

passen. Hierdoor zal de bewijspositie van de (militaire) ambtenaar minder zwaar zijn dan voorheen en meer vergelijkbaar zijn met die van de civielrechtelijke werknemer.

15. De Raad heeft in deze uitspraak duidelijk antwoord gegeven op de vraag wat van een overheidswerkgever jegens haar militairen mag worden verwacht met betrekking tot het verlenen van nazorg. De Raad is tot het oordeel gekomen dat de minister ten onrechte heeft geweigerd aansprakelijkheid voor de door de Dutchbatter gestelde schade te erkennen en de gevraagde schadevergoeding op die grond af te wijzen. Ik acht dit een juridisch correct oordeel. De overheidswerkgever dient (als goed werkgever) jegens haar militairen zorg te dragen voor (kenbare) opvang en adequate nazorg. Dit geldt temeer nu militairen tijdens hun uitzending te maken kunnen krijgen met schokkende gebeurtenissen. Hierdoor is een trauma, dan wel een PTSS niet uit te sluiten. Daar doet het feit dat zij getraind zijn voor hun uitzendingen niets aan af. Enige vorm van adequate psychologische opvang is derhalve geboden. In dit kader is een parallel te trekken met de trauma's opgedaan door treinmachinisten die te maken hebben gehad met zelfdodgingen op het spoor. Ook in dat geval geldt dat deze incidenten op zichzelf genomen niet voor rekening van de werkgever komen (zie bijv. Hof Amsterdam 28 juni 2011, LJN BR4836). De nazorg daarentegen is van essentieel belang bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de op de werkgever rustende zorgplicht. Ik zet echter vraagtekens bij de toepassing van de omkeringsregel indien sprake is van psychische schade (zoals in onderhavige casus). Deze regel is tot stand gekomen en nader uitgelegd in zeer casuïstische jurisprudentie waarin voor de gezondheid gevaarlijke stoffen een rol hebben gespeeld. Van een vergelijkbare casus is geenszins sprake. Mijns inziens kan de omkeringsregel dan ook niet zonder meer worden toegepast in zaken als de onderhavige. Dit geldt temeer nu vele oorzaken ten grondslag kunnen liggen aan psychische schade (zie voor een vergelijkbaar oordeel inzake de toepassing van de omkeringsregel in RSI-zaken: conclusie A-G J. Spier voor HR 9 januari 2009, LJN BF8875).

16. Tot slot is het niet ondenkbaar dat andere Dutchbatters hun recht proberen te halen en zich daarbij op het standpunt stellen dat de minister de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden. Dit zal per geval moeten worden beoordeeld. Met deze uitspraak, waardoor de rechtspositie van de militaire ambtenaar aanzienlijk is versterkt, heeft de Raad mijns inziens daarvoor een duidelijke maatstaf gecreëerd.

A. Briejer
Knepelhout & Korthals Advocaten

108

Kantonrechter 's-Gravenhage
21 juni 2012, nr. 1153777 RP VERZ 12-50223,
LJN BX3087
(mr. Vink)
Noot G.W. van der Voet en M.J. Vidal

**Inschakelen deskundige door OR. Rechts-
persoonlijkheid OR. Toepassing Europese
aanbestedingsregels. Zelfstandig medezeg-
genschapsinstituut.**

**Ondernemingsraad Penitentiare Inrichting
Hoogeveen kan niet als aanbestedende
dienst worden beschouwd en is geen
lichaam, orgaan of dienst van de Staat.
Europese aanbestedingsregels en Comptabi-
liteitswet zijn niet van toepassing op uitga-
ven van de ondernemingsraad voor het
inschakelen van externe deskundigen ex art.
22 WOR.**

[WOR art. 16, 22]

De ondernemingsraad ('OR') van de Penitentiare Inrichting Hoogeveen heeft kenbaar gemaakt bij een externe deskundige advies in te winnen over een lopende plaatsingsprocedure. Tussen de OR en de Staat is in geschil of het inschakelen van deskundigen door de OR (art. 22 WOR) onderworpen is aan Europese of Nederlandse aanbestedingsregels, dan wel aan de Comptabiliteitswet. De Staat stelt dat de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft, waardoor de Staat feitelijk de overeenkomst met de externe deskundige sluit. Op de Staat rust de verplichting het Europese aanbestedingsrecht en de Comptabiliteitswet na te leven. De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van art. 16 WOR kan de OR wel degelijk zelf overeenkomsten aangaan, zodat het standpunt dat de Staat de overeenkomst sluit wordt verworpen. De OR kan (anders dan de Staat) op grond van Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 niet als aanbestedende dienst worden beschouwd, omdat niet voldaan is aan de definitie en de vereisten van 'publiekrechtelijke instelling' en 'rechtspersoonlijkheid'. Ook volgt uit de memorie van toelichting bij herziening van de WOR (zitting 1969/70, 10335, nr. 3 (MvT)) dat de ondernemingsraad een zelfstandig medezeggenschapsinstituut is, dat een geheel eigen positie inneemt, met verankering in de WOR. De OR kan niet als lichaam, orgaan of dienst van de Staat worden beschouwd, zodat de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op uitgaven van de OR ex art. 22 WOR. Hetzelfde geldt voor nationale inkoopregels en regels die voortvloeien uit de Comptabiliteitswet.

663

*De Staat der Nederlanden, ten deze vertegenwoordigd door de Minister van Veiligheid en Justitie, voor deze de Hoofddirecteur Dienst Justitiële Inrichtingen, als ondernemer van de onderneming PI Hoogeveen, gevestigd te 's-Gravenhage, verzoeker,
gemachtigde: mr. drs. A.M.J. van Wijck,
tegen
Ondernemingsraad PI Hoogeveen, gevestigd te Hoogeveen, verweerder,
gemachtigde: mr. J. Hermes, advocaat.
Partijen worden hierna aangeduid met de Staat en de OR.*

Kantonrechter:

Verloop van de procedure
(...; Red.)

*Omschrijving van het geschil**De feiten*

Als gesteld door de ene partij en niet of onvoldoende weersproken door de andere partij, staat tussen partijen het volgende vast.

1.1 Tijdens een vergadering op 7 december 2010 tussen mevrouw [X], bestuurder van de onderneming Penitentiaire Inrichting Hoogeveen (hierna: de bestuurder), met de OR heeft de OR kenbaar gemaakt juridisch advies in te winnen omtrent een lopende plaatsingsadviesprocedure. Door de bestuurder is aangegeven dat dit valt onder het Europese aanbestedingsrecht en zij verzoekt de OR de inschakeling van een externe deskundige via het Shared Service Centre Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: SSC DJI) te laten verlopen.

1.2 Tijdens de overlegvergadering van 16 december 2010 heeft de OR zich op het standpunt gesteld niet gehouden te zijn aan de Europese aanbestedingsregels, aangezien hij geen onderdeel is van de Staat.

1.3 Bij brief van 31 maart 2011 bericht de OR de bestuurder dat hij zich niet kan verenigen met de toepassing van aanbestedingsregels op inhuur van externe deskundigen door de OR, maar gaat uit *coulance* en onder behoud van rechten akkoord met het vragen van drie offertes.

1.4 SSC DJI verzoekt op 14 april 2011 het advocatenkantoor De Voort Hermes de Bont een offerte uit te brengen, onder vermelding van de procedure en voorwaarden. In de brief van SSC DJI is onder meer opgenomen:

“(…)

U dient in uw offerte te beschrijven hoeveel ervaring u met medezeggenschap heeft binnen de publieke sector en hoeveel zaken u in 2010 hebt uitgevoerd voor ondernemingsraden in de publieke sector. Onderdeel van de beschrijving dient te zijn hoeveel jaar ervaring u hebt met medezeggenschap binnen de publieke sector en het aantal juristen die bij u in dienst zijn en ervaring hebben met medezeggenschap binnen de publieke sector.

(…)

Gunningscriteria: uit economisch oogpunt voordeligste aanbidding waarbij gelet wordt op:

- prijs 60%
 - ervaring met medezeggenschap in de publieke sector 20%
 - hoeveel zaken binnen de publieke sector uitgevoerd voor ondernemingsraden binnen de publieke sector in 2010 20%
- (…)”

1.5 Vervolgens wordt tussen de Staat en dit genoemde kantoor een overeenkomst gesloten betreffende juridische ondersteuning, advies en bijstand aan de OR.

1.6 Op 8 november 2011 wendt de OR zich tot de Bedrijfscommissie voor de Overheid (hierna: de Bedrijfscommissie).

1.7 Bij advies van 22 februari 2012 stelt de Bedrijfscommissie dat de OR een zelfstandig orgaan is, dat niet is gebonden aan de op de overheid geldende en door de overheid vastgestelde aanbestedingsregels en dat de tegengestelde opvatting van de bestuurder niet berust op een draagkrachtige motivering.

Het verzoek

2.1 De Staat verzoekt de kantonrechter, op basis van art. 36 Wet op de Ondernemingsraden (WOR), bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen dat

- aan de WOR en met name artikel 22 van deze wet een juiste uitvoering wordt gegeven;

- door de (Europese) aanbestedingsregels, de Comptabiliteitswet en de op voornoemde regels gebaseerde departementale regels inzake aanbesteding en inkoop van diensten toe te passen op de inhuur van externe juridische deskundigheid door de ondernemingsraad, die door de Minister van Veiligheid en Justitie in stand wordt gehouden,

- door de bestuurder die op grond van bovengenoemde regels om drie offertes heeft verzocht naar aanleiding van de mededeling van voornoemde ondernemingsraad om externe bijstand in te huren;

- met de verplichting bovengenoemde (wettelijke) regels te volgen op geen enkele wijze de keuzevrijheid van de ondernemingsraad wordt ontnomen danwel begrensd en mitsdien de WOR in casu juist is toegepast.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Staat de verzochte uitvoerbaar bij voorraad verklaring ingetrokken.

2.2 De Staat stelt in dit verband, samengevat en voor zover thans van belang, naast de hiervoor genoemde vaststaande feiten het volgende.

2.3 De OR heeft geen rechtspersoonlijkheid, derhalve sluit de Staat de overeenkomst met de externe deskundige. Aangezien op de Staat de verplichtingen rusten die voortvloeien uit het Europese aanbestedingsrecht en de Comptabiliteitswet, zijn die verplichtingen in casu van toepassing, nu de Staat de overeenkomst sluit. De OR wordt niet beperkt in de keuzevrijheid, want hij mag drie offertes aanvragen. Tenslotte past de handelwijze van de Staat als ondernemer, waaronder het toepassen van de inkoopregels, binnen de redelijkheidstoets die de ondernemer op basis van art. 22 WOR mag toepassen.

Het verweer

3.1 De OR voert verweer en stelt, samengevat en voor zover thans van belang, het volgende.

3.2 De OR is een zelfstandig orgaan met rechten en bevoegdheden conform de WOR dat zich zelfstandig tot de rechter kan wenden op basis van art. 25 en 27 WOR. De vraag of de OR rechtspersoonlijkheid bezit is niet relevant, het gaat om de zelfstandigheid van de OR op basis van de WOR. Bij de implementatie van de Europese richtlijn omtrent aanbesteding behoeft de WOR niet te worden gewijzigd, aangezien de in art. 22 WOR geborgde vrijheid, de keuze van de deskundige door de OR niet zou worden beperkt. De Comptabiliteitswet regelt de boekhoudplicht voor de overheid en staat art. 22 WOR niet in de weg, los van het gegeven dat het beiden wetten in formele zin betreft die qua rangorde niet verschillen. Verder behoeft de toets van art. 22 WOR juist voor ongerechtvaardigde uitgaven. Tenslotte beperken de inkoopregels van de Staat de OR in de vrije keuze van een deskundige, in casu een advocaat.

Beoordeling van het geschil

4. Het standpunt van de Staat komt samengevat neer op de vraag of zijn stelling dat het inschakelen van deskundigen door de OR onderworpen is aan Europese of Nederlandse aanbestedingsregels, danwel aan de Comptabiliteitswet, in overeenstemming is met het bepaalde in art 22 van de Wet op de Ondernemingsraden.

5. De Staat heeft het standpunt ingenomen dat de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft, zodat deze geen rechtshandelingen kan verrichten, waaronder het sluiten van overeenkomsten. Dit heeft volgens de Staat tot gevolg dat dus de Staat namens de OR de overeenkomst sluit. Vanwege dit gevolg is de Staat gehouden de Europese aanbestedingsregels te volgen, aldus de Staat. Hierin kan de kantonrechter de Staat niet volgen.

Het gegeven dat een ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft staat er niet aan in de weg dat deze rechtshandelingen kan verrichten en in rechte kan optreden, mits dit een wettelijke basis heeft. In de WOR is in dit verband opgenomen dat een ondernemingsraad zelfstandig procedures kan volgen (op basis van de artikelen 25, 26 en 27 WOR) en dat hij ex art. 16 WOR een deskundige kan inschakelen. Dit houdt dan ook in dat een ondernemingsraad weliswaar geen algemene proces- of contracteerbevoegdheid heeft, maar wel voor specifieke, in de WOR genoemde aangelegenheden. Dat de kosten van de deskundige ex art. 22 WOR voor rekening van de ondernemer komen (mits deze daarvoor vooraf is ingelicht), houdt niet in dat de ondernemer de overeenkomst sluit in plaats van een ondernemingsraad. Daar komt bij dat het sluiten van de overeenkomst met de deskundige door de Staat niet past binnen de verhouding tussen de deskundige en de OR. De deskundige dient immers in vrijheid en onafhankelijkheid de OR te adviseren en zulks kan onder druk komen te staan indien de Staat als contractpartij/opdrachtgever fungeert. Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat de OR de overeenkomst sluit met de deskundige. 6. De stelling van de Staat dat in deze zaak de Europese aanbestedingsregels gelden omdat de Staat de overeenkomst sluit, borduurt voort op het hiervoor verworpen standpunt dat de OR niet zelf overeenkomsten kan aangaan. Nu de OR wel zelfstandig overeenkomsten kan sluiten op basis van art. 16 WOR, wordt daarmee dit standpunt van de Staat omtrent de toepassing van de Europese aanbestedingsregels verworpen. Voorzover de Staat zich op het standpunt stelt dat deze regels ook gelden indien de OR de overeenkomst sluit, wordt dit standpunt eveneens verworpen. De Staat heeft in dit verband ter gelegenheid van de gevoerde procedure bij de Bedrijfscommissie (blijkens diens uitspraak) aangegeven dat de Europese aanbestedingsregels gelden voor elk lichaam, orgaan en elke dienst van de staat, ongeacht of deze rechtspersoonlijkheid heeft of niet en dat daaronder ook de OR is begrepen. Dit standpunt deelt de kantonrechter niet. In Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: de Richtlijn), is aangegeven dat deze Richtlijn geldt voor overheidsopdrachten, waaronder blijkens artikel 1 worden verstaan:

“schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.”

Onder aanbestedende dienst wordt verstaan:

“de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder “publiekrechtelijke instelling” wordt iedere instelling verstaan

- a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en
- c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen diensten in de zin van deze richtlijn.”

Naar het oordeel van de kantonrechter kan de OR niet als aan-

bestedende dienst worden beschouwd, nu zij noch valt onder het eerste deel van de definitie daarvan, noch onder het deel “publiekrechtelijke instelling”, vanwege het ontbreken van het cumulatieve onderdeel “rechtspersoonlijkheid”. Verder is bij de implementatie van de Richtlijn de WOR niet gewijzigd, zodat daarin evenmin een aanknopingspunt voor het standpunt van de Staat kan worden gevonden.

Verder heeft de Staat zich beroepen op het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, waarin volgens de Staat de Richtlijn is geïmplementeerd. In art. 1 onder 1 wordt als aanbestedende dienst gedefinieerd: “de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.”

Nu de OR niet onder deze definitie valt, is ook op deze basis geen grond voor toepassing van de genoemde regels op de OR. 7. Voorts is een ondernemingsraad een zelfstandig medezeggenschapsinstituut, dat een geheel eigen positie inneemt, met verankering in de WOR. Deze eigen positie is ook de kennelijke bedoeling geweest van de regering, blijkens de memorie van toelichting bij de herziening van de WOR (zitting 1969-1970 – 10335, MvT nr. 3). Hierin wordt door de regering gesteld dat de nieuwe Wet op de ondernemingsraden beoogt een bijdrage te zijn tot vergroting van de medezeggenschap van de werknemers in de onderneming. Hierbij gaat het, aldus de regering, niet alleen om vergroting van de directe medezeggenschap van de werknemers ten aanzien van hun eigen arbeidsvoorwaarden en de arbeidsomstandigheden, maar vooral om vergroting van hun medezeggenschap ten aanzien van het algemene ondernemingsbeleid.

8. In dit kader vervult de OR een van de bestuurder en onderneming onafhankelijke positie, met ook waarborgen voor leden van een ondernemingsraad, zoals de extra ontslagbescherming. Een dergelijke positie staat haaks op de gedachte dat een ondernemingsraad deel uitmaakt van de onderneming, of zoals in het onderhavige geval, de Staat. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een ondernemingsraad loyaal zou moeten zijn aan het te voeren beleid van de onderneming, danwel instructies zou dienen op te volgen, terwijl zijn taak juist een kritische houding met zich kan brengen ook ten aanzien van (voorgenomen) ondernemingsbeleid.

9. Het voorgaande leidt ertoe dat nu de OR niet als lichaam, orgaan of dienst van de Staat kan worden beschouwd en ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op uitgaven van de OR ex art. 22 WOR, althans de OR niet aan die regels onderworpen is.

10. Hetzelfde geldt voor nationale inkoopregels en de regels die voortvloeien uit de Comptabiliteitswet. De Staat heeft hieromtrent aangegeven dat deze regels gelden voor alle uitgaven door de staat, dus ook voor uitgaven door de ondernemingsraad die voor rekening van de Staat komen. Naar het oordeel van de kantonrechter verhoudt een dergelijke gebondenheid aan deze regels zich niet met het bepaalde in de WOR, waar -ten aanzien van het onderhavige geschil- geen andere beperking wordt gesteld dan dat de uitgaven in het kader van art. 22 WOR redelijk dienen te zijn.

Voor toepassing van het bepaalde in de Comptabiliteitswet is geen aansluiting of steun te vinden in de WOR. Nu zowel de Comptabiliteitswet als de WOR wetten zijn in formele zin, is er ook geen rangorde in die zin dat de ene wet boven de ander gaat, zoals de OR terecht aanvoert. Het enkele gegeven dat de OR de overeenkomst sluit met de deskundige en dat Staat als ondernemer de kosten draagt, is onvoldoende om tot toepassing van de door de Staat voorgestane regels te concluderen.

11. Tenslotte heeft de Staat zich op het standpunt gesteld dat de Nederlandse inkoopregels toepasbaar zijn in het kader van de invulling van de redelijkheidstoets van art. 22 WOR. Dit standpunt gaat er evenwel aan voorbij dat de kosten van de deskundige ex art. 22 lid 2 WOR in beginsel door de ondernemer dienen te worden voldaan en dat met de redelijkheidstoets van art. 22 lid 1 WOR bedoeld is te toetsen of de kosten in verhouding tot de taak van de OR niet te hoog zijn. De inkoopregels van de Staat leiden evenwel tot een scala aan te vervullen bureaucratische regels, hetgeen zowel ter zitting naar voren is gekomen, alsook blijkt uit de brief van SSC DJI van 14 april 2011. Bovendien duiden de vragen van SSC DJI omtrent kennis en ervaring van de deskundige op een inhoudelijke, kwalitatieve toets omtrent de vaardigheden van de aan te stellen deskundige, hetgeen de redelijkheidstoets, die slechts de kosten zou moeten betreffen, te buiten gaat en zo ook de keuzevrijheid van de OR beperkt. Mede gelet op het tijdsverloop van de inkoopprocedure, die in het onderhavige geval, zo is onweersproken door de OR gesteld, zelfs negen maanden heeft bedragen, is sprake van een onaanvaardbare beperking van het recht van de OR een deskundige te raadplegen.

12. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de Staat art. 22 WOR niet juist heeft nageleefd door te zware en niet op de wet gebaseerde beperkingen voor het benoemen van een deskundige aan de OR op te leggen en deze tevens te beperken in zijn keuze van de deskundige. Het verzoek van de Staat wordt aldus afgewezen.

13. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt de Staat in de kosten veroordeeld.

666

Beslissing

De kantonrechter:

wijst het verzoek van de Staat af;

veroordeelt de staat in de kosten van het geding, aan de zijde van de OR bepaald op € 500,= aan salaris gemachtigde.

NOOT

1. De onderhavige beschikking van de Kantonrechter 's-Gravenhage ('kantonrechter') is interessant omdat daarin twee rechtsgebieden – het arbeidsrecht en het (Europese) aanbestedingsrecht – bijeenkomen. Kort gezegd staat daarin de vraag centraal of een ondernemingsraad ('OR') zich dient te houden aan het (Europese) aanbestedingsrecht en de Comptabiliteitswet.

2. De feiten waren als volgt. De Penitentiaire Inrichting Hoogeveen ('PI Hoogeveen') is een gevangenis en inrichting voor stelselmatige daders en als zodanig onderdeel van de Dienst Justitiële Inrichtingen van het Ministerie van Justitie. De OR van PI Hoogeveen wenst juridisch advies in te winnen over een lopende plaatsingsprocedure op grond van art. 16 jº art. 22 lid 2 WOR. De bestuurder van PI Hoogeveen heeft aangegeven dat de OR het inschakelen van een externe deskundige moet laten verlopen via het Shared Service Centre Dienst Justitiële Inrichtingen, aangezien dit naar zijn mening valt onder het Europese aanbestedingsrecht. De OR is echter van mening niet gebonden te zijn aan de Europese aanbestedingsregels, aangezien het medezeggenschapsorgaan geen onderdeel is van de Staat. Desondanks sluit de PI Hoogeveen met inachtneming van de Europese aanbestedingsregels een overeenkomst met een advocatenkantoor voor juridische bijstand van de OR. De OR wendt zich naar aanleiding daarvan tot de Bedrijfscommissie Overheid. De bedrijfscommissie stelt de OR in het gelijk en oordeelt dat de OR niet gehouden is de Europese aanbestedingsregels na te leven. Naar aanleiding daarvan start de

Staat (vertegenwoordigd door de bestuurder van PI Hoogeveen) een verzoekschriftprocedure in de zin van art. 36 WOR en verzoekt de kantonrechter om – onder meer – te bepalen dat de OR de Europese aanbestedingsregels dient toe te passen. De Staat stelt zich daarbij op het standpunt dat, aangezien de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft, deze geen rechtshandelingen kan verrichten, waaronder het geven van een opdracht aan een deskundige. Dit heeft volgens de Staat dus tot gevolg dat de Staat namens de OR de overeenkomst sluit. Vanwege dit gevolg is de Staat gehouden de Europese aanbestedingsregels te volgen, aldus de Staat.

3. Terecht stelt de kantonrechter de Staat op dit punt in het ongelijk. Het feit dat de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft, staat er immers niet aan in de weg dat deze rechtshandelingen kan verrichten en in rechte kan optreden indien de WOR (of een andere wet) daartoe een specifieke basis biedt, dan wel dit in het belang is van en wenselijk is voor een doelmatige vervulling van de taak die hem in de WOR is toegekend (zie bijv. Hof Amsterdam 10 juli 2012, LJN BX3148). De kantonrechter wijst erop dat de WOR op grond van art. 16 WOR zelfstandig een deskundige kan inhuren. Dit vloeit indirect mede voort uit art. 22 lid 2 WOR. Dat de kosten van de deskundige op grond van laatstgenoemde bepaling voor rekening van de ondernemer komen (mits deze daarover vooraf is ingelicht), houdt dus niet in dat de ondernemer de overeenkomst sluit in plaats van de OR. De kantonrechter motiveert zijn oordeel door erop te wijzen dat het sluiten van de overeenkomst met de deskundige door de Staat niet past binnen de verhouding tussen de deskundige en de OR, aangezien de deskundige de OR in vrijheid en onafhankelijkheid dient te kunnen adviseren. De kans is namelijk groot dat die vrijheid en onafhankelijkheid onder druk komt te staan als de ondernemer de (formele) opdrachtgever is. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat dit ook niet zou passen bij de onafhankelijke positie die de OR ten opzichte van de ondernemer dient te hebben. Niet voor niets heeft de wetgever als uitgangspunt van art. 22 WOR gekozen dat de ondernemer de door de OR gemaakte kosten dient te betalen en heeft zij daaraan – anders dan de SER aanvankelijk adviseerde (zie Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraden*, Den Haag: 1968, p. 32) – bewust niet de voorwaarde verbonden van voorafgaande goedkeuring door de ondernemer. De ondernemer zou daardoor namelijk teveel gelegenheid krijgen om door hem niet-gewenste activiteiten van de OR tegen te gaan (zie *Kamerstukken II 1969/70*, 10 335, nrs. p. 21; zie voorts E.L.J. Bruyninckx en G.W. van der Voet, 'Vergoeding van de kosten van deskundige ondersteuning van medezeggenschapsorganen niet goed geregeld', *Tap* 2010, p. 288 e.v.).

4. Vervolgens gaat de kantonrechter in op het subsidiaire standpunt van de Staat dat de OR zelf kan worden beschouwd als een 'aangebestedende dienst' die zich bij het inschakelen van een deskundige aan de Europese aanbestedingsregels dient te houden. De kantonrechter oordeelt dat de OR niet voldoet aan de definitie van het begrip 'aangebestedende dienst', omdat de OR geen rechtspersoonlijkheid bezit en daardoor niet kan worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling. Dit is, gelet op Europese jurisprudentie, echter te kort door de bocht.

5. Aangebestedende diensten zijn gehouden aan de naleving van het (Europese) aanbestedingsrecht. Naast de centrale overheid, decentrale overheden en waterschappen kunnen ook 'publiekrechtelijke instellingen' worden aangemerkt als aanbestedende diensten. Wil de OR kunnen worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling, dan moet volgens art. 1 lid 9 Aanbestedingsrichtlijn 2004/18 en art. 1.1 Aanbestedingswet sprake zijn van: (1) algemeen belang als doelstelling; (2)

rechtspersoonlijkheid en (3) overwegende overheidsinvloed. De laatste voorwaarde impliceert een sterke afhankelijkheid van de overheid c.q. andere aanbestedende diensten. Het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') hanteert een functionele uitleg bij het begrip publiekrechtelijke instelling, waaronder de voorwaarde 'rechtspersoonlijkheid' en 'algemeen belang doelstelling' (zie bijvoorbeeld HvJ EU d.d. 20 september 1988, zaak C-31/87 (*Beentjes*-arrest), r.o. 11 en 12 en HvJ EU d.d. 17 december 1988, zaak C-306/97, (*Connemara*-arrest)). Deze functionele uitleg hangt samen met bewerkstelling van het doel van de Aanbestedingsrichtlijn 2004/18, te weten het verwezenlijken van een interne (Europese) markt. In het *Beentjes*-arrest bepaalde het HvJ EU dat een plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling wel een aanbestedende dienst is, ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid. Van belang hierbij was dat de samenstelling en de taak bij wet was geregeld, nakoming van eventuele verplichtingen van de commissie door de Staat werden gegarandeerd en de Staat de opdracht die was uitgezet financierde. Een en ander is ook het geval ten aanzien van de OR, aangezien de samenstelling en taak van de OR bij wet (in de WOR) is geregeld en de werkzaamheden van de OR uiteindelijk door de Staat worden gefinancierd. Naar wij menen, dient derhalve het niet-beschikken over rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht niet in de weg te staan aan de Europeesrechtelijke kwalificatie van 'aanbestedende dienst'.

6. Daarmee is nog niet gezegd dat de OR ook daadwerkelijk kwalificeert als aanbestedende dienst. Daarvoor moet immers ook aan de overige twee (hierboven genoemde) voorwaarden zijn voldaan. Nu aan de eerste voorwaarde – de 'algemeen-belang-doelstelling' – in het algemeen vrij snel wordt voldaan, en de OR mede is ingesteld "(...) in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen" (art. 2 lid 1 WOR), zal de OR ons inziens de algemeen-belang-doelstellingen van de onderneming (de aanbestedende dienst) volgen, zodat aan deze voorwaarde lijkt te zijn voldaan. Of de OR ook voldoet aan de laatste voorwaarde – 'overwegende overheidsinvloed' – kan blijken uit de aanwezigheid van: (1) overheidsfinanciering, (2) toezicht op beheer van de instelling door de overheid, of (3) benoeming van bestuurders of toezichthouders door de overheid. Omdat de kosten die de OR maakt bij de uitoefening van zijn taak door de Staat worden vergoed, is onmiskenbaar sprake van overheidsfinanciering, zodat ook aan de laatste voorwaarde is voldaan.

7. Het lijkt er kortom op dat de kantonrechter – gelet op de ruime uitleg die daaraan wordt gegeven in de Europese jurisprudentie – in de onderhavige zaak ook heel goed tot het oordeel had kunnen komen dat de OR in kwestie wel beschouwd diende te worden als een 'aanbestedende dienst'. Overigens had dat nog niet automatisch behoeven te betekenen dat een Europese aanbestedingsprocedure had moeten worden georganiseerd. Voor juridisch dienstverlening ('2B dienst' volgens Bijlage 2B Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)) geldt namelijk een verlicht regime van Europees aanbesteden. Daarnaast zal de opdracht een zekere omvang moeten hebben om boven de Europese drempelwaarde van € 200.000,= uit te komen (deze drempelwaarde wordt om de twee jaar aangepast). Het dient dan dus bijvoorbeeld te gaan om raamcontracten van een zodanig lange duur en een zodanige omvang dat zij een waarde van minimaal € 200.000,= vertegenwoordigen. Uiteraard dient de OR in een dergelijke situatie wel in de gelegenheid te worden gesteld zelf de aanbestedingsprocedure te organiseren.

Een ander oordeel zou immers niet stroken met de noodzakelijke onafhankelijkheid van de OR.

G.W. van der Voet
M.J. Vidal
AKD

109

Kantonrechter Amsterdam
22 april 2013, nr. 14417746 KK EXPL 13-393,
LJN CA1918
(mr. Schlingemann)
Noot E.K.W. van Kampen

**Belgische werknemer. Bevoegdheid UWV.
Ontslagvergunning.**

UWV is op grond van art. 20 EEX-Vo bevoegd een ontslagvergunning te verlenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van een Belgische werknemer die in Spanje woont en in Nederland werkzaam is.

[EEX-Vo art. 20; Awb art. 4:1; BBA art. 6]

Werknemer is op 14 juni 1991 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Novacom. Laatstelijk is hij werkzaam als managing director. Werknemer bezit de Belgische nationaliteit, is woonachtig in Spanje en verrichtte zijn werkzaamheden gedurende 3 à 4 dagen per week in Amsterdam. In augustus 2012 heeft Novacom het UWV verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen en een verstoorde arbeidsrelatie. Werknemer heeft onder meer aangevoerd dat het UWV niet bevoegd is om een oordeel te geven over de rechtsverhouding tussen werknemer en Novacom, gelet op het bepaalde in art. 20 van de EEX Verordening 44/2001 (EEX-Vo). Het UWV heeft toestemming verleend "voor zover rechtens vereist, voor zover het BBA van toepassing is". Thans beroept werknemer zich op de vernietigbaarheid van de opzegging. Hij vordert loondoorbetaling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Of überhaupt het toestemmingsvereiste en de criteria daarvoor zoals neergelegd in het BBA en daaraan gekoppelde regelgeving van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen partijen kan thans in het midden blijven. Art. 1 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat de verordening van toepassing is in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. In de literatuur en jurisprudentie wordt aangenomen dat art. 20 slaat op door de werkgever gestarte procedures, zowel dagvaardingsprocedures als verzoeken ex art. 7:685 BW en wordt het standpunt gehuldigd dat de EEX-Vo niet op de BBA-procedure van toepassing is, zo heeft Novacom met vermelding van voorbeelden en vindplaatsen terecht opgemerkt.

In de onderhavige zaak heeft het UWV zich niet expliciet uitgelaten over haar eigen positie en bevoegdheid en in het midden gelaten of het BBA van toepassing is. In een eerdere zaak heeft de rechtsvoorganger van het UWV (het CWI) in een vergelijkbaar geval, waarin de werknemer eveneens niet in Nederland woonachtig was, zich wel uitdrukkelijk uitgesproken over zijn bevoegdheid en geoordeeld dat een verzoek om een ontslagvergunning een aanvraag is in de zin van art. 4:1 Awb, gericht aan een bevoegd bestuursorgaan (LJN BA5200). Anders dan door werknemer is betoogd, dient aan dat oordeel wel degelijk gewicht te worden toegekend. Immers, hij bepleit zelf dat het oordelend orgaan een gerecht is in de zin van