

Vervangende toestemming: de dubbele toetsingsnorm ex art. 27 lid 4 WOR toegepast

mr. A. Briejer¹

1. Onderzoeksvraag

Een van de kernbepalingen van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Dit recht is opgenomen in art. 27 WOR dat een limitatieve opsomming bevat van de onderwerpen die vallen onder de reikwijdte van het instemmingsrecht. Wanneer de ondernemingsraad geen instemming verleent, heeft de ondernemer een aantal mogelijkheden. Hij kan ervoor kiezen geen uitvoering te geven aan het voorgenomen instemmingsplichtige besluit. De ondernemer kan het besluit van de ondernemingsraad om niet in te stemmen ook naast zich neerleggen en alsnog uitvoering geven aan het voorgenomen besluit. Daarbij wordt dan het risico genomen dat het besluit op grond van art. 27 lid 5 WOR nietig is. De ondernemingsraad dient dan wel tijdig, binnen een maand, de (in rechte afdwingbare) nietigheid van het besluit schriftelijk in te roepen. De aangewezen medezeggenschapsrechtelijke route is het op grond van art. 27 lid 4 WOR indienen van een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming bij de kantonrechter. Ter voorkoming van nietigheid en een (verdere) verstoring van de relatie met de ondernemingsraad prevaleert deze optie. Uit de tekst van art. 27 lid 4 WOR blijkt dat de kantonrechter 'slechts' toestemming verleent 'indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is of het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende, bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen'. Aan de hand van de wetsgeschiedenis en hetgeen de Hoge Raad in relatie tot dit wetsartikel heeft geoordeeld, wordt in dit artikel bezien op welke wijze de (lagere) rechtspraak de beoordelingsmaatstaf toepast bij een verzoek ex art. 27 lid 4 WOR. Daarnaast wordt stilgestaan bij medezeggenschapsrechtelijke instemmingsgeschillen die zich buiten het speelveld van de WOR afspelen. In dat kader wordt ingegaan op het wetsvoorstel Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (Wmcz 2018) dat tot doel heeft verbeteringen aan te brengen in het stelsel van medezeggenschap in

zorginstellingen, zoals dat is neergelegd in de huidige Wmcz.

2. Wettelijke ontstaansgeschiedenis

Ter verruiming van de invloed van de werknemers op de onderneming vond in 1971 een grondige herziening van de WOR plaats. Er werd gezocht naar een grotere rol voor het begrip medezeggenschap van werknemers.² Ondanks diverse andersluidende adviezen meende de wetgever destijds dat de medezeggenschap van werknemers ook het recht tot meebeslissen kan betekenen. Volgens de wetgever sluit een instemmingsrecht bovendien aan bij de overlegstructuur die heerst in het bedrijfsleven.³ Het instemmingsrecht ex art. 27 WOR is inmiddels (uit)gegroeid tot een machtig medezeggenschapsrechtelijk instrument van de ondernemingsraad. De ondernemer behoeft instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een in art. 27 WOR genoemd onderwerp. De in dat artikel limitatief opgesomde onderwerpen hebben betrekking op het sociale beleid in de onderneming. Het instemmingsrecht is niet van toepassing wanneer het onderwerp reeds inhoudelijk is geregeld in een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan (art. 27 lid 3 WOR). Art. 32 WOR biedt de mogelijkheid het instemmingsrecht bovenwettelijk uit te breiden.

Voor de situatie waarin de ondernemingsraad weigert in te stemmen met het voorgenomen instemmingsplichtige besluit van de ondernemer heeft de wetgever destijds, bij de introductie van art. 27 WOR, de ondernemer twee opties geboden. Hij kan de voorgenomen regeling achterwege laten of hij kan de bedrijfscommissie om goedkeuring verzoeken waarbij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) fungeerde als beroepsinstantie.⁴ Deze taak werd, door aanpassing van de WOR in 1990, van de bedrijfscommissie overgeheveld naar

1. Alexander Briejer is advocaat bij Florent te Amsterdam.

2. *Kamerstukken II 1969/70, 10335, 3, p. 10.*

3. *Kamerstukken II 1969/70, 10335, 3, p. 14.*

4. *Kamerstukken II 1969/70, 10335, 3, p. 24.*

de kantonrechter.⁵ De wetgever heeft voor die wetswijziging advies aan de Sociaal Economische Raad (SER) gevraagd. De SER besefte dat de kantonrechter, voor de beoordeling van een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming, een beoordelingsmaatstaf moet worden aangereikt.⁶ De SER kon zich echter niet vinden in de volgende, door de toenmalige minister van SZW geformuleerde (marginale) maatstaf: *'de kantonrechter kan het voorgenomen besluit van de ondernemer uitsluitend goedkeuren, indien de ondernemingsraad bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het onthouden van zijn instemming had kunnen komen'*.⁷ De SER kon niet beoordelen of toepassing van de voorgestelde toetsingsnorm al dan niet zou kunnen leiden tot een materiële wijziging in de positie van de ondernemingsraad en de ondernemer. Een dergelijke wijziging zou niet in lijn zijn met het binnen de SER gehanteerde uitgangspunt bij de beoordeling van de adviesaanvraag dat een vereenvoudigingsoperatie niet mag leiden tot een materiële wijziging. De SER stelde daarom voor aansluiting te zoeken bij de geldende jurisprudentie van de minister van SZW in beroepszaken op grond van art. 27 lid 4 WOR, waardoor een materiële wijziging uitbleef.⁸ Dit advies is door de wetgever overgenomen en heeft ertoe geleid dat het hierna te bespreken stappenplan in acht moet worden genomen bij de beoordeling van een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming.

3. Het toetsingskader ex art. 27 lid 4 WOR

3.1. Een tweeledig stappenplan

Nadat de SER zich unaniem had uitgesproken voor aansluiting bij de door de minister van SZW gehanteerde criteria in beroepszaken waar het gaat om de formulering van de toetsingsnorm, heeft de wetgever die criteria overgenomen in het wetsvoorstel. Dit heeft ertoe geleid dat voor de beoordeling van een verzoek strekkende tot het verlenen van toestemming een tweeledig stappenplan geldt. In dat kader dient onderscheid te worden gemaakt tussen de redelijkheidstoets (als eerste stap) en de zwaarwegende redenen toets (als tweede stap). Eerst dienen de argumenten van de ondernemer voor zijn voorgenomen besluit en de argumenten van de ondernemingsraad om zijn instemming hieraan te onthouden inhoudelijk tegen elkaar te worden afgewogen (de redelijkheidstoets). Wegen die argumenten even zwaar, dan zal geen goedkeuring

plaatsvinden, tenzij de ondernemer kan aantonen dat er zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen zijn die tot goedkeuring van het voorgenomen besluit noodzakelijk (de zwaarwegende redenen toets).⁹ Wanneer de argumenten van de ondernemingsraad zwaarder wegen, kan de ondernemer derhalve niet de kaart van voornoemde zwaarwegende redenen spelen. Die escape heeft hij alleen in de situatie waarin de argumenten van de ondernemer en de ondernemingsraad even zwaar wegen. Wanneer de argumenten van de ondernemer zwaarder wegen, betekent dit dat de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is. In dat geval zal op die grond vervangende toestemming worden verleend. De vraag of ruimte is voor de zwaarwegende redenen toets is derhalve afhankelijk van de uitkomst van de redelijkheidstoets.

De Hoge Raad heeft zich in 2014 over (een deel van) het toetsingskader ex art. 27 lid 4 WOR uitgelaten.¹⁰ De zaak in kwestie betrof de vraag of een wijziging van de hoogte van de pensioengrondslag van het kantoorpersoneel van Stena Line B.V. valt onder het bereik van art. 27 WOR. Naar het oordeel van het Hof Den Haag is dat het geval. Het hof oordeelde tevens dat de ondernemingsraad onredelijk handelde door instemming te weigeren. Een van de cassatiemiddelen richtte zich tegen laatstgenoemd oordeel. Het hof zou onvoldoende kenbaar aandacht hebben besteed aan de argumenten van de ondernemingsraad voor de weigering van het verzoek tot instemming. De Hoge Raad oordeelde dat dit middel slaagt en overwoog dat art. 27 lid 4 WOR de rechter slechts op twee gronden de bevoegdheid geeft om de ondernemer vervangende toestemming te verlenen. De eerste grond is dat de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is. Naar het oordeel van de Hoge Raad is hiervan sprake indien de argumenten van de ondernemer voor het voorgenomen besluit zwaarder wegen dan die van de ondernemingsraad voor het onthouden van zijn instemming. Uit de beschikking van het hof blijkt niet dat het hof de door de ondernemingsraad (in zijn verweerschrift in hoger beroep en bij pleidooi) aangevoerde argumenten om geen toestemming te verlenen in zijn beoordeling heeft betrokken, aldus de Hoge Raad. Dit betekent dat het hof ofwel heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ofwel zijn beschikking onvoldoende heeft gemotiveerd. Uit het arrest kan de conclusie worden getrokken dat de rechter bij een beoordeling ex art. 27 lid 4 WOR het toetsingskader strikt dient toe te passen, bij schending daarvan geen vervangende toestemming kan verlenen en *alle* argumenten van de ondernemer en de ondernemingsraad inhoudelijk tegen elkaar moet afwegen als onderdeel van de redelijkheidstoets. Advocaat-Generaal Van Peursesem wijst er in zijn verhelderende conclusie op dat de redelijkheidstoets werkt volgens *'een specifieke*

5. WOR 1 februari 1990, *Stb.* 1990/91 (inwerkingtreding op 1 april 1990).

6. SER-advies vereenvoudiging Wet OR. Advies van 24 oktober 1986, nr. 86/14, p. 19.

7. De adviesaanvraag is als bijlage 1 opgenomen bij het advies van de SER van 24 oktober 1986, nr. 86/14.

8. SER-advies vereenvoudiging Wet OR. Advies van 24 oktober 1986, nr. 86/14, p. 19-20.

9. *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, 3, p. 27.

10. HR 4 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159 (*Stena Line*), JAR 2014/54, m.nt. C. Nekeman.

beoogd mechanisme' dat aansluit bij het oude regime van de WOR. De rechter weegt eerst de argumenten van de ondernemer voor zijn voorgenomen besluit en de argumenten van de ondernemingsraad om daar geen instemming aan te verlenen tegen elkaar af. Wegen de eerste zwaarder, dan zal toestemming worden verleend. Wegen de tweede zwaarder, dan zal geen toestemming worden verleend. Indien de argumenten over en weer even zwaar wegen, dan zal eveneens geen toestemming worden verleend, tenzij de ondernemer kan aantonen dat er sprake is van de in art. 27 lid 4 WOR genoemde zwaarwegende redenen die noodzaken het voorgenomen besluit alsnog goed te keuren. Van Peursem noemt dit de alternatieve route.¹¹ Verder benoemt Van Peursem dat de redelijkheidstoets verweven is met waarдерingen van feitelijke aard en in zoverre is voorbehouden aan de feitenrechter. In het hiernavolgende tracht ik een antwoord te geven op de vraag op welke wijze wordt omgegaan met de dubbele toetsingsnorm ex art. 27 lid 4 WOR.¹²

3.2. De in de rechtspraak gehanteerde toetsingsnorm

Toetsing conform het toetsingskader van de Hoge Raad
Opvallend weinig kantonrechters passen het toetsingskader ex art. 27 lid 4 WOR op juiste wijze toe. In de onderzochte rechtspraak ben ik vijf uitspraken tegengekomen waaruit blijkt dat het verzoek van de ondernemer is beoordeeld aan de hand van het correcte toetsingskader. Een beschikking van de Kantonrechter Haarlem is hier een mooi voorbeeld van.¹³ De casus was als volgt. Nadat de ondernemingsraad van een Regionaal Opleidingen Centrum (ROC) de nietigheid had ingeroepen van het besluit van het ROC tot het vaststellen van een studentenvakantierooster, verzocht het ROC de kantonrechter met succes vervangende toestemming. Daarbij hecht de kantonrechter voornamelijk waarde aan de belangen van het ROC die zijn gelegen in het verminderen van de werkdruk en het verhogen van de kwaliteit van het onderwijs. De Kantonrechter Haarlem verwijst in zijn uitspraak niet alleen naar de letterlijke tekst van art. 27 lid 4 WOR, maar zet ook helder uiteen wat die maatstaf inhoudt.¹⁴ Ook de Kantonrechter Rotterdam geeft in zijn beschikking blijk van een juiste rechtsopvatting in relatie tot het toetsingskader.¹⁵ In die casus

verzocht het Nederlands Loodswezen zijn ondernemingsraad in te stemmen met de invoering van roulerende ploegen op snelle vaartuigen waarvan de bezetting bestaat uit een kapitein, een stuurman en een gezelschap. Het Nederlands Loodswezen wil zijn medewerkers scherper houden door hen in wisselende samenstellingen te laten werken. Dit zou ten goede komen aan de gewenste professionalisering en de veiligheid van alle betrokkenen. De ondernemingsraad ziet dat anders en verwijst met name naar het standpunt van zijn achterban. Na een uitgebreide bespreking van de belangen van partijen oordeelt de kantonrechter dat de belangen van het Nederlands Loodswezen zwaarder wegen. Daarbij acht de kantonrechter voornamelijk van belang dat volgens de eigen stellingen van de ondernemingsraad op dit moment, zonder problemen, al met enige regelmatig gerouleerd wordt. Nu de belangen van de ondernemer zwaarder wegen dan de belangen van de ondernemingsraad oordeelt de kantonrechter dat de beslissing van de ondernemingsraad onredelijk is en dat om die reden vervangende toestemming wordt verleend.

De redelijkheidstoets overgeslagen

Een aantal kantonrechters, zo heb ik geconstateerd, volgt het toetsingskader niet op geheel correcte wijze door de redelijkheidstoets die is verbonden aan art. 27 lid 4 WOR over te slaan. De aan de kantonrechter voorgelegde casus wordt in dat geval direct onderworpen aan de alternatieve route die art. 27 lid 4 WOR biedt. Het gaat dan om de reeds toegelichte zwaarwegende redenen toets. Daarbij wordt klaarblijkelijk uit het oog verloren dat op deze grond slechts vervangende toestemming kan worden verleend, wanneer de argumenten van de ondernemer en ondernemingsraad over en weer even zwaar wegen. De kantonrechter dient derhalve eerst te beoordelen of dat het geval is (de redelijkheidstoets). Een beschikking van de Kantonrechter Den Haag is een mooi voorbeeld van een dergelijke toetsingswijze.¹⁶ In die casus is door de ondernemer (een reinigingsbedrijf) aan de ondernemingsraad verzocht in te stemmen met een voorgenomen besluit tot invoering van een zesdaagse werkweek, een afbouwregeling om de financiële gevolgen voor medewerkers op te vangen en een voorgesteld communicatietraject. De ondernemingsraad weigert hiermee in te stemmen. De kantonrechter oordeelt dat 'de verweren van de ondernemingsraad (...) zeker niet allemaal zonder grond zijn'. De kantonrechter maakt echter geen afweging van die verweren ten opzichte van de door de ondernemer aangevoerde argumenten voor het voorgenomen besluit. Zonder zich te hebben uitgelaten over de vraag wiens argumenten zwaarder wegen, verleent de kantonrechter vervangende toestemming op grond van de door de ondernemer aangevoerde zwaarwegende redenen. Daarbij acht de kantonrechter voornamelijk

11. Randnummer 2.22. Conclusie A-G Van Peursem bij HR 4 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159 (*Stena Line*).

12. Er heeft een analyse plaatsgevonden van gepubliceerde rechtspraak verschenen in de periode 2014 tot februari 2019 zonder te pretenderen een uitputtend of volledig overzicht te verstrekken.

13. Ktr. Haarlem 15 juni 2016, *AR-Updates* 2016-0753.

14. In vergelijkbare zin: ktr. Amsterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:677, ktr. Rotterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8470, *JAR* 2015/86, m.nt. Nekeman en ktr. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1970.

15. Ktr. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1743.

16. Ktr. Den Haag 1 september 2014, *AR-Updates* 2014-0797.

lijk van belang dat de ondernemer jaarlijks verlies draait. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch hanteert een soortgelijk toetsingskader.¹⁷ In die zaak toetst de kantonrechter de argumenten van Omron, een bedrijf gespecialiseerd in technologische producten dat voornemens is camerabeveiliging toe te passen, uitgebreid aan de relevante privacywetgeving. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat Omron (vanuit privacyrechtelijk oogpunt) een gerechtvaardigd belang heeft bij het inzetten van camerabeveiliging. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat het besluit van Omron om camerabeveiliging in te zetten, wordt gevestigd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische en bedrijfssociale redenen. Op grond daarvan verleent de kantonrechter vervangende toestemming. Uit de beschikking blijkt dat de kantonrechter zich niet uitlaat over de redelijkheidstoets ex art. 27 lid 4 WOR.¹⁸ Het had in mijn optiek meer voor de hand gelegen de aan het privacyrecht gerelateerde argumenten van Omron en diens ondernemingsraad ook mee te wegen in het kader van de redelijkheidstoets. De kantonrechter had dan kunnen volstaan met het oordeel dat de argumenten van Omron zwaarder wegen en dat om die reden vervangende toestemming wordt verleend. Ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch slaat de redelijkheidstoets over.¹⁹ In die casus draaide het om een voorgenomen besluit over het aantal door de productiemedewerkers in te leveren vakantiedagen gedurende de decembermaand, waarin de productie grotendeels is stilgelegd om onderhoud te plegen. Het hof oordeelt dat de ondernemer aannemelijk heeft gemaakt dat er strikt genomen bedrijfseconomische redenen zijn in de vorm van een gewenste kostenbesparing aan loonkosten. Het hof volgt echter in dit kader de ondernemingsraad in diens standpunt dat dit behoort tot het ondernemersrisico.

Het algemene redelijkheidsoordeel en een mix van het toetsingskader

Een andere toetsingswijze die ik uit de onderzochte uitspraken heb gefiltreerd kan worden gesplitst in twee delen. Er zijn kantonrechters die de argumenten van de ondernemer en de ondernemingsraad op een hoop gooien en tot een (algemeen) redelijkheidsoordeel komen. Daarnaast zijn er beschikkingen waaruit blijkt dat kantonrechters in hun oordeel de redelijkheidstoets en de zwaarwegende

redenen toets door elkaar hebben gehaald.²⁰ In beide situaties wordt het verzoek van de ondernemer niet getoetst conform het beoogde mechanisme op grond van art. 27 lid 4 WOR. Een voorbeeld waarin de argumenten van beide partijen op een hoop worden gegooid is een uitspraak van de Kantonrechter Roermond. De kantonrechter moest in dat geval oordelen over een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming inzake een aanpassing van een winstdelingsregeling. De ondernemingsraad verzet zich daartegen en stelt dat het verzoek alleen al dient te worden afgewezen omdat de ondernemer niet eerst in overleg met de vakvereniging is getreden. Dit had volgens de ondernemingsraad op grond van de toepasselijke cao wel moeten gebeuren. Daarnaast zou volgens de ondernemingsraad sprake zijn van een verworven recht en daarmee een arbeidsvoorwaarde. De Kantonrechter Roermond kan zich, blijkens de beschikking, in beide standpunten niet vinden en oordeelt dat, op grond van al hetgeen door partijen is aangevoerd, de ondernemingsraad geen redelijke grond heeft om niet met het voorstel in te stemmen.²¹ Een soortgelijke toetsingswijze hanteert de Kantonrechter Amsterdam in een door KLM aangespannen procedure ex art. 27 lid 4 WOR met betrekking tot een voorgenomen besluit over de invoering van nieuwe roosters voor een van hun tankdiensten.²² De discussie tussen KLM en de ondernemingsraad ziet vooral op de positie van de uitzendkrachten. KLM stelt onder andere dat door de nieuwe roosters de inzet van de uitzendkrachten nauwelijks wijzigt. De ondernemingsraad stelt daarentegen dat KLM in volle omvang het debat zou moeten voeren over de inzet van uitzendkrachten. De kantonrechter constateert dat de ondernemingsraad geen bezwaren tegen de voorgestelde roosters als zodanig overreind houdt, maar van mening is dat instemming daaraan moet worden onthouden met het oog op de positie van de uitzendkrachten. De kantonrechter overweegt dat dit onredelijk is en dat sprake is van oneigenlijk gebruik van het instemmingsrecht door de ondernemingsraad. Dit lijkt mij een juist oordeel nu art. 27 lid 4 WOR hier niet voor is bedoeld. De kantonrechter oordeelt verder dat, nu onweersproken vaststaat dat KLM met de nieuwe roosters een aanzienlijke kostenbesparing kan bereiken, sprake is van een zwaarwegend belang. Het argument van de ondernemingsraad dat ook zonder de nieuwe roosters de vliegtuigen op tijd kunnen vertrekken, maakt dit naar het oordeel van de kantonrechter niet anders.

17. Ktr. 's-Hertogenbosch 20 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5172.

18. Zie voor een soortgelijke toetsingswijze: ktr. Rotterdam 15 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2988, ktr. Amsterdam 12 januari 2016, *AR Updates* 2016-0041, *TRA* 2016/38, m.nt. I. Zaal. De Kantonrechter Middelburg oordeelt dat de argumenten van de ondernemer niet zwaarder wegen, maar laat daarbij in het midden of de argumenten *even zwaar* wegen: ktr. Middelburg 26 april 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3827.

19. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3680, *TRA* 2017/93, m.nt. Van het Kaar.

20. Bijvoorbeeld: ktr. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7787 en ktr. Utrecht 3 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2223.

21. Ktr. Roermond 22 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10045.

22. Ktr. Amsterdam 20 januari 2017, *AR-Updates* 2017-0088.

De vreemde eend in de bijt

De mijns inziens meest opvallende beschikking die ik ben tegengekomen in mijn onderzoek betreft een uitspraak van de Kantonrechter Den Haag. Tram- en busvervoerder HTM heeft van de voorzieningenrechter een tik op de vingers gekregen nadat zij had besloten een nieuwe dienstregeling zonder (vervangende) instemming in te voeren. In een kortgedingprocedure wordt het door de ondernemingsraad gevraagde verbod tot uitvoering van dat besluit toegewezen, waarbij de kantonrechter overweegt dat HTM er verstandig aan zou hebben gedaan zich op grond van art. 27 lid 4 WOR tot de kantonrechter te wenden.²³ Dit advies is door HTM ter harte genomen. De Kantonrechter Den Haag komt vervolgens met een naar mijn mening opmerkelijke uitspraak.²⁴ De kantonrechter overweegt allereerst dat de primaire standpunten van de ondernemingsraad en HTM door hem 'niet zonder meer op hun inhoudelijke juistheid zijn te toetsen'. De kantonrechter heeft mijns inziens niet de taak de standpunten van partijen op inhoudelijke juistheid te toetsen. In de redelijkheidstoets gaat het om een afweging van de argumenten over en weer. Daarbij heeft de kantonrechter enige mate van beoordelingsvrijheid. De Kantonrechter Den Haag ziet dit blijkbaar anders en overweegt dat hij met zijn kennis en ervaring 'er weinig van maken kan'. De kantonrechter lijkt vervolgens een deskundige aan te wijzen om helderheid te verschaffen. Vanuit proceseconomische en praktische overwegingen besluit de kantonrechter echter, wegens de complexe materie, de argumenten niet te onderwerpen aan de redelijkheidstoets ex art. 27 lid 4 WOR. Uiteindelijk verleent de kantonrechter vervangende toestemming aan de hand van de zwaarwegende redenen toets. In mijn optiek is hiermee het medezeggenschapsrecht van de ondernemingsraad tekort gedaan. Hoewel ik de praktische insteek van de kantonrechter kan begrijpen, had het mijns inziens in dit geval voor de hand gelegen dat de kantonrechter de zaak had doorverwezen naar een meervoudige kamer voor andere zaken dan kantonzaken.²⁵

4. Het toetsingscriterium in de Wmcz (2018)

Om te bezien hoe er buiten de civiele kolom over medezeggenschapsrechtelijke instemmingsgeschillen wordt geoordeeld, wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz). Deze wet ziet kort gezegd op alle collectief gefinancierde instellingen op het gebied van de gezondheidszorg ('zorgaanbieder'). Op basis van de Wmcz is de zorgaanbieder verplicht een cliëntenraad in te stellen, die binnen het kader van

de doelstellingen van de instelling in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten behartigt. Daarnaast legt de Wmcz de zorgaanbieder de verplichting op een commissie van vertrouwenslieden in te stellen die tot taak heeft te bemiddelen en een bindende uitspraak te doen in medezeggenschapsgeschillen (art. 10 Wmcz). Een belangrijke bevoegdheid van de cliëntenraad betreft het in art. 3 Wmcz opgenomen adviesrecht. De onderwerpen die zijn omschreven in art. 3 lid 1 sub i tot en met m Wmcz vallen (ex art. 4 lid 2 Wmcz) onder het 'verzwaard' adviesrecht. Bij de besluitvorming ten aanzien van die onderwerpen kan de zorgaanbieder niet afwijken van het advies van de cliëntenraad. Een besluit genomen in strijd met het advies van de cliëntenraad is ex art. 4 lid 4 Wmcz nietig. Het besluit kan, ondanks het negatieve advies van de cliëntenraad, op grond van art. 4 lid 2 Wmcz wel worden genomen wanneer de commissie van vertrouwenslieden 'heeft vastgesteld dat de zorgaanbieder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voornemen heeft kunnen komen'. Het betreft derhalve een marginale toetsing die vergelijkbaar is met het toetsingscriterium ex art. 26 lid 4 WOR. Uit de bindende uitspraken van de Landelijke Commissie van Vertrouwenslieden (LCvV) blijkt dat, dankzij het marginale toetsingscriterium, de zorgaanbieder in het algemeen redelijk gemakkelijk in het gelijk wordt gesteld.²⁶ Kort en goed, onder het huidige medezeggenschapsrecht is de positie van de cliëntenraad relatief zwak. De politiek heeft dit signaal inmiddels opgepakt. Om de medezeggenschap van de cliëntenraad te versterken is op 20 november 2018 door de Tweede Kamer het wetsvoorstel voor de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 (Wmcz 2018) aangenomen.²⁷ Een belangrijke wijziging ten opzichte van de Wmcz uit 1996 betreft het vervangen van het verzwaard adviesrecht door een instemmingsrecht met een zwaarder toetsingscriterium.²⁸ Voornamelijk voor zaken die de directe leefomgeving van een cliënt binnen een zorginstelling betreffen en hem daardoor zeer raken, is de huidige marginale toets onwenselijk.²⁹ Op grond van het voorgestelde art. 8 lid 6 Wmcz 2018 verleent de commissie van vertrouwenslieden 'slechts toestemming indien de beslissing van de cliëntenraad om geen instemming te geven onredelijk is of het voorgenomen besluit van de instelling gevegd wordt om zwaarwegende redenen'. Het (nieuwe) instemmingsrecht van cliëntenraden wordt hiermee vergelijkbaar met het instemmingsrecht voor ondernemingsraden.³⁰ Het verschil zit hem in

23. Ktr. (Voorzieningenrechter) Den Haag 7 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1105.

24. Ktr. Den Haag 4 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2397.

25. Met inachtneming van art. 98 Rv juncto 15 Rv.

26. De LCvV is een commissie in de zin van art. 10 lid 1 Wmcz en wordt in standgehouden door een aantal koepelorganisaties in de zorg. Uitspraken worden gepubliceerd op www.vertrouwenslieden.nl.

27. Kamerstukken I 2018/19, 34858, A.

28. Het wetsvoorstel beoogt de positie van cliëntenraden te verstevigen door verschillende maatregelen, waaronder het rechtstreeks toekennen van het recht van enquête aan cliëntenraden.

29. Kamerstukken II 2017/18, 34858, 3, p. 19.

30. Kamerstukken II 2017/18, 34858, 3, p. 60.

de tekst 'zwaarwegende redenen'. De oorspronkelijke wettekst sprak (zoals in art. 27 lid 4 WOR) van 'bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen'. Tijdens het wetgevingsproces is een amendement aangenomen dat erin voorziet dat de commissie van vertrouwenslieden om toestemming kan worden gevraagd bij alle voorgenomen besluiten die van de instelling worden gevegd om zwaarwegende redenen, waaronder redenen van zorginhoudelijke aard. Hiermee wordt aangesloten bij de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), waar de beperking die art. 27 lid 4 WOR wél kent, ook niet aan de orde is.³¹ Bij een instemmingsplichtig voorgenomen besluit verleent de Landelijke Commissie voor Geschillen het bevoegd gezag (op basis van art. 32 WMS) immers slechts toestemming 'indien de medezeggenschapsraad niet in redelijkheid tot het onthouden van instemming heeft kunnen komen of indien sprake is van zwaarwegende omstandigheden die het te nemen besluit van het bevoegd gezag rechtvaardigen'. Het toetsingscriterium is onder de voorgestelde Wmcz 2018 derhalve strenger dan onder de huidige Wmcz: onder de huidige wet kan het besluit doorgaan indien het redelijk is, onder de Wmcz 2018 kan het alleen doorgaan als de instemmingsweigering van de cliëntenraad onredelijk is of er zwaarwegende redenen zijn die ertoe leiden dat het besluit moet doorgaan.³² Wat onduidelijk is, is of het toetsingscriterium onder de Wmcz 2018 moet worden aangemerkt als het 'tenzij' toetsingscriterium uit art. 27 lid 4 WOR. Wanneer dat het geval is, ligt het mijns inziens in de rede dat de commissie van vertrouwenslieden bij de beoordeling van een medezeggenschapsrechtelijk instemmingsgeschil de maatstaf hanteert zoals beoogd door de wetgever bij de invoering van art. 27 lid 4 WOR.³³ Toetsing zal dan moeten plaatsvinden volgens het in dit artikel besproken tweeledig stappenplan. Nu tegen een besluit van de commissie van vertrouwenslieden beroep kan worden ingesteld bij de Ondernemingskamer, acht ik het evident dat de Ondernemingskamer en de commissie van vertrouwenslieden in ieder geval dezelfde maatstaf aanleggen.

5. Tot slot

Bij een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming toetst de kantonrechter aan art. 27 lid 4 WOR. Uit de tekst van art. 27 lid 4 WOR blijkt dat de kantonrechter 'slechts' vervangende toestemming verleent 'indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is of het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende, bedrijfsorganisatorische,

bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen'. Dit toetsingskader werkt volgens een specifiek beoogd mechanisme dat aansluit bij het oude regime van de WOR. Uit mijn onderzoek blijkt dat de rechtspraak verschillend omgaat met de dubbele toetsingsnorm ex art. 27 lid 4 WOR. Mijn conclusie luidt dat in het merendeel van de onderzochte uitspraken het toetsingskader niet strikt – en daarmee niet in lijn met de wetsgeschiedenis en het *Stena Line*-arrest – wordt gehanteerd. Gelet op de besproken toetsingswijze is geen duidelijke lijn te ontdekken in de rechtspraak. Er zijn in feite verschillende rode draden zichtbaar. Enerzijds is er de kantonrechter die op juridisch correcte wijze een verzoek van de ondernemer ex art. 27 lid 4 WOR toetst. Anderzijds is er de kantonrechter die zich niet houdt aan het toetsingskader door de redelijkheidstoets over te slaan. Voorts zijn er kantonrechters die het toetsingskader op geheel eigen wijze toepassen door de argumenten van de ondernemer en de ondernemingsraad op een hoop te gooien om vervolgens tot een (algemeen) redelijkheidsoordeel komen. Tot slot zijn er beschikkingen waaruit blijkt dat de kantonrechters in hun oordeel de redelijkheidstoets en de zwaarwegende redenen toets door elkaar hebben gehaald. Kortom, het door de wetgever bedoelde mechanisme bij toepassing van het toetsingscriterium wordt opvallend weinig (correct) toegepast. De in de rechtspraak gehanteerde toets staat vaak los van een afweging van inhoudelijke argumenten over en weer. Een reden voor het hanteren van verschillende, juridisch imperfecte, toetsingskaders zou kunnen worden gezocht in het verschil tussen de letterlijke tekst van art. 27 lid 4 WOR en de wetsgeschiedenis. Daar komt bij dat de Hoge Raad zich in *Stena Line* alleen heeft uitgelaten over de redelijkheidstoets (als onderdeel van art. 27 lid 4 WOR). Voor eenduidigheid in de rechtspraak zou het wenselijk zijn geweest dat de hoogste rechtelijke instantie zich over het volledige toetsingskader had uitgelaten. Daar ligt mogelijk een taak voor de wetgever.³⁴ Aan de andere kant geldt dat uit de wetsgeschiedenis voldoende duidelijk blijkt dat toepassing van het toetsingskader volgens een specifiek mechanisme werkt. De bedoeling van de wetgever, in samenhang met het *Stena Line*-arrest, zou dan ook voldoende juridische handvatten moeten geven voor kantonrechters bij een beoordeling tot het verlenen van vervangende toestemming ex art. 27 lid 4 WOR. Tot slot is het voor zowel de ondernemer als de ondernemingsraad van belang het toetsingskader voldoende scherp te hebben bij het voeren van instemmingsrechtelijke procedures. Hierdoor zal het mogelijk ook voor de kantonrechter eenvoudiger zijn een casus op correcte wijze aan art. 27 lid 4 WOR te toetsen. Dit zou ten goede moeten komen aan de op dit moment ontbrekende eenduidigheid in de rechtspraak in relatie tot de te hanteren dubbele toetsingsnorm ex art. 27 lid 4 WOR.

31. Kamerstukken II 2018/19, 34858, 25.

32. Kamerstukken II 2017/18, 34858, 6. p. 54.

33. Er wordt in de toelichting op de Wmcz 2018 uitdrukkelijk verwezen naar art. 27 WOR. Hieruit valt op te maken dat het niet de bedoeling is een andere dan in de WOR gehanteerde toetsingsnorm te hanteren.

34. Zie in dit kader: L.C.J. Sprengers, 'De taak van de wetgever bij vaststelling rechterlijke toetsingsnormen', SMA 2007, p. 218.