van persoonlijke aansprakelijkheid in deze gevallen te verkleinen of uit te sluiten (wij verwijzen daarvoor naar de praktische tips aan het slot van dit artikel). Wel schiet de regeling van art. 22 WOR naar onze mening te kort als het gaat om een situatie waarin onduidelijkheid bestaat over het voortbestaan van de OR. Gedacht kan daarbij worden aan een situatie van (vermeende) overgang van onderneming, waarin er onduidelijkheid speelt omtrent de vraag of het medezeggenschapsorgaan mee over is gegaan naar de verkrijgende ondernemer, dan wel is opgehouden te bestaan (de casus van de OR van De Meijerij en Oost Brabant – waarin Arriva de kosten van de ingeschakelde deskundige niet behoefde te vergoeden – vormt daarvan een schrijnend voorbeeld). De Wmcz en de WMS bevatten evenmin een regeling voor deze situatie.

Opvallend is dat de overgrote meerderheid van de geënquêteerde voorzitters van centrale ondernemingsraden – hoewel zij zich niet bewust waren van het risico om in zo'n situatie persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld voor de kosten van de deskundige bijstand – unaniem aangaf dat dit risico hen er niet van zou weerhouden de noodzakelijke

deskundige ondersteuning in te huren. Daarbij speelt ongetwijfeld een rol dat hun ondernemer nog nooit moeilijk had gedaan over de kosten van hun deskundige ondersteuning. Bij deze grote en draagkrachtige ondernemingen worden deze ondersteuningskosten – vanwege het (grotere) belang bij een goede verstandhouding met de COR – door de ondernemer kennelijk al gauw op de koop toe genomen. De resultaten van het onderzoek onder medezeggenschapsraden en cliëntenraden bij scholen respectievelijk zorginstellingen laten in ieder geval een heel ander beeld zien. Hoewel de meeste voorzitters van deze medezeggenschapsorganen zich niet bewust waren van het risico voor deze kosten persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld, zou dit volgens de overgrote meerderheid van hen in de praktijk zeker een extra drempel kunnen opwerpen om tot inhuur van een deskundige over te gaan. Of deze situatie zich ook voordoet bij andere zorg- en onderwijsinstellingen en bij de wat minder financieel draagkrachtige, kleinere ondernemingen, is zeer de vraag. Een vervolgonderzoek zou daaromtrent meer duidelijkheid kunnen bieden.⁴⁴ Onafhankelijk van de uitslag van dit eventuele vervolgonderzoek dient naar onze mening in ieder geval (tussen het huidige tweede en derde lid) een nieuw lid aan art. 22 WOR te worden toegevoegd met de inhoud: *'Het bepaalde in lid 1 en 2 geldt tevens in de situatie waarin de leden van een voormalige ondernemingsraad kosten hebben gemaakt ter uitvoering van de taak van dit orgaan, mits er op het moment dat zij deze kosten maakten voor hen een redelijke grond aanwezig was om aan te nemen dat de ondernemingsraad toen nog bestond.'* Een vergelijkbare bepaling zou ook dienen te worden opgenomen in de Wmcz en de WMS.

Tot slot: praktische tips

Wij sluiten af met een aantal praktische tips voor het medezeggenschapsorgaan, de door het medezeggenschapsorgaan ingeschakelde deskundige en de ondernemer.

Tips voor het medezeggenschapsorgaan

- In geval van een (G)MR of (centrale) cliëntenraad: zorg ervoor (door gebruikmaking van het daarvoor geldende instemmings- respectievelijk adviesrecht) dat het medezeggenschapsstatuut respectievelijk het cliëntenraadsreglement(/-convenant) een regeling bevat omtrent de vergoeding van deskundige ondersteuning die het medezeggenschapsorgaan in de gelegenheid stelt zich van effectieve rechtsbijstand te voorzien.
- Leg voorafgaand aan het maken van de kosten aan de ondernemer een kostenopgave van de in te schakelen

⁴⁴ Uit een onderzoek dat het GBIO in 2003 verrichtte naar onder meer de deskundige ondersteuning van ondernemingsraden, bleek in ieder geval dat de mate waarin ondernemingsraden een beroep deden op deskundige ondersteuning navenant toenam met activiteit en deskundigheid van de ondernemingsraad zelf. Verschil naar de omvang van de onderneming en/of de bedrijfstak heeft het GBIO daarbij niet kunnen constateren. (Zie E. Bruin e.a., *Scholing, begeleiding en ondersteuning van ondernemingsraden, Verslag van een uitgebreid GBIO-onderzoek*, Den Haag: Reed Business Information 2003, p. 127, 128 en 135.)

deskundige voor en vraag om schriftelijk akkoord alvorens de deskundige aanvangt met de werkzaamheden. Vraag de ondernemer hiervoor indien nodig om extra tijd.

- Leg op voorhand met de deskundige schriftelijk vast dat hij het risico van een onbetaalde declaratie zelf zal dragen.
- Vraag de deskundige te waarschuwen indien het door de ondernemer goedgekeurde bedrag uit de offerte dreigt te worden overschreden en leg de ondernemer in dat geval tijdig – dus vóór het maken van de aanvullende kosten – een aanvullende offerte ter goedkeuring voor.
- Indien de ondernemer bezwaar maakt tegen de inschakeling van de deskundige en/of diens (eerste of aanvullende) kostenopgave, dan wel te weinig tijd geeft om een kostenopgave van de deskundige te verkrijgen, weiger dan een positief advies of instemming af te geven ten aanzien van het door de ondernemer voorgenomen besluit vanwege het ontbreken van de gelegenheid om het besluit op een verantwoorde wijze – namelijk door middel van de inschakeling van een deskundige – te kunnen beoordelen (een dergelijke weigering fungeert in de praktijk vaak als ‘breekijzer’ om alsnog goedkeuring voor de inschakeling van de deskundige en/of zijn offerte te verkrijgen).

Tips voor de ingeschakelde deskundige

- Stel een offerte op met een inschatting van de maximumkosten en stuur deze vóór aanvang van de werkzaamheden aan het medezeggenschapsorgaan.
- Verlang vóór aanvang van de werkzaamheden een schriftelijke bevestiging van het medezeggenschapsorgaan dat de ondernemer (bij voorkeur schriftelijk) akkoord is gegaan met deze offerte.
- Indien onzekerheid bestaat omtrent de vraag of het medezeggenschapsorgaan tegen de tijd dat de declaratie zal worden verzonden nog bestaat, laat het medezeggenschapsorgaan dan (schriftelijk) met de ondernemer afspreken dat de ondernemer ook in dat geval tot betaling van de kosten overgaat.

- Zorg in geval van dreigende aanvullende kosten (die de door de ondernemer goedgekeurde offerte te boven gaan) voor een aanvullende offerte, leg die via het medezeggenschapsorgaan tijdig aan de ondernemer voor en ga pas verder met de werkzaamheden indien de ondernemer met die aanvullende offerte heeft ingestemd.

Tips voor de ondernemer

- Maak – indien men de inschakeling van de deskundige redelijkerwijs niet nodig acht en/of diens offerte onredelijk hoog vindt – daartegen tijdig, gemotiveerd en schriftelijk bezwaar, om te voorkomen dat deze kosten (of een deel daarvan, zoals in de zaak van STN) toch zullen moeten worden betaald.
- De kosten verbonden aan de beantwoording van de vraag of het medezeggenschapsorgaan advies- of instemmingsrecht toekomt, komen over het algemeen voor rekening van de ondernemer, dus weeg goed af of het voeren van een discussie hierover de moeite waard is (aangezien ook dat weer tijd en geld kost).
- Probeer een ‘fixed fee’ af te spreken met de deskundige om zo de kosten binnen de perken te houden.
- Overweeg een budget met het medezeggenschapsorgaan af te spreken voor de kosten van de deskundige ondersteuning.



Over de auteur

Mr. E.L.J. Bruyninx is advocaat bij AKD te Rotterdam en is aldaar ond r meer lid van de specialisatiegroep Medezeggenschapsrecht.



Over de auteur

Mr. G.W. van der Voet is advocaat bij AKD te Rotterdam en is aldaar onder meer lid van de specialisatiegroep Medezeggenschapsrecht. G.W. van der Voet is daarnaast tevens als universitair docent verbonden aan de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR).