

Vennootschapsrechtelijke medezeggenschap: de cliëntenraad aan kop, moet de ondernemingsraad volgen?

TRA 2020/87

Met invoering van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018 zijn het enquêterecht en het recht op een bindende voordracht voor ten minste één lid van het toezichthoudend orgaan voor cliëntenraden wettelijk verankerd. Daarmee is de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap voor cliëntenraden verstevigd. Ondernemingsraden hebben deze rechten niet op grond van de wet. Dit heeft nu tot gevolg dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap voor cliëntenraden verder kan gaan dan voor ondernemingsraden. In dit artikel onderzoeken de auteurs of dit onderscheid (nog) kan worden gerechtvaardigd.

1. Inleiding

Met ingang van 1 juli 2020 is de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz 2018) in werking getreden.² Deze wet is de opvolger van de Wmcz uit 1996 en heeft tot doel de medezeggenschap in zorginstellingen te verbeteren. De cliëntenraad moest krachtig genoeg worden gemaakt om adequaat invloed uit te kunnen oefenen op besluiten van (het bestuur van) de instelling.³ Met de Wmcz 2018 is een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd, zoals een verruiming van de reikwijdte van de wet, een uitbreiding van de medezeggenschapsregeling, invoering van een instemmingsrecht, toekenning van faciliteiten aan de cliëntenraad etc.⁴ Daarnaast heeft de Wmcz 2018 twee in het oog springende wijzigingen ten aanzien van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap in zich. Het recht van enquête en het recht van bindende voordracht zijn wettelijk verankerd. Daarmee worden cliëntenraden stevig gepositioneerd tegenover het bestuur én toezichthoudend orgaan van zorginstellingen. Een positie die ondernemingsraden niet hebben.

De vraag rijst of ondernemingsraden in een soortgelijke positie zouden moeten worden gebracht. In dit artikel onderzoeken wij of onderscheid tussen een cliëntenraad en een ondernemingsraad daar waar het gaat over het

enquêterecht en het recht op bindende voordracht van een toezichthoudend orgaan gerechtvaardigd is. Daarbij analyseren wij of de bezwaren die maken dat ondernemingsraden deze rechten niet hebben nog actueel zijn. Ten slotte zullen wij afronden met een conclusie inclusief een aanbeveling voor de praktijk.

2. Cliëntenraad versus ondernemingsraad

Betrokkenheid van cliënten én medewerkers bij de besluitvorming binnen zorginstellingen is van cruciaal belang voor de kwaliteit van zorg. De medezeggenschap is belegd bij de ondernemingsraad en de cliëntenraad. De cliëntenraad vindt zijn wettelijke grondslag in de Wmcz 2018 en vertegenwoordigt de belangen van cliënten en hun verwanten. De ondernemingsraad vertegenwoordigt op zijn beurt de werknemers van de zorginstelling. De wettelijke basis van de ondernemingsraad is neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), waarin ook de positie, taak en bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn opgenomen. In de praktijk moeten voorgenomen besluiten regelmatig ter advisering worden voorgelegd aan beide raden. Denk aan voorgenomen besluiten die zien op een andere inrichting van de zorginstelling met gevolgen voor zowel cliënten (een andere wijze van zorgverlening of op een andere locatie) als medewerkers (verschuivingen binnen de zorginstelling, andere werkwijze etc.). Beide raden zullen vanuit hun eigen visie en rekening houdend met de te vertegenwoordigen belangen een advies uitbrengen. De cliëntenraad met de focus op zorg en de gevolgen voor cliënten, de ondernemingsraad met de focus op de onderneming en de personele gevolgen. Het onderscheid tussen cliëntenraden en ondernemingsraden is in deze adviestrajecten goed te maken.

Bij onderwerpen die zien op het bestuur en toezicht van de zorginstelling is dit onderscheid lastiger te maken. Zowel cliënten als werknemers hebben baat bij goed bestuur en toezicht. Daar zijn de belangen van cliëntenraad en ondernemingsraad vergelijkbaar. Ook in de Governancecode Zorg wordt van dit uitgangspunt uitgegaan. De medezeggenschap voor cliënten en werknemers in het kader van goed bestuur en toezicht wordt in één adem genoemd.⁵ De wetgever ziet dit anders en heeft verdergaande vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsbevoegdheden toegekend aan de cliëntenraad.

¹ Renate Vink-Dijkstra is als medezeggenschaps- en arbeidsrechtadvocaat werkzaam bij De Clercq Advocaten Notariaat, net als Guus Wife die als advocaat-stagiaire in dezelfde praktijk werkzaam is.

² *Stb.* 2019, 215.

³ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 858, nr. 3, p. 2.

⁴ C. Kalisvaart, D. Schuurman & A. Olsthoorn, 'Medezeggenschap in de zorg: de Wmcz 2018 en de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2019/29.

⁵ Governancecode Zorg, 2017, p. 11-12.

3. Recht van enquête

De cliëntenraad heeft de wettelijke mogelijkheid gekregen in te grijpen op bestuurlijk handelen door gebruikmaking van zijn enquêtebevoegdheid.⁶ Met deze bevoegdheid kan de cliëntenraad de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam schriftelijk verzoeken een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van de zorginstelling. De Ondernemingskamer zal een dergelijk verzoek alleen toewijzen als 1. dit verzoek is gedaan door een daartoe bevoegde partij; 2. voldaan wordt aan het kenbaarheidsvereiste en de redelijke termijn voor maatregelen; en 3. er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid en gang van zaken van de rechtspersoon te twijfelen.⁷ Met deze vergaande bevoegdheid kan een vermoeden tot wanbeleid worden onderzocht en kunnen uiteindelijk – als wanbeleid is komen vast te staan – maatregelen worden opgelegd of voorzieningen worden getroffen met ingrijpende gevolgen voor de rechtspersoon, het bestuur en het toezichthoudend orgaan. Wettelijk is vastgelegd wie van deze bevoegdheid gebruik mogen maken.

3.1 Cliëntenraad

In artikel 12 Wmcz 2018 wordt de wettelijke regeling van het enquêterecht van toepassing verklaard voor cliëntenraden. Dit is voor hen op zich geen nieuw recht. Het Uitvoeringsbesluit WTZi bepaalde al dat een stichting of vereniging die een zorginstelling exploiteerde – waarvoor een ondernemingsraad moest worden ingesteld – in haar statuten aan een orgaan dat cliënten vertegenwoordigde de bevoegdheid moest toekennen een enquêteverzoek in te dienen.⁸ In de praktijk bleek niet altijd duidelijk welk orgaan de bevoegdheid had om een enquêteverzoek in te dienen, omdat ook werd verwezen naar ‘een ander orgaan dat cliënten of patiënten vertegenwoordigt’. Daarnaast hadden sommige zorginstellingen hoge drempels in de statuten opgenomen voor het indienen van een enquêteverzoek, zodat het voor cliënten (of hun vertegenwoordigers) moeilijk bleek daadwerkelijk een enquêteverzoek in te dienen.⁹ Deze obstakels zijn weggenomen met invoering van de Wmcz 2018. Nu sprake is van een wettelijk enquêterecht is het niet meer noodzakelijk dit recht (ook) in de statuten op te nemen. Tegelijkertijd betekent dit dat het enquêterecht ook niet langer via de statuten kan worden beperkt.

3.2 Ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft geen wettelijke enquêtebevoegdheid. Met enige regelmaat is in het verleden door onder andere de Sociaal Economische Raad, de politiek en juristen gediscussieerd over de vraag of aan de onderne-

mingsraad een zelfstandig enquêterecht moet worden toegewezen.¹⁰ Dit heeft vooralsnog niet geleid tot een wettelijke bevoegdheid voor de ondernemingsraad. Daaraan liggen hoofdzakelijk de volgende bezwaren ten grondslag:

- het ontbreken van rechtspersoonlijkheid en procesbevoegdheid (3.2.1);
- geen kostenveroordeling (3.2.2);
- onvoldoende onafhankelijk van de ondernemer (3.2.3);
- samenloop procedures (3.2.4).

3.2.1 Ontbreken van rechtspersoonlijkheid en procesbevoegdheid

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid en procesbevoegdheid voor de ondernemingsraad wordt als belangrijke reden genoemd om af te zien van een enquêterecht voor de ondernemingsraad. Dit bezwaar is al jaren achterhaald door de vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer waaruit volgt dat de ondernemingsraad procesbevoegdheid toekomt bij procedures ter vervulling van zijn wettelijke taken en bevoegdheden.¹¹ Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid vormt bij de WOR-procedures geen bezwaar. Inmiddels is ook bepaald dat het veronachtzamen van medezeggenschap door de ondernemer onderdeel van een enquêteprocedure kan zijn, zodat dit bezwaar niet (meer) overeind kan blijven.¹² Dit bezwaar is ondertussen losgelaten bij cliëntenraden, die ook niet over rechtspersoonlijkheid beschikken. De eerste stap daartoe was al gezet voor invoering van de Wmcz 2018. Toen hadden cliëntenraden (of andere organen die cliënten of patiënten vertegenwoordigden) een zogenaamd verplicht statutair enquêterecht. Met de Wmcz 2018 is dit een wettelijk recht geworden. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid is voor de wetgever geen reden geweest van een wettelijke enquêtebevoegdheid voor cliëntenraden af te zien. De wetgever lijkt daarmee het ontbreken van rechtspersoonlijkheid voor toekenning van de enquêtebevoegdheid te hebben losgelaten. Dit bezwaar kan ons inziens dan ook niet meer worden tegenworpen aan de ondernemingsraad. Ook ten aanzien van ondernemingsraden zou een vergelijkbare weg kunnen worden ingeslagen. Hoewel er vandaag de dag geen verplichting bestaat een enquêterecht toe te kennen aan de ondernemingsraad, is dit in de praktijk wel mogelijk. Dit gebeurt dan ook met enige regelmaat via de statuten van de onderneming of via een ondernemingsovereen-

⁶ Artikel 12 Wmcz 2018.

⁷ Artikel 2:345-2:350 BW.

⁸ Artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 858, nr. 3, p. 23.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 3-4; *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3; P.A.M. Witteveen, P.T. Sick, E. Unger & L.I. Hofstee, ‘Ondernemingsraad en enquêterecht’, in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *De toekomst van medezeggenschap* (reeks VvA, nr. 37), Deventer: Kluwer 2009, p. 119-130; I. Zaal, ‘De cliëntenraad en het enquêterecht’, *TRA* 2010/103; S.M. Bartman en M. Holtzer, ‘Enquêterecht voorzichtig onder het mes’, *Ondernemingsrecht* 2010/14; L.C.J. Sprengers, ‘Ondernemingsraad en activistische aandeelhouders’, *TRA* 2010/2.

¹¹ Ondernemingskamer 13 november 1980, *NJ* 1981, 258.

¹² Ondernemingskamer 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488 en R.H. van het Kaar, ‘WOR en enquêteverzoeken XS4ALL afgewezen’, *TRA* 2020/26.

komst in de zin van artikel 32 WOR.¹³ Dan is sprake van een zogenaamde statutaire of bovenwettelijke bevoegdheid voor de ondernemingsraad. In de praktijk werd van deze mogelijkheid gebruikgemaakt door bestuurders die aan de ondernemingsraad een enquêtebevoegdheid toekenden op het moment dat er een vergaand conflict was ontstaan met de toezichthouder. De bestuurder had op dat moment echter vaak een eigen belang bij toekenning van een enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad en dat is nu juist niet in lijn met de bedoeling van een enquêteprocedure. Zoals jaren geleden door Sprengers al terecht werd opgemerkt, kan het toekennen van een enquêterecht aan de ondernemingsraad in zijn algemeenheid – en dus niet alleen in conflictsituaties – juist een toegevoegde waarde hebben.¹⁴ Daarmee wordt voorkomen dat dit soort bevoegdheden alleen worden toegekend ten tijde van geschillen door partijen die daarmee een eigen belang dienen. Dit lijkt in de praktijk ook meer het uitgangspunt te worden. Een algemeen enquêterecht wordt nu ook aan ondernemingsraden toegekend.¹⁵ Een volgende stap zou zijn het verplicht dan wel wettelijk toekennen van het (algemene) enquêterecht aan ondernemingsraden.

3.2.2 Geen kostenveroordeling

Het tweede bezwaar ziet op de onmogelijkheid een ondernemingsraad in de kosten van een procedure te veroordelen. Een kostenveroordeling wordt gezien als belangrijke waarborg tegen lichtvaardige enquêteverzoeken. I. Zaal heeft dit argument in haar proefschrift weerlegd.¹⁶ Terecht verwijst zij naar de ontvankelijkheidseisen voor de enquêteverzoeker. De enquêteverzoeker moet zijn bezwaren eerst kenbaar maken en gelegenheid bieden passende maatregelen te treffen voordat een enquêteverzoek kan worden ingediend bij de Ondernemingskamer. Als deze stap wordt overgeslagen, dan volgt niet-ontvankelijkheid. Een goede waarborg, zo lijkt ons.

Het is overigens opvallend dat tijdens de parlementaire behandeling van de Wmcz 2018 slechts wordt verwezen naar het beperkt aantal enquêteprocedures die sinds de inwerkingtreding van de WTZi en het Besluit WTZi in 2006 aanhangig zijn gemaakt door cliëntenraden.¹⁷ De wetgever heeft daarbij laten blijken niet te vrezen voor bovenmatig gebruik van het enquêterecht door de cliëntenraad, zonder nadere toelichting. Voor een ondernemingsraad kan dezelfde maatstaf worden gebruikt. Uit de rechtspraak blijkt niet dat ondernemingsraden die, op andere gronden, een enquêtebevoegdheid hebben daarvan lichtvaardig gebruikmaken.

In plaats van vrees voor lichtvaardig gebruik van de enquêtebevoegdheid heeft de wetgever het juist nodig geacht met de Wmcz 2018 faciliteiten aan de cliëntenraad toe te kennen die gebruikmaking van de wettelijke instrumenten bevorderen. Zo is de mogelijkheid tot het inschakelen (en bekostigen) van deskundigen en een kostenregeling voor het voeren van (rechts)gedingen onderdeel van de Wmcz 2018. Daarmee heeft de wetgever aangesloten bij de regelingen van de WOR. Voor cliëntenraad en ondernemingsraad gelden nu dezelfde regelingen daar waar het gaat over (proces)kosten: de kosten komen voor rekening van de zorginstelling, onder de voorwaarde dat de zorginstelling vooraf is geïnformeerd en een proceskostenveroordeling is uitgesloten.¹⁸ De wetgever heeft de cliëntenraad en de ondernemingsraad op dit punt gelijkgesteld. Het bezwaar van het ontbreken van een kostenveroordeling voor de ondernemingsraad gaat aldus concluderend niet langer op nu voor de cliëntenraad eenzelfde regeling geldt.

3.2.3 Onvoldoende onafhankelijk van de ondernemer

Voorts wordt als bezwaar tegen het toewijzen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad genoemd dat de ondernemingsraad onvoldoende onafhankelijk zou zijn ten opzichte van de ondernemer. Daarbij wordt benadrukt dat dit recht al toekomt aan de werknemersverenigingen en daarmee de belangen van de werknemers voldoende kunnen worden gewaarborgd door een onafhankelijke partij. Het enquêterecht zou voor de ondernemingsraad daarom niet nodig zijn, anders dan voor de cliëntenraad, waarbij geen andere vertegenwoordiger voor cliënten van zorginstellingen bestaat. Hiermee werd het onderscheid ten aanzien van de enquêtebevoegdheid tussen ondernemingsraad en cliëntenraad tot op heden verdedigd.¹⁹

De vraag rijst of dit nog een actueel en houdbaar standpunt is. Vakbonden worden niet altijd meer gezien als het juiste orgaan om het werknemersbelang te vertegenwoordigen.²⁰ De sterk afgenomen representativiteit van de vakbonden binnen een onderneming en het gebrek aan informatie van en/of kennis over de rechtspersoon maken dat dit in twijfel wordt getrokken. Daarbij komt wat ons betreft het argument dat de ondernemingsraad niet alleen de werknemersbelangen in acht dient te nemen, maar juist ook het belang van de onderneming moet meewegen in zijn handelen. Ook dat biedt een belangrijke waarborg voor de afweging van een ondernemingsraad om al dan niet een enquêteverzoek in te dienen. Een enquêteverzoek kan immers grote (nadelige) gevolgen hebben voor een onderneming. Alleen het indienen van een dergelijk ver-

13 OK 13 november 2009, ROR 2010/2 (*Stichting Kinderopvang Brabant*); HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6182 (*BV Amsterdamse Huizenhandel*).

14 Zie bijvoorbeeld: L.C.J. Sprengers, 'Medezeggenschapsrecht juli 2008 tot juli 2009: rust in rechtspraak in roerige economische tijden', TRA 2009/98.

15 Zie bijvoorbeeld: Ondernemingskamer 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488 (*Eneco*) en Ondernemingskamer 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585 (*XS4ALL*).

16 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer: 2014, p. 70.

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 858, nr. 3, p. 23.

18 Artikel 12 lid 3 Wmcz 2018 en artikel 22 WOR.

19 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 4, p. 2.

20 Vergelijk J.M. van Slooten, 'De teloorgang van een vakbondsrecht', *Ondernemingsrecht* 2007/241; I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 77-76; N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hfdst. 3.

zoek zal al leiden tot negatieve aandacht in de media, hetgeen kan leiden tot reputatie- en imagoschade. Daarnaast kunnen de resultaten van een onderzoek ingrijpende gevolgen hebben voor de bestuurder(s) en het toezichthoudend orgaan en daarmee voor de onderneming. Een ondernemingsraad zal zich hiervan vergewissen voordat wordt besloten een enquêteverzoek in te dienen. Dit maakt de ondernemingsraad uniek in vergelijking tot de vakbonden én de cliëntenraad en daardoor juist geschikt voor een enquêtebevoegdheid.

3.2.4 Samenloop procedures

Ten slotte wordt de mogelijke samenloop tussen een enquêteprocedure en een beroep ex artikel 26 WOR – dan wel een andere medezeggenschapsrechtelijke procedure – als bezwaar genoemd om het enquêterecht niet aan de ondernemingsraad toe te kennen.²¹ Een dubbele rechtsgang is niet wenselijk. In de praktijk doet die situatie zich niet snel voor. Beide procedures zijn verschillend van aard.²² De beroepsprocedure in het kader van het adviesrecht is gericht tegen (voorgenomen) besluiten van bedrijfseconomische en/of bedrijfsorganisatorische aard en een enquêteprocedure is gericht tegen beleid. Daarnaast hebben beide procedures andere (rechts)gevolgen. Tijdens een geslaagde beroepsprocedure in de zin van artikel 26 WOR zal komen vast te staan dat de ondernemer in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen en kan het besluit worden ingetrokken en kan de ondernemer worden gesommeerd bepaalde uitvoeringshandelingen op te schorten of zelfs terug te draaien. Een geslaagde enquêteprocedure kan meer ingrijpende gevolgen hebben. Indien een onderzoek wordt gelast en aan de hand daarvan wanbeleid komt vast te staan is de Ondernemingskamer bevoegd voorzieningen te treffen die zij op grond van de uitkomst van het onderzoek nodig acht.²³ Die voorzieningen gaan van het schorsen of vernietigen van het besluit van de bestuurders en/of toezichthouders tot de schorsing of het ontslag van bestuurders of toezichthouders, het tijdelijk aanstellen van bestuurders of toezichthouders, het tijdelijk afwijken van de statuten en de tijdelijke overdracht van aandelen tot zelfs de ontbinding van de rechtspersoon. Ook tijdens de onderzoeksfase kan de Ondernemingskamer dergelijke voorlopige voorzieningen treffen. Deze vergaande maatregelen kan de Ondernemingskamer niet op grond van de WOR treffen. Steeds zal de ondernemingsraad de juiste rechtsgang moeten kiezen. Dit is afhankelijk van de inhoud van het voorliggende besluit en ook de reikwijdte van de bezwaren van de ondernemingsraad. Als het gaat over één besluit, is het veelal niet mogelijk een enquêteprocedure op te tuigen, de ondernemingsraad zal dan niet aannemelijk kunnen maken dat aan een juist *beleid* van de ondernemer moet worden getwijfeld. Dit is wellicht anders als sprake is van een

reeks besluiten en/of gebeurtenissen die betrekking hebben op het beleid van de onderneming en de wijze waarop dit beleid tot stand komt. Dan ligt een enquêteprocedure meer voor de hand. Een afweging die niet altijd gemakkelijk te maken is voor een ondernemingsraad, zeker niet als het onderwerp ziet op de wijze waarop de medezeggenschap wordt of is uitgeoefend. Sommige ondernemingsraden gaan dan voor twee ankers liggen. Dan kan samenloop zich wel voordoen. Dit lijkt in de praktijk niet tot problemen te leiden zolang de Ondernemingskamer deze procedures goed op elkaar afstemt, zoals al gebeurde in de zaak YVC/IJsselwerf.²⁴ Een goed voorbeeld is verder de XS4ALL-kwestie waarover de Ondernemingskamer in 2019 moest oordelen.²⁵ In deze kwestie(s) was door de ondernemingsraad van XS4ALL enerzijds beroep ex artikel 26 WOR en anderzijds een enquêteverzoek ingediend. De Ondernemingskamer heeft toen besloten deze verzoeken gevoegd te behandelen. Samenloop achtte de Ondernemingskamer in deze niet bezwaarlijk. Beide procedures werden afgedaan in dezelfde uitspraak. Samenloop van procedures kan zich overigens ook voordoen bij de cliëntenraad. Dit is na invoering van de Wmcz 2018 zelfs versterkt door ook aan de cliëntenraad een beroepsrecht toe te kennen bij de Ondernemingskamer tegen een uitspraak of beslissing van de commissie van vertrouwenslieden.²⁶ Deze commissie bemiddelt en doet zo nodig een uitspraak over met name – samengevat weergegeven – naleving van de Wmcz 2018. Tegelijkertijd biedt de Wmcz 2018 dé basis voor een enquêteverzoek door de cliëntenraad. De mogelijke samenloop van deze procedures is voor de wetgever niet als bezwaar aangemerkt. Dit bezwaar is wat ons betreft dan ook niet langer houdbaar ten aanzien van ondernemingsraden.

3.3 Tussenconclusie

De belangrijkste bezwaren tegen het toekennen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad zijn niet meer actueel. Nu voor cliëntenraden vergelijkbare bezwaren zouden kunnen worden opgeworpen, maar dit met invoering van de Wmcz 2018 niet is gebeurd en er zelfs op verschillende fronten aansluiting is gezocht bij de WOR, is een onderscheid tussen cliëntenraad en ondernemingsraad ten aanzien van het enquêterecht niet (meer) te rechtvaardigen.

4. Bindende voordracht toezichthouder

4.1 Cliëntenraad

Aan de cliëntenraad is in artikel 10 Wmcz 2018 het recht toegekend een bindende voordracht te doen voor de benoeming van ten minste één lid van het toezichthoudend orgaan van de zorginstelling. Dit is niet nieuw voor de

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 23 887, nr. 3, p. 13.

22 Ondernemingskamer 29 april 2010, *JOR* 2010/187 (*Zorgcentrum Betuwe*).

23 Artikel 2:355 en 2:356 BW.

24 Ondernemingskamer 9 november 2000, *JOR* 2000/242 (*YVC/IJsselwerf*).

25 Ondernemingskamer 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585 (*XS4ALL*).

26 Artikel 14 lid 4 Wmcz 2018.

cliëntenraad, ook onder de Wmcz (oud) bestond dit recht al. Zorginstellingen zijn verplicht dit in hun statuten vast te leggen. Op deze wijze kan de cliëntenraad invloed uitoefenen op het interne toezicht op de organisatie.²⁷

4.2 Ondernemingsraad

Ondernemingsraden van structuurvennootschappen kennen een bevoegdheid die vergelijkbaar is met het bindende voordrachtsrecht voor de cliëntenraad. Voor hen geldt het versterkt aanbevelingsrecht bij de benoeming van een derde van het aantal leden van de Raad van Commissarissen.²⁸ Dit versterkt aanbevelingsrecht is in de praktijk van geringe betekenis. Nederland kent slechts een beperkt aantal structuurvennootschappen, zodat de beoogde verbetering van medezeggenschap binnen (internationale) concerns uitblijft.²⁹

De wetgever heeft het niet nodig geacht aan 'kleinere' ondernemingen – de gemiddelde onderneming in Nederland – een wettelijk versterkt aanbevelingsrecht of een wettelijk recht van bindende voordracht toe te kennen. Dit sluit niet aan op de huidige praktijk, waarin de ondernemingsraad in diverse sectoren op andere gronden een recht op voordracht van een commissaris heeft, bijvoorbeeld in de cao Jeugdzorg 2019-2020.³⁰ Ook uit de principes in de diverse Governancecodes kan worden afgeleid dat invloed op bestuur en toezicht belangrijk wordt gevonden. In de Governancecode Zorg 2017 wordt benadrukt dat medezeggenschap door cliënten én medewerkers van groot belang is voor de koersbepaling van de zorgorganisatie.³¹ In de principes wordt zowel van de Raad van Bestuur als de Raad van Toezicht verwacht dat duidelijke afspraken tot stand komen over de wijze waarop met de medezeggenschap wordt omgegaan. Direct contact met de medezeggenschap en transparantie gelden daarbij als uitgangspunt. Het invoeren van een voordrachtscommissaris voor de cliëntenraad én de ondernemingsraad lijkt ons daarbij van essentieel belang. Gebleken is dat het functioneren van het bestuur en met name het toezichthoudend orgaan verbetert als sprake is van een voordrachtscommissaris.³² Dit sluit ook aan op de doelstellingen van de Sociaal Economische Raad die gericht zijn op het vestigen en verstevigen van de relatie tussen de ondernemingsraad en de Raad van Commissarissen, waarbij

wordt benadrukt dat dit kan bijdragen aan het verbeteren van het functioneren van de onderneming.³³

Deze ontwikkelingen maken dat wij menen dat de praktijk gebaat zou zijn bij een wettelijk (bindend) voordrachtsrecht voor ondernemingsraden voor de benoeming van ten minste één lid van het toezichthoudend orgaan. Dit kan bijdragen aan de kwaliteit van bestuur en toezicht. Er is geen reden daarbij onderscheid te maken tussen cliënten en werknemers.

5. Conclusie

Met de Wmcz 2018 is de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap van cliëntenraden verdergaand en beter gereguleerd dan voor ondernemingsraden. Hoewel beide raden een zelfstandige rol hebben met eigen taken en andere belangen behartigen, kan dit onderscheid niet meer worden gerechtvaardigd. De in het verleden geuite bezwaren zijn niet meer actueel én sluiten niet aan op de huidige tijdgeest, waarin goed bestuur en toezicht van belangrijke betekenis zijn. In onze ogen is er geen reden om cliëntenraden en ondernemingsraden in dit kader op een ander niveau medezeggenschap te laten uitvoeren. Een logische stap zou dan ook zijn dat ook aan ondernemingsraden een wettelijke enquêtebevoegdheid wordt toegekend, alsmede een breder wettelijk recht op (bindende) voordracht van een commissaris of toezichthouder. Dit zou moeten zorgen voor de verbinding met de werkvloer die juist zo belangrijk is, maar nog te vaak ontbreekt. De cliëntenraad loopt voorop en tegelijkertijd doen wij de aanbeveling om de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen te volgen. Zolang de wetgever geen wettelijke bevoegdheden toekent, kan gebruik worden gemaakt van de (wettelijke) mogelijkheden die al bestaan om aan de ondernemingsraad extra bevoegdheden toe te kennen. Het is dan aan de wetgever om de wetgeving en de praktijk vervolgens weer op elkaar te laten aansluiten.

27 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 858, nr. 3, p. 62.

28 Artikel 2:158 lid 6 BW en artikel 2:268 lid 6 BW; L.C.J. Sprengers, 'De ondernemingsraad en de raad van commissarissen: een vorm van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap', *TAP* 2017/2.

29 Zie: H. van Roosmalen & H. Koster, 'Vennootschapsrechtelijke medezeggenschap onder druk, Sluit de structuurregeling nog aan op de economische werkelijkheid?', *Onderneming en Financiering* 2019, (27) 1, p. 15-36.

30 Artikel 13.2 Cao Jeugdzorg 2019-2020.

31 Governancecode Zorg, 2017, p. 11-12.

32 Zie: B. Baarsma en M. Lückerath-Rovers, 'De toegevoegde waarde van de voordrachtscommissaris', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 86 (9), p. 345-355.

33 Zie de Handreikingen van de Commissie Bevordering Medezeggenschap, 'Vestigen en verstevigen van de relatie tussen de OR en de RvC'.