

6. De WMCZ: een juiste balans tussen wetgeving en zelfregulering?

‘Vergelijk waar het goed gaat en waar niet, en analyseer waarom.’

(Geelhoed 1985, p. 60.)

6.1 Inleiding

Bij de vormgeving van de WMCZ koos de minister voor ‘wettelijk geconditioneerde zelfregulering’.¹ Gezien de voordelen die aan deze vorm van wetgeving (kunnen) zijn verbonden, lijkt dit een logische keuze.² Toch bleek in paragraaf 3.6 tot en met 3.14 dat niet alleen het toepassingsgebied, maar ook de inhoud van de WMCZ omstreden is. De WMCZ, die volgens minister Borst beperkt diende te blijven tot ‘de cruciale en onmisbare aspecten van medezeggenschapsrecht’³, regelt volgens sommige critici te weinig, terwijl anderen juist weer menen dat de wet teveel regelt en daardoor bureaucratiserend werkt. Men kan zich dus afvragen wat eigenlijk dient te worden verstaan onder de cruciale en onmisbare aspecten van medezeggenschapsrecht, die niet aan zelfregulering kunnen worden overgelaten. In dit hoofdstuk wordt gezocht naar het antwoord op deze vraag. Daarbij wordt zowel gekeken naar de resultaten van de naar aanleiding van de WMCZ verrichte evaluaties, als naar de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO).⁴ Wellicht kan immers lering worden getrokken uit de ervaringen die in de loop der jaren met deze twee, veel oudere medezeggenschapswetten zijn opgedaan. De vergelijking met de WOR en de WMO vindt onderwerpsgewijs plaats, waarbij zoveel mogelijk de paragraafindeling uit hoofdstuk 3 wordt aangehouden (bedoeld worden paragraaf 3.6 tot en met 3.14). In dat kader zal de kritiek uit hoofdstuk 3 worden ge-

¹ Zie: subparagraaf 2.6.1.

² Deze voordelen kwamen aan de orde in subparagraaf 4.4.2.

³ *Handelingen II*, 6 september 1994, p. 88-5959.

⁴ De keuze voor deze twee medezeggenschapswetten is reeds toegelicht in paragraaf 1.4.

toetst aan de kwaliteitseisen voor de regelgeving.⁵ Hoewel de nadruk daarbij zal liggen op het subsidiariteitsvereiste, zullen – indien relevant – ook de overige kwaliteitseisen bij de beoordeling worden betrokken. In het kader van het subsidiariteitsvereiste zal onder meer worden getoetst aan de eisen die in de literatuur zijn geformuleerd ten aanzien van wettelijk geconditioneerde zelfregulering.⁶ In dat kader zullen vragen aan de orde komen als (1) wie krijgt de zelfreguleringsopdracht (2) vloeit die opdracht op logische wijze voort uit de daaraan ten grondslag liggende scheiding tussen de verantwoordelijkheid van de overheid en de verantwoordelijkheid van de zelfreguleerder(s) (3) is de zelfreguleringsopdracht duidelijk (4) laat de opdracht voldoende ruimte voor zelfregulering (5) zorgen de wettelijke randvoorwaarden voor voldoende flexibiliteit en (6) garanderen de wettelijke randvoorwaarden de totstandkoming een evenwichtige zelfregulering.⁷ Om de tweede vraag te kunnen beantwoorden, zal in dit hoofdstuk worden aangevangen met de scheiding van verantwoordelijkheden die aan de WMCZ ten grondslag ligt.

6.2 De aan de WMCZ ten grondslag liggende scheiding van verantwoordelijkheden

In subparagraaf 4.4.4 kwam aan de orde dat, alvorens de wetgever bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering overgaat tot het formuleren van de wettelijke randvoorwaarden, hij eerst een duidelijke scheiding moet aanbrengen tussen hetgeen behoort tot de verantwoordelijkheid van de overheid en hetgeen behoort tot de verantwoordelijkheid van de zelfregulerende partijen.⁸ Dit moet ook een verdedigbare scheiding zijn. De wetgever mag geen typische overheidsverantwoordelijkheden afschuiven. De wettelijke randvoorwaarden dienen vervolgens – zo bleek uit subparagraaf 4.4.4 – op een logische wijze uit deze verschillende verantwoordelijkheden voort te vloeien. Om te kunnen beoordelen of de wetgever bij de WMCZ aan deze eisen voldoet, is het dus van belang eerst te bekijken welke verantwoordelijkheidsverdeling aan de WMCZ ten grondslag ligt. Deze blijkt voor een belangrijk deel te kunnen worden afgeleid uit de wettekst zelf en uit de daarbij behorende memorie van toelichting.

Ten aanzien van de *zorgaanbieder* wees de minister erop, dat deze in de eerste plaats zelf voor zijn functioneren verantwoordelijk is.⁹ Het behoort tot zijn taak kwalitatief goede zorg te verlenen, wat onder meer inhoudt dat deze aansluit bij de wensen en behoeften van zijn cliënten (hetgeen volgens de minister alleen kon worden gerealiseerd door een geïnstitutionaliseerde vorm van cliënteninspraak te creëren). De zorgaanbieder werd daarom aangewezen als

⁵ Zie: subparagraaf 4.3.2.

⁶ Zie: subparagraaf 4.4.4

⁷ Deze vragen zijn afgeleid uit de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, zoals die aan de orde kwamen in subparagraaf 4.4.4.

⁸ Het begrip ‘verantwoordelijkheid’ heeft in het kader van dit onderzoek betrekking op de verdeling van taken en bevoegdheden (zie: subparagraaf 4.4.4).

⁹ Zie: subparagraaf 2.6.1.

zijnde primair verantwoordelijk voor de vormgeving van de medezeggenschap. Deze gedachtegang sluit aan bij het standpunt dat de regering in 1978 innam, naar aanleiding van het adviesrapport van de Commissie-Van der Burg. Het kabinet wees er toen tot tweemaal toe op, dat de instellingen primair zelf verantwoordelijk zijn voor hun democratisch functioneren en dat zij dus zelf zoveel mogelijk van de aanbevelingen van de Commissie-Van der Burg in hun statuten en medezeggenschapsreglementen moesten overnemen.¹⁰ Het uitgangspunt dat zorgaanbieders zelf primair verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de door hen geleverde zorg, sluit tevens aan bij het uitgangspunt van de Kwaliteitswet Zorginstellingen (KZi) en de daaraan voorafgaande Leidschendamconferenties.¹¹ Een tweede reden die door de minister werd genoemd voor het verantwoordelijk stellen van de zorgaanbieder voor de structuur van de medezeggenschap, was dat de zorgaanbieder zelf het best in staat zou zijn te beoordelen welke structuur aansluit bij de wensen, behoeften en mogelijkheden binnen zijn instelling.¹² Vanwege het inzicht dat het realiseren van daadwerkelijke medezeggenschap afhankelijk is van het bestaan van een niet door wetgeving af te dwingen mentaliteit of overtuiging, vond de minister het ten slotte ook logisch dat zoveel mogelijk zaken aan zelfregulering (in casu regulering door de zorgaanbieder) zouden worden overgelaten. De minister hoopte dat de bereidheid inhoud te geven aan medezeggenschap hierdoor zou toenemen.¹³

De verantwoordelijkheid van de *overheid* voor het democratisch functioneren van de zorginstellingen, baseerde de minister – zo bleek in subparagraaf 2.6.1 – op twee pijlers. De eerste dateerde nog uit de tijd van het advies van de Commissie-Van der Burg, te weten: ‘(...) het respect voor de menselijke waardigheid, hetgeen onder meer inhoudt dat mensen nimmer gereduceerd mogen worden tot objecten van zorg en leiding, doch dat zij een stem moeten hebben in de omstandigheden waarin zij leven en werken.’¹⁴ Deze grond lijkt te kunnen worden geschaard onder het begrip ‘publieke gerechtigheid’ dat Hirsch Ballin gebruikte toen hij een poging deed de kerntaken van de overheid te omschrijven.¹⁵ De tweede pijler betreft het feit dat de zorginstellingen zijn belast met de uitvoering van een overheidstaak ex artikel 22 lid 1 Gw en daartoe (voor het merendeel) met collectieve middelen worden gefinancierd.¹⁶ De overheid is daarom medeverantwoordelijk voor de kwaliteit van de door deze instellingen geleverde zorg. Omdat deze kwaliteit volgens de toenmalige minister d’Ancona door het ontbreken van het vrije marktmechanisme in de zorg onvoldoende was, in die zin dat het zorgaanbod onvoldoende aansloot op de zorgvraag en omdat een betere aansluiting van het zorgaanbod op de zorgvraag naar haar mening het best kon worden gestimuleerd door de toekenning van afdwingbare medezeg-

¹⁰ Zie: subparagraaf 2.3.3.

¹¹ Zie: subparagraaf 5.4.2.

¹² *Kamerstukken II* 1993-94, 23 041, nr. 5, p. 3.

¹³ In subparagraaf 4.4.2 bleek reeds dat vergroting van de bereidheid tot naleving, inderdaad behoort tot de voordelen die aan wettelijk geconditioneerde zelfregulering verbonden kunnen zijn.

¹⁴ Zie: subparagraaf 2.3.1.

¹⁵ Zie: subparagraaf 4.4.3.

¹⁶ Zie wederom: subparagraaf 4.4.3.

genschapsrechten aan cliënten, behoorde het volgens haar tot de taak van de wetgever ter zake met een regeling te komen.¹⁷ De wetgever diende daarbij naar de mening van de minister te volstaan met een minimum aan formele structuren en bepalingen, dat medezeggenschap ten aanzien van een aantal zaken zou veiligstellen. Vanwege het zeer diverse toepassingsgebied van de WMCZ, diende de wetgever daarbij zelfs nog terughoudender te zijn, dan bij de WDFZ (een voorafgaand wetsvoorstel, dat zich blijkens de daarbij behorende memorie van toelichting, ook reeds beperkte tot ‘enkele wettelijke basiseisen’).¹⁸ De zorgaanbieders kon dan zoveel mogelijk ruimte worden gelaten ten einde de medezeggenschapsregeling af te stemmen op de omstandigheden en wensen ter plekke. Terughoudendheid diende volgens minister d’Ancona tevens in acht te worden genomen uit respect voor het particuliere karakter van de zorginstellingen.¹⁹

De verantwoordelijkheid van de *cliëntenraad* is letterlijk af te leiden uit artikel 2 lid 1 WMCZ, waarin staat dat de cliëntenraad tot taak heeft om, binnen het kader van de doelstellingen van de instelling, in het bijzonder de gemeenschappelijke cliëntenbelangen te behartigen. De cliëntenraad is daarbij zelf verantwoordelijk voor het afdwingen van de bevoegdheden die de WMCZ hem toekent. Datzelfde geldt tot slot ook voor de *cliënten* (en voor hun belangenorganisaties). In de terminologie van Van Wijmen gesproken, zou men kunnen zeggen dat het gebruikmaken van de medezeggenschapsrechten en het afdwingen daarvan, valt onder het ‘goed patiëntschap’.²⁰ De ervaring leerde volgens minister d’Ancona in ieder geval dat, indien bij de cliënten weinig behoefte bestaat aan medezeggenschap, het afdwingen daarvan door de overheid weinig succesvol en zinvol is.²¹

6.3 Algemene begripsbepalingen

De WMCZ vangt – evenals de WOR en de WMO – aan met het geven van een omschrijving van de in de wet gehanteerde begrippen. In paragraaf 3.6 rezen

¹⁷ Een wettelijke regeling diende de medezeggenschapsrechten afdwingbaar te maken, waardoor zou worden voorkomen dat de cliënten op het punt van medezeggenschap afhankelijk zouden blijven van de goede wil – lees: willekeur – van de zorgaanbieder (zie: paragraaf 4.4.3).

¹⁸ Zie: subparagraaf 2.5.1.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 041, nr. 5, p. 2.

²⁰ In zijn oratie over ‘goed patiëntschap’ wijst Van Wijmen op het belang dat de patiënt (cliënt) de hem toegekende rechten en plichten kent en ermee om weet te gaan. Pas dan werkt het systeem volgens hem ten volle en kan men afrekenen met de gedachte dat de patiënt afhankelijk is en zich blind verlaat op de deskundigheid van de hulpverlener (zorgaanbieder). De relatie met de hulpverlener wordt dan evenwichtiger en gelijkwaardiger. In die zin vormen ‘goed hulpverlenerschap’ en ‘goed patiëntschap’ volgens Van Wijmen elkaars spiegelbeeld. Een zelfbewuste patiënt kent zijn verantwoordelijkheid en draagt actief bij aan een goede interactie met de hulpverlener, terwijl de hulpverlener er eer in stelt kwaliteit (is ‘verantwoorde zorg’) te leveren. Hij vat dit kernachtig samen met de leus: ‘Wie goed doet, goed ontmoet.’ (Zie: Van Wijmen 1996, p. 4 en 57.)

²¹ *Kamerstukken II* 1993-94, 23 041, nr. 5, p. 23. Zie verder: subparagraaf 6.10.2. In dit licht bezien is het opmerkelijk dat Van Wolde, in het ontwerp dat zij in haar proefschrift maakt van de Wet Cliëntenparticipatie Sociale Zekerheid (WCSZ), de naleving niet overlaat aan de cliënten(-organisaties), maar daarentegen een belangrijke rol toekent aan het bestuurlijk toezicht (zie: Van Wolde 2003, p. 298-303).

echter vragen met betrekking tot de duidelijkheid van enkele van deze omschrijvingen, namelijk die van het begrip ‘instelling’ en het begrip ‘cliënt’. Ook werd in deze paragraaf de aandacht gevestigd op het ontbreken van het begrip ‘bestuurder’. Is de wet hier te summier en daardoor in strijd met de kwaliteitsvereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid?²² Is de WMCZ op dit punt in strijd met de vereisten van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen (het rechtszekerheidsbeginsel), dan wel met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid? Om een antwoord te vinden op deze vragen zal een vergelijking worden getrokken met de omschrijving van soortgelijke begrippen in de WOR en de WMO.

6.3.1 Het begrip ‘instelling’

In subparagraaf 3.6.1 kwam naar voren dat het begrip ‘instelling’ in de WMCZ, zowel formele als materiële definities kent. Daarop kwam de kritiek dat deze verschillende definities tot verschillende (tegenstrijdige) uitkomsten kunnen leiden. De formele definitie kan er in sommige gevallen namelijk toe leiden dat de cliëntenraad op een hoger niveau moet worden ingesteld, dan wanneer de materiële definitie van toepassing zou zijn geweest. Vanwege dit verschil in uitkomst en omdat de materiële definitie meer aansluit bij de gedachte die aan de WMCZ ten grondslag ligt – om medezeggenschap zo dicht mogelijk bij de ‘leefvloer’ te laten plaatsvinden – hebben de minister en de staatssecretaris voorgesteld nog slechts de materiële definitie als uitgangspunt te hanteren.²³ Dit zou volgens hen tot gevolg hebben dat de cliëntenraad verplicht wordt gesteld voor elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorische verband, dat onderdeel uitmaakt van een instelling die is toegelaten op grond van de Zfw of de AWBZ.²⁴ Deze wijziging zal naar verwachting inderdaad leiden tot een meer consequente uitwerking van de aan de WMCZ ten grondslag liggende gedachte. Toch is daarmee nog steeds geen helderheid gecreëerd omtrent de vraag wat precies dient te worden verstaan onder ‘een instelling die is toegelaten op grond van de Zfw of de AWBZ’.²⁵ Mede gezien de op handen zijnde herziening van het zorgstelsel²⁶, is het daarom op grond van de vereisten van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen (het rechtszekerheidsbeginsel) en de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid raadzaam in de wet zelf expliciet te noemen op wat voor soort instellingen de WMCZ precies van toepassing is.

Ook op het punt van de materiële definitie van het begrip ‘instelling’ bestaat in de praktijk nog steeds onduidelijkheid. Aan de landelijke geschillencommissie voor de GGz bijvoorbeeld, werd verscheidene malen de vraag voor-

²² Zie voor de kwaliteitseisen voor de regelgeving: subparagraaf 4.3.2.

²³ *Kamerstukken II* 2001-02, 27 807, nr. 15, p. 4.

²⁴ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 000 XVI, nr. 78, p. 6.

²⁵ Zie: subparagraaf 3.6.1 over de onduidelijkheid in ‘de formele benadering’.

²⁶ Bij de herziening van het zorgstelsel komt het ziekenfonds te vervallen. Daarnaast zullen delen van de AWBZ-zorg worden overgebracht naar particuliere verzekeraars. (Zie: subparagraaf 5.4.2.)

gelegd op welk niveau binnen de zorgorganisatie (veel zorgaanbieders houden meerdere vestigingen in stand) de cliëntenraad nu precies dient te worden ingesteld: op locatieniveau, op divisie-/clusterniveau of – al dan niet per zorgcircuit²⁷ – op directieniveau? Fusies leiden er in de praktijk vaak toe dat aan het begrip ‘instelling’ opeens een andere interpretatie wordt gegeven.²⁸ Werd er aanvankelijk van uitgegaan dat de verschillende locaties ieder een aparte instelling in de zin van de WMCZ vormden, na de fusie worden clusters, divisies en soms zelfs hele zorgorganisaties als ‘instelling’ aangemerkt. Ten gevolge daarvan komen de cliëntenraden op locatieniveau te vervallen of worden omgedoopt tot ‘locatiecommissies’. De toenmalige minister en staatssecretaris van VWS, Borst en Vliegheart, hebben – in de hoop meer duidelijkheid te creëren – naar aanleiding hiervan voorgesteld het begrip ‘instelling’ te vervangen door het begrip ‘zelfstandig optredend organisatieverband’.²⁹ Dit in navolging van een aanbeveling daartoe uit het evaluatierapport, dat inmiddels naar aanleiding van de WMCZ was verschenen.³⁰ Maar is de huidige definitie van het begrip ‘instelling’ nu wel echt zo onduidelijk?

In de memorie van toelichting bij de WMCZ verwees de minister wat betreft de betekenis van deze definitie naar de uitleg die aan het begrip ‘onderneming’ in de WOR wordt gegeven. Het begrip ‘onderneming’ kent namelijk – zo bleek eerder al in subparagraaf 3.6.1 – een zelfde soort materiële definitie als het begrip ‘instelling’.³¹ In dit opzicht wijken de WMCZ en de WOR af van de WMO, omdat de wetgever in die laatste wet bij de definiëring van het begrip ‘school’, uitsluitend voor een formele benadering koos.³² Een vergelijking met de WMO is in dit verband dus weinig zinvol. Een vergelijking met de WOR is daarentegen des te interessanter. Deze vergelijking leidt namelijk tot de conclusie dat de verwarring omtrent de betekenis van de definitie die zowel voor het begrip ‘instelling’ als voor het begrip ‘onderneming’ wordt gehanteerd, opmerkelijk is. De wetgever heeft deze definitie in 1971 namelijk juist in de WOR opgenomen met het oogmerk het ondernemingsbegrip zo objectief mogelijk te omschrijven, ten einde willekeurig bij de toepassing van de wet zoveel mogelijk uit te sluiten.³³ Er moest zo weinig mogelijk verschil van mening bestaan over het antwoord op de vraag, wanneer een organisatorisch verband een onderneming in de zin van de wet is en dus een ondernemingsraad moet hebben. Het criterium ‘het in de maatschappij als zelfstandige eenheid optreden van het be-

²⁷ Een ‘zorgcircuit’ is een onderdeel van de zorgorganisatie dat zich bezig houdt met een specifieke vorm van zorg en in die hoedanigheid over meerdere locaties verspreid kan zijn.

²⁸ Zie: subparagraaf 5.2.1.

²⁹ *Kamerstukken II* 2001-02, 27 807, nr. 15, p. 4.

³⁰ De evaluatiecommissie had voorgesteld om de term ‘instelling’ te vervangen door de term ‘organisatorische eenheid’. Daarbij kon het volgens de commissie zowel om een locatie als om een zorgcircuit gaan. (Zie voor de aanbevelingen van de evaluatiecommissie: subparagraaf 5.2.3. Zie voorts: Evaluatierapport WMCZ 2000, p. 34 en 35.)

³¹ Bij het begrip ‘onderneming’ gaat het eveneens om een ‘in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband’ (artikel 1 lid 1 sub c WOR).

³² In artikel 1 lid 1 sub b WMO wordt het begrip ‘school’ gedefinieerd als ‘een school gefinancierd op grond van’, waarna een aantal wetten wordt opgesomd.

³³ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 11, p. 3.

trokken organisatorische verband' was volgens de wetgever het meest geschikt om het hierboven omschreven doel te bereiken. De eis van een zekere zelfstandigheid was noodzakelijk, omdat anders ieder onderdeel van een bepaalde arbeidsgemeenschap, dat op zichzelf ook weer een organisatorische eenheid vormt, als een onderneming in de zin van de wet zou moeten worden beschouwd. Door die zelfstandigheid vervolgens te betrekken op het optreden naar buiten, in de maatschappij, en niet op de interne, al dan niet juridische verhoudingen binnen een bepaalde organisatie of groep van organisaties, werd een vrij gemakkelijk hanteerbare maatstaf verkregen en werd een moeilijk en langdurig onderzoek van die interne verhoudingen, dat tot allerlei subjectieve beslissingen zou kunnen leiden, voorkomen.

Tegen deze achtergrond is het nog maar de vraag of de door de minister van VWS nieuw voorgestelde definitie van het begrip 'instelling' wel een verbetering is. Het criterium van zelfstandigheid wordt daarin namelijk niet langer betrokken op het optreden naar buiten toe, maar slechts op de interne organisatie. De vraag naar het niveau waarop de cliëntenraad dient te worden ingesteld, wordt daardoor juist afhankelijk van de interpretatie en willekeur van de zorgaanbieder. De zorgaanbieder kan zijn interne organisatie dan immers dusdanig vormgeven, dat de cliëntenraad op een zo hoog mogelijk niveau moet worden ingesteld. Niet de huidige, maar de nieuw voorgestelde definitie is daarmee dus in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, en bovendien in strijd met de bedoeling die aan de WMCZ ten grondslag ligt, namelijk om medezeggenschap zo dicht mogelijk bij de 'leefvloer' te doen plaatsvinden.³⁴

Hoewel de huidige (materiële) definitie van het begrip 'instelling' niet onduidelijk is, leidt deze in de praktijk – gezien de tendens verzorging en huisvesting van cliënten zoveel mogelijk in (zeer) kleine eenheden te doen plaatsvinden – op het punt van de uitvoerbaarheid wel degelijk tot problemen.³⁵ Dat deze problemen zich in de praktijk zouden gaan voordoen, was ten tijde van de totstandkoming van de WMCZ echter reeds te voorzien. In 1971 had de wetgever daar bij de wijziging van de WOR dan ook rekening mee gehouden. Hoewel de wetgever van mening was dat de definitie van het begrip 'onderneming' in de meeste gevallen zeer goed zou aansluiten bij de sociologische werkelijkheid³⁶, was hij zich tegelijkertijd bewust van de mogelijkheid dat dit niet altijd het geval zou zijn.³⁷ Voor deze uitzonderingssituaties bood de WOR destijds daarom onder meer de mogelijkheid voor de bedrijfscommissie, om op verzoek te bepalen

³⁴ Om deze reden was de Landelijke Organisatie Cliëntenraden (LOC) het niet eens met de aanbeveling van de evaluatiecommissie de term 'instelling' te vervangen door het begrip 'organisatorische eenheid'. De LOC noemde dit begrip 'vaag' en achtte de kans op meningsverschillen daardoor groot. Voorts vreesde de LOC dat door deze onduidelijkheid ongewenste situaties zouden ontstaan, waarbij cliëntenraden op locatieniveau zouden verdwijnen en – in strijd met de strekking van de WMCZ – op het hogere cluster-/divisieniveau zouden worden gesitueerd. (Zie: LOC-rapport 2001, p. 4.)

³⁵ Zie: subparagraaf 3.6.1.

³⁶ De wetgever was van mening dat een arbeidsgemeenschap die in de maatschappij als een zelfstandige eenheid optreedt, juist door de binding die daardoor ontstaat – door het gezamenlijk produceren en/of aanbieden van goederen of diensten – een sociologische eenheid vormt, voor welke het zinvol is om als onderneming in de zin van de WOR te worden beschouwd.

³⁷ *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 11, p. 4.

dat meerdere vestigingen – die volgens de definitie eigenlijk allemaal afzonderlijke ondernemingen waren – tezamen moesten worden aangemerkt als één onderneming in de zin van de WOR.³⁸ Later is deze mogelijkheid vervangen door de mogelijkheid voor de ondernemer zelfstandig een gemeenschappelijke ondernemingsraad voor meerdere van zijn ondernemingen in te stellen, indien dit in het belang van een goede toepassing van de wet noodzakelijk is (artikel 3 WOR).³⁹ Bovendien kent de WOR een instellingsgrens. Er hoeft pas een OR te worden ingesteld indien er ten minste 50 werknemers bij de onderneming werkzaam zijn (artikel 2 lid 1 WOR).

Geconcludeerd kan dus worden dat het niet zozeer de definitie van het begrip ‘instelling’ is, die in strijd is met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, maar het feit dat de WMCZ geen instellingsgrens kent, en ook niet de mogelijkheid bevat tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad (waarover meer in paragraaf 6.4). Het feit dat de minister geen regeling heeft getroffen voor die gevallen waarin de definitie toch niet goed aansluit bij de werkelijke situatie, doet vermoeden dat zij de definitie en de implicaties daarvan bij de vormgeving van de wet niet goed heeft doordacht. Anders zou haar in een vroeg stadium reeds duidelijk zijn geworden, dat de cliëntenraad ten gevolge van deze definitie in sommige gevallen misschien wel erg laag in de organisatie zou gaan functioneren. Blijkens de recent voorgestelde wijziging van deze definitie heeft de huidige minister de materie thans nog steeds niet goed doordacht. Daarmee geeft de minister aan zelf ook niet goed voor ogen te hebben, op welk niveau binnen de zorgorganisatie de cliëntenraad nu precies dient te functioneren. Duidelijk mag zijn dat het de zorgaanbieders zijn die van deze rechtsonzekerheid profiteren.⁴⁰

6.3.2 Het begrip ‘cliënt’

Op de definitie van het begrip ‘cliënt’ – ‘een natuurlijke persoon ten behoeve van wie de instelling werkzaam is’ – kwam met name kritiek van de kant van de Raad van State.⁴¹ Het begrip zou te ruim zijn omschreven, waardoor niet ten aanzien van alle instellingen direct duidelijk zou zijn wie daar nu allemaal precies onder vallen. Met andere woorden, de WMCZ is op dit punt mogelijk in strijd met de kwaliteitsvereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Wanneer de vergelijking wordt getrokken met de definitie van het werknemersbegrip uit de WOR, dan blijkt de definitie van het begrip ‘cliënt’ inderdaad wat summier te zijn.⁴² Op zich is dit niet zo verwonderlijk omdat de definitie van het werknemersbegrip rechtstreeks bepalend is voor het antwoord op de

³⁸ Artikel 2 lid 2 WOR (1971).

³⁹ Zie: *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nrs. 1-2.

⁴⁰ Zie: paragraaf 5.2.1.

⁴¹ Zie: subparagraaf 3.6.2.

⁴² In artikel 1 lid 2 tot en met 4 WOR wordt een vrij gedetailleerde omschrijving gegeven van het begrip ‘in de onderneming werkzame personen’.

vraag of aan de instellingsgrens uit artikel 2 lid 1 WOR is voldaan (zoals in de vorige subparagraaf reeds aan de orde kwam, kent de WMCZ een dergelijke instellingsgrens niet). Bovendien kent de WOR ten aanzien van de samenstelling van de ondernemingsraad, zowel een actief als een passief kiesrecht aan werknemers toe (artikel 6 lid 2 en 3 WOR). Hoewel de WMO geen instellingsgrens kent, kent ook deze wet bij de samenstelling van het medezeggenschapsorgaan een actief en passief kiesrecht toe aan – in dit geval – leerlingen en/of hun ouders (artikel 3 lid 3 en 5 WMO). Dit is mogelijk een verklaring voor het feit dat ook het begrip ‘leerling’ gedetailleerder is omschreven dan het begrip ‘cliënt’.⁴³ De cliëntenraad hoeft namelijk niet per se te worden samengesteld door en uit de cliënten zelf, maar mag ook worden samengesteld uit personen die zich anderszins met het lot van de cliënten kunnen vereenzelvigen.

Verder is opvallend dat de Raad van State deze kritiek niet heeft geuit op de definitie van het begrip ‘cliënt’ uit het aan de WMCZ voorafgaande wetsvoorstel – de WDFZ – terwijl deze vrijwel hetzelfde was als de huidige omschrijving.⁴⁴ Kennelijk was toen – gezien het veel beperktere toepassingsgebied van de WDFZ – wel ten aanzien van alle instellingen duidelijk welke personen werden bedoeld.⁴⁵ De omstreden uitbreiding van het toepassingsgebied van de WMCZ is er vermoedelijk dus de oorzaak van, dat niet in alle gevallen duidelijk is wie precies tot de cliënten van de instelling gerekend moeten worden (denk aan zorginstellingen met een zeer vlottend en soms zelfs anoniem cliëntenbestand, zoals bij telefonische hulpdiensten).

Toenmalig minister d’Ancona zei het begrip ‘cliënt’ bewust ruim te hebben omschreven, omdat zij de zorgaanbieder beter in staat achtte zijn cliëntengroep af te bakenen. Op grond van het deskundigheidsargument liet de minister de zorgaanbieder hier dus ruimte voor zelfregulering.⁴⁶ Gezien de diversiteit en gevarieerdheid van het toepassingsgebied van de WMCZ lijkt deze keuze van de minister begrijpelijk. De ruime omschrijving lijkt noodzakelijkerwijs voort te vloeien uit de complexiteit van het zorgveld.⁴⁷ Toch bleek in subparagraaf 5.2.2 dat in de praktijk niet iedere zorgaanbieder duidelijk voor ogen heeft wat hij precies onder het begrip ‘cliënt’ dient te verstaan. Zo vragen ziekenhuisinstellingen zich af of het alleen om de opgenomen patiënten gaat, of ook om de duizenden mensen die dagelijks op de poli komen, dan wel om alle inwoners uit hun werkgebied. In het kader van de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid was het dus beter geweest indien de wetgever in ieder geval duidelijkheid had gecreëerd omtrent de vraag of onder het begrip ‘cliënt’ alleen

⁴³ In artikel 1 sub *d* WMO wordt het begrip ‘leerlingen’ omschreven als: ‘leerlingen in de zin van de Wet op het basisonderwijs, de Interim-wet op het speciaal onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs.’

⁴⁴ In artikel 1 lid 3 WDFZ werd het begrip ‘cliënt’ omschreven als: ‘natuurlijk personen in wier belang de instelling bij de realisering van haar doelstellingen werkt’ (zie: *Kamerstukken II* 1988-89, 20 888, nrs. 1-2, p. 2).

⁴⁵ De WDFZ was alleen van toepassing op intramurale zorginstellingen waar cliënten duurzaam verblijven (zie: subparagraaf 2.5.1).

⁴⁶ Zie: subparagraaf 4.4.2.

⁴⁷ Zoals bleek in subparagraaf 4.3.2 kan het stellen van vage normen noodzakelijkerwijs voortvloeien uit de complexiteit van de samenleving.

die personen dienen te worden begrepen die op dat moment ‘onder behandeling staan’ en dus een ‘klantrelatie’ met de instelling hebben, of dat daar – bij instellingen die doorgaans maar zeer kortstondig contact met hun cliënten hebben – ook de potentiële ‘klanten’ van de instelling toegerekend moeten worden. Omdat de WMCZ voor de eerstgenoemde personen is bedoeld – zij zijn immers degenen die van de zorg afhankelijk zijn en behoefte hebben aan zorg die op hun wensen en behoeften aansluit – is het logischer en bovendien duidelijker, het begrip ‘cliënt’ de omschrijving te geven van ‘de natuurlijke persoon aan wie de instelling zorg verleent’. Dit was ook vanuit het oogpunt van de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid beter geweest. Minister d’Ancona voorzag destijds dan wel niet dat de ruime omschrijving van het begrip ‘cliënt’ tot uitvoeringsproblemen zou leiden⁴⁸, als het voor de zorgaanbieder niet duidelijk is wat hij precies onder het begrip ‘cliënt’ dient te verstaan, is het voor hem lastig een cliëntenraad in te stellen die representatief is voor deze cliënten.⁴⁹ De voorgestelde definitie van het begrip ‘cliënt’ zal meer duidelijkheid verschaffen omtrent de vraag of de ingestelde cliëntenraad representatief is voor de cliënten. Ook zal duidelijk blijken wanneer het instellen van een representatieve cliëntenraad niet mogelijk is. Indien de aanbeveling uit hoofdstuk 5 om de artikelen 2 tot en met 7 WMCZ van driekwart-dwingend recht te maken, wordt opgevolgd, heeft de zorgaanbieder in dat geval een goede onderhandelingspositie om in overleg met het RPCP te komen tot een beter passende vorm van cliëntenparticipatie. Wordt de voorgestelde (engere) definitie in de WMCZ overgenomen, dan verdient het tot slot aanbeveling het begrip ‘cliënt’ in artikel 9 en 10 van de WMCZ te vervangen door ‘iedere belanghebbende’. Deze artikelen hebben immers ook betrekking op potentiële cliënten, vertegenwoordigers van cliënten, cliëntenorganisaties en, in geval van artikel 9, op ex-clianten.

6.3.3 Het ontbreken van het begrip ‘bestuurder’

In subparagraaf 3.6.3 kwam aan de orde dat in de WMCZ – anders dan in de WOR en de WMO – geen vaste overlegpartner voor de cliëntenraad wordt aangewezen. Hoewel de minister daaraan geen expliciete overweging heeft gewijd, heeft zij dit vermoedelijk aan zelfregulering willen overlaten. Maar aan zelfregulering door wie? Door de zorgaanbieder alleen of door de zorgaanbieder en de cliëntenraad tezamen? En wat voor personen komen zoal in aanmerking om de zorgaanbieder te vertegenwoordigen bij het overleg? Is dat alleen degene die bevoegd is om het adviesplichtige besluit te nemen, of kunnen ook andere per-

⁴⁸ Zij wees daarbij op het feit dat de WMCZ in het teken staat van de behartiging van gemeenschappelijke cliëntenbelangen en vrijwel geen rechten toekent aan individuele cliënten. Het recht van individuele cliënt naleving van de WMCZ te vorderen op grond van artikel 10 lid 1 WMCZ en diens recht om op grond van artikel 9 WMCZ inzage te krijgen in, en afschriften te krijgen van de in dat artikel genoemde openbare stukken, vormen hierop een uitzondering. De minister meende echter dat, mocht het tot een procedure komen, de rechter wel in staat zou zijn om het begrip ‘cliënt’ nader in te vullen (zie: subparagraaf 3.6.2).

⁴⁹ Zie: subparagraaf 5.2.2.

sonen daarvoor in aanmerking komen (zoals bijvoorbeeld het hoofd van de instelling)? Geconcludeerd kan worden dat een duidelijke zelfreguleringsopdracht op dit punt ontbreekt. Overigens kan men zich afvragen of het aanwijzen van de gesprekspartner van de cliëntenraad überhaupt wel behoort tot de zaken die aan zelfregulering kunnen worden overgelaten. Reden om eens te kijken waarom ten aanzien van dit punt destijds wel een regeling is opgenomen in de WOR en de WMO en hoe die is vormgegeven.

Blijkens artikel 23 lid 4 WOR is de ‘bestuurder’ degene die de ondernemer vertegenwoordigt bij het overleg met en het vragen van advies dan wel instemming aan de ondernemingsraad. De ondernemer is immers in veel gevallen een rechtspersoon, die voor zijn vertegenwoordiging afhankelijk is van natuurlijke personen. Het begrip ‘bestuurder’ kwam reeds voor in de WOR uit 1950. De wet gaf toen nog geen omschrijving van het begrip, maar gebruikte het in de combinatie ‘het hoofd of de bestuurder van de onderneming’. Blijkens de memorie van toelichting bij artikel 7 van die wet, dacht de wetgever aan een uit één of meer leden bestaande ‘leiding’ of ‘directie’.⁵⁰ Elk lid daarvan was gekwalificeerd om het overleg met het personeel te voeren, zodat zij elkaar konden vervangen. Bij wetwijziging in 1971 werd het begrip ‘bestuurder’ opgenomen in de begrippenlijst van de WOR en kreeg het de omschrijving: ‘hij die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks het hoogste gezag uitoefent bij de leiding van de arbeid’ (artikel 1 lid 1 sub *e* WOR). De wetgever koos bewust voor de toevoeging ‘bij de leiding van de arbeid’, omdat anders gesuggereerd zou worden dat het zou gaan om een bestuurder met de algemene leiding die geen specifieke taak zou mogen hebben, waardoor het hoofd personeelszaken onbedoeld zou worden uitgesloten.⁵¹ Zo’n algemene bestuurder zou wel eens niet rechtstreeks betrokken kunnen zijn bij de leiding van de arbeid.⁵² De essentie van deze definitie is dus dat de ondernemingsraad iemand tegenover zich krijgt die: (a) zo hoog mogelijk geplaatst is *binnen*⁵³ de onderneming en (b) bevoegd is ten aanzien van aangelegenheden die het personeel betreffen.

Op deze definitie kwam in de jaren ’80 onder meer kritiek van Honée en Van Vliet. Honée merkte op dat de wetgever onvoldoende rekening hield met het feit dat beleid en uitvoering in complexe organisaties doorgaans niet in één persoon zijn verenigd. Zo kan een filiaalchef als hoogste feitelijk leidinggevende worden aangemerkt als ‘bestuurder’ in de zin van de WOR, terwijl hij weinig of geen zeggenschap heeft wat betreft de aangelegenheden ten aanzien waarvan de

⁵⁰ Artikel 7 bepaalde dat het hoofd of de bestuurder van de onderneming, dan wel één der hoofden of bestuurders, lid en voorzitter van de OR was. (Zie voor de vindplaats en toelichting bij deze bepaling: *Kamerstukken II 1947-48*, 884, nrs. 1-2, p. 2 en nr. 3, p. 5.)

⁵¹ *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 6, p. 7 en 8.

⁵² Anders: Van der Heijden 2004, p. 32 en 33.

⁵³ Doordat begrip ‘bestuurder’ is gekoppeld aan het begrip ‘onderneming’, wordt de ‘bestuurder’ op een lager niveau gebracht (zie: Van der Heijden 2004, p. 32). De definitie suggereert zelfs dat de ‘bestuurder’ werkzaam is binnen de onderneming. Hoe zou hij anders feitelijk leiding kunnen geven aan de werknemers aldaar?

ondernemingsraad een advies- dan wel instemmingsrecht toekomt.⁵⁴ Van Vliet sloot zich bij deze kritiek van Honée aan. Volgens hem had de wetgever het veld opgezadeld met 'een antiek begrip bestuurder' dat wellicht nog thuishoorde in de WOR uit 1950, maar niet was afgestemd op het takenpakket van de huidige ondernemingsraad.⁵⁵ In de WOR uit 1950 was de ondernemingsraad namelijk slechts bevoegd te praten over secundaire arbeidsvoorwaarden en de gang van zaken *binnen* de onderneming. Bij wetwijzigingen in 1971 en 1979 kreeg de ondernemingsraad echter tevens bevoegdheden ten aanzien van ondernemingsoverstijgende aangelegenheden, zoals de positie en het gedrag van de ondernemer op de markt. Daarom vond Van Vliet het niet reëel het overleg over al die aangelegenheden per definitie te laten verrichten door de 'bestuurder' zoals omschreven in de WOR. Ook Honée was van mening dat de wet er niet toe dwong het begrip 'bestuurder' te relateren aan het ondernemingsbegrip.⁵⁶ Beiden waren van mening dat de wetgever op dit punt teveel regelde en dat aan ondernemer zelf de keus zou moeten worden gelaten of, en zo ja door wie, hij zich liet vertegenwoordigen. De ondernemingsraad zou deze keus moeten respecteren, tenzij deze apert onredelijk was.⁵⁷ Ten aanzien van een filiaal dacht Honée daarbij aan de keus tussen óf een filiaalhouder óf een bestuurder van de vennootschap (ervan uitgaande dat de ondernemer een rechtspersoon is).⁵⁸ Van Vliet dacht aan een ruimere keuzemogelijkheid.⁵⁹ Volgens hem ging het erom, dat er een deskundige vertegenwoordiger (in juridische zin) bij de ondernemingraad aan tafel zou komen te zitten, die over de noodzakelijke bevoegdheden beschikt om namens de ondernemer overleg te voeren en hem bindende verklaringen af te leggen. Deze functie kon volgens Van Vliet worden uitgeoefend door elk door de ondernemer competent geachte persoon. Deze zienswijze stemt in principe overeen met de (beperkte) vervangingsregeling uit artikel 23 lid 5 WOR. Blijkens de wetsgeschiedenis bij deze bepaling kan de 'bestuurder' zich slechts laten vervangen door iemand die over 'zodanige bevoegdheden beschikt, dat reëel overleg kan worden gevoerd'.⁶⁰ Uit deze vrij strikte vervangingsregeling kan echter tevens worden afgeleid dat de wetgever niet heeft gewild dat de ondernemingsraad per geval steeds weer met een andere gesprekspartner zou worden gecon-

⁵⁴ Dit probleem wordt volgens Honée veroorzaakt doordat de wetgever bij de kwalificatie van het begrip 'bestuurder' aansluiting heeft willen zoeken bij het begrip 'onderneming' en dat (evenals het begrip 'onderneming') heeft willen abstraheren van de juridische verhoudingen, van de rechtsvorm waaraan de onderneming haar juridische identiteit ontleent. Van volledige abstractie kan volgens Honée echter geen sprake zijn, omdat zeggenschap en bestuur nu eenmaal wortelen in juridische verhoudingen. Op grond van het recht berust de zeggenschap in beginsel bij de 'ondernemer' (als zijnde degene die de onderneming in stand houdt). Het is daarmee ook de ondernemer die bepaalt of en in hoeverre hij zeggenschap delegeert aan de 'bestuurder'. (Zie: Honée 1981, p. 88 en 89.)

⁵⁵ Van Vliet 1982, p. 65.

⁵⁶ Honée 1981, p. 89.

⁵⁷ Honée 1981, p. 89 en 90.

⁵⁸ Dit zou volgens Honée het geval kunnen zijn, indien de ondernemer een functionaris buiten het bestuur van de vennootschap aanwijst, die in de onderneming (het filiaal) geen leidinggevende positie inneemt (zie: Honée 1981, p. 88).

⁵⁹ Van Vliet 1982, p. 66.

⁶⁰ Zie de toelichting bij het amendement van Tweede Kamer-lid Poppe (*Kamerstukken II 1978-79*, 13 954, nr. 191).

fronteerd.⁶¹ Vanuit het oogpunt van continuïteit zou de ondernemer bij zijn vertegenwoordiging dus ook weer niet eindeloos moeten kunnen variëren, hetgeen pleit voor een beperkte keuzemogelijkheid (zoals bijvoorbeeld Honée voorstond). Mocht er naast deze vaste gesprekspartners dan nog iemand zijn die in het bijzonder met de behandeling van een bepaald onderwerp is belast, dan zou die persoon de gesprekspartner van de ondernemingsraad desnoods tijdens het overleg kunnen bijstaan (conform artikel 23 lid 6 WOR).⁶²

In tegenstelling tot de WOR laat de regeling van het overleg in de WMO wel ruimte voor zelfregulering. De WMO bepaalde in 1981 reeds dat het 'bevoegd gezag'⁶³ in principe het overleg voert met de medezeggenschapsraad (MR), maar dat in het medezeggenschapsreglement kan worden geregeld dat het bevoegd gezag zich bij die besprekingen laat vertegenwoordigen (artikel 5 lid 1 WMO 1981). De wetgever realiseerde zich namelijk dat het voor een bevoegd gezag dat een aantal scholen in stand houdt, bezwaarlijk of zelfs praktisch onmogelijk kan zijn steeds zelf het overleg met de verschillende medezeggenschapsraden te voeren.⁶⁴ In een aantal gevallen zou de 'schoolleider' (de directeur of rector van een basisschool respectievelijk middelbare school)⁶⁵ bovendien de meest voor de hand liggende persoon zijn het bevoegd gezag te vertegenwoordigen.⁶⁶ Voorts wees de wetgever erop dat het hier gaat om een procedurevoorschrift. Het bevoegd gezag zou ook zonder dit wetsvoorschrift bevoegd zijn geweest om zich te laten vertegenwoordigen, maar het leek de wetgever beter dat dit expliciet zou worden geregeld in het door het bevoegd gezag op te stellen medezeggenschapsreglement.⁶⁷ Dan zouden alle partijen tenminste weten waar ze aan toe zijn. In tegenstelling tot de WMCZ bevatte de WMO uit 1981 dus wel een duidelijke zelfreguleringsopdracht.

De betreffende regeling is in de huidige WMO (uit 1992) gehandhaafd, zij het dat daarbij de mogelijkheid is opgenomen voor zowel de MR als het 'lid van de schoolleiding'⁶⁸ dat als gesprekspartner van de MR is aangewezen, het bevoegd gezag ten aanzien van een bepaalde besprekingen om ontheffing te zoeken.⁶⁹ In de memorie van toelichting wees de wetgever wederom op het risi-

⁶¹ Een ongelimiteerde vervangingsmogelijkheid zou volgens de toelichting bij het amendement van Poppe, de wenselijke continuïteit in het overleg met ondernemingsraad in gevaar brengen.

⁶² Zonder dat de ondernemingsraad steeds weer met een nieuwe 'bestuurder' wordt geconfronteerd, kan door deze regeling het overleg met de ondernemingsraad toch zo zinvol mogelijk plaatsvinden (zie: Timmerman 2000 (T&C *Arbeidsrecht*), art. 23 WOR, aant. 4).

⁶³ Het bestuur van de rechtspersoon die de school in stand houdt (artikel 1 sub c WMO 1981), vergelijkbaar met het begrip 'ondernemer' uit de WOR en het begrip 'zorgaanbieder' uit de WMCZ.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 20.

⁶⁵ Artikel 1 sub f WMO (1981).

⁶⁶ De 'schoolleider' is uit hoofde van zijn functie namelijk veelal belast met de voorbereiding en uitvoering van het ten aanzien van de school te voeren beleid. Ook staat hij ten aanzien van alle denkbare vertegenwoordigers het dichtst bij het schoolgebeuren.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nr. 7, p. 19.

⁶⁸ Het begrip 'schoolleiding' is in de WMO (1992) komen te vervallen en opgenomen bij de definitie van het begrip 'schoolleiding', waaronder zowel directeuren en rectoren als leden van de centrale directie, conrectoren en adjunct-directeuren worden begrepen (artikel 1 sub f).

⁶⁹ De wetgever kwam daarmee tegemoet aan kritiek uit een aan de wetswijziging voorafgaand evaluatierapport (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 14 en 15). Daarin werd gewezen op het

co dat wanneer het bevoegd gezag zelf altijd het overleg met de MR zou moeten voeren, dit voor grotere gemeenten (ten aanzien van de openbare scholen) en grotere schoolbesturen praktisch tot onoverkomelijke uitvoeringsproblemen zou kunnen leiden.⁷⁰ Bovendien zou het volgens de wetgever ook niet in alle gevallen zinvol zijn het bevoegd gezag zelf het overleg te laten voeren.⁷¹ Daarbij dacht de wetgever aan de situatie waarin de schoolleiding ten aanzien van de betreffende medezeggenschapsaangelegenheid beslissingsbevoegd is. Ten aanzien van besluiten waarvan op voorhand duidelijk is dat zij ook materieel onder de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag vallen, lag bespreking met de schoolleiding volgens de wetgever echter juist weer niet voor de hand. Het bevoegd gezag heeft er immers weinig belang bij, de besprekingen te laten voeren door een lid van de schoolleiding dat over onvoldoende mandaat beschikt. Een goede voortgang van de besprekingen en daarmee van de besluitvorming van het bevoegd gezag zou daar slechts door getraineed kunnen worden. Blijkens de in 1997 verrichte evaluatie van de WMO uit 1992 ergeren ook voorzitters en secretarissen van medezeggenschapsraden zich aan een dergelijke situatie. ‘Hebben we samen een compromis bereikt, dan moet onze directeur met zijn gedelegeerde bevoegdheden het nog eens checken met het ‘torentje’ voordat het geëffectueerd wordt’, zo luidde hun kritiek.⁷²

Tot welke conclusies leidt deze vergelijking met de WOR en de WMO ten aanzien van de WMCZ? Aan het begin van deze subparagraaf werd al vastgesteld dat ten aanzien van het aanwijzen van de persoon of de personen die namens de zorgaanbieder het overleg met de cliëntenraad moeten voeren, een duidelijke zelfreguleringsopdracht in de WMCZ ontbreekt. Dit is in strijd met de eisen die in de literatuur aan wettelijk geconditioneerde zelfregulering worden gesteld.⁷³ Ook voldoet de WMCZ op dit punt niet aan de kwaliteitsvereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Zorgaanbieder en cliëntenraad weten door deze leemte immers niet precies wat nu de bedoeling is.⁷⁴ Voorts werd aan het begin van deze subparagraaf de vraag gesteld of de betreffende materie zich überhaupt wel leent voor zelfregulering. Die vraag kan – gezien de ervaringen die zijn opgedaan met de WMO – bevestigend worden beantwoord. De grote

feit dat de schoolleider zich ten aanzien van sommige medezeggenschapsaangelegenheden ‘tussen twee vuren bevindt’. Aan de ene kant behoort hij tot het personeel van de school en is hij als zodanig adviseur of zelfs lid van de MR (in subparagraaf 6.4.2 komt nog aan de orde dat in de MR zowel leerlingen en ouders als personeel vertegenwoordigd zijn), terwijl hij aan de andere kant het bevoegd gezag moest vertegenwoordigen. Door deze ‘dubbele pet’ bevindt de schoolleider zich volgens de toetsingscommissie af en toe in een loyaliteitscrisis. (Zie: Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 20 en 21.)

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 14. Uit de evaluatie van de WMO uit 1992 blijkt ook dat grote schoolbesturen weinig intensief contact met hun medezeggenschapsraden hebben, omdat dit teveel tijd kost. (Zie: Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 86.)

⁷¹ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 5, p. 40 en 41.

⁷² Zie: Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 164.

⁷³ Zie: subparagraaf 4.4.4.

⁷⁴ De organisaties in de GGz bijvoorbeeld, zijn tegenwoordig zo complex dat de cliëntenraad niet altijd precies weet ten aanzien van welk onderwerp hij bij wie advies moet uitbrengen (zie: Vos de Wael 1999, p. 7).

diversiteit aan zorgorganisaties vraagt bovendien om een flexibele regeling op dit punt. De WMCZ zou wat betreft dit onderwerp dus een duidelijke zelfreguleringsopdracht moeten bevatten. Gezien het feit dat de zorgaanbieder degene is, die bepaalt hoe de zeggenschapsstructuur binnen de zorgorganisatie eruit ziet en gezien zijn verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van een daarbij aansluitende medezeggenschapsstructuur, ligt het voor de hand dat die opdracht aan hem wordt gericht.⁷⁵ Net als in de WMO zou de opdracht dan kunnen luiden dat de zorgaanbieder, in het door hem op te stellen medezeggenschapsreglement (ex artikel 2 lid 2 WMCZ), regelt wie ten aanzien van welke medezeggenschapsaangelegenheid het overleg met de cliëntenraad zal voeren, met daarbij de randvoorwaarde dat die persoon ten aanzien van de betreffende aangelegenheid over voldoende mandaat beschikt om het overleg zinvol te laten verlopen. In verband met de gewenste continuïteit in het overleg met de cliëntenraad verdient het voorts de voorkeur als er slechts een beperkt aantal ‘bestuurders’ wordt aangewezen. De cliëntenraad hoeft dan immers niet te pas en te onpas met een andere gesprekspartner te worden geconfronteerd.⁷⁶ Mocht dit nodig zijn, dan kunnen deze ‘bestuurders’ zich voorts altijd nog doen bijstaan door de persoon die zich in het bijzonder met de behandeling van de betreffende aangelegenheid bezighoudt.

6.4 De instelling van een representatieve cliëntenraad

In paragraaf 3.7 bleek dat ook bij het tweede artikel uit de WMCZ, dat betrekking heeft op de instelling, samenstelling en werkwijze van de cliëntenraad, een aantal kritische kanttekeningen is geplaatst. Men vreesde dat de ‘bijzonder vage’ regeling in dit artikel, de zorgaanbieder onvoldoende houvast zou bieden bij de samenstelling van de cliëntenraad. Wederom zou hier dus sprake kunnen zijn van strijd met de kwaliteitsvereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Het ontbreken van een instellingsgrens zou er in combinatie met de (materiële) definitie van het begrip ‘instelling’ bovendien toe leiden dat ook bij zeer kleine zorginstellingen een cliëntenraad moet worden ingesteld, hetgeen mogelijk op gespannen voet staat met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (dit kwam in subparagraaf 6.3.1 ook al aan de orde). Verder bevat artikel 2 twee zelfreguleringsopdrachten: de opdracht voor de zorgaanbieder een reglement op te stellen (lid 2 en 3) en de opdracht aan de cliëntenraad een werkwijze vast te stellen (lid 4). Beoordeeld zal worden of deze voldoen aan de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, zoals besproken in subparagraaf 4.4.4. Deze laatste toets zal ook plaatsvinden wat betreft het ontbreken van ‘ontslagbescherming’ ten aanzien van zowel de cliëntenraad als geheel, als ten aanzien van individuele cliëntenraadsleden. Bekeken zal worden

⁷⁵ Zie voor de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder: paragraaf 6.2.

⁷⁶ Vos de Wael wees eveneens op het belang dat elke cliëntenraad en cliëntenraadscommissie een min of meer vaste gesprekspartner heeft, die beslissingsbevoegd is ten aanzien van die zaken waarover de raad of de commissie adviseert. Soms houdt dit volgens hem in dat de raad van bestuur op decentraal niveau overleg met de cliëntenraad zal moeten voeren. (Zie: Vos de Wael 1999, p. 7.)

of een ‘ontslagbeschermingsregeling’ niet behoort tot de randvoorwaarden die in de medezeggenschapswet zelf zouden moeten worden opgenomen.

6.4.1 Het ontbreken van een instellingsgrens

Bij de bespreking van het begrip ‘instelling’ in subparagraaf 6.3.1, bleek dat de (materiële) definitie die daarvan wordt gegeven in artikel 1 lid 1 sub *b*, ondanks het feit dat deze zou moeten aansluiten bij de sociologische werkelijkheid, er in de praktijk toe kan leiden dat de cliëntenraad al op een heel laag niveau moet worden ingesteld. Hoewel de WOR een vergelijkbare definitie hanteert voor het begrip ‘onderneming’, doet dit probleem zich daar niet voor. Dit komt onder meer door het feit dat de WOR – in tegenstelling tot de WMCZ – een instellingsgrens hanteert. De ondernemer is slechts verplicht tot het instellen van een ondernemingsraad, indien er bij de betreffende onderneming in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn (artikel 2 lid 1 WOR). Voor de zogenoemde ‘50min-ondernemingen’ bevat de wet een afzonderlijk, lichter medezeggenschapsregime. Bij die ondernemingen is de ondernemer in principe slechts verplicht tot het instellen van een ‘personeelsvergadering’.⁷⁷ Hij kan echter – vrijwillig of daartoe gedwongen door de meerderheid van het personeel – ook besluiten tot het instellen van een ‘personeelsvertegenwoordiging’.⁷⁸ Aan beide organen komen echter aanzienlijk minder bevoegdheden toe dan aan de ondernemingsraad. De medezeggenschapsrechten van werknemers zijn in de WOR dus afhankelijk van de omvang van de onderneming.

Peters – die zich uitvoerig heeft verdiept in de ratio en achtergronden van de instellingsgrens in de WOR⁷⁹ – komt in haar bijdragen tot de conclusie dat deze differentiatie in de WOR ten aanzien van het niveau van medezeggenschap door de wetgever om twee belangrijke redenen is aangebracht. In de eerste plaats heeft de wetgever rekening willen houden met het feit dat het ondernemingsraadregime voor kleinere ondernemingen zowel in financieel als in organisatorisch opzicht een te zware belasting kan vormen.⁸⁰ Gebleken was namelijk dat de kosten die aan een ondernemingsraad verbonden zijn, bij kleinere bedrijven relatief veel hoger zijn dan bij grotere bedrijven.⁸¹ Bovendien zou de orga-

⁷⁷ De personeelsvergadering (pv) bestaat in beginsel uit alle binnen de onderneming werkzame personen. Indien binnen de onderneming in de regel meer dan 10 maar minder dan 50 personen werkzaam zijn, dan is de ondernemer in beginsel verplicht deze personen minimaal tweemaal per kalenderjaar in de gelegenheid te stellen gezamenlijk met hem bijeen te komen (zie: artikel 35b WOR).

⁷⁸ In plaats van de personeelsvergadering kan de ondernemer ook een personeelsvertegenwoordiging (pvt) instellen. Deze bestaat uit ten minste 3 personen en wordt rechtstreeks gekozen door en uit de in de onderneming werkzame personen. Werken er in de onderneming in de regel meer dan 10 personen dan kan de meerderheid van het personeel de ondernemer zelfs verplichten tot het instellen van zo’n ‘pvt’ (zie: art. 35c en 35d WOR).

⁷⁹ Zie: Peters 1998, p. 414 e.v. en Peters 1999, p. 68 e.v.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 9, p. 35.

⁸¹ In 1997 zond de minister een overzicht aan de Tweede Kamer van de gemiddeld aan de naleving van de WOR verbonden kosten per werknemer. Bij de kleinere bedrijven bleken die gemiddelde kosten veel hoger te liggen (zo’n f 300,- per werknemer) dan bij de grote bedrijven (zo’n f 150,- per werknemer). (Zie: *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 29, p. 3 en 4.)

nisatiestructuur bij kleine bedrijven onvoldoende ontwikkeld zijn om een ondernemingsraad te kunnen laten functioneren (onvoldoende management/ middenkader). Een andere reden voor het verbinden van een grens aan de plicht tot het instellen van een ondernemingsraad, was gelegen in het feit dat bij kleine bedrijven doorgaans geen behoefte bestaat aan een ondernemingsraad. De afstand tussen leiding en personeel is zo klein dat medezeggenschap rechtstreeks kan plaatsvinden.⁸² In gevallen dat rechtstreekse medezeggenschap mogelijk is, geeft de wetgever aan dit laatste zelfs de voorkeur.⁸³ Pas naarmate de organisatiestructuur van de onderneming ingewikkelder wordt, vindt de wetgever de vorm van vertegenwoordigende medezeggenschap geschikter.

In dit licht bezien is het opmerkelijk dat het opnemen van een instellingsgrens in de WMCZ nooit is overwogen. De minister gaf weliswaar de voorkeur aan medezeggenschap zo dicht mogelijk bij de 'leefvloer', maar gaf niet aan waar de grenzen van hetgeen 'mogelijk' is precies liggen.⁸⁴ Aan de andere kant dient te worden opgemerkt dat de WMO ook geen instellingsgrens kent. De WMO verplicht tot het instellen van een MR, ongeacht de schoolgrootte. Toch heeft WMO-wetgever er wel degelijk rekening mee gehouden dat onverkorte toepassing van de wet op zeer kleine scholen tot problemen zou kunnen leiden.⁸⁵ Voor die gevallen bestaat namelijk de mogelijkheid tot het stellen van afwijkende regels bij amvb (artikel 30 WMO). Door het verschil in definities die de WMCZ en de WMO hanteren ten aanzien van het begrip 'instelling' respectievelijk 'school', leidt het ontbreken van de instellingsgrens in het onderwijs bovendien nauwelijks tot problemen.⁸⁶ In subparagraaf 6.3.1 kwam al aan de orde dat de wetgever bij het begrip 'school' koos voor een formele benadering. Aangesloten werd in artikel 1 sub *b* WMO (1992) bij de wijze van bekostiging van de schoolorganisatie. Dit brengt met zich dat, wanneer meerdere schoollocaties als één geheel worden gefinancierd (dat wil zeggen onder één bekostigingsnummer) zij tezamen één school vormen. Worden zij daarentegen elk apart gefinancierd (iedere locatie onder een eigen bekostigingsnummer), dan is er volgens de WMO sprake van meerdere scholen. In de praktijk leidt dit systeem tot vrij grote scholen. Daarbij komt nog dat de fusies die het afgelopen decennium plaatsvonden in onder meer het voortgezet onderwijs (vo), hebben geleid tot scholen waarbij het aantal leerlingen varieert van enkele honderden tot een paar

⁸² *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 28, p. 13.

⁸³ Dit 'subsidiariteitsbeginsel' werd in 1971 voor het eerst door de wetgever ter rechtvaardiging van de instellingsgrens aangevoerd en later, bij de wijziging van de WOR in 1981, nogmaals bevestigd (zie: *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 15 en *Kamerstukken II* 1979-80, 15 893, nr. 3, p. 8 en 9).

⁸⁴ Zie: paragraaf 3.11.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 2.

⁸⁶ Noch uit de evaluatie van de WMO uit 1981, noch uit de evaluatie van de WOR uit 1992, blijkt althans dat het ontbreken van een instellingsgrens tot problemen leidt. Wel heeft de TCWMO gepleit voor de opname van een licht regime voor zeer kleine scholen en scholen waar alleen deeltijdonderwijs wordt gegeven. Dat voorstel kwam erop neer dat ten minste twee maal per jaar met de gehele schoolbevolking een overlegvergadering zou worden gehouden. (Zie: Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel I, p. 13 en deel II, p. 19.) De wetgever heeft deze aanbeveling echter niet overgenomen.

duizend.⁸⁷ In het onderwijs bestaat dus kortom weinig behoefte aan een instellingsgrens.

In de WMCZ, waar de wetgever het begrip ‘instelling’ op materiële wijze benadert, bestaat de behoefte aan een instellingsgrens (en/of de mogelijkheid tot instelling van een gemeenschappelijke cliëntenraad voor meerdere instelling) juist wel. In subparagraaf 6.3.1 werd immers vastgesteld dat de definitie van het begrip ‘instelling’ weliswaar aansluit bij de behoefte van de minister om medezeggenschap zo dicht mogelijk bij de leefvloer te doen plaatsvinden, maar dat een regeling voor het geval het medezeggenschapsorgaan daardoor op een te laag niveau zou moeten gaan functioneren, in de WMCZ ontbreekt. In subparagraaf 3.6.1 kwam al aan de orde dat het ontbreken daarvan in de praktijk tot situaties van onuitvoerbaarheid kan leiden. Zo werd verwezen naar een vonnis van de kantonrechter Middelburg, waarin deze vaststelde dat het onwerkbaar was voor de zorgaanbieder, om bij alle door hem in stand gehouden (zeer kleine) eenheden, een cliëntenraad in te stellen. Op dit punt is de WMCZ dus duidelijk in strijd de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De kantonrechter Middelburg loste dit probleem van onuitvoerbaarheid op, door zijn eigen – redelijke – invulling aan het begrip ‘instelling’ te geven: in het betreffende specifieke geval vormde een aantal van 44 verzorgingsplaatsen volgens hem tezamen een redelijke omvang voor de instelling van een cliëntenraad.⁸⁸ Om onwerkbare situaties te vermijden blijkt de landelijke geschillencommissie in de GGz ook wel eens een eigen, op de situatie toegespitste, praktische uitleg aan het begrip ‘instelling’ te geven. In een uitspraak van 24 november 1999 oordeelde deze geschillencommissie bijvoorbeeld dat de zorgaanbieder ‘bij iedere werkmaatschappij’ een cliëntenraad moest instellen, ‘voor zover dat tenminste redelijkerwijs haalbaar is’.⁸⁹ Deze situatie is uiteraard in strijd met beginselen als de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, waardoor de WMCZ op dit punt ook nog eens op gespannen voet staat met de vereisten van rechtmatigheid en verwerking van rechtsbeginselen.

Het is wat voorbarig nu al te concluderen dat een instellingsgrens behoort tot de randvoorwaarden voor medezeggenschap die in de wet dienen te worden opgenomen. Daarvoor dient in subparagraaf 6.8.1 eerst te worden bekeken in hoeverre kan worden volstaan met het in de wet opnemen van de mogelijkheid tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad voor meerdere (kleine) instellingen. Mocht de wetgever echter alsnog besluiten tot het opnemen van een instellingsgrens in de WMCZ, dan doet zich natuurlijk de vraag voor welk criterium daarbij dan moet worden gehanteerd. Zoals bekend neemt de WOR het aantal werknemers als ijkpunt. Hoewel in feite de ondernemingsstructuur en de financiële draagkracht van de onderneming de variabelen waren die dwongen tot het opnemen van een instellingsgrens, vormde het aantal werknemers volgens de wetgever om pragmatische redenen een beter criterium. Het personeelsaantal – dat doorgaans met voorgenoemde omstandigheden zou variëren – was als enkel-

⁸⁷ Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 27.

⁸⁸ Ktg. Middelburg 28 april 1998, *TvGR* 1998, p. 365, r.o. 6.

⁸⁹ Zie hierover: Van der Voet & Akveld 2002, p. 18 en 19.

voudig en eenduidig criterium eenvoudigweg beter hanteerbaar.⁹⁰ Het specifieke werknemersaantal heeft de afgelopen vijftig jaar echter nogal gevarieerd: van 25 in 1950, tot 100 in 1971, waarna het in 1981 werd teruggebracht tot 35 (zij het dat het daarbij ging om een ‘verlicht regime’) en in 1998 weer werd verhoogd tot 50 werknemers (zonder ‘verlicht regime’). Onder invloed van uit tussentijdse evaluaties voortvloeiende inzichten, werd daarbij volgens Peters steeds gezocht naar het evenwichtspunt waarop directe medezeggenschap niet meer goed mogelijk is, terwijl een ondernemingsraad op dat niveau goed kan functioneren.⁹¹ Dit evenwichtspunt bevindt zich volgens de laatste inzichten op 50 werknemers. Om praktische redenen valt er wat voor te zeggen in de WMCZ dezelfde instellingsgrens te hanteren. Dit zou als voordeel hebben dat ondernemingsraad en cliëntenraad op hetzelfde niveau binnen de zorgorganisatie worden ingesteld, hetgeen onderling overleg tussen beide medezeggenschapsorganen vergemakkelijkt.⁹² Nadeel van deze oplossing is echter dat de instelling van een cliëntenraad afhankelijk wordt gemaakt van het aantal werknemers binnen de zorginstelling, hetgeen als principieel onjuist kan worden gezien. Bij de keuze voor een eigen, aan het aantal cliënten gerelateerd criterium, rijst echter de vraag aan welk aantal cliënten. Opnieuw zal moeten worden gezocht naar het evenwichtspunt, waarbij directe medezeggenschap net niet meer doenlijk is en medezeggenschap via (in dit geval) de cliëntenraad net wel. Tegelijkertijd zal dan ook meer duidelijkheid moeten worden gecreëerd omtrent de betekenis van het begrip ‘cliënt’.

6.4.2 De samenstelling, omvang en zittingsduur van de cliëntenraad

In artikel 2 lid 2 WMCZ krijgt de zorgaanbieder de opdracht schriftelijk het aantal leden van de cliëntenraad, de wijze van benoeming, de personen die tot lid kunnen worden benoemd en de zittingsduur van de leden, te regelen. Deze zelfreguleringsopdracht is alleen aan de zorgaanbieder gericht. De enige eisen die artikel 2 aan de tot stand te brengen regeling stelt, is dat deze leidt tot een cliëntenraad die redelijkerwijs representatief kan worden geacht voor de cliënten en redelijkerwijs in staat kan worden geacht hun gemeenschappelijke belangen te behartigen (lid 3).⁹³ Critici als Akveld en Loonstra noemden de wet op dit punt ‘bijzonder vaag’.⁹⁴ Zij vonden nadere regels omtrent de invulling van de cliëntenraden noodzakelijk, te meer vanwege het feit dat de cliëntenraden ‘het voertuig’ vormen waarmee de doelstellingen van de WMCZ dienen te worden bereikt. De vraag die zich hier dus voordoet, is of de deregulering op dit punt niet te ver is doorgeschoten. Mocht blijken dat de WMCZ ter zake inderdaad te weinig regelt en teveel aan zelfregulering overlaat, dan is namelijk sprake van

⁹⁰ *Kamerstukken II 1979-80*, 15 893, nr. 3, p. 8 en 9.

⁹¹ Zie hierover: Peters 1999, p. 74 en 75.

⁹² Dit voordeel werd door Akveld en mij eerder al gesignaleerd in: Van der Voet & Akveld 2002, p. 20. In de praktijk blijkt er bij instellingen inderdaad behoefte te bestaan aan een congruente structuur van cliëntenraden en ondernemingsraden (zie: Evaluatierapport WMCZ 2000, p. 34).

⁹³ Zie: subparagraaf 2.6.2.

⁹⁴ Zie: paragraaf 3.7.

schending van het subsidiariteitsvereiste. Ter beantwoording van deze vraag zal de betreffende regeling in de WMCZ eerst worden vergeleken met de regeling op dit punt in de WOR. Vervolgens zal de vergelijking worden getrokken met de (minder uitvoerige) regeling in de WMO.

De regeling in de WOR is veel gedetailleerder dan die in de WMCZ. Dit kan voor een belangrijk deel worden verklaard vanuit het tijdstip van haar totstandkoming (1950) en meest ingrijpende herzieningen (1971 en 1979), welke zijn gelegen in de tijdsperiode dat de wetgever nog een optimistische kijk had op de mate waarin hij de samenleving door (gedetailleerde) wetgeving kon sturen.⁹⁵ Ten aanzien van de wijze van totstandkoming van de OR, bepaalt de WOR bijvoorbeeld dat dit gebeurt door middel van verkiezingen door en uit de in de onderneming werkzame personen, bij geheime schriftelijke stemming, waarbij een recht van kandidaatstelling toekomt aan zowel 1/3 van de in de onderneming werkzame personen, als aan vakbonden met in de onderneming werkzame personen onder hun leden (artikel 6 lid 1 respectievelijk artikel 9 lid 1 en 2 WOR).⁹⁶ Ten aanzien van de overige regels die de WOR ter zake stelt, is de gekozen structuur opvallend. Ten aanzien van sommige van deze regels biedt de WOR de mogelijkheid voor de OR daar (al dan niet in samenwerking met de ondernemer) van af te wijken. De wet verbindt bijvoorbeeld voorwaarden aan het actief en passief kiesrecht van de werknemers (artikel 6 lid 2 en 3 WOR), maar biedt de OR vervolgens de mogelijkheid daar in zijn reglement van af te wijken, zij het slechts voor zover dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de betreffende onderneming (artikel 6 lid 5 WOR).⁹⁷ Anders dan de WMCZ bevat de WOR dus niet alleen de randvoorwaarden voor mede-

⁹⁵ Zie: subparagraaf 4.2.1. Bij latere wijzigingen van de WOR is wel aandacht besteed aan het aspect deregulering, decentralisatie en flexibilisering (zie: *Kamerstukken* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 2-7 en 32-36). Per saldo is de WOR echter nauwelijks in omvang afgenomen. Dit stemt overeen met de vaststelling van Geelhoed en De Ru dat de gevolgen van de dereguleringsoperatie voor bestaande wet- en regelgeving tamelijk gering zijn gebleven (zie: subparagraaf 4.2.4).

⁹⁶ Waarom de ondernemingsraad dient te worden samengesteld door middel van verkiezingen door en uit het personeel wordt nergens toegelicht. Kennelijk wordt dit vanzelfsprekend gevonden. De bepaling dat de verkiezingen dienen plaats te vinden bij *geheime schriftelijke stemming* is in 1971 op aanraden van de SER toegevoegd aan artikel 9 WOR. Deze toevoeging sprak volgens de SER voor zichzelf. (Zie: *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 17 en SER-advies 1968 (no. 13), p. 23.) Omdat de ondernemingsraden in 1950 nog 'tere kasplantjes' waren, die het zonder de steun van de vakbonden niet konden bolwerken en dus geen conflicten met de vakbeweging konden riskeren, bracht de wetgever een duidelijke scheiding aan tussen de taak van de ondernemingsraad en die van de vakbeweging (zie: Bakels/Asscher-Vonk & Fase 2000, p. 254). Om die reden werd tevens een *recht van kandidaatstelling* toegekend aan de vakbeweging. Ter rechtvaardiging van de toekenning van dit recht aan de vakbeweging wees de wetgever voorts op de organisatorische ervaring die vakverenigingen bezitten en het vertrouwen dat zij onder de werknemers genieten (zie: *Kamerstukken II* 1947-48, 884, nr. 3, p. 4 en 6).

⁹⁷ Dergelijke voorwaarden werden in de WOR uit 1950 ook reeds verbonden aan het actief en passief kiesrecht. Daarnaast werden er ook leeftijdseisen aan de uitoefening van het kiesrecht gesteld. Deze laatste voorwaarden kwamen in 1971 naar aanleiding van een amendement te vervallen (zie: *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 14). Volgens de wetgever was het verbinden van voorwaarden aan het actief en passief kiesrecht nodig om te voorkomen dat de ondernemingsraad zich op grond van de kwaliteit van zijn leden onvoldoende gezag zou kunnen verwerven. Bij reglement konden deze voorwaarden echter naar boven of naar beneden worden bijgesteld, zodat zou kunnen worden aangesloten bij de in de praktijk gewenste situatie. (Zie: *Kamerstukken II* 1947-48, 884, nr. 3, p. 6.)

zeggenschap, maar regelt de wet naast deze hoofdzaken ook zaken die in principe net zo goed (of misschien wel beter) aan zelfregulering kunnen worden overgelaten (hetgeen blijkt uit de afwijkingsmogelijkheden). De WOR bevat evenals de WMCZ tot slot ook een aantal zelfreguleringsopdrachten. Zo wordt de OR opgedragen te zorgen voor de verdere vormgeving van de verkiezingen (artikel 10 WOR).⁹⁸

Ten aanzien van de samenstelling van de OR werd reeds opgemerkt dat de WOR voorwaarden stelt aan het passief kiesrecht. Zo bepaalt artikel 6 lid 3 WOR dat werknemers in beginsel pas OR-lid kunnen worden, indien zij minimaal een jaar in de onderneming werkzaam zijn geweest (zoals gezegd kan de OR echter van deze voorwaarde afwijken). Houdt een OR-lid vervolgens op in de onderneming werkzaam te zijn, dan eindigt zijn lidmaatschap van rechtswege (artikel 12 lid 3 WOR). Voorts wordt de 'bestuurder' in de zin van artikel 1 lid 1 sub *e* WOR van het begrip 'in de onderneming werkzame personen' uitgezonderd, hetgeen tot gevolg heeft dat hem noch actief, noch passief kiesrecht toekomt (artikel 6 lid 2 en 3 jo. artikel 1 lid 4 WOR).⁹⁹ De omvang van de OR

⁹⁸ De OR krijgt in artikel 9 lid 4 WOR de opdracht de verkiezingen zo te regelen, dat de verschillende in de onderneming aanwezige groepen van werknemers, zoveel mogelijk in de onderneming zijn vertegenwoordigd. Daartoe kan de OR eventueel beslissen tot het hanteren van aparte kandidatenlijsten voor een bepaalde groep werknemers of voor een bepaald onderdeel van de onderneming (artikel 9 lid 4 WOR). Daarnaast krijgt de OR nog de opdracht de uitslag van de verkiezingen bekend te maken aan de in de onderneming werkzame personen, de ondernemer en aan eventuele vakbonden die een kandidatenlijst hebben ingeleverd (artikel 11 lid 1 WOR). Voorts bepaalt de wet dat de OR ervoor moet zorgen dat de namen en functies van de OR-leden openbaar blijven, zodat de werknemers er te allen tijde kennis van kunnen nemen (artikel 11 lid 2 WOR). Aanvankelijk rustte de taak om de uitslag van de verkiezingen bekend te maken op de ondernemer, maar de wetgever veranderde dit in 1979 in 'ondernemingsraad', omdat dit beter overeenstemde met de eigen verantwoordelijkheid van de ondernemingsraad ten aanzien van de gehele verkiezingsprocedure (zie: *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 29). Waarom de verkiezingsprocedure behoort tot de verantwoordelijkheid van de OR, werd verder niet toegelicht.

⁹⁹ In de beginfase van de WOR maakte de 'bestuurder' nog wel deel uit van de ondernemingsraad (artikel 7 WOR 1950). De wetgever ging aanvankelijk namelijk uit van een *dualistische benadering* waarbij de OR een ontmoetingsplaats vormde voor ondernemer en personeelsvertegenwoordigers en de nadruk lag op overleg en samenwerking. In 1979 ging de wetgever op aanraden van (een deel van) de SER echter over op de *monistische benadering*, waarbij de OR uitsluitend nog bestaat uit gekozen personeelsleden. Hoewel de OR met het oog op de continuïteit van de onderneming ook andere belangen dan personeelsbelangen in zijn standpuntbepaling kan meenemen, vormt hij sindsdien uitsluitend een personeelsvertegenwoordigend orgaan. De wetgever wees bij deze wetswijziging op het feit dat belangenbehartiging en overleg twee kanten zijn van één en dezelfde taak, in die zin dat er geen strikt onderscheid tussen beide valt te maken. Er diende echter te worden gezocht naar de beste organisatorische synthese tussen beide elementen. Deze lag volgens de wetgever in een samenstelling van de OR uit uitsluitend gekozen personeelsleden. Hij wees daarbij op het standpunt van een deel van de SER en de door dat deel daarvoor aangevoerde argumenten. Zo zou het feit dat een exponent van de ondernemingsleiding als voorzitter deelnam aan de OR, een beeld van de OR bij de werknemers creëren, als zijnde een verlengstuk van de ondernemingsleiding. Deze negatieve beeldvorming deed volgens de wetgever afbreuk aan een goede ontwikkeling van de OR. Voorts kon de deelname van een vertegenwoordiger van de werkgever psychologische invloed hebben op het OR-beraad, in die zin dat de overige OR-leden zich zouden kunnen laten leiden door de vrees voor onenigheid met hun leidinggevende, hetgeen de onafhankelijke oordeelsvorming in de weg zou staan. Mede door zijn voorsprong aan kennis, informatie en discussievaardigheid zou de bestuurder daardoor een te zwaar stempel kunnen drukken op de standpuntbepaling van de OR. De SER wees ten slotte nog op het feit dat de dualistische benadering met het oog op een zuivere taakafbakening inconsequent was, in die zin dat de ondernemer daarbij het advies dan wel de instemming voor een deel aan zichzelf vroeg.

wordt voorts exact geregeld in de WOR (artikel 6 lid 1 WOR).¹⁰⁰ De OR wordt echter de mogelijkheid geboden – zij het ditmaal met toestemming van de ondernemer – af te wijken van het wettelijk voorgeschreven aantal OR-leden.¹⁰¹ Daarnaast regelt de WOR ook de zittingsduur van de OR. Artikel 12 lid 1 bepaalt ter zake: de leden van de OR treden om de 3 jaar tegelijk af en zijn terstond herkiesbaar. Lid 2 biedt de OR echter wederom een mogelijkheid tot afwijking, zij het dat de OR dit keer slechts kan kiezen uit een beperkt aantal alternatieven.¹⁰² Tussentijds kunnen de OR-leden op eigen initiatief ontslag nemen (artikel 12 lid 4 WOR). Zij kunnen echter ook op verzoek van de ondernemer of de OR, door de kantonrechter worden ontslagen (artikel 13 WOR).¹⁰³ De OR dient regels te stellen betreffende de vervulling van deze tussentijdse vacatures (artikel 10 WOR).

Wat bij deze beschrijving ongetwijfeld is opgevallen, is dat de WOR de verantwoordelijkheid ten aanzien de (representatieve) samenstelling van de OR en diens zittingsduur, in beginsel bij de OR zelf legt en niet bij de ondernemer. Deze verantwoordelijkheid van de OR wordt nog eens benadrukt door artikel 8 WOR, dat aan de OR – en niet aan de ondernemer – opdraagt het reglement voor de ondernemingsraad op te stellen.¹⁰⁴ Alvorens dit document officieel wordt vastgesteld dient de ondernemer echter wel in de gelegenheid te worden gesteld zijn zienswijze aan de OR kenbaar te maken (artikel 8 lid 1 WOR). Is het reglement naar de mening van de ondernemer in strijd met de wet of een goede toepassing van de wet dan kan hij via een procedure bij de kantonrechter proberen af te dwingen dat reglementsbepalingen worden geschrapt of gewijzigd (artikel 36 lid 1 WOR).¹⁰⁵

Aan de taak en functie van de OR was het lidmaatschap van een vertegenwoordiger van de ondernemingsleiding dus in feite een wezensvreemd element. Reden waarom het betreffende deel van de SER adviseerde de onderscheiden functies ook institutioneel tot uitdrukking te brengen. (Zie: *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 18-23; SER-advies 1975 (nr. 14), p. 15-17.)

¹⁰⁰ Daarbij wordt het aantal OR-leden afhankelijk gesteld van de omvang van de onderneming, zij het dat een vermeerdering of vermindering van het aantal in de onderneming werkzame personen tijdens de zittingsperiode van de OR, geen invloed op de omvang van de OR kan hebben (artikel 6 lid 6 WOR). Deze regeling stamt uit 1950. De wetgever meende toen een richtsnoer te moeten geven ten aanzien van het aantal leden dat de OR dient te tellen. Redenen daarvoor werden echter niet aangevoerd. (Zie: *Kamerstukken II 1947-48*, 884, nr. 3, p. 5.)

¹⁰¹ Aangezien uitbreiding van de omvang van de OR financieel gezien een extra belasting voor de ondernemer kan betekenen, werd hem ten aanzien van dit punt een absoluut vetorecht toegekend (zie: *Kamerstukken II 1987-88*, 20 583, nr. 3, p. 15).

¹⁰² Zo kan de OR bepalen dat de OR-leden allen tezamen om de 2 jaar of om de 4 jaar aftreden, dan wel dat om de 2 jaar de helft van de OR aftreedt (artikel 12 lid 2 WOR). Deze keuzemogelijkheid vloeit voort uit het feit dat de wetgever zelf niet goed in staat was zowel het aspect van de continuïteit als dat van de doorstroming in de wet te waarborgen. De wetgever was echter wel van mening dat een zittingsduur korter dan twee jaar in het algemeen ongewenst moet worden geacht, terwijl een langere periode de mogelijkheden voor het personeel vermindert zich uit te spreken over het door de OR gevoerde beleid. Daarom zijn in de wet bepaalde maxima aan de genoemde afwijkingsmogelijkheid verbonden. (Zie: *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 3, p. 18 en 19.)

¹⁰³ Zie: subparagraaf 6.4.4.

¹⁰⁴ In dit reglement dient de OR onderwerpen te regelen die de WOR aan hem opdraagt, dan wel overlaat (artikel 8 lid 1 WOR). De SER kan nadere regels ten aanzien van de inhoud van het reglement stellen (artikel 8 lid 2 en 3 WOR).

¹⁰⁵ Hoewel de zelfreguleringsopdracht is gericht aan de OR, krijgt de ondernemer toch enige invloed op de inhoud van het reglement, hetgeen overeenstemt met het belang dat hij bij een aantal van de daarin

De regeling in de WMO is minder gedetailleerd dan die in WOR. Dit komt doordat de wetgever bij de WMO aanvankelijk, net als bij de WMCZ, de bedoeling had slechts enkele centrale basisbepalingen in de wet vast te leggen. Kenmerkend voor de WMO is dat de nadruk daardoor is komen te liggen op het eigen, door de school zelf vast te stellen medezeggenschapsreglement (MZR). Hoewel dit met name gold voor de WMO uit 1981, dient ook op grond van de huidige WMO (uit 1992) nog veel in het medezeggenschapsreglement te worden uitgewerkt. Zo moeten daarin de wijze van verkiezing en de precieze samenstelling, omvang en zittingsduur van de MR worden vastgelegd (artikel 15 lid 1 sub *a, b, c* en *d* WMO). Hoewel het 'bevoegd gezag' degene is die het reglement vaststelt en wijzigt, dient (2/3 deel van) de MR met de inhoud daarvan te hebben ingestemd (artikel 14 lid 2 WMO).¹⁰⁶ Is nog geen MR aanwezig, dan dient daartoe een voorlopige MR te worden ingesteld (artikel 45 lid 1 WMO).¹⁰⁷ Verleent de MR geen instemming dan kan het bevoegd gezag vervangende instemming vragen aan een geschillencommissie.¹⁰⁸ Na een eventuele (mislukte) bemiddelingspoging zal deze geschillencommissie toetsen of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voorstel (het conceptreglement dan wel het wijzigingsvoorstel) heeft kunnen komen. Bij een ontkenkend antwoord op deze vraag geeft de geschillencommissie in haar uitspraak aan hoe het voorstel moet worden gewijzigd. Het bevoegd gezag stelt het reglement vervolgens vast overeenkomstig deze uitspraak (artikel 19 lid 1 sub *b* jo. 21 lid 3 WMO).

Uiteraard dient de inhoud van het medezeggenschapsreglement overeen te stemmen met de randvoorwaarden die de WMO daaraan stelt. Ten aanzien van de wijze van totstandkoming van de MR bepaalt de WMO bijvoorbeeld, dat deze geschiedt door middel van verkiezing door en uit het personeel en de leerlingen en/of ouders (artikel 3 lid 3 WMO).¹⁰⁹ Daarbij komt aan zowel personeel als aan ouders en/of leerlingen, als ook aan vakbonden, ouderverenigingen en/of leerlingenorganisaties het recht van kandidaatstelling toe (artikel 3 lid 9 WMO).

geregelde zaken heeft. De inhoud van het reglement kan namelijk van invloed zijn op het overleg met de ondernemer. (Zie: *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 17 en 30.) Overigens wordt nergens expliciet duidelijk gemaakt waarom de OR degene is die het reglement moet opstellen. De wetgever vond dit kennelijk vanzelfsprekend.

¹⁰⁶ Toestemming van 2/3 deel is vereist omdat de MR bestaat uit twee geledingen: een geleding die het personeel vertegenwoordigt en een geleding die de leerlingen (en/of hun ouders) vertegenwoordigt. De wetgever wilde met deze bepaling voorkomen dat de ene geleding tegen de zin van de andere het reglement zou goed- of afkeuren.

¹⁰⁷ De voorlopige MR wordt speciaal voor dit doel ingesteld. Is het medezeggenschapsreglement eenmaal vastgesteld, dan kan vervolgens worden overgegaan tot verkiezing van de definitieve MR.

¹⁰⁸ Zie voor deze geschillencommissie: paragraaf 6.10.

¹⁰⁹ Afhankelijk van de mondigheid van de leerling zal het (actief en passief) kiesrecht aan de ouder dan wel aan de leerling toekomen. Zo bepaalt de wet dat het kiesrecht bij basisscholen toekomt aan de ouders, terwijl dit bij avondscholen en dagscholen voor middelbaar beroepsonderwijs toekomt aan de leerlingen (artikel 3 lid 5 sub *a, d* en *e*). Bij scholen voor voortgezet onderwijs komt het kiesrecht in beginsel zowel aan de ouders als aan de leerlingen toe (artikel 3 lid 5 sub *c*). De wet verbindt geen minimumleeftijd aan het kiesrecht van deze leerlingen, omdat gebleken zou zijn dat leerlingen in het voortgezet onderwijs, ongeacht hun leeftijd, zeer goed kunnen functioneren in een medezeggenschapsraad (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 12 en 13).

De verkiezing vindt plaats bij geheime schriftelijke stemming (artikel 3 lid 10 WMO). Deze laatste twee bepalingen zijn in 1981 in de wet opgenomen op aandringen van de Raad van State, die meende dat zaken als het recht van kandidaatstelling en geheime schriftelijke verkiezingen behoorden tot de hoofdzaken die ‘voor een goede functionering van de medezeggenschap’ in de wet zelf moeten worden geregeld.¹¹⁰

Ten aanzien van de samenstelling van de MR noemt de WMO in artikel 3 lid 3 en 4 WMO voorts als randvoorwaarden dat de MR voor de helft bestaat uit leden die door en uit het personeel zijn gekozen (de ‘personeelsgeleding’) en voor de andere helft uit leden die door en uit ouders en/of leerlingen zijn gekozen (de ‘ouders- en/of leerlingengeleding’). Anders dan in de zorgsector heeft de wetgever voor het onderwijs namelijk gekozen voor een ‘systeem van ongedeelde medezeggenschap’, waarbij zowel werknemers als cliënten (in dit geval de leerlingen en eventueel hun ouders) door één medezeggenschapsorgaan worden vertegenwoordigd.¹¹¹ Zij die deel uitmaken van het bevoegd gezag zijn echter van het lidmaatschap van de MR uitgesloten (artikel 3 lid 7 WMO). Omdat de MR overleg pleegt met het bevoegd gezag, advies uitbrengt aan het bevoegd gezag en al dan niet instemt met voorstellen van het bevoegd gezag, ging het volgens de wetgever niet aan, dat leden van het bevoegd gezag zelf deel zouden kunnen uitmaken van een dergelijk orgaan.¹¹² Om diezelfde reden wordt ook het lid (of de leden) van de schoolleiding aan wie is opgedragen om namens het bevoegd gezag de besprekingen met de MR te voeren, van het lidmaatschap uitgesloten (artikel 3 lid 8 WMO).¹¹³ Deze regeling stemt overeen met die van de

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. A-C, p. 24.

¹¹¹ In het onderwijs gaat men uit van het ‘harmoniemodel’, waarbij de nadruk ligt op samenwerking tussen de verschillende bij de school betrokken groepen van personen (ouders, leerlingen en personeel). Er is echter nogal wat kritiek op dit model. Zo zijn de argumenten die voor dit model zijn aangevoerd – ‘een school is iets geheel anders dan een bedrijf, namelijk een gemeenschap gericht op de overdracht van normen en waarden’ en ‘arbeidsvoorwaardelijke en onderwijsinhoudelijke aangelegenheden zijn niet van elkaar te scheiden en kunnen daarom niet in gescheiden gremia worden besproken’ – door o.a. Loonstra weerlegd. Door schrijvers als Brekelmans en Overes is voorts gepleit voor een ‘systeem van gedeelde medezeggenschap’ in het onderwijs. Volgens hen is de wetgever er bij de WMO namelijk ten onrechte vanuit gegaan dat ouders, leerlingen en personeel een homogene groep vormen en gaat het ‘systeem van ongedeelde medezeggenschap’ ten koste van de behartiging van groepsbelangen. (Zie: *Handelingen II*, 14 mei 1981, p. 4992; *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 5, p. 4-6; Brekelmans 1989, p. 24 en 25; Loonstra 1995, p. 70 en 71 en Overes 1994, p. 116 en 117.) De minister van Onderwijs heeft onlangs mede om die redenen besloten om over te gaan tot invoering van de WOR in de sectoren beroeps- en volwasseneneducatie (BVE) en voortgezet onderwijs (VO). Dit in verband met ontwikkelingen als meer autonomie voor schoolinstellingen, schaalvergroting, professionalisering van docenten, management en bestuur, én de decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming. De ouders en leerlingen zouden in een eigen medezeggenschapsraad moeten gaan overleggen. Dat systeem zorgt volgens de minister voor ‘duidelijke verhoudingen en heldere discussies’ (zie: *Kamerstukken II* 2000-01, 27 400 VIII, nr. 58, p. 5). Met betrekking tot de BVE-sector is inmiddels een wetsvoorstel tot invoering van de WOR ingediend bij de Tweede Kamer (zie: *Kamerstukken II* 2003-04, 29 371, nrs. 1-2). Ten aanzien van het voortgezet onderwijs is de invoering van een keuzemodel aangekondigd, waarbij scholen zullen kunnen kiezen tussen de toepasselijkheid van de WOR en een regeling van ongedeelde medezeggenschap (zie: *Kamerstukken II* 2003-04, 29 371, nr. 6).

¹¹² *Kamerstukken II* (1980-81), 16 606, nrs. 3-4, p. 19.

¹¹³ De positie van de schoolleider is omstreden omdat hij in feite een dubbele pet opheeft. Aan de ene kant is hij de vertegenwoordiger van de directie op schoolniveau (en verwacht de directie van hem de

uitsluiting van de ‘bestuurder’ in WOR. Overigens was het ten tijde van de WMO uit 1981 nog zo, dat naast personeel, ouders en leerlingen, ook ‘overige betrokkenen’ lid van de MR konden zijn (artikel 4 lid 3 WMO 1981). Bij die laatste groep dient te worden gedacht aan personen die een binding hebben met de school in verband met de identiteit van de school, dan wel een bepaalde deskundigheid hebben ten aanzien van de beroepen waarvoor de school opleidt. In het medezeggenschapsreglement moest nader worden bepaald om welke categorieën personen het zou gaan. Uit deze categorieën konden de ‘overige leden’ dan vervolgens worden gekozen, en wel door de MR-leden die inmiddels door en uit het personeel en door en uit de ouders en/of leerlingen waren gekozen (artikel 4 lid 6 WMO 1981). Anders dan in de WMCZ werden deze leden dus niet aangegeven door het bevoegd gezag. Voorts mocht het aantal overige leden niet meer dan 1/3 deel van de MR beslaan (artikel 4 lid 4 WMO 1981). Tegenwoordig is het lidmaatschap van ‘buitenleden’ echter niet langer toegestaan. Bij de evaluatie van de WMO uit 1981 had de ‘Toetsingscommissie WMO’ (TCWMO) zich daar namelijk fel tegen uitgesproken.¹¹⁴ Volgens de Toetsingscommissie was de WMO bedoeld om het recht op medezeggenschap van de direct betrokkenen bij de instelling (dat zijn de leerkrachten, ouders en/of leerlingen) vorm te geven. Mensen met een bepaalde deskundigheid op het beroepsterrein waarvoor de school opleidt, of met een bijzondere binding met de identiteit van de school, hoorden volgens de TCWMO thuis in het schoolbestuur.¹¹⁵ Hun deelname aan de MR was niet nodig omdat de MR zich te allen tijde door deskundige adviseurs kon laten bijstaan. Bovendien zou hun deelname aan de MR een te zware stempel kunnen drukken op de besluitvorming.

Ten aanzien van de omvang van de MR regelt de WMO tot slot alleen het maximaal aantal leden (artikel 3 lid 2 WMO). Dit aantal stelt de wet afhankelijk van de omvang van de school (het aantal leerlingen). Reden waarom de WMO – anders dan de WOR – slechts de maximumomvang vaststelt, is dat de wetgever nog enige vrije keus aan de scholen wilde laten.¹¹⁶ De exacte omvang van de MR dient te worden vastgesteld bij reglement (artikel 15 lid 1 sub *a* WMO). Niet duidelijk wordt echter waarom het bepalen van de omvang niet evenals de zittingsduur volledig aan het eigen inzicht van de scholen is overgelaten.¹¹⁷

Naar aanleiding van de vergelijking met de WOR en de WMO kan ten aanzien van artikel 2 WMCZ het volgende worden opgemerkt. Zowel de WOR als de WMO bepalen ten aanzien van de *wijze van totstandkoming* van het medezeg-

nodige loyaliteit), terwijl hij aan de andere kant gewoon behoort tot het personeel van de school en zich als zodanig verwant voelt met de MR en zijn belangen daarin vertegenwoordigd wil zien. (Zie: Evaluatierapport WMO (1981), deel II, 1987, p. 20-22 en Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 80-83 en 162-163.)

¹¹⁴ Evaluatierapport WMO (1981), deel I, p. 23 (aanbeveling nr. 2). Zie ook: *Kamerstukken II* 1991-92, nr. 3, p. 12.

¹¹⁵ Zie verder: paragraaf 6.7.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 17.

¹¹⁷ De zittingsduur van de MR wordt volledig overgelaten aan regeling bij medezeggenschapsreglement (artikel 15 lid 1 sub *d* WMO). Volgens de wetgever was dit vanzelfsprekend (zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 25 en *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 21).

genschapsorgaan, dat dit dient te geschieden door middel van verkiezingen door en uit de direct betrokkenen. Dat was voor de wetgever destijds kennelijk zo vanzelfsprekend, dat noch bij de WOR, noch bij de WMO is toegelicht waarom deze wijze van totstandkoming verplicht is gesteld. De representativiteit van het medezeggenschapsorgaan wordt er nu eenmaal het beste door gewaarborgd. Verkiezingen zijn bij de WMCZ echter minder vanzelfsprekend. De minister gaf, zo bleek in subparagraaf 2.6.2, weliswaar de voorkeur aan de totstandkoming van de cliëntenraad door middel van verkiezingen door en uit de cliënten zelf, maar erkende tegelijkertijd dat dit – gezien het brede toepassingsgebied van de WMCZ – in lang niet alle gevallen mogelijk zou zijn. In sommige gevallen zou de zorgaanbieder zich genoodzaakt zien om de cliëntenraad samen te stellen door benoeming van bijvoorbeeld ex-clieñten of personen die door cliëntenorganisaties naar voren zijn geschoven. Artikel 2 lid 2 WMCZ laat de keuze wat betreft de wijze van totstandkoming daarom expliciet aan de zorgaanbieder.¹¹⁸ Omdat het in het belang van de representativiteit echter verreweg de voorkeur verdient dat de cliëntenraad tot stand komt door middel van verkiezingen, en verkiezingen bij een belangrijk deel van de onder het toepassingsgebied van de WMCZ vallende zorginstellingen gewoon tot de mogelijkheden lijken te behoren – zoals bij instellingen waar cliënten duurzaam verblijven – was het beter geweest wanneer in de WMCZ uitdrukkelijk was bepaald dat de cliëntenraad voor zover mogelijk dient te worden samengesteld door middel van verkiezing door en uit de cliënten, of anders door en uit hun wettelijk vertegenwoordigers of familieleden. Deze bepaling had dan vergezeld kunnen gaan van een wettelijk recht van kandidaatstelling voor een bepaald aantal cliënten en voor cliëntenverenigingen die leden onder de cliënten van de betreffende instelling hebben, als mede van de verplichting dat de verkiezingen plaatsvinden bij geheime schriftelijke stemming. Omdat deze bepalingen de totstandkoming van een representatief medezeggenschapsorgaan waarborgen – hetgeen een ‘conditio sine qua non’ is voor medezeggenschap – behoren deze bepalingen tot de randvoorwaarden die in de wet hadden moeten worden opgenomen.¹¹⁹ Bij zorginstellingen waar het niet mogelijk is om de cliëntenraad door middel van verkie-

¹¹⁸ Het door Van Wolde in haar proefschrift gedane voorstel voor een Wet Cliëntenparticipatie Sociale Zekerheid (WCSZ) verplicht het uitvoeringsorgaan eveneens tot het instellen van een representatief overlegorgaan zonder daarbij te bepalen op welke wijze dit orgaan tot stand dient te komen (zie: Van Wolde 2003, p. 299 en 300).

¹¹⁹ Het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW), dat op termijn de WOR zal moeten gaan vervangen, bepaalt in artikel 4:4 lid 2 dat de verkiezingen voor de ondernemingsraden in een bepaalde week van het jaar dienen plaats te vinden, zodat er landelijke aandacht aan kan worden besteed (zie: *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 2). Hoewel periodieke landelijke aandacht voor het werk van de cliëntenraad (bijvoorbeeld in de vorm van een jaarlijkse ‘dag voor de cliëntenraad’) de belangstelling voor het cliëntenraadswerk onder de cliënten zou kunnen vergroten, lijkt overname van een dergelijke bepaling in de WMCZ mij niet wenselijk. Het gaat hier namelijk niet om een ‘conditio sine qua non’ voor medezeggenschap. Indien de wet ertoe verplicht de verkiezingen voor de cliëntenraden binnen één zelfde periode te houden, kan dit bovendien tot praktische problemen leiden (denk aan de wachttijden bij het volgen van de basiscursus voor nieuwe cliëntenraadsleden, die dan zullen ontstaan). Het promoten van het cliëntenraadswerk kan daarom beter worden overgelaten aan de (koepelorganisaties) van zorgaanbieders en cliëntenraden. Dit sluit ook aan bij hun verantwoordelijkheid ter zake van de samenstelling van de cliëntenraad respectievelijk het onderhouden van contact met de achterban (zie: paragraaf 6.2).

zingen tot stand te doen komen, zullen de zorgaanbieders er op andere wijze in moeten zien te slagen een representatieve cliëntenraad in te stellen. Dat dit lang niet altijd meevalt en dat deze verplichting ten aanzien van sommige instellingen zelfs op gespannen voet staat met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid bleek al in hoofdstuk 5.¹²⁰ Veel zal in die gevallen afhangen van de kwaliteit van het contact met de achterban, waarover meer in subparagraaf 6.4.3.

Wat betreft de *samenstelling* van de cliëntenraad is het – zeker na bestudering van de WOR en de WMO – opvallend dat de WMCZ deelname van werknemers in de cliëntenraad niet expliciet uitsluit. De minister raadde deelname van werknemers weliswaar in de memorie van toelichting af, maar was geen voorstandster van een wettelijke uitsluiting, zo bleek in paragraaf 3.7. Waar het volgens haar uiteindelijk om ging, was dat er personen in de cliëntenraad zouden plaatsnemen die geacht konden worden de belangen van de cliënten naar voren te kunnen brengen. De uiteindelijke beoordeling of een werknemer in kwestie aan die kwalificatie voldoet, wilde de minister aan de zorgaanbieder overlaten. Een reden voor de zorgaanbieder om een werknemer te laten plaatsnemen in de cliëntenraad, kan bijvoorbeeld zijn gelegen in het feit dat die werknemer veel contact heeft met een specifieke cliëntengroep, van waaruit het niet lukt kandidaten te werven.¹²¹ Door uit te gaan van de mogelijkheid dat werknemers in staat kunnen worden geacht de belangen van cliënten te behartigen, wordt echter voorbij gegaan aan het feit dat de belangen van cliënten ten aanzien van sommige zaken in strijd kunnen zijn met de belangen van de werknemers en/of met hun loyaliteitsgevoelens ten opzichte van hun werkgever (de zorgaanbieder). Bovendien bestaat bij deelname van werknemers aan de cliëntenraad het gevaar dat zij, door hun positie en deskundigheid, de cliëntleden tijdens de cliëntenraadsvergaderingen zullen domineren, hetgeen ten koste gaat van hun onafhankelijke oordeelsvorming.¹²² Voor een goed functioneren van de cliëntenraad lijkt een wettelijke uitsluiting van werknemers dan ook noodzakelijk. Datzelfde geldt a fortiori voor werknemers met een leidinggevende functie die tegelijkertijd de overlegpartner van de cliëntenraad zijn en dus met een ‘dubbele pet op’ in de cliëntenraad zitten.¹²³

In paragraaf 3.7 kwam tevens de vraag aan de orde of de omvang en zittingsduur van de cliëntenraad niet in de wet zelf behoren te worden geregeld. In deze subparagraaf bleek dat de WOR deze zaken gedetailleerd regelt. De wet biedt echter eveneens een mogelijkheid tot afwijking van deze bepalingen, hetgeen doet vermoeden dat het hier niet gaat om zaken waarvan wettelijke regeling echt noodzakelijk is. Dit vermoeden wordt bevestigd door het feit dat de

¹²⁰ Zie: subparagraaf 5.2.2.

¹²¹ Dit doet zich (onder meer) voor bij thuiszorginstellingen ten aanzien van cliënten van in de kortdurende zorg, zoals de kraamzorg.

¹²² Een vergelijkbare situatie doet zich voor in het onderwijs, waar het personeel zoals gezegd samen met de leerlingen en/of ouders in de MR plaatsnemen. Door de kennisachterstand van ouders en leerlingen domineert het personeel de MR-vergaderingen. In sommige onderwijssectoren wordt dit als een knelpunt ervaren. (Zie: Evaluatie WMO (1992), 1997, p. 73-75 en 147-153.)

¹²³ Deze situatie doet zich onder meer voor bij cliëntenraden in ziekenhuizen. Het gevaar daarvan is dat de cliëntenraad heel meegaand wordt en niet kritisch durft te zijn. (Zie: Van Bennekom 2001, p. 5-8.)

WMO slechts de maximumomvang van het medezeggenschapsorgaan regelt en de precieze vaststelling daarvan, alsmede de vaststelling van de zittingsduur, overlaat aan zelfregulering, hetgeen in de praktijk nooit tot problemen heeft geleid.

Tot slot kan in dit verband nog de vraag worden gesteld of het wel zo voor de hand ligt alleen de zorgaanbieder verantwoordelijk te stellen voor zaken als de totstandkoming en samenstelling van de cliëntenraad en het vaststellen van diens omvang en zittingsduur. In paragraaf 3.7 bleek dat zowel de VVD-fractie als de fractie van GroenLinks daar zo hun bedenkingen bij hadden. Ter verdediging van haar keuze voerde minister d'Ancona destijds aan, dat deze zelfreguleringsopdracht juist aan de zorgaanbieder was gericht, vanwege diens verantwoordelijkheid voor het binnen de wettelijke grenzen nader vormgeven van de medezeggenschap.¹²⁴ Hij was volgens haar immers degene met het beste overzicht over de instelling en het daarbij behorende cliëntenbestand, waardoor hij het beste kon bepalen wat mogelijk was. Bovendien kon de zorgaanbieder gemakkelijk worden aangesproken bij niet naleving. De vergelijking met de WMO en met name de WOR leidt echter tot de conclusie dat deze keuze van de minister toch minder vanzelfsprekend is dan zij deed voorkomen. Zojuist bleek immers dat de WOR de verantwoordelijkheid voor uitwerking van de regels met betrekking tot de samenstelling, omvang en zittingsduur van de ondernemingsraad, voornamelijk bij de OR zelf legt. Beredeneerd vanuit het vereiste dat iedere zelfreguleringsopdracht op logische wijze dient voort te vloeien uit een daaraan ten grondslag liggende heldere scheiding in verantwoordelijkheden, valt daar ook wel iets voor te zeggen.¹²⁵ Het medezeggenschapsorgaan heeft tot taak en verantwoordelijkheid de belangen van zijn achterban te behartigen en kan dit het beste doen indien hij op een representatieve manier is samengesteld.¹²⁶ Wat ligt dan meer voor de hand dan het medezeggenschapsorgaan en diens achterban in eerste instantie zelf over die representativiteit te doen waken? De minister had echter in zoverre gelijk dat het samenstellen van de cliëntenraad in veel gevallen – denk bijvoorbeeld aan zorginstellingen waarmee cliënten doorgaans slechts een kortdurend contact hebben – bepaald geen sinecure is. In die gevallen kan het inderdaad noodzakelijk zijn dat er iemand bij de totstandkoming van de cliëntenraad wordt betrokken die beschikt over een ‘helicopterview’ over het gehele cliëntenbestand, iemand als de zorgaanbieder. De manier waarop de MR tot stand komt en waarop diens omvang en zittingsduur worden bepaald – namelijk door middel van een vorm van samenwerking tussen bevoegd gezag en een voorlopig daartoe ingestelde MR – verdient vanuit het oogpunt van de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering dan ook de voorkeur.¹²⁷ Zo’n regeling zou recht doen aan de belangen en verantwoordelijkheden ter zake van zowel de zorgaanbieder als de cliëntenraad, zou de expertise van beide partijen op dit punt benutten en zou bovendien de totstandkoming van ‘tweezijdige

¹²⁴ Zie voor de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder: paragraaf 6.2.

¹²⁵ Zie de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering in subparagraaf 4.4.4.

¹²⁶ Zie voor de verantwoordelijkheid van de cliëntenraad: paragraaf 6.2.

¹²⁷ Zie: subparagraaf 4.4.4.

zelfregulering' garanderen.¹²⁸ Hierdoor wordt de totstandkoming van een inhoudelijk goed en evenwichtig reglement gestimuleerd en zal de legitimiteit van de op grond daarvan totstandgekomen cliëntenraad toenemen, in die zin dat diens representativiteit minder snel in twijfel zal worden getrokken. Uiteraard zal dit de medezeggenschap in de praktijk alleen maar bevorderen.

6.4.3 Taken en werkwijze van de cliëntenraad

Artikel 2 WMCZ bevat voor de cliëntenraad – naast diens algemene taak 'binnen het kader van de doelstellingen van de instelling in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen' (lid 1) – ook een zelfreguleringsopdracht. Lid 4 bepaalt namelijk dat de cliëntenraad zelf schriftelijk zijn werkwijze regelt. Blijkens de memorie van toelichting dacht de minister daarbij aan zaken als een regeling voor het bijeenroepen van vergaderingen, het opstellen van agenda's, stemprocedures en aan de vormgeving van het periodiek contact met, en verantwoording aan de achterban.¹²⁹ In paragraaf 3.7 bleek echter dat de cliëntenraad het contact met de achterban in de praktijk niet altijd even goed geregeld heeft.¹³⁰ De zorgaanbieder kan dan de indruk krijgen met een niet-representatieve cliëntenraad van doen te hebben. De vraag die zich voordoet is of de verplichting tot het onderhouden van contact met de achterban niet in de wet zelf had moeten worden geregeld, zodat deze afdwingbaar was geweest.

Net als de WMCZ bepaalt de WOR in artikel 14 lid 1 dat het medezeggenschapsorgaan – i.c. de OR – zelf zijn werkwijze moet regelen. Alleen geeft lid 2 van datzelfde artikel vervolgens een uitvoerige opsomming van zaken die daarin in ieder geval aan de orde moeten komen. Het betreft hier zaken van huishoudelijke aard zoals de wijze van bijeenroeping van vergaderingen, de stemprocedure, het secretariaat en dergelijke, maar eveneens zaken die het contact met de achterban betreffen. Zo verplicht de WOR de OR tot het treffen van een regeling inzake het openbaar maken van de agenda van vergaderingen en van verslagen van de OR-vergaderingen (artikel 14 lid 2 sub *f* en *h* WOR). Deze bepalingen zijn in 1971 naar aanleiding van een advies van de SER in de WOR opgenomen.¹³¹ De SER meende namelijk dat deze bepalingen een goed functioneren van de ondernemingsraad zouden bevorderen en noemde een goede communicatie tussen de ondernemingsraad en diens achterban zelfs een *conditio sine*

¹²⁸ De huidige regeling staat op gespannen voet met de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, omdat de zelfreguleringsopdracht uit artikel 2 WMCZ voorbij gaat aan de verantwoordelijkheid van de cliëntenraad ter zake en bovendien leidt tot 'eenzijdige zelfregulering' (zie: subparagraaf 4.4.1 en 4.4.4). Het lag volgens de minister weliswaar voor de hand dat, indien binnen de instelling reeds een vorm van cliëntenparticipatie aanwezig was, de zorgaanbieder met deze cliëntenvertegenwoordiging over de samenstelling van de cliëntenraad zou overleggen, maar desondanks verplicht de WMCZ hiertoe niet (zie: paragraaf 3.7).

¹²⁹ Zie: subparagraaf 2.6.2.

¹³⁰ Dit bleek bijvoorbeeld in de zaak 'De Drie Vennen' (zie: paragraaf 3.7).

¹³¹ *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nrs. 1-3, p. 19.

qua non voor het welslagen van de medezeggenschap.¹³² In het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) dat de WOR op termijn zal moeten gaan vervangen, wordt de OR ter verbetering van het contact met de achterban bovendien verplicht te bepalen, in welke gevallen en op welke wijze werknemers uit de achterban onderwerpen op de agenda van de OR kunnen plaatsen (artikel 5:3 WMW).¹³³

De WMO regelde aanvankelijk, evenals de WMCZ, niets omtrent het contact met de achterban. Op aandringen van de TCWMO werd bij wetwijziging in 1992 echter toch de volgende bepaling opgenomen: 'De raad doet jaarlijks schriftelijk verslag van zijn werkzaamheden en draagt er zorg voor dat alle bij de school betrokkenen van het verslag kennis kunnen nemen. De raad draagt er zorg voor dat de agenda's en verslagen van de vergaderingen van de raad worden toegezonden aan het bevoegd gezag, aan de eventuele geledingenraden en deelraden, en aan de eventuele gemeenschappelijke medezeggenschapsraad, als mede ter inzage worden gelegd op een algemeen toegankelijke plaats op de school ten behoeve van belangstellenden (...)' (artikel 5 lid 7 WMO).¹³⁴ Onderzoek had namelijk uitgewezen dat het contact tussen medezeggenschapsraden en hun achterban te wensen overliet.¹³⁵ Met de TCWMO is de wetgever thans van mening dat de relatie tussen MR en achterban het fundament vormt van de medezeggenschap.¹³⁶ Wanneer het medezeggenschapsorgaan geen goed contact met de achterban heeft, loopt hij immers het risico dat zijn representativiteit en gezag in twijfel worden getrokken.¹³⁷ Daarnaast is het voor de achterban moeilijk zich een oordeel te vormen over het werk van de MR, wanneer men daarvan niet op de hoogte wordt gehouden.¹³⁸ Voor de kwaliteit van diens werk is het bovendien van groot belang dat de MR weet wat er onder de achterban leeft, en dat hij gedwongen wordt zijn werk jaarlijks zelf te evalueren, aldus TCWMO en wetgever. De overige zaken van huishoudelijke aard dient de MR zelf te regelen en wel in een bijlage bij het medezeggenschapsreglement (artikel 16 lid 1 sub *a* WMO). Wat precies onder 'huishoudelijke zaken' moet worden verstaan, wordt niet toegelicht. Vermoedelijk gaat het om de wijze van bijeenroepen van vergaderingen, het opstellen van agenda's en het vaststellen van een stemprocedure, aangezien deze zaken nergens elders in de wet zijn geregeld.¹³⁹

¹³² SER-advies 1968 (no. 13), p. 28. In artikel 5:3 van het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) wordt de OR bovendien verplicht ten aanzien van een aantal onderwerpen te bepalen dat de achterban onderwerpen op de agenda van de OR kan plaatsen.

¹³³ *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 2, p. 13.

¹³⁴ Deze bepalingen zijn vergelijkbaar met artikel 14 lid 2 sub *f* en *h* WOR.

¹³⁵ Evaluatierapport WMO (1981), deel II, 1987, p. 35 en 36. Overigens is het contact met de achterban (en dan vooral met de ouders) blijkens een meer recente evaluatie van de WMO, in het onderwijs nog steeds niet optimaal. Dit blijkt met name voort te vloeien uit een gebrek aan belangstelling (zie: Evaluatie WMO (1992), 1997, p. 78-80 en 234-237).

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1991-92, nr. 3, p. 15 en 16.

¹³⁷ Dit deed zich voor in de zaak 'De Drie Vennen' (zie: paragraaf 3.7).

¹³⁸ Dit gold volgens de TCWMO met name ten aanzien van de ouders, vanwege het feit dat zij niet dagelijks met het schoolgebeuren worden geconfronteerd. Hetzelfde verhaal lijkt echter op te gaan voor cliënten die geen frequent gebruik maken van de diensten van een zorginstelling.

¹³⁹ In de WMO uit 1981 was dit anders geregeld. Toen moest in het medezeggenschapsreglement worden bepaald welke zaken in het huishoudelijk reglement van de MR dienden te worden geregeld (ar-

Hoewel de gedetailleerde zelfreguleringsopdracht ten aanzien van de huishoudelijke zaken van de OR in de WOR, de zelfreguleringsopdracht aan de OR duidelijker maakt – hetgeen overeenstemt met de kwaliteitsvereisten eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid – gaat het hier om zaken van ondergeschikt belang die alleen het medezeggenschapsorgaan aangaan. Omdat de memorie van toelichting bij de WMCZ bovendien voldoende aanwijzingen bevat wat betreft de zaken die de cliëntenraad in zijn werkwijze zou moeten regelen – waardoor eveneens voldoende duidelijkheid omtrent de betreffende zelfreguleringsopdracht is gecreëerd – is een letterlijke opsomming van al deze zaken in de WMCZ niet nodig.

De WMCZ zou echter wel bepalingen moeten bevatten die het contact van de cliëntenraad met de achterban waarborgen. Daartoe zouden bepalingen moeten worden overgenomen als in de WOR en de WMO, die de cliëntenraad verplichten jaarlijks een verslag van zijn werkzaamheden op te stellen en openbaar te maken, evenals de agenda's voor vergaderingen en de verslagen daarvan. De cliënten worden dan in staat gesteld zich een oordeel te vormen omtrent de wijze waarop de cliëntenraad hun belangen behartigt, hetgeen met name bij de periodieke verkiezingen van belang is. Omdat de cliëntenraad momenteel echter niet bij alle zorginstellingen door middel van verkiezingen tot stand komt, en het in verband met de representativiteit van de cliëntenraad van belang is dat cliënten zich toch op enig moment over het functioneren van de cliëntenraad kunnen uitspreken, zou de WMCZ de cliëntenraad bovendien moeten verplichten in zijn werkwijze aan te geven op welke wijze wordt vormgegeven aan het contact met de achterban (waarbij kan worden gedacht aan enquêtes, een spreekuur, een email- en postadres, of een jaarlijkse algemene cliëntenvergadering).¹⁴⁰ Het ontbreken van zulke afdwingbare wettelijke bepalingen is in strijd met het subsidiairiteitsvereiste.

Naast de plicht tot het onderhouden van contact met de achterban blijken de WOR en de WMO voorts nog *andere wettelijke taken* voor het medezeggenschapsorgaan te bevatten. Artikel 28 WOR bijvoorbeeld, bevat voor de OR de taak de naleving van voorschriften op het terrein van arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden te stimuleren (lid 1) het werk-

tikel 10 sub *c* WMO 1981). De wetgever vond toen dat men op schoolniveau maar moest uitmaken waar men wat regelde (zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 25). Bij wetwijziging in 1992 bepaalt de wetgever dat de MR degene is die deze zaken moet regelen. Het zou namelijk zaken betreffen die uitsluitend voor de MR van belang zijn (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 20).

¹⁴⁰ Akveld en ik wezen eerder al op het feit dat juist bij een cliëntenraad die door benoeming in plaats van door verkiezing tot stand is gekomen, het contact met de achterban van cruciaal belang is voor de representativiteit van de cliëntenraad (zie: Akveld & Van der Voet 2001, p. 206). Een bepaling die de cliëntenraad verplicht cliënten uit diens achterban in bepaalde gevallen onderwerpen op de agenda te laten plaatsen – naar analogie van artikel 5:3 WMW – lijkt mij echter overbodig. De achterban kan de cliëntenraad namelijk toch niet dwingen daadwerkelijk iets met deze onderwerpen te doen. Bovendien 'staan' de cliëntenraden in de praktijk 'te springen' om 'feed back' vanuit hun achterban. Serieuze signalen vanuit de achterban zullen zij daarom naar verwachting uit zichzelf wel op de agenda plaatsen.

overleg, alsmede de overdracht van bevoegdheden zoveel mogelijk te bevorderen (lid 2) te waken tegen discriminatie in de onderneming en in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de onderneming te bevorderen, alsmede de inschakeling van gehandicapten en minderheden (lid 3) en de zorg van de onderneming voor het milieu te bevorderen (lid 4). In artikel 5 WMO zijn twee vergelijkbare taken voor de MR terug te vinden, namelijk de verplichting naar vermogen de openheid, openbaarheid en het onderling overleg in de school te bevorderen (lid 3) en de verplichting in het algemeen te waken tegen discriminatie en in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen, alsmede de inschakeling van gehandicapten (lid 4). Blijkens de toelichting betreft het hier geen zelfstandig uitvoerbare taken voor de MR, maar vooral de wijze waarop de MR zijn medezeggenschapsrechten moet uitoefenen (het bevoegd gezag blijft dus verantwoordelijk voor de uitvoering).¹⁴¹ Hoe zinvol deze bepalingen in de WOR en de WMO op zich ook mogen zijn, zij lijken niet te behoren tot de 'conditio sine qua non' voor medezeggenschap.¹⁴² Overname in de WMCZ lijkt dan ook niet noodzakelijk.

Anders dan de WMCZ bevatten de WOR en de WMO daarnaast nog een *geheimhoudingsplicht*. Aanvankelijk bevatte de WOR slechts de bepaling dat de OR in zijn reglement de geheimhouding ten aanzien van bepaalde gegevens (bedrijfsgeheimen) moest regelen (artikel 14 lid 2 sub *e* WOR 1950). Sinds 1971 wordt de geheimhoudingsplicht echter expliciet in de wet geregeld en is terug te vinden in artikel 20 WOR. De reden voor opname in de wet was gelegen in het feit dat de wetwijziging uit 1971 zou leiden tot een sterke uitbreiding van het aantal onderwerpen waarover de ondernemer informatie aan de OR dient te verstrekken. Bovendien wilde de wetgever de schending van deze geheimhoudingsplicht onder artikel 272 Sr. laten vallen (waarin opzettelijke schending van een geheimhoudingsplicht die voortvloeit uit een ambt, beroep of wettelijk voorschrift strafbaar wordt gesteld).¹⁴³ De geheimhoudingsplicht van de MR is terug te vinden in artikel 5 lid 6 WMO. Deze heeft betrekking op door het bevoegd gezag verleende, vertrouwelijke informatie. De wetgever nam deze verplichting in 1981 in de wet op, omdat daarvoor was gepleit in de vele adviezen die naar aanleiding van het wetsontwerp waren uitgebracht.¹⁴⁴

¹⁴¹ Deze taken, die reeds in de WMO uit 1981 voorkwamen, hadden volgens de wetgever betrekking op democratisering in de brede zin en zijn als zodanig overgenomen uit de WOR (zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 19).

¹⁴² Dit blijkt onder meer uit de toelichting van de wetgever bij de taak van de OR om de naleving van de voorschriften op het terrein van arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden te bevorderen. Daarin staat: 'Men kan natuurlijk betwijfelen, of er voor de ondernemingsraad, zelfs wat het bevorderen van bedoelde voorschriften betreft, nog een taak ligt naast die van de Arbeidsinspectie. De ondergetekenden geloven evenwel, dat het toch nut kan hebben wanneer ook de ondernemingsraad in deze een bepaalde opdracht heeft. Deze opdracht zal immers van stimulerende aard zijn en dit laatste niet alleen ten opzichte van de ondernemer, maar ook ten aanzien van de werknemers.' (*Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nrs. 1-3, p. 24.) Deze taak dient dus niet ter bevordering van de medezeggenschap, maar ter bevordering van andere voor de werknemer van belang zijnde zaken. Bovendien staat de noodzaak van deze wettelijke taak, blijkens de bewoordingen 'kan nut hebben', voorts ook niet helemaal vast.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nrs. 1-3, p. 21.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 21.

In subparagraaf 3.8.3 kwam aan de orde dat een dergelijke geheimhoudingsplicht in de WMCZ ontbreekt, zonder dat het ontbreken daarvan ergens wordt toegelicht. Dat is opmerkelijk omdat het niet denkbeeldig is dat de zorgaanbieder op grond van artikel 5 WMCZ ook vertrouwelijke informatie aan de cliëntenraad zal moeten verschaffen, waarvan openbaarmaking schadelijk kan zijn voor de instelling.¹⁴⁵ Indien de zorgaanbieder in zo'n geval geen geheimhouding kan vorderen, kan dat ertoe leiden dat hij weigert de betreffende informatie te verstrekken, hetgeen de uitoefening van medezeggenschap door de cliëntenraad zou belemmeren. Het is daarom noodzakelijk het recht op informatie in de wet te clausuleren met een geheimhoudingsplicht, ten aanzien van die informatie waarvan het vertrouwelijke karakter duidelijk (gemaakt) is. Het ontbreken van deze bepaling staat op gespannen voet met het subsidiariteitsvereiste.

6.4.4 Het ontbreken van 'ontslagbescherming'

In paragraaf 3.7 bleek dat de zorgaanbieder zich in de zaak van 'De Drie Vennen' voor het einde van de zittingsperiode onttrok van zijn cliëntenraad, omdat hij deze niet langer representatief achtte voor zijn cliënten. Hij deed dit zelfstandig, dat wil zeggen zonder voorafgaande tussenkomst van een rechter of van een andere onafhankelijke en objectieve derde, zoals de vertrouwenscommissie.¹⁴⁶ Zowel het Hof Den Bosch als de Hoge Raad honoreerden deze gang van zaken.¹⁴⁷ In een reactie op deze uitspraken betoogden Akveld en ik dat het waarborgen van het machtsverwicht tussen zorgaanbieder en cliëntenraad behoort tot de randvoorwaarden voor medezeggenschap, die in de wet thuishoren.¹⁴⁸ Om die reden pleitten wij voor overneming in de WMCZ van bepalingen als die in artikel 13 en 36 WOR.¹⁴⁹

Artikel 13 WOR heeft betrekking op de situatie waarin een individueel OR-lid disfunctioneert. Op grond van lid 1 kan de kantonrechter, op verzoek van de ondernemer of de OR, zo'n OR-lid van zijn werkzaamheden uitsluiten. Zo'n

¹⁴⁵ Ziekenhuizen hebben bijvoorbeeld problemen met het recht op informatie ten aanzien van bepaalde financiële stukken (zie: Vos de Wael 1998, p. 7). In het voorbeeld-reglement van de NPCF en de NVZ is daarom een geheimhoudingsplicht opgenomen voor de (ex-)leden van de cliëntenraad (zie: artikel 10 van het 'Model voor een samenwerkingsovereenkomst tussen Regionaal Patiënten/Consument Platform (RPCP) en zorgaanbieder betreffende medezeggenschap van cliënten in niet-residentiële inrichtingen').

¹⁴⁶ De zorgaanbieder van instelling 'De Drie Vennen' had weliswaar zijn cliënten in een algemene vergadering bijeen geroepen om hem 'te machtigen' tot het instellen van een nieuwe cliëntenraad, maar A-G Strikwerda wees in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad terecht op het gevaar van deze procedure, namelijk dat de zorgaanbieder de cliënten een verkeerde voorstelling van zaken geeft. Vanwege de grote invloed die de zorgaanbieder aldus kan uitoefenen op de meningsvorming van de cliënten, kan hier dus worden gesproken van (vrijwel) zelfstandig optreden van de zorgaanbieder. (Zie: HR 6 april 2000, NJ 2001, 35 en Akveld & Van der Voet 2001, p. 207.)

¹⁴⁷ Zie: paragraaf 3.7.

¹⁴⁸ Akveld & Van der Voet 2001, p. 203 e.v.

¹⁴⁹ Doordat Van Wolde de WMCZ in haar proefschrift als voorbeeld heeft genomen bij haar ontwerp van de Wet Cliëntenparticipatie Sociale Zekerheid (WCSZ) bevat de door haar voorgestelde regeling evenmin 'ontslagbeschermingsbepalingen' voor (leden van) het overlegorgaan (zie: Van Wolde 2003, p. 298-303).

verzoek kan door de ondernemer respectievelijk de OR slechts worden gedaan in die gevallen waarin het betreffende OR-lid het overleg tussen de ondernemer en de OR, dan wel de werkzaamheden van de OR ernstig belemmert. Het betrokken OR-lid dient daarbij in de gelegenheid te worden gesteld door de kantonrechter te worden gehoord (lid 2). Deze bepaling uit artikel 13 staat al sinds 1950 in de WOR¹⁵⁰, maar werd pas in 1979 voor het eerst toegelicht.¹⁵¹ De wetgever wees toen op het feit dat de ondernemer in verband met het overleg dat hij met de OR moet voeren, een groot belang heeft bij het zo goed mogelijk functioneren van de OR. Om die reden moest hij volgens de wetgever de mogelijkheid hebben een OR-lid voor ontslag voor te dragen, wanneer hij van mening was dat het functioneren van de OR door diens destructieve optreden werd belemmerd.¹⁵² Functioneert de OR als geheel niet naar behoren – in die zin dat hij de in de vorige subparagraaf omschreven wettelijke verplichtingen niet nakomt – dan biedt artikel 36 lid 1 jo. lid 7 WOR aan iedere belanghebbende de mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken de OR te verplichten deze als nog na te komen, en wel op straffe van ontbinding. De mogelijkheid tot het voeren van deze gerechtelijke actie tegen de OR dateert uit 1979.¹⁵³ De wetgever vond het van dusdanig belang dat de OR zijn verplichtingen zou naleven, dat dit – eventueel door de ondernemer zelf – moest kunnen worden afdwongen.¹⁵⁴ Het is voor de ondernemer – en evenmin voor de overige belanghebbenden, zoals de werknemers – echter niet mogelijk zich buiten de rechter (als onafhankelijke derde) om, van de OR te ontdoen.

In vergelijking met de WOR besteedt de WMO maar weinig aandacht aan deze materie. Artikel 15 lid 1 sub *e* WMO bepaalt slechts dat in het medezeggenschapsreglement de wijze moet worden geregeld, waarop de MR-leden de uit hun lidmaatschap voortvloeiende verplichtingen zullen nakomen. De TCWMO uitte kritiek op deze magere regeling. Volgens de TCWMO – die op dit punt te rade was gegaan bij de WOR – moest de procedure ten aanzien van uitsluiting van een MR-lid van de werkzaamheden van de MR, vanwege de ernst van deze aangelegenheid met wettelijke waarborgen worden omgeven.¹⁵⁵ De TCWMO wees er met nadruk op dat de bevoegdheid tot het nemen van deze maatregel, moet berusten bij een onafhankelijke instantie, zoals de geschillencommissie. Het verzoek tot uitsluiting zou volgens de TCWMO zowel door de MR als door het bevoegd gezag moeten kunnen worden gedaan en ook hier zou het betrokken raadslid in de gelegenheid moeten worden gesteld te worden gehoord. Deze aanbeveling van de TCWMO is bij de wijziging van de WMO in 1992 echter niet door de wetgever overgenomen. Een toelichting waarom dit niet is gebeurd,

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 1947-50, 884, nrs. 1-2, p. 2.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1975-76 13 954, nrs. 1-3, 29.

¹⁵² Destijds besliste uitsluitend de bedrijfscommissie over een soortgelijk verzoek.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nrs. 1-3, 52.

¹⁵⁴ Aanvankelijk kon een dergelijk verzoek slechts door werknemers en vakbonden worden ingediend, maar later werd deze kring verruimd tot 'iedere belanghebbende', waartoe ook de ondernemer kan worden gerekend. Reden daarvoor was de afschaffing van de preventieve goedkeuring door de bedrijfscommissie van door het door de OR vast te stellen werkwijze uit artikel 14 lid 3 WOR 1971. (Zie: *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 30.)

¹⁵⁵ Evaluatierapport WMO (1981), deel II, 1987, p. 35 (aanbeveling nr. 18).

ontbreekt vreemd genoeg. Opvallend is voorts dat de TCWMO – hoewel zij naar eigen zeggen te rade is gegaan bij de WOR – geen aanbeveling heeft gedaan tot het opnemen in de WMO van de mogelijkheid van ontbinding van een niet functionerende MR, naar analogie van artikel 36 WOR.

Geconcludeerd kan worden dat ‘ontslagbeschermingsbepalingen’ bijdragen aan de onafhankelijke positie van het medezeggenschapsorgaan. Voor het welslagen van een medezeggenschapsregeling is deze onafhankelijke positie van cruciaal belang. Als de leden van het medezeggenschapsorgaan niet vrijuit hun mening durven te geven en de zorgaanbieder (dan wel de ondernemer of het bevoegd gezag) geen tegengas durven te geven uit angst voor de gevolgen, verliest het medezeggenschapsgebeuren zijn betekenis. De WMO geeft het bevoegd gezag opdracht de ‘ontslagprocedure’ te regelen in het medezeggenschapsreglement. De WMCZ zegt niets over deze materie en laat deze dus blijkbaar over aan zelfregulering, maar door wie wordt niet duidelijk. Dient dit door de zorgaanbieder te worden vastgesteld in het reglement ex artikel 2 lid 2 WMCZ? Of dient dit door de cliëntenraad te worden opgenomen in zijn werkwijze ex artikel 2 lid 4 WMCZ?¹⁵⁶ Een duidelijke zelfreguleringsopdracht ontbreekt hier.

De vraag kan bovendien worden gesteld of deze materie – gezien het grote belang daarvan – überhaupt wel aan zelfregulering moet worden overgelaten. Zo kwam in subparagraaf 4.4.4 aan de orde dat, indien bij het totstandbrengen van wettelijk geconditioneerde zelfregulering sprake is van tegengestelde belangen (zoals bij een medezeggenschapswet), de wettelijke randvoorwaarden een machtsevenwicht moeten garanderen. Omdat de ‘ontslagbeschermingsbepalingen’ een cruciale rol spelen in het bewaren van het machtsevenwicht tussen zorgaanbieder en cliëntenraad, pleit dit dus voor opname in de wet. Deze opvatting wordt ondersteund door de aanbeveling van de TCWMO, die – zo bleek hierboven – eveneens duidelijk de voorkeur gaf aan een wettelijke regeling. Aan deze aanbeveling komt extra waarde toe vanwege het feit dat de toetsingscommissie in haar toetsingskader een belangrijke rol had toegekend aan het aspect deregulering.¹⁵⁷

Akveld en ik hebben zoals gezegd eerder al gepleit voor een regeling naar analogie van artikel 13 en artikel 36 lid 1 en 2 jo. lid 7 WOR, omdat wij sterk hechten aan de voorafgaande tussenkomst door een onafhankelijke derde. Of die derde de kantonrechter is of de vertrouwenscommissie, is niet van wezenlijk belang. Waar het om gaat is dat het objectieve oordeel van deze derde ervoor zorgt, dat het noodzakelijk evenwicht tussen zorgaanbieder en cliëntenraad wordt gewaarborgd. Aan de ene kant voorkomt deze procedure namelijk dat de cliëntenraad om iedere willekeurige reden door de zorgaanbieder dan wel door de cliënten zou kunnen worden ontbonden. Hierdoor wordt de onafhankelijkheid van de cliëntenraad gewaarborgd, hetgeen voor een goed functioneren van de

¹⁵⁶ Conform de zienswijze van Van Dijk (zie: paragraaf 3.7, p. 33 en 34).

¹⁵⁷ De TCWMO nam bij haar evaluatie van de WMO (1981) de toetsingspunten van de Commissie-Geelhoed, de ‘Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving’ en de ‘Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en algemene maatregelen van bestuur’ als uitgangspunt (zie: Evaluatierapport WMO (1981) deel I, 1987, p. 11).

medezeggenschap noodzakelijk is. Die onafhankelijkheid is niet alleen vereist jegens de zorgaanbieder, maar – zo betoogden Akveld en ik in onze bijdrage – tot op zekere hoogte ook jegens de eigen achterban.¹⁵⁸ Op grond van de WMCZ komt de cliëntenraad immers een eigen taak en verantwoordelijkheid toe.¹⁵⁹ Naast de waarborging van de onafhankelijke positie van de cliëntenraad biedt de door Akveld en mij voorgestelde procedure voorts zowel de zorgaanbieder als de cliënten(-organisaties) de mogelijkheid de cliëntenraad te dwingen zijn wettelijke verplichtingen na te komen.¹⁶⁰ Dit stemt overeen met de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder tot het leveren van kwalitatief goede zorg en zijn daaruit voortvloeiende belang bij het voeren van overleg met een cliëntenraad die daadwerkelijk op de hoogte is van de wensen en behoeften van cliënten. Tevens stemt dit overeen met het belang van de cliënten hun wensen en behoeften daadwerkelijk door de cliëntenraad vertegenwoordigd te zien en sluit dit aan bij hun eigen verantwoordelijkheid, zoals omschreven in paragraaf 6.2, namelijk dat zij zelf moeten toezien op de naleving van de WMCZ.¹⁶¹

Overigens komt zowel in de WOR als in de WMO nog een andere beschermende bepaling voor. Artikel 21 WOR bepaalt namelijk dat de ondernemer ervoor moet zorgdragen dat OR-leden, alsmede kandidaat- en voormalig OR-leden, niet uit hoofde van hun (kandidaat- of voormalig) lidmaatschap van de OR of van een OR-commissie worden benadeeld in hun positie binnen de onderneming. Hetzelfde geldt voor degene die (door middel van het aanspannen van een juridische procedure) het initiatief heeft genomen tot het instellen van de OR. Om deze bepaling kracht bij te zetten bevatten de artikelen 7:670 lid 4 en 7:670a BW enkele opzegverboden. De WMO verplicht het bevoegd gezag in artikel 5 lid 8 eveneens ervoor te zorgen dat MR-leden, alsmede kandidaat- en voormalige MR-leden, niet uit hoofde van hun toekomstig, huidig of voormalig lidmaatschap worden benadeeld in hun positie met betrekking tot de school. Om deze bepaling ten aanzien van het personeel nog meer kracht bij te zetten, bevat het negende lid een ontslagverbod.¹⁶² Leerlingen en ouders zijn lastiger te bescher-

¹⁵⁸ Akveld & Van der Voet 2001, p. 207.

¹⁵⁹ Zie: paragraaf 6.2. Akveld en ik refereerden daarbij aan de mening van de SER, die ten aanzien van de plaats van de ondernemingsraad opmerkte dat, hoewel de ondernemingsraad een door het personeel gekozen vertegenwoordigend orgaan is en dus niet los van de belangen en wensen van de achterban kan optreden, aan de OR-leden toch een eigen verantwoordelijkheid toekomt, in die zin dat zij na afweging van alle betrokken belangen zelfstandig hun standpunt bepalen (zie: 'Afspraken tussen OR en ondernemer over het achterbanberaad van de OR, een SER-voorbeeldreglement ondernemingsraden', in: *Ondernemingsraad*, Commentaar-Art. 17 WOR, Bijlage I, p. 83 (losbl.), p. 83).

¹⁶⁰ In onze bijdrage uit 2001 waren Akveld en ik nog de mening toegedaan dat hier geen taak voor de zorgaanbieder lag (zie: Akveld & Van der Voet 2001, p. 207). Hier is dus sprake van voortschrijdend inzicht.

¹⁶¹ Zowel de mening van Houwen – die voorstander is van een mogelijkheid waarbij de zorgaanbieder zich autonoom (dus zonder de tussenkomst van de rechter) van de cliëntenraad kan ontdoen – als die van Van Dijk – die het tegenovergestelde bepleitte, namelijk een regeling waarbij de cliënten autonoom (dus zonder tussenkomst van de rechter) kunnen beslissen over het vertrek van de cliëntenraad – dienen in dit verband van de hand te worden gewezen (zie: subparagraaf 3.7).

¹⁶² Een beëindiging, anders dan op eigen verzoek, van de betrekking van een aan de school werkzame persoon in verband met de kandidaatstelling voor het lidmaatschap, het lidmaatschap of het voormalig lidmaatschap van betrokkene, is nietig krachtens artikel 5 lid 9 WMO. Daarmee is de bescherming

men tegen benadeling.¹⁶³ Volgens de TCWMO was het onmogelijk daarvoor een afdoende methode te bedenken. De toetsingscommissie wees in dit verband op het leerlingenstatuut en de actie uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) die ouders en leerlingen misschien enig soelaas kunnen bieden.

Deze beschermende bepalingen dienen de onafhankelijke meningsuiting van de leden van het medezeggenschapsorgaan te waarborgen.¹⁶⁴ Daarmee rijst de vraag of de WMCZ – waarin een dergelijke bepaling thans ontbreekt – ook niet zo'n bepaling zou moeten bevatten. Hier lijken immers dezelfde argumenten op te gaan als voor het opnemen van 'ontslagbeschermingsbepalingen'. Bovendien blijken de angst voor verstoring van de goede verstandhouding tussen de cliëntenraad en de zorgaanbieder en voor benadeling door de zorgaanbieder, in de praktijk vaak de reden te zijn waarom cliëntenraden niet naar de vertrouwenscommissie of de kantonrechter stappen om hun medezeggenschapsrechten af te dwingen.¹⁶⁵ Desalniettemin kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de mate van extra bescherming die een dergelijke bepaling potentiële, huidige of ex-clieëntenraadsleden biedt. In het onderwijs bleek reeds dat deze bepaling de groep van ouders en leerlingen nauwelijks bescherming biedt, omdat het voor hen – vanwege de lastige bewijspositie bij een onrechtmatige daadsprocedure – moeilijk is om deze bepaling af te dwingen. De Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector (WKCZ) biedt cliënten van zorgaanbieders die zich in verband met hun huidig, potentieel of ex-lidmaatschap van de cliëntenraad benadeeld voelen, echter een zeer laagdrempelige procedure. Hoewel een uitspraak van de klachtencommissie niet bindend is (artikel 2 lid 5 WKCZ), staat de klager, indien hij in het gelijk is gesteld, in een eventueel daarop volgende onrechtmatigedaadsprocedure bewijsrechtelijk gezien een stuk sterker. Een expliciet verbod op benadeling in verband met de uitoefening van bevoegdheden uit de WMCZ kan bovendien als toegevoegde waarde hebben, dat het een andere mentaliteit bij sommige zorgaanbieders stimuleert. Mede vanwege deze communicatieve functie is opnemning van deze beschermende bepaling in de WMCZ mijns inziens dus toch aan te bevelen.

6.5 De verschillende adviesrechten

In paragraaf 3.8 bleek dat op de adviesrechten van de cliëntenraad uit artikel 3 en 4 WMCZ eveneens kritiek kwam. Zo had men in het parlement kritiek op het feit dat bij de adviesaanvraag door de zorgaanbieder een schriftelijkheidsvereiste

van de opzegverboden uit het BW sterker: OR-leden mogen namelijk in het geheel niet worden opgezegd (artikel 7:670 lid 4 BW) en kandidaat- en voormalige leden slechts met voorafgaande toestemming van de kantonrechter (artikel 7: 670a BW). Deze toestemming zal door de kantonrechter pas worden verleend, indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat het ontslag geen verband houdt met de kandidaatstelling dan wel het voormalig lidmaatschap. Aan de andere kant zijn deze opzegverboden niet van toepassing op de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW.

¹⁶³ Zie: Evaluatierapport WMO (1981), deel I, 1987, p. 25 en 26.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 3, p. 21.

¹⁶⁵ Zie: subparagraaf 5.2.1.

en een motiveringplicht ontbreken. Ook vroeg men zich af of de wettelijke adviesprocedure geen termijnen diende te bevatten, had men kritiek op het ontbreken van een beroepsprocedure bij het gewone adviesrecht en vond men de beroepsprocedure bij het verzaamd adviesrecht niet ver genoeg gaan. Deze zou even ‘zwaar’ moeten zijn als de beroepsprocedure bij het instemmingsrecht uit artikel 27 WOR. Daarnaast wees men op het gevaar voor samenloop tussen de bevoegdheden van de cliëntenraad en die van de OR. De meeste kritiek kwam echter op de opsomming van adviesplichtige onderwerpen in artikel 3 lid 1. Met name in de Eerste Kamer vreesden de fracties dat deze ‘strakke opsomming’ niet goed zou aansluiten bij de dynamiek en de diversiteit van het zorgveld en daarvoor bureaucratie in de hand zou werken. Kortom, kwaliteitsvereisten zoals van subsidiariteit en evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en onderlinge afstemming lijken hier in het geding te zijn.

6.5.1 Wettelijke termijnen, vorm- en motiveringseisen

In een reactie op de kritiek uit het parlement zei de toenmalige minister Borst destijds dat het onmogelijk was om ten aanzien van de adviesprocedure concrete termijnen in de wet op te nemen, die voor alle instellingen adequaat zouden zijn.¹⁶⁶ Om die reden was dit bewust aan zelfregulering overgelaten. Een schriftelijkheidsvereiste ten aanzien van de adviesaanvraag door de zorgaanbieder vond de minister voorts niet nodig, net zo min als een expliciete wettelijke verplichting voor de zorgaanbieder om te vermelden wat de beweegredenen voor het voorgenomen besluit zijn, wat de gevolgen daarvan zijn voor de cliënten en welke maatregelen naar aanleiding daarvan zullen worden genomen. De cliëntenraad moet zijn advies daarentegen – wil hij een zorgvuldige afhandeling daarvan kunnen afdwingen – wél schriftelijk uitbrengen (artikel 4 WMCZ).¹⁶⁷ Hoewel het (officiële) evaluatierapport over dit onderwerp zwijgt, hebben het Landelijk Steunpunt bewoners- en deelnemersRaden (LSR), de Landelijke Organisatie Cliëntenraden (LOC) en de Landelijke Patiënten- en bewonersRaden (LPR)¹⁶⁸, naar aanleiding van door henzelf onder hun achterban verrichte evaluatieonderzoeken, de minister van VWS in 2002 gevraagd ten aanzien van de adviesaanvraag door de zorgaanbieder alsnog een vorm- en motiveringseis in de wet op te nemen.¹⁶⁹ De zorgvuldigheid bij het volgen van de adviesprocedure zou daardoor beter gewaarborgd zijn, zo meenden zij.¹⁷⁰ (Oud-)staatssecretaris Vliegthart bleek echter – evenals de toenmalige ministers van VWS,

¹⁶⁶ Zie: subparagraaf 3.8.1.

¹⁶⁷ In dat geval vond de minister het schriftelijkheidsvereiste wel noodzakelijk, namelijk om geschillen te voorkomen over de vraag of daadwerkelijk advies is uitgebracht en zo ja, wat dat advies precies inhield. Bovendien zou een op schrift gesteld advies de zorgaanbieder beter in de gelegenheid stellen deugdelijk gemotiveerd op het advies te reageren. (Zie: subparagraaf 3.8.1.)

¹⁶⁸ Koepelorganisaties van cliënten van instellingen in de lichamelijk gehandicaptenzorg, cliënten van verzorgings- en verpleegtehuizen en cliënten van instellingen in de geestelijke gezondheidszorg (GGz), ook wel kort aangeduid als ‘de organisaties van cliëntenraden’.

¹⁶⁹ Brief LSR-LOC-LPR inzake knelpunten WMCZ, 2002, p. 3.

¹⁷⁰ Zij baseerden zich daarbij op door henzelf onder hun achterban verrichte evaluaties.

d'Ancona en Borst – van mening dat het adviesrecht in de WMCZ thans met voldoende waarborgen is omkleed.¹⁷¹ Zij wees er voorts op dat de wet de zorgaanbieder en de cliëntenraad alle ruimte laat om afspraken te maken over eventueel in acht te nemen vorm- en motiveringseisen. De cliëntenraad die er prijs op stelt de adviesaanvraag schriftelijk en gemotiveerd voorgelegd te krijgen, kan dat dus gewoon aan de zorgaanbieder kenbaar maken. Op grond van artikel 5 WMCZ zou de cliëntenraad dit, indien nodig, zelfs kunnen afdwingen. De inlichtingen en gegevens die de cliëntenraad bij de uitoefening van zijn taak nodig heeft, dient de zorgaanbieder hem immers op verzoek *schriftelijk* te verstrekken.

Hadden de bewindslieden gelijk en is de bestaande regeling in de WMCZ op dit punt afdoende? Of wordt er wederom teveel aan zelfregulering overgelaten?

Als men de WOR erop naslaat, blijkt dat in de advies- en instemmingsprocedure uit artikel 25 tot en met 27 WOR verscheidene termijnen, vorm- en motiveringsvereisten voorkomen. Artikel 25 lid 2 en 3 WOR en artikel 27 lid 2 WOR bijvoorbeeld, verplichten de ondernemer het door hem voorgenomen advies- dan wel instemmingsplichtige besluit schriftelijk aan de OR voor te leggen en hem daarbij een overzicht te geven van de beweegredenen voor het besluit en de gevolgen die het besluit zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen. Ten aanzien van adviesplichtige besluiten als omschreven in artikel 25 lid 1 WOR, moet de ondernemer tevens aangeven welke maatregelen hij naar aanleiding van die gevolgen van plan is te nemen.¹⁷² De motiveringsplicht uit artikel 25 lid 3 WOR dateert uit 1971 en is daarmee de oudste van deze bepalingen. De wetgever nam deze bepaling destijds in de wet op, om bij deze besluiten de totstandkoming van een sociaal plan te stimuleren, hetgeen als algemeen wenselijk werd gezien.¹⁷³ Vervolgens werd bij wetwijziging in 1979 een vergelijkbare motiveringsplicht opgenomen in artikel 27 WOR, met als reden dat dit artikel daarmee in overeenstemming werd gebracht met artikel 25 WOR.¹⁷⁴ Zonder nadere toelichting werd daaraan tevens een vereiste van schriftelijkheid verbonden. Dit schriftelijkheidsvereiste werd in 1998 weer overgenomen in artikel 25 lid 2 WOR, ditmaal met de reden dat artikel 25 daarmee in overeenstemming werd gebracht met artikel 27.¹⁷⁵ Erg veel inzicht in de noodzaak van schriftelijke mededeling en motivering van het voorgenomen besluit, bieden deze wetwijzigingen dus niet.

Artikel 27 lid 2 WOR bevat voorts voor de OR de verplichting schriftelijk en gemotiveerd op het door de ondernemer voorgenomen besluit te reageren.

¹⁷¹ Brief van de staatssecretaris van VWS aan de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR, d.d. 12 juni 2002, kenmerk: IBE/E-2279646, p. 2.

¹⁷² Deze verplichting geldt volgens Rood niet ten aanzien van de instemmingsplichtige besluiten uit artikel 27 lid 1, omdat besluiten met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden niet direct tot maatregelen zullen behoeven te leiden (zie: Van der Heijden 2004, p. 347).

¹⁷³ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 23.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nr. 3, p. 45.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 32.

Deze bepaling – die dateert uit 1990 – dient volgens de wetgever ter verduidelijking van de besluitvorming tussen ondernemer en OR en zou tevens in het belang zijn van een goede oordeelsvorming door de kantonrechter ten aanzien van de redelijkheid van de wederzijdse standpunten in een eventuele latere procedure.¹⁷⁶ In die zin vormde de bepaling volgens de wetgever een tegenhanger van de zojuist genoemde verplichting van de ondernemer ex artikel 27 lid 2, om het door hem voorgenomen besluit schriftelijk en gemotiveerd aan de OR voor te leggen. Deze toelichting werpt dus al wat meer licht op het nut en noodzaak van een schriftelijke motiveringsplicht. Het is dan ook opmerkelijk dat deze schriftelijke motiveringsplicht voor de OR niet tevens voorkomt in de adviesprocedure, zoals omschreven in artikel 25 WOR.¹⁷⁷

Artikel 25 lid 5 WOR bevat daartegen wel weer de verplichting voor de ondernemer het eenmaal genomen besluit schriftelijk en, voor zover het van het advies afwijkt, gemotiveerd aan de OR mee te delen, terwijl artikel 27 lid 2 WOR ten aanzien van een door de ondernemer genomen besluit slechts het vereiste van schriftelijke mededeling bevat.¹⁷⁸ Deze bepalingen dateren uit respectievelijk 1979 en 1990 en zijn in de wet opgenomen om te waarborgen dat de OR in de gelegenheid zou worden gesteld zich te beramen op een eventuele volgende stap: het al dan niet volgen van een beroepsprocedure respectievelijk het invoeren van de nietigheid van het besluit.¹⁷⁹ Het vereiste van schriftelijkheid dient voorts tevens om duidelijk vast te leggen op welk tijdstip de termijn voor beroep respectievelijk het invoeren van de nietigheid ingaat.

De advies- en instemmingsprocedure uit de WOR kennen verder maar weinig concrete termijnen. De oudste dateert uit 1971 en betreft de periode van een maand waarbinnen de OR de nietigheid van het besluit moet invoeren ex artikel 27 lid 5 WOR. Deze termijn is in de wet opgenomen om te voorkomen dat de rechtsgeldigheid van het genomen besluit al te lange tijd onzeker zou zijn.¹⁸⁰ De tweede concrete wettelijke termijn dateert uit 1979 en betreft de periode van een maand waarbinnen de OR beroep kan instellen tegen een adviesplichtig besluit ex artikel 26 lid 2 WOR. Gedurende diezelfde periode geldt een opschortingstermijn ten aanzien van de uitvoering van het betreffende besluit, om te voorkomen dat de OR direct voor een voldongen feit zou worden geplaatst.¹⁸¹ Hoewel de memorie van toelichting dit niet met zoveel woorden zegt,

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 26.

¹⁷⁷ Het ontbreken van deze verplichting is bovendien opmerkelijk, omdat een schriftelijk en gemotiveerd uitgebracht advies de bewijspositie van de ondernemer zou versterken in geval de OR tegen een besluit van de ondernemer in beroep zou gaan op gronden die niet in het advies van de OR zijn aangevoerd en ook geen nieuwe feiten of omstandigheden betreffen als bedoeld in artikel 26 lid 1 WOR. De OR is in zo'n geval niet-ontvankelijk, omdat de ondernemer bij het nemen van zijn besluit geen rekening met deze argumenten heeft kunnen houden (zie: Hof A'dam 27 mei 1982, NJ 1983, 271 (Bezwaren OR)).

¹⁷⁸ Om onduidelijke redenen ontbreekt in artikel 27 een motiveringsplicht ten aanzien van het genomen besluit.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nr. 3, p. 38 en *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 26.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 24.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nr. 3, p. 38.

vormt de rechtszekerheid kennelijk ook hier de reden voor de opname van een relatief korte periode van beroep.

De overige termijnen die bij de advies- en instemmingsprocedure worden genoemd zijn meer algemeen van karakter. Artikel 25 lid 2 WOR bijvoorbeeld bepaalt dat advies moet worden gevraagd ‘op een tijdstip waarop het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit’. Ondanks het feit dat het te moeilijk was daarbij een concreet tijdstip te noemen, dient deze termijn te stimuleren dat de OR in een zo’n vroeg mogelijk stadium wordt geraadpleegd.¹⁸² De WOR hanteert daarnaast verscheidene malen de term ‘zo spoedig mogelijk’. Zo dient OR de ondernemer ‘zo spoedig mogelijk’ mee te delen of hij al dan niet instemt met het voorgenomen besluit en dient de ondernemer zijn genomen besluit ‘zo spoedig mogelijk’ aan de OR bekend te maken (artikel 25 lid 5 WOR en artikel 27 lid 2). Het opnemen van deze algemene ‘termijn’ in de wet wordt nergens expliciet toegelicht, maar laat zich raden: de wetgever heeft willen voorkomen dat OR het besluitvormingsproces traineert, respectievelijk willen garanderen dat de OR in de gelegenheid zou worden gesteld tijdig stappen tegen het besluit te ondernemen.

Wanneer de vergelijking wordt getrokken met de WMO, dan blijkt dat de schriftelijke motiveringsplicht ten aanzien van voorgenomen advies- of instemmingsplichtige besluiten daar ontbreekt. Indien partijen daar behoefte aan hebben kan deze plicht blijkens de WMO echter worden opgenomen in het medezeggenschapsreglement.¹⁸³ De verplichting voor de MR zijn advies schriftelijk en gemotiveerd uit te brengen, respectievelijk zijn instemming schriftelijk te verlenen of schriftelijk en gemotiveerd te onthouden, ontbreekt eveneens in de WMO. Wel dient de MR bij de geschillenprocedure die gevolgd kan worden in geval van weigering van instemming, in de gelegenheid te worden gesteld zijn weigering alsnog toe te lichten (artikel 20 lid 2 WMO). Ook het bevoegd gezag dient tijdens deze procedure inzicht te geven in de door hem gemaakte afwegingen. Deze verplichtingen zijn kennelijk in het belang van de goede oordeelsvorming van de geschillencommissie in de wet opgenomen. Dat de WMO voorts met geen woord rept over het (al dan niet schriftelijk) motiveren van een door de MR uitgebracht advies – de WMO laat dit ook niet expliciet over aan zelfregulering – vindt vermoedelijk zijn oorzaak in het feit dat de adviesprocedure in de WMO gedeeltelijk is overgenomen uit de WOR, die – zoals zojuist al bleek – ook niets regelt op dit punt.¹⁸⁴ Wel verplicht de WMO het bevoegd gezag de MR er

¹⁸² *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nr. 3, p. 38.

¹⁸³ De MR heeft krachtens artikel 5 lid 5 WMO namelijk recht op alle informatie die hij voor de uitoefening van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft, terwijl artikel 15 lid 1 sub g WMO bepaalt dat in het medezeggenschapsreglement dient te worden geregeld *op welke wijze* het bevoegd gezag informatie aan de MR verschaft.

¹⁸⁴ De WMO regelde aanvankelijk zeer weinig op het gebied van zowel het instemmings- als het adviesrecht. Op advies van de TCWMO werd het adviesrecht in 1992 procedureel versterkt. De toetsingscommissie wilde niet dat de medezeggenschapsprocedures in het onderwijs minder zorgvuldig zouden zijn dan die in andere medezeggenschapsregelingen en zocht daarom bij zijn wijzigingsvoorstellen aansluiting bij de WOR. (Zie: Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 30-32 (aanbeveling nr. 16).)

schriftelijk van in kennis te stellen of hij diens advies al dan niet opvolgt (artikel 12 sub *c* WMO).¹⁸⁵ Betreft het een instemmingsplichtig besluit en heeft de MR zijn instemming geweigerd, dan dient het bevoegd gezag de MR eveneens mee te delen wat het gaat doen: het voorgenomen besluit intrekken of ter goedkeuring voorleggen aan de geschillencommissie (artikel 20 lid 1 WMO). Opvallend genoeg geldt ten aanzien van deze mededeling geen schriftelijkheidsvereiste.

Wat betreft de termijnen bij het advies- en instemmingsrecht valt op dat de WMO op dezelfde plaatsen concrete termijnen hanteert als de WOR, namelijk als opschortings- en ontvankelijkheidstermijn ten aanzien van de beroepsprocedure bij het adviesrecht, als mede bij het instemmingsrecht in het geval de instemming door het medezeggenschapsorgaan is geweigerd.¹⁸⁶ Beide termijnen zijn, net als in de WOR, bedoeld om niet te lang onzekerheid te laten bestaan omtrent de rechtsgeldigheid van de besluiten van het bevoegd gezag.¹⁸⁷ De opschortingstermijn bij het adviesrecht dient daarnaast ook om onnodige vertraging in de besluitvorming, aan een begrenzing in tijd te binden. Bij de adviesprocedure in de WMO die, zoals zojuist al werd opgemerkt, gedeeltelijk is overgenomen uit de WOR, worden verder vergelijkbare algemene termijnen gehanteerd als in artikel 25 WOR. Zo moet het advies ‘tijdig’ worden gevraagd, op een moment dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het voorgenomen besluit en dient het bevoegd gezag de MR ‘zo spoedig mogelijk’ mee te delen of het diens advies opvolgt of niet (artikel 12 sub *a* respectievelijk sub *c* WMO). Ten aanzien van de termijn waarbinnen de MR advies moet uitbrengen, dan wel tot instemming of onthouding van instemming moet besluiten, bepaalt de WMO voorts dat deze in het medezeggenschapsreglement dient te worden vastgesteld (artikel 15 lid 1 sub *h* WMO). Hetzelfde geldt ten aanzien van de termijnen die in acht moeten worden genomen bij de geschillenprocedure, die eventueel volgt op het weigeren van instemming door de MR (artikel 15 lid 1 sub *j*). Deze bepalingen dateren uit 1981 en zijn in de wet opgenomen omdat de wetgever inzag dat het opnemen van één wettelijke termijn, vanwege de diversiteit van de gevallen in de praktijk, niet zinvol is.¹⁸⁸

Wat kan uit bovenstaande vergelijking met de WOR en de WMO nu worden geconcludeerd ten aanzien van de *motiveringsverplichtingen* in de WMCZ? Omdat medezeggenschap in essentie bestaat uit uitwisselen van visies en stand-

¹⁸⁵ De wet bevat geen motiveringsplicht ten aanzien van afwijkende besluiten. Wel dient het bevoegd gezag, in het geval dat hij het advies van de MR niet (geheel) opvolgt, de MR in de gelegenheid te stellen tot het voeren van overleg (artikel 12 sub *d* WMO). De MR krijgt dan dus in ieder geval nog de gelegenheid om naar de motivering van het bevoegd gezag te vragen.

¹⁸⁶ Artikel 22 WMO bevat een ontvankelijkheids- en opschortingstermijn van 6 weken, en artikel 20 lid 1 WMO bevat een vervaltermijn van 3 maanden waarbinnen het bevoegd gezag moet beslissen of hij het voorgenomen besluit waarvoor instemming is geweigerd intrekt, dan wel voorlegt aan de geschillencommissie.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 23.

¹⁸⁸ Er bestond volgens de wetgever weinig zicht op welke termijn dat dan zou moeten zijn. In elk geval de langste die nodig is, maar die zou in veel gevallen weer te lang zijn. Daarom leek het de wetgever beter om deze termijnen te doen opnemen in het medezeggenschapsreglement. (Zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nr. 7, p. 22.)

punten tussen de bestuurder en het medezeggenschapsorgaan, met als doel het creëren van draagvlak voor de besluiten van de bestuurder respectievelijk het beïnvloeden van de besluitvorming van de bestuurder in een voor de achterban van het medezeggenschapsorgaan gunstige zin, kan worden gesteld dat het motiveren van deze standpunten een ‘conditio sine qua non’ is voor medezeggenschap. Het betreft immers een essentieel leermoment voor de wederpartij. Uit de vergelijking met de WOR bleek dan ook dat in vrijwel alle gevallen dat de ondernemer en de OR standpunten met elkaar uitwisselen ten aanzien van een door de ondernemer voorgenomen besluit – of dit nu gebeurt in het kader van het adviesrecht of het instemmingsrecht – er een schriftelijkheids- en motiveringsplicht geldt voor zowel de ondernemer als de OR. De WMO daarentegen laat deze materie voor een belangrijk deel over aan zelfregulering. Juist omdat motivering te allen tijde wenselijk is, bestaat er op dit punt echter geen wezenlijke ruimte voor zelfregulering. De motiveringsplicht dient daarom expliciet in de wet zelf te worden opgenomen. Wat betreft de motiveringsplicht ten aanzien van door de zorgaanbieder voorgenomen adviesplichtige besluiten, is het mijns inziens onvoldoende om daarvoor te verwijzen naar het algemene recht op informatie uit artikel 5 lid 1 WMCZ. Het is immers vele malen duidelijker indien de wet expliciet bepaalt dat de zorgaanbieder in alle gevallen uit zichzelf voor die beargumentering dient te zorgen. Opname van een expliciet motiveringsvereiste ten aanzien van de adviesaanvraag is daarom niet alleen gewenst op grond van het subsidiariteitsvereiste, maar tevens vanuit het oogpunt van de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Beide partijen weten dan immers precies waar ze aan toe zijn.

Bij het uitwisselen van standpunten tussen bestuurder en medezeggenschapsorgaan zal niet in alle gevallen behoefte bestaan aan *schriftelijkheid*. Bij een goede onderlinge verstandhouding geeft men er soms de voorkeur aan medezeggenschap op een informele manier te doen plaatsvinden. De behoefte aan een schriftelijke afhandeling zal zich met name voordoen wanneer het gaat om belangrijke besluiten en er meningsverschillen dreigen. Schriftelijkheid is in dat geval van belang in verband met de bewijspositie in een eventueel te voeren geschillenprocedure. Ook kan de behoefte aan schriftelijkheid zich voordoen als het voorgenomen besluit een complexe materie betreft. Door de zaken op schrift te stellen kunnen bestuurder en medezeggenschapsorgaan dan beter inzicht krijgen in elkaars standpunt en motivering, waardoor zij ook beter in staat zullen zijn op elkaar te reageren. Juist omdat er echter niet altijd behoefte bestaat aan een schriftelijke afhandeling van de medezeggenschapsprocedure – en bureaucratische toestanden op de loer liggen – is het mijns inziens onwenselijk wanneer de medezeggenschapswet daartoe in alle gevallen verplicht, zoals de WOR thans op enkele plaatsen doet. Aangezien een wettelijk afdwingbare plicht tot schriftelijkheid juist zal voorzien in een mogelijke behoefte daaraan bij de wederpartij, ligt het veel meer voor de hand het schriftelijkheidsvereiste aan die behoefte te koppelen. Ten aanzien van door de zorgaanbieder voorgenomen adviesplichtige besluiten houdt dat in, dat deze gemotiveerd en *desgevraagd schriftelijk* aan de cliëntenraad moeten worden voorgelegd. Hetzelfde dient

mijns inziens te gelden ten aanzien van het uitbrengen van het advies door de cliëntenraad, zodat de zorgaanbieder – die heel goed in staat is zelf een inschatting te maken wat betreft zijn bewijsrisico – in staat wordt gesteld zijn bewijspositie veilig te stellen.¹⁸⁹ Kiest hij er dan in een bepaald geval voor niet om schriftelijkheid te vragen, dan valt niet in te zien waarom hij ten aanzien van het mondeling uitgebrachte advies niet even goed gehouden zou zijn daarop zorgvuldig te reageren en – in geval van een verzwaard adviesrecht – vervangende toestemming te vragen aan de vertrouwenscommissie.¹⁹⁰ Hoewel de cliëntenraad bij het afdwingen van deze zorgvuldigheidsverplichtingen dan weliswaar bewijsrechtelijk gezien niet zo sterk staat, zou de wet een duidelijk signaal richting de zorgaanbieder geven, wanneer deze zou worden verplicht om, óók in geval van een mondeling uitgebracht advies, de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Kortom, door het schriftelijkheidsvereiste op de zojuist omschreven wijze expliciet in de wet te regelen, wordt meer recht gedaan aan de eigen verantwoordelijkheid van zowel de zorgaanbieder als de cliëntenraad en wordt wederom tegemoet gekomen aan het subsidiariteitsvereiste en de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Tevens wordt voorkomen dat de cliëntenraad die in een informele sfeer mondeling advies uitbrengt, wordt ontdaan van zijn recht op zorgvuldige afhandeling daarvan.

Een uitzondering op de stelling dat de wet alleen tot schriftelijkheid dient te verplichten indien daarom wordt gevraagd, moet echter worden gemaakt voor die gevallen waarin de wet *concrete termijnen* hanteert. Concrete termijnen worden in de WOR en de WMO gebruikt als de rechtsgeldigheid van besluiten in het geding is. Die situatie doet zich voor wanneer er beroep tegen een besluit open staat, of de nietigheid daarvan kan worden ingeroepen. In dat licht bezien is het dus begrijpelijk dat artikel 4 lid 4 WMCZ bepaalt dat de cliëntenraad binnen een maand een beroep op de nietigheid van zo'n besluit moet doen. Omdat het in verband met de rechtszekerheid tevens van belang is dat exact kan worden nagegaan wanneer zo'n concrete termijn begint te lopen, dienen deze besluiten altijd schriftelijk aan het medezeggenschapsorgaan kenbaar te worden gemaakt. Artikel 4 lid 3 WMCZ verplicht de zorgaanbieder dus terecht tot schriftelijke mededeling van het besluit, zij het dat dit schriftelijkheidsvereiste beperkt had kunnen blijven tot besluiten in de zin van artikel 3 lid 1 sub *i* tot en met *m*.¹⁹¹ Ten aanzien van de overige besluiten geldt immers geen beroepsmogelijkheid.

¹⁸⁹ De WMCZ laat de cliëntenraad thans de keus om zijn advies mondeling dan wel schriftelijk uit te brengen. Daardoor kan zich in de praktijk de situatie voordoen dat de cliëntenraad ten aanzien van een voorgenomen besluit waarvoor een verzwaard adviesrecht geldt, mondeling een positief advies uitbrengt, maar zich later bedenkt en vervolgens alsnog schriftelijk een negatief advies uitbrengt. In een daarop volgende geschillenprocedure heeft de zorgaanbieder dan een zwakke bewijspositie.

¹⁹⁰ Indien de zorgaanbieder van een mondeling uitgebracht advies wil afwijken, is hij op grond van de WMCZ momenteel niet verplicht voorafgaand overleg met de cliëntenraad te voeren (artikel 4 lid 1 WMCZ). Hij hoeft het afwijkende besluit evenmin te motiveren (artikel 4 lid 3 WMCZ). Is sprake van een besluit waarvoor een verzwaard adviesrecht geldt, dan hoeft de zorgaanbieder ook geen vervangende instemming aan de vertrouwenscommissie te vragen (de geschillenprocedure uit artikel 4 lid 2 WMCZ is dan niet van toepassing).

¹⁹¹ De besluiten ten aanzien waarvan een verzwaard adviesrecht geldt. In die gevallen zou schriftelijkheid van het besluit daarom mijns inziens slechts verplicht moeten zijn, indien de cliëntenraad daarom verzoekt.

Om uit te sluiten dat er na afloop van de concrete termijn nog discussie ontstaat over de vraag of er nu wel of geen beroep op de nietigheid is gedaan, wordt in artikel 4 lid 4 ten slotte eveneens terecht vereist dat de cliëntenraad schriftelijk een beroep op de nietigheid doet.

Voor het overige bedient de WMCZ zich in artikel 3 lid 2 terecht van de meer algemene termijn ‘op een zodanig tijdstip dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit’. Het hanteren van een concrete termijn is hier immers niet zinvol, omdat pas aan de hand van de concrete omstandigheden kan worden bepaald of het advies tijdig is gevraagd. Ondanks de bewuste vaagheid van de termijn, voorkomt deze dat de zorgaanbieder het adviesrecht van cliëntenraad kan ontduiken door hem voor een vrijwel voldongen feit te plaatsen. In die zin vormt deze algemene termijn eveneens een ‘conditio sine qua non’ voor medezeggenschap. Hetzelfde geldt ten aanzien van de termijn ‘zo spoedig mogelijk’, die in de WOR en de WMO onder meer wordt gehanteerd ter voorkoming van het traineren van de medezeggenschapsprocedure. Deze termijn – die in de WMCZ thans niet voorkomt – zou daarom op grond van het subsidiariteitsvereiste eveneens dienen te worden verbonden aan het uitbrengen van het advies door de cliëntenraad en aan het kenbaar maken van de zorgaanbieder van de door hem genomen besluiten. In onderling overleg of desgewenst in het medezeggenschapsreglement zou dan nadere invulling aan deze termijn kunnen worden gegeven.

6.5.2 Het ontbreken van een beroepsprocedure bij het ‘gewone’ adviesrecht

In subparagraaf 3.8.1 kwam eveneens de vraag aan de orde of het gewone adviesrecht in de WMCZ niet versterkt zou moeten worden met een mogelijkheid van beroep, zoals bijvoorbeeld is geregeld in artikel 26 WOR. Minister d’Ancona zei toen dat dit niet nodig was, omdat het adviesrecht in de WMCZ reeds met voldoende procedurele waarborgen was omgeven. In 2002 schreven de cliëntenorganisaties LSR, LOC en LPR in hun brief aan de minister van VWS echter dat de cliëntenraden binnen ‘hun instellingen’¹⁹² wel degelijk behoefte hebben aan zo’n beroepsmogelijkheid. Een beroepsmogelijkheid zou volgens hen namelijk tot gevolg hebben dat de zorgaanbieder zich genoodzaakt ziet het advies van de cliëntenraad daadwerkelijk serieus te nemen. Zij pleitten daarom voor een wetswijziging op dit punt.¹⁹³ Toenmalig staatssecretaris Vliegert wees dit verzoek echter af. Zij was namelijk van mening dat een beroepsprocedure zich niet verhielt met het uitgangspunt van de WMCZ, dat zou worden gestreefd naar een eenvoudige regeling.¹⁹⁴ De opname van een beroepsprocedure bij het adviesrecht zou deze regeling volgens haar veel te ingewikkeld maken. Bovendien had het haar voorkeur wanneer zorgaanbieder en cliëntenraad

¹⁹² Instellingen in de lichamelijk gehandicaptenzorg, verzorgings- en verpleegtehuizen en instellingen in de geestelijke gezondheidszorg (GGz).

¹⁹³ Brief LSR-LOC-LPR inzake knelpunten WMCZ, 2002, p. 3-5.

¹⁹⁴ Brief van de staatssecretaris van VWS aan de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR, d.d. 12 juni 2002, kenmerk: IBE/E-2279646, p. 3.

zelfstandig naar een oplossing zouden werken, waarin zij zich beiden konden vinden. Zij vreesde dat een beroepsprocedure daarbij slechts polariserend zou werken. Hebben de bewindsvrouwen gelijk of is op dit punt wederom sprake van schending van het subsidiariteitsvereiste?

Wanneer we kijken naar de beroepsmogelijkheid bij het adviesrecht in de WOR, dan blijkt dat deze dateert uit 1979. De wetgever nam deze beroepsmogelijkheid in de wet op, op aanraden van de SER.¹⁹⁵ Daarmee werd beoogd het adviesrecht van de OR te versterken en het meer ‘reliëf’ te geven.¹⁹⁶ In die zin paste de invoering van het beroepsrecht in de meer algemene tendens van uitbreiding en verdieping van de medezeggenschapsbevoegdheden van de OR in de jaren ‘70. De betekenis van de beroepsmogelijkheid was daarbij met name een preventieve, als ‘stok achter de deur’. De beroepsmogelijkheid werd ingevoerd omdat de wetgever meende dat de mogelijkheid van beroep – met name bij die ondernemers die tot dan toe nog onvoldoende zorgvuldigheid betrachtten – zou leiden tot meer zorgvuldige besluitvorming. De wetgever verwachtte namelijk dat beroepsmogelijkheid zou bevorderen dat bij het nemen van belangrijke besluiten ernstig rekening zou worden gehouden met de adviezen van de OR. Deze zouden door de beroepsmogelijkheid meer gewicht krijgen. De wetgever wees vervolgens de Ondernemingskamer (Ok) van het Hof Amsterdam aan als beroepsinstantie, omdat deze reeds was belast met de toepassing van het enigszins aan het beroepsrecht verwante enquêterecht.¹⁹⁷ De Ok was daarom volgens de wetgever bij uitstek competent te achten voor de kwesties die haar in het kader van het beroepsrecht zouden worden voorgelegd. In het kader van haar taak als beroepsinstantie zou de Ok toetsen ‘of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen’ (artikel 26 lid 4 WOR). Een vorm van marginale toetsing die volgens de wetgever was ontleend aan het administratieve recht.¹⁹⁸ Daarmee werd beoogd te bereiken dat de ondernemer zou worden gedwongen bij zijn besluitvorming alle relevante belangen tegen elkaar af te wegen. De toetsingsnorm laat de beleidsvrijheid van de ondernemer echter in stand, in die zin dat hij bij die afweging het ondernemingsbelang mag laten prevaleren.¹⁹⁹ Komt de Ok tot de conclusie dat het besluit van de ondernemer kennelijk onredelijk is, dan kan zij de uitvoering van het besluit verhinderen (artikel 26 lid 5 WOR). De ondernemer zal vervolgens

¹⁹⁵ SER 1972, nr. 16.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 40. Zie ook: *Kamerstukken II 1974-75*, 13 350, nrs. 1-3.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II 1974-75*, 13 350, nrs. 1-3, p. 7 en 11.

¹⁹⁸ De toetsingsnorm uit artikel 26 lid 4 WOR is afkomstig uit het arrest ‘Doetinchemse woonruimte’ (HR 25 februari 1949, NJ 1949, 558). In dit arrest werd een vorm van marginale toetsing geïntroduceerd, die ervoor moest zorgen dat het bestuursorgaan alle relevante belangen tegen elkaar zou afwegen, terwijl het tegelijkertijd een grote mate van beleidsvrijheid zou worden gelaten. De rechter mag immers niet op de stoel van het bestuur gaan zitten.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 42.

zelf zijn besluit moeten herzien. Ook in die zin wordt de beleidsvrijheid van de ondernemer dus gerespecteerd.²⁰⁰

Net als in de WOR was het adviesrecht in de WMO aanvankelijk niet versterkt met een beroepsprocedure. Op het bevoegd gezag rustte slechts de verplichting om bij afwijking van het advies van de MR, de redenen daarvoor schriftelijk aan de MR mee te delen (artikel 8 lid 2 WMO 1981). Een beroepsprocedure bij het adviesrecht vond de wetgever – net als thans de WMCZ-wetgever – toen nog een te zwaar middel. Voor de meeste scholen zou het erg kostbaar en onvoldoende doelmatig zijn.²⁰¹ De wetgever wees daarbij op het feit dat de schriftelijke motiveringsplicht de MR reeds in de gelegenheid stelde het bevoegd gezag tot heroverweging uit te nodigen.²⁰² In het geval partijen op schoolniveau behoefte hadden aan meer procedurele waarborgen, bood het systeem van de WMO in 1981 bovendien reeds de mogelijkheid het adviesrecht via het medezeggenschapsreglement om te zetten in een instemmingsrecht.²⁰³

Ondanks deze aanvankelijke bezwaren werd het adviesrecht in 1992 op aanbeveling van de TCWMO, toch versterkt met een mogelijkheid van beroep bij de geschillencommissie.²⁰⁴ De invoering van deze beroepsprocedure hield verband met de invoering van een systeem met wettelijk vastgelegde advies- en instemmingsrechten en vormde in die zin een soort tegemoetkoming aan de medezeggenschapsraden van die scholen, die door de invoering van dit nieuwe systeem een adviesrecht zouden krijgen ter zake van aangelegenheden waarbij hen eerst een instemmingsrecht toekwam.²⁰⁵ Artikel 22 van de huidige WMO bepaalt thans dat de geschillencommissie, indien de MR een beroep op haar doet, eerst moet proberen te bemiddelen. Als dit niets oplevert, of indien een van beide partijen heeft aangegeven daar geen prijs op te stellen, toetst de commissie of het bevoegd gezag: (1) heeft gehandeld in strijd met het bepaalde bij of krachtens deze wet of met het medezeggenschapsreglement (2) onvoldoende gemotiveerd heeft waarom is afgeweken van het advies van de MR, dan wel (3) onzorgvuldig gehandeld heeft ten opzichte van de MR (artikel 22 lid 3 WMO). De wetgever van 1992 beoogde door middel van deze rechtmatigheidstoets, een vorm van toetsing te creëren die minder ver gaat dan de toetsing bij het instemmingsrecht in de WMO.²⁰⁶ Het niet volgen van een advies hoorde volgens de wetgever slechts in zeldzame, manifeste gevallen tot andere besluitvorming te

²⁰⁰ De Ok geeft immers geen voorschriften voor het te voeren beleid, maar verhindert slechts de uitvoering van kennelijk onredelijke besluiten.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 23 en 38.

²⁰² In een reactie op kritiek van de Raad van State op het ontbreken van een beroepsprocedure bij het adviesrecht, noemden de bewindslieden dit een versterking van de reële betekenis van de adviesbevoegdheden. Zij wezen bovendien op het feit dat de bij het adviesrecht uit artikel 25 WOR horende beroepsprocedure uit artikel 26 WOR ook niet van toepassing was op kleine ondernemingen met minder dan 100 werknemers. (Zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. A-C, p. 23 en 28.)

²⁰³ Zie hierover meer in subparagraaf 6.5.5.

²⁰⁴ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 31 (aanbeveling nr. 16).

²⁰⁵ De WMO uit 1981 bepaalde niet voor welke aangelegenheden een advies- of instemmingsrecht gold, maar liet de keus aan het bevoegd gezag en de MR (zie: subparagraaf 6.5.5).

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 25. Zie voor dat instemmingsrecht: subparagraaf 6.5.3.

leiden, namelijk slechts in die gevallen dat sprake blijkt te zijn van onrechtmatige besluitvorming. Daarom wilde de wetgever geen inhoudelijke redelijkheidstoetsing als in artikel 26 lid 4 WOR.²⁰⁷

Volgens schrijvers als Brekelmans en Widdershoven heeft de invoering van de beroepsprocedure geleid tot een forse versterking van het adviesrecht.²⁰⁸ Het bevoegd gezag wordt er volgens hen namelijk door gedwongen het adviesrecht van de MR serieus te nemen. Zij komen bovendien tot de conclusie dat de maatstaven die de Ok van het Hof Amsterdam hanteert bij toetsing op grond van artikel 26 lid 4 WOR, nauw aansluiten bij die van de geschillencommissie, die toetst op grond van artikel 22 lid 3 WMO.²⁰⁹ Beide instanties zouden volgens Brekelmans en Widdershoven namelijk toetsen aan de ‘beginselen van behoorlijke medezeggenschap’, waardoor het resultaat van beide vormen van toetsing in de praktijk niet veel uiteenliep.²¹⁰ Desondanks bestaat in de praktijk volgens de Landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs (LGC) toch behoefte aan een redelijkheidstoets, waarbij de geschillencommissie zonder omwegen inhoudelijk kan toetsen.²¹¹ De reden waarom de MR een procedure aanspant is volgens de LGC namelijk veelal gelegen in het feit dat hij tegen de inhoud van het besluit is. Het feit dat de inhoud van het besluit dan slechts zijdelings – bij de beoordeling van de motiveringseis – aan de orde komt, wordt volgens de geschillencommissie doorgaans als teleurstellend ervaren. Ook Pors is voor een toetsingscriterium als in artikel 26 lid 4 WOR, omdat de geschillencommissie dan – zonder op de stoel van het bestuur te gaan zitten – toch verdergaand zou kunnen toetsen dan thans het geval is.²¹²

Vergeleken met de beroepsprocedure in de WOR en de WMO zijn de waarborgen waarmee het adviesrecht in de WMCZ is omgeven, inderdaad karig te noemen. De vertrouwenscommissie is op grond van artikel 10 lid 1 sub *a* WMCZ immers slechts bevoegd te toetsen of de zorgaanbieder zijn wettelijke verplichtingen is nagekomen (of het advies tijdig is gevraagd, of ter zake voldoende informatie aan de cliëntenraad is verstrekt, of voorafgaand aan het nemen van het besluit overleg heeft plaatsgevonden en of de afwijking van het advies voldoende is gemotiveerd). Daardoor kan de zorgaanbieder het adviesrecht van de cliëntenraad beschouwen als een aantal formaliteiten die hij bij de besluitvorming in acht moet nemen, zonder dat hij zich van de inhoud van het advies daadwerke-

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 8, p. 15.

²⁰⁸ Brekelmans & Widdershoven 1994, p. 188.

²⁰⁹ Brekelmans & Widdershoven 1994, p. 194.

²¹⁰ Volgens auteurs zou het daarbij gaan om uit het bestuursrecht overgewaaide beginselen als het *motiveringsbeginsel* (waaruit voortvloeit dat de motivering kenbaar, deugdelijk en draagkrachtig moet zijn) en het *zorgvuldigheidsbeginsel* (waaruit eisen voortvloeien ten aanzien van de informatievoorziening, het tijdstip van de adviesaanvraag, de volledigheid van het besluit zoals het ter advisering wordt voorgelegd en eisen wat betreft het overleg tussen bevoegd gezag en MR). (Zie: Brekelmans & Widdershoven 1994, p. 179 e.v.)

²¹¹ Te Bos 1996, p. 8.

²¹² Pors wijst bovendien op het feit dat de medezeggenschapsregeling in de Wet op het hoger beroeps- onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) wel de mogelijkheid biedt voor de geschillencommissie te toetsen of het instellingsbestuur bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. (Zie: Pors 1997, p. 11.)

lijk iets hoeft aan te trekken. Juist om te waarborgen dat de adviezen van het medezeggenschapsorgaan daadwerkelijk serieus in overweging worden genomen, is in de WOR en de WMO het beroepsrecht ingevoerd. Het beroepsrecht dient daar als ‘stok achter de deur’. De wetgever verwachtte niet dat het tot meer geschillen zou leiden, maar slechts tot een zorgvuldiger afhandeling van de adviezen van het medezeggenschapsorgaan. De verwachting van staatssecretaris Vliegenthart, dat de invoering van een beroepsrecht in de WMCZ slechts polariserend zou werken, vindt dus geen steun in de wetsgeschiedenis van de WOR en de WMO. Integendeel, zo’n beroepsrecht zal vermoedelijk juist leiden tot een sterkere geneigdheid bij zorgaanbieders om – in geval van een meningsverschil met de cliëntenraad – samen met de cliëntenraad naar een oplossing te zoeken, dus precies tot datgene waar het Vliegenthart om te doen was. Een prikkel daartoe is thans nog onvoldoende in de WMCZ aanwezig. Dit blijkt onder meer uit het feit dat adviesaanvragen vaak te laat (of helemaal niet) worden ingediend en in veel gevallen onvoldoende worden gemotiveerd.²¹³ Ook blijkt dat cliëntenraden lang niet altijd wordt medegedeeld of hun advies nu is opgevolgd of niet.²¹⁴ Omdat het streven naar eenvoudige regelgeving er niet toe mag leiden dat essentiële waarborgen voor medezeggenschap in de WMCZ komen te vervallen, kan het ontbreken van een beroepsprocedure bij het adviesrecht dus worden gezien als zijnde in strijd met het subsidiariteitsvereiste.

Bovendien leidt de huidige situatie, waarin de werknemers van een zorginstelling ter zake van veelal dezelfde besluiten van de zorgaanbieder een ‘zwaarder’ adviesrecht hebben dan de cliënten, tot strijd met het vereiste van onderlinge afstemming.²¹⁵ Dit door de wetgever gemaakte onderscheid is immers inconsequent en met name ten aanzien van cliënten die duurzaam in een instelling verblijven, niet te rechtvaardigen. Deze cliënten zullen door de besluiten van de zorgaanbieder doorgaans immers nog sterker in hun persoonlijke leef sfeer worden getroffen dan de werknemers, bij wie in beginsel ‘slechts’ de werksituatie in het geding is. Om deze strijdigheid op te heffen dient in de WMCZ ten aanzien van de ‘gewone adviesplichtige besluiten’ een zelfde beroepsprocedure te worden opgenomen als in artikel 26 WOR (in combinatie met een opschortingstermijn van een maand, zoals geregeld in artikel 25 lid 6 WOR).

6.5.3 De procedure bij het ‘verzwaard’ adviesrecht

In subparagraaf 3.8.2 kwam de vraag aan de orde of de toetsingsnorm bij het verzwaard adviesrecht uit artikel 4 lid 2 WMCZ niet hetzelfde zou moeten zijn als de toetsingsnorm bij het instemmingsrecht uit de WOR, in die zin dat de geschillencommissie pas vervangende toestemming verleent indien het (negatieve)

²¹³ Zie: subparagraaf 5.2.1.

²¹⁴ Dit bleek onder meer uit het vervolgonderzoek dat inmiddels naar het functioneren van de WMCZ in de praktijk heeft plaatsgevonden (zie: subparagraaf 5.2.3).

²¹⁵ Zie: subparagraaf 6.5.4.

advies van de cliëntenraad onredelijk is, of dat het voorgenomen besluit van de zorgaanbieder wordt geveegd door zwaarwegende, bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (vgl. artikel 27 lid 4 WOR). Minister Borst vreesde destijds echter dat zo'n toetsingscriterium afbreuk zou doen aan de verdeling van verantwoordelijkheden tussen zorgaanbieder en cliëntenraad.²¹⁶ Ook vreesde zij dat het zou leiden tot een overwaarding van de cliëntenbelangen ten opzichte van andere belangen waarmee de zorgaanbieder rekening moet houden. Na de inwerkingtreding van de WMCZ pleitten de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR in hun brief aan minister Borst, desondanks voor opname van een toetsingscriterium naar analogie van artikel 27 lid 4 WOR.²¹⁷ Tevens deden zij de aanbeveling een bepaling analoog aan artikel 27 lid 6 in de WMCZ op te nemen, zodat de cliëntenraad een verbod zou kunnen vorderen op het uitvoeren van een nietig besluit en de zorgaanbieder als verklaring voor recht zou kunnen vragen dat de cliëntenraad ten onrechte een beroep op de nietigheid van een besluit heeft gedaan. Staatssecretaris Vliegenthart wees deze voorstellen echter van de hand.²¹⁸ Het verzwaaard adviesrecht in de WMCZ was volgens haar namelijk een evenwichtige regeling, die een compromis vormde tussen de wensen van de organisaties van zorgaanbieders, die het verzwaaard adviesrecht in de huidige vorm al te ver vonden gaan, en de wensen van de cliëntenorganisaties, die een 'echt' instemmingsrecht wilden. Zij had daarom geen zin om deze, reeds in beide Kamers gevoerde discussie, opnieuw te openen. Opmerkelijk genoeg ging de staatssecretaris verder helemaal niet in op het voorstel een bepaling analoog aan artikel 27 lid 6 WOR in de WMCZ op te nemen, terwijl er op dit punt toch duidelijk sprake is van een omissie en dus van strijd met het subsidiairiteitsvereiste.²¹⁹

Het toetsingscriterium uit artikel 27 lid 4 WOR, waarbij de kantonrechter dient te toetsen of de beslissing van de OR geen instemming te verlenen onredelijk is, of dat het voorgenomen besluit wordt geveegd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen wordt geveegd, dateert uit 1990. Deze formulering sloot volgens de wetgever nauw aan bij de toetsingspraktijk in die tijd.²²⁰ Tot die tijd was het niet de kantonrechter maar de bedrijfscommissie aan wie vervangende toestemming diende te worden gevraagd en fungeerde de minister van Sociale Zaken daarbij als beroepsinstantie. Omdat de WOR toen nog geen toetsingscriterium bevatte, toetste de minister daarbij aan zijn eigen, in de praktijk ontwikkelde toetsingscriteria.²²¹ Doordat artikel 27 lid 4 WOR daar nauw bij aansloot, leidde de invoering van dit wette-

²¹⁶ Zie: subparagraaf 3.8.2.

²¹⁷ Brief LSR-LOC-LPR inzake knelpunten WMCZ, p. 5.

²¹⁸ Brief van de staatssecretaris van VWS aan de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR, d.d. 12 juni 2002, kenmerk: IBE/E-2279646, p. 4.

²¹⁹ Zie: subparagraaf 3.8.2.

²²⁰ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 27.

²²¹ De minister maakte daarbij eerst een inhoudelijke afweging tussen de argumenten van de ondernemer voor het besluit en de argumenten van de OR om instemming te onthouden. Wogen de argumenten even zwaar dan werd vervangende toestemming geweigerd, tenzij het besluit werd geveegd door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen.

lijke toetsingscriterium niet tot een materiële verandering in de onderlinge positie van de ondernemer en de OR.

Het instemmingsrecht zelf dateert uit 1971 en betrof toen met name tertiaire arbeidsvoorwaarden. De wetgever overwoog daarbij dat het, vanwege het feit dat de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden al lang niet meer behoorden tot de autonome beslissingsbevoegdheid van de ondernemer (hij was daarbij gebonden aan de wet en aan CAO-bepalingen), geoorloofd was ten aanzien van bepaalde tertiaire voorwaarden een ‘recht tot medebeslissen’ aan de OR toe te kennen.²²² Bij de wetwijziging in 1979 werd het instemmingsrecht wederom ter discussie gesteld en kwam de vraag aan de orde of de bevoegdheid van de OR niet uitsluitend beperkt diende blijven tot een adviserende. De wetgever vond de argumenten daarvoor echter niet overtuigend.²²³ De omstandigheid dat meer groeperingen dan alleen de werknemers belang hadden bij de onderneming, vond hij niet ter zake doende, omdat er geen uitsluitende zeggenschap aan de werknemers werd toegekend. Het instemmingsrecht kon volgens de wetgever dus niet om principiële redenen worden afgewezen. Omdat de wetgever evenmin praktische bezwaren tegen het instemmingsrecht zag, bleef het gewoon in de wet staan en werd het zelfs uitgebreid tot nog meer onderwerpen.

Het instemmingsrecht in de WMO is – anders dan het instemmingsrecht in de WOR – ‘even zwaar’ als het verzwaaard adviesrecht in de WMCZ, in die zin dat de geschillencommissie bij een verzoek om vervangende toestemming toetst of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen (artikel 20 lid 3 WMO). Deze ‘enkelvoudige toetsingsnorm’ is in 1992 in de WMO opgenomen ter vervanging van de ‘dubbele toetsingsnorm’ uit 1981. De geschillencommissie toetste toen of het bevoegd gezag in redelijkheid tot zijn voorstel had kunnen komen én of de MR in redelijkheid zijn instemming aan het voorstel had kunnen onthouden (artikel 10 lid 1 WMO 1981).²²⁴ Omdat deze toetsingsnorm de geschillencommissie in de praktijk voor een dilemma stelde in die gevallen dat noch het standpunt van het bevoegd gezag, noch dat van de MR kennelijk onredelijk was, heeft de wetgever deze op aanraden van de TCWMO vervangen door een enkelvoudig toetsingscriterium. Volgens de TCWMO toetste men als geschillencommissie namelijk óf het een óf het ander.²²⁵ De wetgever koos daarbij bewust voor een toetsingscriterium waarbij het standpunt van het bevoegd gezag het uitgangspunt vormt, omdat dit beter zou passen bij het primaat van het bevoegd gezag ten aanzien van het bestuur van de school.²²⁶ Beurkens merkte hierover op dat de nieuwe opzet van het toetsingscriterium juridisch-technisch gezien weliswaar verreweg valt te verkiezen boven de oude, maar hij vroeg zich tegelijkertijd af of daarmee ook recht wordt gedaan aan de bedoeling van de wetgever uit 1981, namelijk het

²²² *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nrs. 1-3, p. 14.

²²³ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nrs. 1-3, p. 23.

²²⁴ De wetgever beoogde met deze toetsingsnorm wat meer evenwicht te creëren tussen de MR en het bevoegd gezag (zie: *Handelingen II*, 14 mei 1981, p. 4999, 5001 en 5003).

²²⁵ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel I, p. 28 (aanbeveling nr. 7).

²²⁶ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 24.

creëren van een zoveel mogelijk gelijke positie tussen het bevoegd gezag en de MR.²²⁷ Zelf gaf hij de voorkeur aan een volle toetsing van het voorgenomen besluit.

De reden van de terughoudendheid van de wetgever bij het toekennen van bevoegdheden aan de MR, is gelegen in de grondwettelijk beschermde onderwijsvrijheid en gemeentelijke autonomie, alsmede in het feit dat de onderwijswetgeving specifieke verantwoordelijkheden legt bij het bevoegd gezag. In zijn advies met betrekking tot de WMO uit 1981 overwoog de Raad van State ter zake dat noch de grondwettelijk beschermde onderwijsvrijheid, noch de gemeentelijke autonomie zich in principe verzetten tegen het toekennen van wettelijk instemmingsrecht zoals in artikel 27 WOR.²²⁸ Toch was terughoudendheid bij het toekennen van deze bevoegdheid in het onderwijs volgens de Raad op zijn plaats, omdat de toekenning van een instemmingsrecht ten aanzien van een aangelegenheid als het aanstellingsbeleid van de school, indirect zou kunnen leiden tot aantasting van de identiteit van de school.²²⁹ Beurkens en Overes zijn echter van mening dat de toekenning van een instemmingsbevoegdheid aan de MR geen gevaar oplevert voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag.²³⁰ Dit komt volgens hen doordat de instemmingsbevoegdheid controlerend en niet initiërend en sturend van aard is. Beurkens noemt dit de ‘slagboomwerking’ van de instemmingsbevoegdheid. De MR kan kennelijk onredelijke besluiten van het bevoegd gezag tegenhouden, maar kan het bevoegd gezag niet dwingen een bepaald besluit te nemen.²³¹ De MR kan het bevoegd gezag dus ook niet dwingen om een besluit te nemen dat de identiteit van de school zal aantasten. De eventuele sanctie van het niet kunnen nemen van een voorgenomen besluit, laat volgens Overes het bevoegd gezag voorts voldoende ruimte met een nieuw (aangepast) voorstel te komen. Bovendien bepaalt artikel 13 lid 1 WMO dat het instemmingsrecht niet van toepassing is indien de betreffende aangelegenheid reeds inhoudelijk is geregeld in een bij of krachtens wet gegeven voorschrift of collectieve arbeidsovereenkomst.²³² Het instemmingsrecht is volgens haar daarom niet in strijd met het rechtspersonenrecht, dat de rechtspersoon aansprakelijk stelt voor de inhoud van besluiten van diens statutair bevoegde organen, noch met de onderwijswetgeving die de privaatrechtelijke rechtspersoon als zijnde het bevoegd gezag, verantwoordelijk stelt voor het besturen van de door hem in stand gehouden scholen.

²²⁷ Beurkens 1992, p. 183.

²²⁸ *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. A-C, p. 22.

²²⁹ Of de toekenning van een wettelijk instemmingsrecht in strijd is met de vrijheid van onderwijs, is volgens de Raad van State afhankelijk van de vraag of de aangelegenheid waarop het instemmingsrecht betrekking heeft verband houdt met de identiteit van de school.

²³⁰ Beurkens 1992, p. 169 en 170 en Overes 1995, p. 155-159.

²³¹ De werkelijke waarde van de instemmingsbevoegdheid is volgens Beurkens dan ook afhankelijk van het al dan niet bestaan van de wil bij het bevoegd gezag en de MR om overleg te voeren gericht op het bereiken van daadwerkelijke, wederzijdse instemming. Is die wil niet aanwezig dan komen de formele grenzen aan de instemmingsbevoegdheid volgens hem al gauw in zicht.

²³² De WOR bevat een zelfde soort bepaling in artikel 27 lid 3 WOR.

De vergelijking met de WOR en de WMO leidt tot de conclusie dat de angst van minister Borst, dat de invoering van een instemmingsrecht in de WMCZ dat even 'zwaar' is als dat van de OR afbreuk zal doen aan de (eind-)verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder, ongegrond is. Ook het argument dat een instemmingsrecht leidt tot een overwaarding van de cliëntenbelangen ten opzichte van andere belangen waarmee de zorgaanbieder rekening moet houden, gaat niet op. Het 'tenzij' in het toetsingscriterium uit artikel 27 lid 4 WOR, laat de zorgaanbieder immers voldoende ruimte voor het behartigen van die andere belangen. Het is in ieder geval niet zo dat dit instemmingsrecht de zeggenschap uitsluitend bij de cliëntenraad zou leggen. Wel leidt het toetsingscriterium ertoe dat de belangen van cliënten ten aanzien van instemmingsplichtige aangelegenheden, in de afweging tegen andere belangen, zwaar zullen wegen. Juist omdat de cliëntenbelangen bij deze aangelegenheden in het bijzonder in het geding zijn, is dit onderscheid mijns inziens echter gerechtvaardigd. Zeker nu de wetgever om dezelfde reden wel een instemmingsrecht heeft toegekend aan de OR. Het onthouden aan de cliëntenraad van een instemmingsrecht als in artikel 27 WOR, leidt tot schending van het vereiste van onderlinge afstemming, aangezien de werknemers van zorginstellingen – net als bij het gewone adviesrecht – zonder een duidelijke en valide reden een zwaardere medezeggenschapsbevoegdheid toekomt dan de cliënten van die zorginstellingen.

6.5.4 Gevaar voor samenloop van bevoegdheden

Zowel naar aanleiding van de WMCZ als naar aanleiding van het daaraan voorafgaande wetsvoorstel, de WDFZ, werd gewezen op het gevaar van samenloop tussen de bevoegdheden van de cliëntenraad en die van de OR.²³³ In dat verband rees de vraag of de WMCZ en de WOR wel in voldoende mate op elkaar zijn afgestemd. Het kwaliteitsvereiste van onderlinge afstemming lijkt hier dus opnieuw in het geding te zijn.

Wanneer we het advies- en instemmingsrecht uit de WMCZ en de WOR met elkaar vergelijken, blijkt er inderdaad sprake te zijn van een zekere overlapping:

- het onderwerp uit artikel 3 lid 1 sub *b* WMCZ, inzake het overdragen van de zeggenschap of fusie of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling, stemt gedeeltelijk overeen met de onderwerpen zoals omschreven in artikel 25 lid 1 sub *a* en *b* WOR²³⁴;

²³³ Zie: subparagraaf 3.8.3 respectievelijk 2.5.3.

²³⁴ Artikel 3 lid 1 sub *b* WMCZ blinkt niet uit in duidelijkheid. Onduidelijk is namelijk waar 'het overdragen van de zeggenschap of fusie' op slaat. Slaait dit op de instelling zelf – wat vermoedelijk het geval is – dan stemt dit gedeelte overeen met artikel 25 lid 1 sub *a* WOR, zij het dat deze laatste bepaling ook betrekking heeft op de overdracht van een onderdeel van de onderneming. Het vervolg van artikel 3 lid 1 sub *b* WMCZ stemt overeen met artikel 25 lid 1 sub *b*, in zoverre dat beide bepalingen betrekking hebben op het aangaan en verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling c.q. onderneming. De bepaling in artikel 25 heeft daarnaast ook nog betrekking op een belangrijke wijziging in die duurzame samenwerking.

- het onderwerp uit artikel 3 lid 1 sub *c* WMCZ, inzake de gehele of gedeeltelijke opheffing van de instelling, verhuizing of ingrijpende verbouwing, stemt gedeeltelijk overeen met de onderwerpen zoals omschreven in artikel 25 lid 1 sub *c* en *f* WOR²³⁵;
- artikel 3 lid 1 sub *d* WMCZ, inzake een belangrijke wijziging in de organisatie, stemt gedeeltelijk overeen met artikel 25 lid 1 sub *e* WOR²³⁶;
- artikel 3 lid 1 sub *e* WMCZ, inzake een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden, stemt overeen met artikel 25 lid 1 sub *d* WOR;
- artikel 3 lid 1 sub *f* WMCZ, inzake het benoemen van personen die rechtstreeks de hoogste zeggenschap zullen uitoefenen bij de leiding van arbeid binnen de instelling, stemt gedeeltelijk overeen met artikel 30 WOR²³⁷;
- artikel 3 lid 1 sub *g* WMCZ, inzake de begroting en de jaarrekening, stemt gedeeltelijk overeen met artikel 31a WOR²³⁸ en
- artikel 3 lid 1 sub *i* WMCZ, inzake het algemeen beleid op het gebied van de veiligheid, stemt gedeeltelijk overeen met artikel 27 lid 1 sub *d* WOR.²³⁹

Aan de OR komen geen bevoegdheden toe ten aanzien van de onderwerpen die zijn opgesomd in artikel 3 lid 1 sub *a* en sub *h* t/m *m* WMCZ. Ten aanzien van de onderwerpen in sub *h* t/m *m* is dat begrijpelijk, omdat het hier onderwerpen betreft die in het bijzonder de cliënten aangaan.²⁴⁰ Bij het wijzigen van de doel-

²³⁵ Anders dan de cliëntenraad heeft de OR geen adviesrecht ten aanzien van een ingrijpende verbouwing.

²³⁶ De OR komt daarnaast ook nog een adviesrecht toe ten aanzien van een belangrijke wijziging in de bevoegdheidsverdeling binnen de onderneming.

²³⁷ De OR komt daarnaast ook een adviesrecht toe ten aanzien van het *ontslag* van deze personen.

²³⁸ Hoewel artikel 31a WOR de OR geen adviesrecht toekent, verplicht het de ondernemer wel de OR ter zake gegevens te verstrekken, naar aanleiding waarvan de OR gebruik kan maken van zijn bevoegdheid om spontaan advies uit te brengen ex artikel 23 lid 2 en 3 WOR. Zo verplicht artikel 31a WOR de ondernemer twee maal per jaar gegevens aan de OR te verstrekken omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming over het afgelopen tijdvak (lid 1), alsmede (indien deze door de ondernemer pleegt te worden opgesteld) een begroting van inkomsten en uitgaven (lid 7). Lid 2 van artikel 31a, dat de ondernemer expliciet verplicht tot het verstrekken van de jaarrekening en het jaarverslag, is echter niet van toepassing op niet-commerciële stichtingen en verenigingen (zie: artikel 2:360 lid 3 BW). Op grond van artikel 31a lid 5 WOR geldt voor deze rechtspersonen (alsmede voor natuurlijke personen) evenwel het Besluit verstrekking financiële gegevens informatie ondernemingsraden 1985 (zie: Besluit van 7 maart 1985, Stb. 151). Dit besluit verplicht de ondernemer tot het verstrekken van de 'jaarstukken', die net als de jaarrekening een balans, een verlies- en winstrekening en een toelichting dienen te bevatten (artikel 2 jo. artikel 1 sub *c* van het Besluit).

²³⁹ Artikel 27 lid 1 sub *d* WOR heeft onder meer betrekking op een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden. Het beleid op het gebied van de veiligheid binnen de zorginstelling kan daar uiteraard overlapping mee vertonen.

²⁴⁰ De WMO hanteert thans nog het systeem dat, wanneer de ene geleding van de MR een instemmingsrecht toekomt ter zake van een onderwerp waarbij die geleding een direct belang heeft, de andere geleding automatisch een adviesrecht toekomt (artikel 10 WMO). De wetgever heeft destijds voor dit systeem gekozen vanuit de gedachte van gezamenlijke medezeggenschapsuitoefening, die aan de WMO ten grondslag ligt (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 8). De toenemende decentralisatie bij de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden in het onderwijs, versterkt echter de behoefte aan gescheiden medezeggenschapsregimes. Loonstra pleitte in dit verband daarom voor aanpassing van de WMO in die zin, dat artikel 10 zou worden afgeschaft. Anders zou de geleding van de ouders/leerlingen 'ineens' adviesrecht krijgen ten aanzien van zaken die eigenlijk niet op hun bordje thuishoren. (Zie: Loonstra 1995, p. 72, 73 en 75.) In subparagraaf 6.4.2 kwam al aan de orde

stelling of grondslag van de instelling (sub *a*) hebben de werknemers van de zorginstellingen echter een min of meer gelijkwaardig belang als de cliënten.²⁴¹ Het is vreemd dat de cliëntenraad op dit punt een adviesrecht toekomt, en de OR niet.

Aan de andere kant komen aan de OR weer wel advies- en instemmingsbevoegdheden toe ten aanzien van onderwerpen waarbij de cliëntenraad geen bevoegdheid toekomt. Ten aanzien van de onderwerpen die zijn opgesomd in artikel 27 lid 1 WOR – waarbij de OR een instemmingsrecht toekomt – is dat verklaarbaar vanuit het feit dat het onderwerpen betreft die in het bijzonder voor de werknemers van belang zijn. In artikel 25 lid 1 WOR worden echter ook onderwerpen genoemd, waarbij niet direct duidelijk is waarom de cliëntenraad ter zake geen adviesrecht zou kunnen toekomen.²⁴² Te denken valt daarbij met name aan de financiële besluiten als omschreven in sub *h* t/m *j*. Deze zijn van invloed op de financiële situatie van de zorginstelling en in verband daarmee op diens continuïteit. Niet valt in te zien waarom hieromtrent ook geen adviesbevoegdheid aan de cliëntenraad zou toekomen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verschillen in het zojuist gegeven overzicht van bevoegdheden. In de situaties van gedeeltelijke overlapping bleek de adviesbevoegdheid van de OR vaak net iets ruimer te zijn. Omdat de wetgever deze – zo op het eerste gezicht onlogische – verschillen niet heeft toegelicht, wekt hij de schijn van inconsistentie. De WMCZ lijkt op dit punt daarom wederom in strijd te zijn met het kwaliteitsvereiste van onderlinge afstemming.

Uit het bevoegdheidsoverzicht bleek tevens dat samenloop van bevoegdheden zich in verreweg de meeste gevallen zal voordoen bij het (gewone) adviesrecht van beide medezeggenschapsorganen.²⁴³ Ervan uitgaande dat de zorgaanbieder zijn procedurele verplichtingen netjes nakomt (het advies tijdig vraagt en pas na voorafgaand overleg, gemotiveerd van het advies afwijkt), heeft dit tot gevolg dat de extra adviesprocedure die de zorgaanbieder door de invoering van de WMCZ naast de reeds bestaande adviesprocedure uit de WOR moet doorlopen, de kans niet heeft vergroot dat hij zijn voorgenomen besluit uiteindelijk niet zal kunnen nemen. Ten aanzien van deze besluiten bestaat er immers nog steeds maar één beroepsmogelijkheid, namelijk die van de OR bij de Ok van het hof Amsterdam ex artikel 26 WOR. Tegenstrijdige uitspraken zullen zich ten aanzien van deze besluiten dus ook niet voordoen.²⁴⁴ Mocht de wetgever – hoe-

dat het systeem van ongedeelde medezeggenschap in de BVE-sector zal worden verlaten voor de WOR en dat de VO-sector de mogelijkheid zal krijgen om te kiezen tussen een systeem van gedeelde of ongedeelde medezeggenschap.

²⁴¹ De WMO kent het adviesrecht ter zake dan ook toe aan de MR als geheel, en niet afzonderlijk aan de ouders-/leerlingengeleding (artikel 7 sub *a* WMO).

²⁴² Ten aanzien van sommige onderwerpen kan dit worden verklaard vanuit de gevolgen die zij met name voor het personeel kunnen hebben (denk aan artikel 25 lid 1 sub *g* en *m* WOR), of vanuit het feit dat sommige onderwerpen bij zorginstellingen minder spelen (denk bijvoorbeeld aan sub *k* en *l*).

²⁴³ Scenario 1 dus, zoals omschreven in subparagraaf 3.8.3.

²⁴⁴ Er bestaat alleen een kans op tegenstrijdige uitspraken in geval van besluiten met betrekking tot het veiligheidsbeleid in de zorginstelling. Zoals zojuist al bleek komt de cliëntenraad in dat geval een verzaamd adviesrecht toe (ex artikel 3 lid 1 sub *i* WMCZ) en de OR een instemmingsrecht (ex artikel 27 lid 1 sub *d* WOR). Scenario 2 dus, zoals omschreven in subparagraaf 3.8.3.

wel het daar vooralsnog niet naar uitziet – echter besluiten het gewone adviesrecht van de cliëntenraad alsnog met een mogelijkheid van beroep te versterken, dan verdient het in verband met de efficiënte afhandeling van deze geschillen aanbeveling deze beroepsprocedure ook bij de Ok van het Hof Amsterdam onder te brengen.²⁴⁵

Omdat de samenloop zich met name voordoet bij besluiten van economische, organisatorische en financiële strekking, is de kans dat beide medezeggenschapsorganen tegenstrijdige adviezen uitbrengen terwijl zij beiden uitgaan van het belang van de instelling, overigens niet denkbeeldig. Akveld en Loonstra waarschuwen voor deze situatie omdat die ‘de beleidsvoering van de zorgaanbieder zou blokkeren, het medezeggenschapsregime zou frustreren en zodoende geen bijdrage zou leveren aan een klimaat dat het welzijn van alle betrokkenen in de instelling bevordert’.²⁴⁶ Nu zal het met die blokkade van de beleidsvoering, gezien de huidige regelgeving, wel meevallen. Zojuist is immers geconstateerd dat de kans, dat de zorgaanbieder een voorgenomen besluit ter zake van deze onderwerpen niet zal kunnen nemen, door de komst van de WMCZ niet is vergroot. Vanuit het oogpunt van medezeggenschap bezien, is deze situatie echter inderdaad ongewenst. De medezeggenschapsorganen verliezen daardoor naar de zorgaanbieder toe aan overtuigingskracht en spelen met hun tegenstrijdige adviezen een ‘kwaadwillende’ zorgaanbieder in de kaart. Die kan in dat geval het advies volgen dat hem het best uitkomt. Voor zorgaanbieders die ‘van goede wil zijn’ en openstaan voor zinvolle adviezen van cliëntenraad en OR is deze situatie eveneens ongewenst, aangezien deze zorgaanbieder juist behoefte zal hebben aan een eenduidig standpunt.

Moeten de cliëntenraad en de OR daarom maar net als in het onderwijs worden samengevoegd tot één medezeggenschapsorgaan, zoals Akveld en Loonstra betoogden? Dat lijkt mij toch een wat vergaande oplossing. Naast het belang van de instelling als geheel, behartigen cliëntenraad en OR immers ook vooral deelbelangen, die in sommige gevallen zelfs met elkaar in strijd zullen zijn. Onder meer om die reden ligt het ‘harmoniemodel’ uit de WMO al jaren onder vuur.²⁴⁷ Als men al van mening is dat de WMCZ voor deze situatie een oplossing dient te bieden, ligt het daarom meer voor de hand in de WMCZ een bepaling op te nemen die verplicht tot het instellen van een gezamenlijke commissie (dus bestaande uit zowel leden van de cliëntenraad als van de OR).²⁴⁸

²⁴⁵ Een overeenkomstige aanbeveling deed Van Wersch ten aanzien van de beroepsprocedure in de WDFZ (zie: subparagraaf 2.5.3).

²⁴⁶ Zie: subparagraaf 3.8.3.

²⁴⁷ Zie: subparagraaf 6.4.2.

²⁴⁸ Bedoeld wordt een soort vaste commissie zoals is geregeld in artikel 15 lid 2 WOR. Een vergelijkbare constructie komt thans voor in de Wet op het hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Deze wet biedt universiteiten de mogelijkheid te kiezen voor een systeem van ongedeelde medezeggenschap, waarbij het personeel wordt vertegenwoordigd door de OR en de studenten door de studentenraad (SR). Kiest de universiteit voor dit systeem dan is hij echter tevens verplicht een ‘gezamenlijke vergadering’ in te stellen, bestaande uit zowel leden van de OR als uit de SR, aan welke ten minste instemmingsbevoegdheden dienen toe te komen ten aanzien van besluiten als het instellingsplan, de vormgeving van het systeem van kwaliteitszorg en het bestuurs- en beheersreglement (artikel 9.30a WHW).

Aan die commissie zouden dan uitsluitend die adviesbevoegdheden dienen toe te komen, waarbij het betreffende risico van samenloop speelt.²⁴⁹ Het nadeel van deze constructie is echter dat de cliëntenraad en de OR deze adviesbevoegden dan niet meer zelf kunnen uitoefenen, óók niet in die gevallen dat zij alleen maar voor hun eigen deelbelang willen opkomen. Men kan zich bovendien afvragen of deze situatie wel een wettelijke regeling behoeft. Zojuist bleek al dat zowel de ('goedwillende') zorgaanbieder als beide medezeggenschapsorganen er belang bij hebben dat adviezen die worden gemotiveerd vanuit het instellingsbelang als geheel, goed op elkaar zijn afgestemd. Juist daarom leent deze materie zich goed voor zelfregulering.²⁵⁰ Wanneer daar aanleiding voor is kan de zorgaanbieder beide medezeggenschapsorganen bijvoorbeeld in een gemeenschappelijk overleg bijeen roepen, om te beproeven of zij tot een gemeenschappelijk standpunt kunnen komen. Ook kunnen beide medezeggenschapsorganen, wanneer zij daar ten aanzien van een bepaald voorgenomen besluit de behoefte toe voelen, uit zichzelf besluiten onderling contact met elkaar te zoeken over het in te nemen standpunt.²⁵¹ Eventueel kunnen hieromtrent afspraken worden gemaakt in een medezeggenschapsreglement. Juist omdat het voor de wetgever niet goed mogelijk is om in te schatten wanneer er in de praktijk behoefte zal zijn aan het innemen van een gemeenschappelijk standpunt, leent deze materie zich mijns inziens niet zo goed voor regeling in de wet. Op dit punt is de WMCZ dus noch in strijd met het subsidiariteitsvereiste, noch met het vereiste van onderlinge afstemming.

6.5.5 De onderwerpen ten aanzien waarvan de adviesrechten gelden

De onderwerpen waarvoor het gewone en het verzwaarde adviesrecht gelden, worden opgesomd in artikel 3 lid 1 WMCZ. Op die opsomming kwam heel wat kritiek, zo bleek in paragraaf 3.8. De regeling van het gewone en het verzwaarde adviesrecht in één artikel werd onduidelijk gevonden.²⁵² Daarnaast werd een felle 'meer-of-minder'-discussie gevoerd. Sommige fracties in de Tweede Kamer vonden dat het verzwaard adviesrecht zou moeten worden uitgebreid tot meer onderwerpen die van directe invloed zijn op de sfeer van de cliënten, zoals een gehele of gedeeltelijke opheffing van de instelling, verhuizing of ingrijpende verbouwing (onderwerpen waarvoor thans nog slechts een gewoon adviesrecht geldt ex artikel 3 lid 1 sub c jo. artikel 4 lid 2 WMCZ).²⁵³ Andere

²⁴⁹ Momenteel zijn dat de onderwerpen uit artikel 3 lid 1 sub b t/m g WMCZ.

²⁵⁰ In de praktijk blijken er dan ook al formele contacten tussen cliëntenraden en ondernemingsraden voor te komen. Bij de Robert Fleury Stichting bijvoorbeeld werken de cliëntenraad en de OR samen in een commissie (deelnemers zijn de beide voorzitters, de ondersteuner van de cliëntenraad en de ambtelijk secretaris van de OR). Verder doen zich in de praktijk ook meer informele vormen van samenwerking voor, waarbij men elkaar in de wandelgangen op de hoogte houdt en adviezen op elkaar afstemt. (Zie: Honig 2000, p. 21; Van Gelder e.a. 2000, p. 27 en Lonkhuyzen & Stulp 2000, p. 4.)

²⁵¹ Beide medezeggenschapsorganen komen daardoor – zoals reeds door Sprengers werd opgemerkt – sterker te staan ten opzichte van de zorgaanbieder (zie: subparagraaf 3.8.5).

²⁵² Zie: subparagraaf 3.8.1.

²⁵³ Zie: subparagraaf 3.8.2. De koepelorganisaties LSR, LOC en LPR deden in 2002 een vergelijkbaar voorstel aan de minister. Staatssecretaris Vliegthart zei dit voorstel toen serieus in overweging te

fracties vonden de lijst met onderwerpen juist te uitgebreid en vonden dat deze zich ten onrechte uitstreckte tot zaken als genoemd in sub *f*, *j* en *m*, die volgens hen behoorden tot het exclusieve terrein van de zorgaanbieder, omdat zij onder het personeelsbeleid vielen dan wel de kern van de bedrijfsvoering raakten.²⁵⁴ In de Eerste Kamer werd voorts de vrees geuit dat de lijst van onderwerpen uit artikel 3 lid 1 te star en wellicht snel verouderd zou zijn.²⁵⁵ Het hanteren van ‘kapstok-bepalingen’ als ‘besluiten met betrekking tot het verblijf binnen de instelling’, vormde volgens de toenmalige minister echter geen alternatief.²⁵⁶ Door gebruik te maken van de mogelijkheid op grond van artikel 6 WMCZ bovenwettelijke bevoegdheden aan de cliëntenraad toe te kennen, zou volgens haar op een bij de zorginstellingen passende wijze nader vorm aan de medezeggenschap kunnen worden gegeven. Tegen de verwachtingen van deze minister in, wordt in de praktijk echter nauwelijks gebruik van deze mogelijkheid gemaakt.²⁵⁷ Kort gezegd komt alle kritiek op artikel 3 lid 1 WMCZ dus wederom neer op de vraag of de WMCZ op dit punt nu teveel, te weinig of misschien wel de verkeerde zaken regelt.

Wanneer men kijkt naar de WOR dan ziet men dat het advies- en instemmingsrecht daar in aparte artikelen zijn ondergebracht (in artikel 25 respectievelijk 27 WOR). Aan de vormgeving van deze artikelen – die dateren uit 1971 – heeft de wetgever destijds geen nadere overwegingen gewijd. Kennelijk vond de wetgever een aparte regeling van beide rechten het meest overzichtelijk. In lid 1 van zowel artikel 25 als 27 wordt voorts een flink aantal onderwerpen opgesomd. Wat opvalt is dat het adviesrecht van de OR – anders dan het meer algemene adviesrecht van de OR uit 1950 – niet beperkt blijft tot de technische en economische gang van zaken *in de onderneming*, maar zich tevens uitstrekt tot de positie van de ondernemer op de markt; tot aangelegenheden die men voor 1971 nog zag als ‘zaken die des ondernemers zijn’. Het instemmingsrecht van de OR heeft voorts met name betrekking op het personeelsbeleid van de ondernemer. Sinds 1979 kent de WOR de OR bovendien een adviesrecht toe ten aanzien van de benoeming en het ontslag van de bestuurder. De wetgever vond dat nodig omdat de bestuurder van een onderneming voor de daar werkzame personen van zeer grote betekenis is, vanwege het feit dat hij in vergaande mate de interne gang van zaken, de werkverhoudingen en de sfeer binnen de onderneming bepaalt.²⁵⁸ Het adviesrecht zou volgens de wetgever echter geen inbreuk maken op de verantwoordelijkheid van de beslissende instantie. Werd bij de totstandkoming van de WMCZ ten aanzien van vergelijkbare onderwerpen gediscussieerd

nemen. (Zie: brief LSR-LOC-LPR in zake knelpunten WMCZ, p. 9 en Brief van de staatssecretaris van VWS aan de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR, d.d. 12 juni 2002, kenmerk: IBE/E-2279646, p. 6.)

²⁵⁴ Zie: subparagraaf 3.8.1 en 3.8.2.

²⁵⁵ Zie: subparagraaf 3.8.4.

²⁵⁶ Desondanks blijkt artikel 3 lid 1 sub *l* WMCZ toch een kapstok-bepaling te bevatten (zie: subparagraaf 3.8.2).

²⁵⁷ Zie: subparagraaf 5.2.3.

²⁵⁸ *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 46.

over de vraag of deze al dan niet dienen te behoren tot het exclusieve terrein van de zorgaanbieder, de WOR kent ten aanzien van dit soort voorgenomen besluiten gewoon advies- en instemmingsrechten toe.

De afgelopen dertig jaar werd ten aanzien van de onderwerpen van het advies- en instemmingsrecht uit de WOR voorts – net als bij de totstandkoming van de WMCZ – een ‘meer-of-minder’-discussie gevoerd. Men vroeg zich daarbij steeds af of sommige van de opgesomde onderwerpen niet verouderd waren en of er geen andere, meer actuele onderwerpen aan de opsomming dienden te worden toegevoegd.²⁵⁹ Actueel is thans bijvoorbeeld de vraag of artikel 27 lid 1 niet zou moeten worden uitgebreid met onderwerpen als autokostenvergoedingsregelingen, lease-auto-regelingen, regelingen met betrekking tot kinderopvang et cetera.²⁶⁰ Het kabinet heeft echter te kennen gegeven momenteel niet bereid te zijn de bevoegdheden van de OR uit te breiden.²⁶¹ De reden daarvoor is gelegen in het feit dat een recente evaluatie van de WOR zou hebben uitgewezen, dat sommige ondernemingsraden door de grote toename van het aantal bevoegdheden nu al overbelast dreigen te raken, hetgeen leidt tot niet-gebruik van bepaalde bevoegdheden.²⁶² Ter voorkoming van een snelle veroudering van adviesplichtige onderwerpen ten gevolge van nieuwe ontwikkelingen, heeft de wetgever in het verleden – net als bij de WMCZ – wel overwogen de gedetailleerde opsomming uit artikel 25 lid 1 te vervangen door ‘kapstok-bepalingen’.²⁶³ De wetgever verwierp deze optie echter vanwege het daaraan inherente nadeel van onbepaaldheid, waardoor interpretatiegeschillen en conflicten zouden toenemen.²⁶⁴ Dat zou verstorend werken op de verhouding tussen de ondernemer en de OR en de aandacht vestigen op procedurele aspecten als de vraag of en in hoeverre er adviesrecht bestaat, en niet op de inhoud van de besluitvorming. Een nadere uitwerking van deze ‘kapstok-bepalingen’ bij ondernemingsovereenkomst zou voorts weliswaar leiden tot meer duidelijkheid, flexibiliteit en maatwerk – zo overwoog het kabinet naar aanleiding van de recente evaluatie – in die gevallen dat de verhoudingen tussen OR en ondernemer minder goed zijn, zou er behoefte blijven bestaan aan een uitdrukkelijke opsomming van onderwerpen in de wet.²⁶⁵

Het kabinet zoekt daarom naar een beter evenwicht tussen een meer flexibele wet enerzijds en een goede waarborging van de rechten van de OR an-

²⁵⁹ Een overzicht van deze discussie, zoals die is gevoerd tot 1985, kan worden gevonden in het rapport ‘Onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de Wet op de ondernemingsraden’ (zie: *Kamerstukken II* 1984-85, 18 980, nr. 1, p. 20-24 en p. 27-30).

²⁶⁰ Sprengers 2003, p. 336 en 337.

²⁶¹ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 1, p. 19.

²⁶² Volgens het kabinet is uit onderzoek gebleken dat de nadruk bij het gebruik van bevoegdheden door de OR bij de meeste ondernemingen nog altijd ligt bij het arbeidsomstandighedenbeleid en andere ondernemingsgebonden onderwerpen, en veel minder bij maatschappelijke onderwerpen als arbeid en zorg. Het niet-gebruik wordt door het kabinet mede verklaard vanuit het gebrek aan kennis bij de OR-leden ten aanzien van deze onderwerpen. (Zie: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 1, p. 16.)

²⁶³ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 8.

²⁶⁴ Juist vanwege de gewenste duidelijkheid koos de wetgever in 1971 voor een uitputtende, gedetailleerde opsomming: omdat het om een belangrijke verplichting ging, moest de ondernemer weten waar hij aan toe was (zie: *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 1-3, p. 23).

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 1, p. 17.

derzijds. Deze zou zijn gelegen in de mogelijkheid om bij ondernemingsovereenkomst te komen tot bijstelling van de advies- en instemmingsbevoegdheden naar beneden toe.²⁶⁶ Momenteel bestaat op grond van artikel 32 WOR slechts de mogelijkheid van uitbreiding en niet die van inperking. De afspraken tussen de ondernemer en de OR kunnen daardoor niets afdoen aan de wettelijke bevoegdheden van de OR en dienen slechts tot in- en aanvulling daarvan. In het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) is echter ook een mogelijkheid tot afwijking naar beneden toe gecreëerd (artikel 6:31 WMW).²⁶⁷ Het kabinet verwacht dat hierdoor onderhandelingsruimte voor de OR zal ontstaan, in die zin dat hij bevoegdheden waar hij toch geen gebruik van maakt bij de ondernemer zal kunnen ‘inruilen’ tegen andere (bovenwettelijke) bevoegdheden, waar hij en zijn achterban meer behoefte aan hebben.²⁶⁸ Een dergelijke wetswijziging komt neer op een verandering van de opzet van de WOR als zijnde een minimumwet, in een kaderwet: een wettelijke regeling waarvan de ondernemer en de OR zowel naar boven toe, als naar beneden toe kunnen afwijken.²⁶⁹ De voorgestelde mogelijkheid tot meer maatwerk te komen, zou naar verwachting tevens leiden tot een betere naleving van de WOR. Niet-naleving van de WOR is volgens het kabinet namelijk voor een deel het gevolg van het feit dat er in de praktijk bij veel ondernemers maar weinig begrip bestaat voor een streng geüniformeerde voorschrijving.²⁷⁰ Deze stelling wordt volgens Van het Kaar echter onvoldoende met empirische gegevens onderbouwd.²⁷¹ Sprengers reageert evenmin positief op het voorstel van het kabinet.²⁷² Hij vreest dat de voorgestelde wijziging van de WOR ertoe zal leiden dat de bevoegdheden van de OR te pas en te onpas ter discussie zullen worden gesteld en dat de ondernemer de OR bij dit soort onderhandelingen ‘een poot zal uitdraaien’.²⁷³ Hij is daarom geen voorstander van het ‘onderhandelbaar maken’ van medezeggenschapsbevoegdheden. Duk staat wel positief ten opzichte van het idee dat de bevoegdheden van de OR ook naar beneden toe moeten kunnen worden bijgesteld.²⁷⁴ Alleen in die situatie kan de OR volgens hem een tegenprestatie leveren tegen gewenste concessies van de ondernemer op het gebied van bovenwettelijke bevoegdheden. Duk wijst

²⁶⁶ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 1, p. 17, 18 en 23.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 2, p. 28 en nr. 3, p. 7-9.

²⁶⁸ Wanneer de OR daarentegen ‘zomaar’ afstand doet van zijn bevoegdheden – wat thans in de praktijk dus wel gebeurt – kan dit hem volgens het kabinet in conflict brengen met zowel de ondernemer als de achterban. De ondernemer mist daardoor immers mogelijkheden om bij zijn besluitvorming tot meer draagvlak te komen, terwijl het naar de achterban toe lijkt alsof de OR zijn bevoegdheden ‘verkwanselt’.

²⁶⁹ Van der Heijden voerde in 1996 al een pleidooi voor dit systeem, dat hij omschreef met de term ‘adaptief medezeggenschapsrecht’, waarmee hij wilde aanduiden dat het medezeggenschapsrecht zich kan aanpassen aan de omstandigheden van de onderneming (zie: Van der Heijden 1996, p. 247).

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 2, p. 8.

²⁷¹ Van het Kaar 2003, p. 329.

²⁷² Sprengers 2003, p. 103 en 104.

²⁷³ Zo vreest Sprengers dat de ondernemer de OR voor de keus zal stellen van óf afzien van bepaalde bevoegdheden, óf gedwongen ontslagen. Het is echter nog maar de vraag of de CWI, dan wel de kantonrechter in zo’n duidelijk geval van machtsmisbruik wel toestemming voor ontslag zal verlenen, respectievelijk de arbeidsovereenkomsten zal ontbinden. Een redelijke grond voor de ontslagen lijkt dan immers te ontbreken.

²⁷⁴ Duk 2003, p. 341-343.

daarbij op de ervaringen die zijn opgedaan met de Europese ondernemingsraad, waarbij (binnen zekere grenzen) ook neerwaarts van de wettelijke regeling kan worden afgeweken.²⁷⁵ Hij vindt het kabinetsstandpunt op dit punt alleen wel wat te globaal. De wetgever moet volgens hem precies duidelijk maken op welke wijze er in de ondernemingsovereenkomst op de bevoegdheden van de OR kan worden gevarieerd.²⁷⁶ Voorts geeft Duk – in tegenstelling tot het oorspronkelijke voorstel van het kabinet om aan de ondernemingsovereenkomst een maximale duur van bijvoorbeeld vijf jaar te verbinden – de voorkeur aan een onbepaalde duur met opzegmogelijkheid.²⁷⁷ Om uitruil van bevoegdheden mogelijk te maken, moet partijen immers de mogelijkheid worden geboden alle afspraken, ook die waarbij bevoegdheden zijn uitgebreid, op te zeggen. Tegelijkertijd zou daarmee worden voorkomen dat bevoegdheden en beperkingen van bevoegdheden van de ene op de andere dag komen te vervallen. In het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) lijkt rekening te zijn gehouden met deze kritiek van Duk. Artikel 6:31 lid 3 WMW bepaalt in ieder geval dat, indien de overeenkomst niet voorziet in de duur van de looptijd, deze kan worden beëindigd door opzegging, waarbij, tenzij anders is overeengekomen, een opzeggingstermijn van 6 maanden geldt.

Een vergelijking met de WMO is op dit punt interessant. Met name de oorspronkelijke WMO uit 1981 liet wat betreft de onderwerpen waarvoor een advies- dan wel instemmingsrecht zou moeten gelden, namelijk reeds veel ruimte aan betrokkenen op schoolniveau. Daarbij bevatte één artikel een opsomming van mogelijke medezeggenschapsonderwerpen – waaronder zaken als de vaststelling van het speel-, werk- dan wel leerplan (sub *b*) en de aanstelling dan wel

²⁷⁵ De Wet op de Europese ondernemingsraden (WOER) biedt het hoofdbestuur van een communautaire onderneming of groep van ondernemingen de mogelijkheid in onderhandeling te treden met een bijzondere onderhandelingsgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van de werknemers uit de verschillende landen, over een overeenkomst tot instelling van een Europese ondernemingsraad (EOR), dan wel een regeling waarbij op andere wijze wordt voorzien in het verstrekken van inlichtingen aan en het raadplegen van werknemers of hun vertegenwoordigers over grensoverschrijdende aangelegenheden (artikel 8 WEOR). Worden zij het niet eens of weigert het hoofdbestuur met de onderhandelingsgroep te onderhandelen, dan geldt de wettelijke regeling, die zowel de instelling en samenstelling van de EOR regelt, als diens bevoegdheden (artikelen 15 tot 33 WEOR). De wettelijke bevoegdheidsregeling van de EOR is dus van regelend recht in die zin, dat het hoofdbestuur er in overeenstemming met de bijzondere onderhandelingsgroep zowel naar boven als naar beneden toe van kan afwijken.

²⁷⁶ Zelf is Duk er voorstander van dat er niet alleen medezeggenschapsbevoegdheden ten aanzien van bepaalde aangelegenheden kunnen worden toegekend of 'afgeschafft', maar dat tevens 'kwalitatieve veranderingen' in bevoegdheden kunnen worden aangebracht. In afwijking van het huidige artikel 32 lid 4 WOR moet volgens hem bijvoorbeeld kunnen worden afgesproken, dat de OR ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid een adviesrecht zal toekomen, maar dat daarop niet de beroepsprocedure uit artikel 26 WOR van toepassing zal zijn. Ook zouden adviesrechten moeten kunnen worden omgezet in instemmingsrechten en omgekeerd. Pas dan zou er volgens Duk voor iedere onderneming echt een regeling 'op maat' kunnen worden gemaakt.

²⁷⁷ Duk 2003, p. 342. Omdat de ondernemingsovereenkomst door de voorstellen van het kabinet aan betekenis zou toenemen, vond het kabinet het in verband met de duidelijkheid aanvankelijk beter daar een wettelijke, maximale geldigheidsduur aan te verbinden. Daarbij kon volgens het kabinet het beste aansluiting worden gezocht bij de maximale geldigheidsduur van CAO's, die blijkens artikel 18 WCAO vijf jaar bedraagt. (Zie: *Kamerstukken II 2002-03*, 28 792, nr. 2, p. 22.)

het ontslag van de schoolleiding (sub j)²⁷⁸ – die weliswaar niet limitatief, maar toch vrij uitputtend van opzet was (artikel 7 WMO 1981). Een ander artikel verplichtte het bevoegd gezag voorts in het medezeggenschapsreglement te bepalen of de MR ter zake een adviesrecht, een instemmingsrecht of in het geheel geen medezeggenschapsbevoegdheid zou toekomen (artikel 6 WMO 1981). Om te voorkomen dat deze regeling zou leiden tot passiviteit en vrijblijvendheid, bevatte deze bepaling bovendien de verplichting om uitdrukkelijk na te gaan welke vormgeving voor de betreffende school de meest optimale zou zijn en moest de keuze om geen bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden toe te kennen, schriftelijk worden gemotiveerd (artikel 6 lid 2 WMO 1981). Ten aanzien van deze bevoegdheidsregeling kwam de MR een instemmingsrecht toe (artikel 3 WMO 1981).²⁷⁹ Om te garanderen dat iedere schoolgeneratie zich een keer over deze medezeggenschapsbevoegdheden zou kunnen uitspreken, bepaalde artikel 6 ten slotte dat het medezeggenschapsreglement om de vijf jaar opnieuw diende te worden opgesteld (artikel 6 lid 3 WMO 1981).

Uit de evaluatie in 1987 bleek echter dat er nogal wat nadelen aan deze regeling zijn verbonden.²⁸⁰ Zo gaf dit systeem aanleiding tot een lange onderhandelingsfase tussen bevoegd gezag en MR, die op veel scholen had geleid tot frustraties en spanningen. In combinatie met de verplichting het medezeggenschapsreglement iedere vijf jaar opnieuw op te stellen, vormde dit voor de school een zware belasting. Bovendien bleek de behoefte aan een aan de concrete situatie van de school aangepaste regeling volgens de TCWMO in de praktijk niet zo groot te zijn als verwacht. Veel scholen hadden namelijk door koepelorganisaties opgestelde modelreglementen overgenomen. Voorts was door de grote hoeveelheid verschillende reglementen een ingewikkeld en ondoorzichtig systeem van regels ontstaan, dat in combinatie met de wettelijke regeling, voor velen niet meer goed te overzien was. De TCWMO maakte daar uit op dat de keuze die de wetgever in 1981 vanuit het oogpunt van deregulering had gemaakt, niet juist was geweest. Deze had immers geleid tot een grotere bestuurslast bij scholen, geschillencommissies en de rijksoverheid²⁸¹. De toetsingscommissie deed daarom de aanbeveling in de wet een concrete regeling van het advies- en instemmingsrecht op te nemen.²⁸² Zij ging daarbij uit van de medezeggenschapsaangelegenheden zoals deze werden opgesomd in artikel 7 WMO 1981, alsmede van aangelegenheden die vrijwel standaard voorkwamen in modelreglementen.²⁸³ Net als bij de totstandkoming van de WMCZ werd er nadrukkelijk vanaf gezien de wettelijke medezeggenschapsbevoegdheden te koppelen aan ‘kapstok-bepalingen’. Deze zouden volgens de TCWMO door hun

²⁷⁸ Met andere woorden, zaken die tot de ‘corebusiness’ respectievelijk het personeelsbeleid van de school behoren.

²⁷⁹ Werde men het niet eens, dan toetste de geschillencommissie op basis van een redelijkheidstoetsing (artikel 10 WMO 1981).

²⁸⁰ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 12-14.

²⁸¹ De minister van Onderwijs was belast met het toezicht op de WMO (artikel 20 WMO 1981). In het kader daarvan was het bevoegd gezag verplicht een kopie van het medezeggenschapsreglement naar het ministerie te sturen (artikel 3 lid 3 WMO 1981).

²⁸² Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 23-30 (aanbeveling nr. 14 en 15).

²⁸³ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 27-29.

algemeenheid namelijk alleen maar aanleiding geven tot conflicten over de uitleg en daarmee gepaard gaande beroepen op de geschillencommissie.

De wetgever nam de betreffende aanbevelingen van de TCWMO in 1992 gedeeltelijk over in de huidige WMO. Thans regelt de wet zelf – in aparte artikelen – ten aanzien van welke onderwerpen een adviesrecht geldt en ten aanzien van welke onderwerpen een instemmingsrecht (artikel 6 tot en met 10 WMO).²⁸⁴ Om de vrijheid van betrokken ook weer niet al te zeer te beperken, creëerde de wetgever in artikel 15 lid 2 WMO echter een afwijkingsmogelijkheid. Het bevoegd gezag mag bij medezeggenschapsreglement (dus met instemming van de MR) namelijk bepalen dat ten aanzien van bepaalde aangelegenheden een instemmingsrecht in plaats van een adviesrecht zal gelden of omgekeerd. De wettelijke regeling vormt dus het uitgangspunt, maar afwijking daarvan – zowel naar boven als naar beneden toe – is mogelijk, met die restrictie dat niet langer kan worden bepaald dat de MR(-geleding) ten aanzien van bepaalde aangelegenheden in het geheel geen medezeggenschapsbevoegdheden toekomen. De geldigheidsduur van afwijkende bevoegdheden bedraagt thans, ingevolge artikel 17 lid 1 WMO, voorts nog maar maximaal 2 jaar. Die periode kan echter worden verlengd.²⁸⁵ Verder is de positie van de MR bij dit alles verstevigd in die zin, dat het bevoegd gezag dat van de wettelijke bevoegdheden wil afwijken, daarvoor geen vervangende toestemming meer kan krijgen van de geschillencommissie. Bevoegd gezag en MR moeten ten aanzien van de bevoegdheden dus echt overeenstemming bereiken, anders geldt gewoon de wettelijke regeling. De wetgever vond deze regeling het meest optimaal, omdat hij zowel de voordelen van een wettelijke regeling in zich draagt (zoals duidelijkheid, rechtszekerheid en vermindering van de werklust voor scholen en geschillencommissies), als de vrijheid van de scholen zoveel mogelijk in tact laat en daarmee ruimte laat voor een op de concrete schoolsituatie toegespitste regeling.²⁸⁶

Ten aanzien van het gewone en het verzwaard adviesrecht in de WMCZ kan naar aanleiding van bovenstaande vergelijking met de WOR en de WMO het volgende worden geconcludeerd. Allereerst dat het vanuit het oogpunt van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid wenselijk is dat de verschillende bevoegdheden in aparte artikelen worden ondergebracht. Wanneer tegelijkertijd de daarbij behorende procedurele bepalingen uit artikel 4 WMCZ zouden worden opgenomen in deze beide artikelen – net zoals in artikel 25 en 27 WOR is gedaan – hoeft deze wijziging niet eens tot een extra artikel te leiden. De vergelijking met de WOR en de WMO leidt voorts tot de conclusie dat het oordeel van minister Borst juist was, dat niet kan worden gesteld dat onderwerpen die deel uitmaken van het personeelsbeleid (zoals de benoeming van de bestuurder en het afdelingshoofd), dan wel van de kern van de bedrijfsvoering (zoals de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van de zorg) beho-

²⁸⁴ In de artikelen 8 t/m 10 worden zelfs advies- en instemmingsrechten aan het personeelsdeel en het ouder-/leerlingendeel van de MR afzonderlijk toegekend.

²⁸⁵ Indien bevoegd gezag en MR daar gezamenlijk toe besluiten kan de geldigheidsduur steeds met maximaal 2 jaar worden verlengd (artikel 17 lid 2 en 3 WMO).

²⁸⁶ *Kamerstukken II 1991-92*, 22 461, nr. 3, p. 3, 6 en 7.

ren tot het exclusieve terrein van de zorgaanbieder. In de WOR en de WMO worden op deze terreinen al decennia lang medezeggenschapsrechten toegekend. Of er bij alle zorginstellingen ook behoefte bestaat aan medezeggenschapsrechten ten aanzien van deze, of andere in artikel 3 lid 1 WMCZ opgesomde onderwerpen, is een tweede. Gezien de grote diversiteit van zorginstellingen waarop de WMCZ thans betrekking heeft, is de vrees dat de strakke, uniforme opsomming als een keurslijf zal werken, geenszins denkbeeldig. Toch is het werken met ‘kapstok-bepalingen’ geen goed alternatief, zo werd door de vergelijking met de WOR en de WMO nogmaals bevestigd. Deze bepalingen zorgen door hun onbepaaldheid namelijk voor rechtsonzekerheid en conflicten.²⁸⁷ Het wekt dan ook geen verbazing dat de meeste conflicten die naar aanleiding van de WMCZ door de landelijk ingestelde vertrouwenscommissies zijn behandeld, betrekking hadden op de uitleg van de (kapstok-)bepaling ‘en andere voor cliënten geldende regelingen’ in artikel 3 lid 1 sub *l* WMCZ.²⁸⁸ Op grond van de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid en de vereisten van rechtmatigheid en de verwerkelijking van rechtsbeginselen (het rechtszekerheidsbeginsel) verdient het dan ook aanbeveling om deze zinsnede nader te specificeren, of anders te doen vervallen. Een verzwaard advies- of instemmingsrecht ten aanzien van de thans onder deze noemer vallende voorgenomen besluiten, zou dan in het vervolg op grond van artikel 6 WMCZ als bovenwettelijke bevoegdheid aan de cliëntenraad kunnen worden toegekend. Nadeel is alleen dat van deze bevoegdheid uit artikel 6 WMCZ in de praktijk tot nu toe nauwelijks gebruik is gemaakt. Op zich is dat ook niet zo verwonderlijk, aangezien een zorgaanbieder de cliëntenraad ten aanzien van onderwerpen die niet onder artikel 3 lid 1 WMCZ vallen, te allen tijde *vrijwillig* om advies kan vragen. Waarom zou hij zichzelf daar dan toe verplichten door de cliëntenraad bovenwettelijke bevoegdheden toe te kennen? Daardoor zou hij zichzelf slechts in zijn vrijheid beperken. Anders gezegd, evenals de OR ontbreekt het de cliëntenraad aan daadwerkelijke onderhandelingsmacht, in de vorm van een te bieden tegenprestatie. De bevoegdheden van de cliëntenraad mogen immers niet naar beneden toe worden bijgesteld. De WMO biedt die mogelijkheid wel, zij het in beperkte mate. Instemmingsrechten kunnen daar worden omgezet in adviesrechten. Wan-

²⁸⁷ In haar proefschrift maakt Van Wolde in haar ontwerp voor een Wet Cliëntenparticipatie Sociale Zekerheid (WCSZ) ten aanzien van het adviesrecht van het overlegorgaan ook gebruik van kapstokbepalingen (artikel 5 WCSZ). De adviesbevoegdheid is daardoor zo ruim dat alle besluiten van het uitvoeringsorgaan eronder lijken te vallen. (Zie: Van Wolde 2003, p. 300.)

²⁸⁸ Deze bepaling wordt door de vertrouwenscommissies ruim uitgelegd. Tot ‘andere voor cliënten geldende regelingen’ werden onder meer gerekend: een wijziging met betrekking tot de werking van de avonddienst, een wijziging met betrekking tot de tijden van medicijnverstrekking, een wijziging van de ‘waskosten-regeling’, een regeling die betrekking heeft op de vergoeding die de cliënt dient te betalen voor een afschrift van zijn dossier, een protocol inzake facilitaire dienstverlening aan begrafenisondernemingen, een besluit tot wijziging van de tarieven van de kapsalon van een verzorgingshuis en de invoering van servicepakketten door verzorgingshuizen voor oudere wijkbewoners. (Zie respectievelijk: uitspraak van de LVC, d.d. 17 november 1997, nr. C1051; uitspraak van de LVC, d.d. 16 mei 2000, nr. C1057; uitspraak van Landelijke Geschillencommissie LPR-GGz Nederland, d.d. augustus 1997, nr. C2054; uitspraak van de LVC, d.d. 9 oktober 2001, nr. C1063; uitspraak van de LVC, d.d. 23 november 2001, nr. C1065 en uitspraak van de LVC, d.d. 19 mei 2004, nr. C1073.)

neer de WMCZ eveneens de mogelijkheid zou bieden de bijzondere medezeggenschapsrechten naar beneden toe bij te stellen – in de volgende paragraaf zal blijken dat dit bij de algemene medezeggenschapsrechten niet mogelijk/ wenselijk is – dan slaat de wetgever twee vliegen in één klap. Er bestaat niet langer het gevaar van bureaucratisering, in die zin dat zorgaanbieders en cliëntenraden worden belast met adviesbevoegdheden waar zij geen behoefte aan hebben (zij kunnen dan immers samen afspreken dat die niet van toepassing zullen zijn), terwijl de zorgaanbieder tegelijkertijd wordt geprikkeld bovenwettelijke bevoegdheden aan de cliëntenraad toe te kennen. Net als in de WMO zou een afwijking van deze bevoegdheden (of dat nu naar boven of naar beneden toe is) dan slechts bij schriftelijke overeenstemming met de cliëntenraad moeten kunnen plaats vinden.²⁸⁹ Deze afspraak zou opzegbaar moeten zijn, met inachtneming van een bepaalde opzegtermijn. Wanneer de WMCZ op de zojuist omschreven wijze wordt gewijzigd, heeft dit tot gevolg dat de ‘meer-of-minder-discussie’ voor een belangrijk deel wordt verschoven van het niveau van de wetgever naar dat van de instelling. Gezien de complexiteit en diversiteit van het zorgveld is dat mijns inziens ook het niveau waarop deze discussie thuishoort. De huidige regeling is in die zin dus in strijd met het subsidiariteitsvereiste. Een gedetailleerde wettelijke regeling van de adviesbevoegdheden blijft echter noodzakelijk, zij het als vangnet en ter waarborging van een gelijkwaardige onderhandelingspositie van de cliëntenraad.

6.6 Overige medezeggenschapsrechten

In paragraaf 3.9 kwam de kritiek op de overige, meer algemene medezeggenschapsrechten in de WMCZ aan de orde. Zo zouden het recht op informatie en het recht op overleg niet uitgebreid genoeg in de WMCZ zijn geregeld, zou het recht van initiatief daarentegen juist weer te ver gaan en zou het recht op faciliteiten de onafhankelijkheid van de cliëntenraad onvoldoende waarborgen. Wederom lijkt het subsidiariteitsvereiste dus in het geding te zijn. Gekeken zal daarom worden, op welke wijze aan deze rechten in de WOR en de WMO is vormgegeven.

6.6.1 Het recht op informatie

De kritiek op het recht op informatie in artikel 5 WMCZ kwam er kort gezegd op neer, dat in dat artikel de bepaling ontbrak dat de zorgaanbieder bij het aantreden van iedere nieuwe cliëntenraad gegevens dient te verstrekken over de zorgaanbieder zelf en over de door hem in stand gehouden zorginstelling(en), waaronder de statuten en gegevens over wie het voor het zeggen heeft in de

²⁸⁹ Anders dus dan de huidige regeling in de WMCZ, die het al dan niet toekennen van bovenwettelijke bevoegdheden overlaat aan de zorgaanbieder en de cliëntenraad ter zake slechts een verzwaaard adviesrecht toekent (artikel 6 jo. artikel 3 lid 1 sub 1 jo. artikel 4 lid 2).

zorginstelling. Deze bepaling zou wel voorkomen in de WOR en zou noodzakelijk zijn voor het goed kunnen functioneren van de cliëntenraad als medezeggenschapsorgaan.²⁹⁰

Als men de WOR erop naslaat, blijkt dat de betreffende bepaling inderdaad voorkomt in artikel 31 lid 2 WOR. Aanvankelijk kende de WOR echter slechts een algemeen informatierecht en een (summiere) verplichting voor de ondernemer om periodiek aan de OR mededeling te doen over de economische gang van zaken in de onderneming (artikel 6 lid 4 respectievelijk lid 5 WOR 1950). In 1971 werd de verplichting tot het verstrekken van economische informatie nader gepreciseerd (artikel 24 lid 2, 3 en 4 WOR 1971) en uitgebreid met de verplichting tot het periodiek verstrekken van gegevens omtrent het gevoerde sociale beleid (artikel 30 lid 4 WOR 1971). Desondanks werd de regeling van het informatierecht als onvoldoende ervaren. In een advies uit 1976 dat speciaal aan het informatierecht van de OR was gewijd, concludeerde de SER dat dit recht op onsystematische wijze over de WOR was verspreid.²⁹¹ De SER deed daarom de aanbeveling de regeling onder te brengen in een meer samenhangend geheel van bij elkaar horende en ook bij elkaar geplaatste artikelen. De SER onderscheidde twee hoofdelementen in de regeling van het informatierecht, namelijk: (1) het algemene informatierecht van de OR en (2) de verplichting van de ondernemer op bepaalde tijdstippen diverse in de wet omschreven soorten van informatie ongevraagd aan de OR te verstrekken. Dit tweede deel van het informatierecht nu – betreffende de ongevraagd door de ondernemer te verstrekken informatie – diende volgens de SER te worden verbreed en uitgediept. Met ‘uitdieping’ bedoelde de SER een meer gedetailleerde vormgeving van het reeds bestaande informatierecht en met ‘verbreding’ een uitbreiding van het informatierecht tot gegevens die meer prospectief van aard zijn (zoals de begroting en de plannen met betrekking tot de volgende periode), alsmede tot bepaalde basisinformatie die aan het begin van iedere zittingsperiode aan de OR zou moeten worden verstrekt. Bij de aanvang van de zittingsperiode dienden de OR-leden volgens de SER namelijk te beschikken over de voor de uitoefening van hun functie noodzakelijk algemene kennis met betrekking tot de juridische, financieel-economische, sociale en organisatorische aspecten van hun onderneming.²⁹² De verstrekking van deze basisinformatie was met andere woorden onmisbaar voor een goede taakvervulling door de OR. De wetgever volgde deze adviezen van de SER op en bracht bij de wijziging van de WOR in 1979 alle informatierechten van de OR over naar een speciaal daaraan gewijd hoofdstuk, bestaande uit de artikelen 31 tot en met 31c (hoofdstuk IV B), waarbij de verplichting tot het aan het begin van iedere zittingsperiode verstrekken van basisgegevens werd opgenomen in – het thans nog steeds bestaande – artikel 31 lid 2 WOR.²⁹³

²⁹⁰ Zie: subparagraaf 3.9.1.

²⁹¹ SER 1976, p. 8.

²⁹² SER 1976, p. 10-12.

²⁹³ *Kamerstukken II 1976-77*, 13 954, nr. 6, p. 40 e.v.

De WMO bevat een vergelijkbare bepaling. Artikel 5 lid 5 WMO verplicht het bevoegd gezag de MR aan het begin van ieder schooljaar de basisgegevens te verstrekken met betrekking tot het bevoegd gezag, de organisatie binnen de school, de taakverdeling tussen bevoegd gezag en schoolleiding en de hoofdpunten van het reeds vastgestelde beleid. Deze bepaling is pas in 1992, op aanbeveling van de TCWMO, in de WMO opgenomen.²⁹⁴ Aanvankelijk bevatte artikel 5 lid 5 WMO slechts een algemeen recht op informatie, dat het bevoegd gezag verplichtte de MR, al dan niet gevraagd, tijdig alle inlichtingen te verschaffen die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. Veel bevoegde gezagsorganen bleken dit recht in de praktijk echter te beperkt op te vatten, waardoor de medezeggenschapsraden over te weinig informatie beschikten om hun werk goed te kunnen doen. De verplichting uit artikel 5 lid 5 van de huidige WMO is uit deze onvrede voortgevloeid.²⁹⁵

Bovenstaande vergelijking leidt tot het oordeel dat Sprengers terecht opmerkte dat, wil de cliëntenraad als een goed medezeggenschapsorgaan kunnen opereren, een verplichting tot het verstrekken van basisgegevens omtrent de zorginstelling aan het begin van iedere zittingsperiode van de cliëntenraad, in de WMCZ niet kan worden gemist.²⁹⁶ Omdat de WMCZ niet expliciet zegt wie het overleg met de cliëntenraad dient te voeren en het advies in de zin van artikel 3 WMCZ aan de cliëntenraad dient te vragen, maar dit overlaat aan de bevoegde persoon of het bevoegde orgaan, is het voor de leden van de cliëntenraad bijvoorbeeld van groot belang inzicht te krijgen in de zeggenschapsverhoudingen binnen de instelling.²⁹⁷ Voorts is het – gezien de wenselijkheid van samenwerking tussen de cliëntenraad en de OR²⁹⁸ – nodig, dat de cliëntenraad weet op welk niveau binnen de organisatie de OR en mogelijke groepsondernemingsraden en/of een centrale ondernemingsraad werkzaam zijn en wie daarvan de voorzitter (contactpersoon) is. Weliswaar kan worden gesteld dat de verplichting tot het verstrekken van al deze gegevens reeds valt onder het algemene informatierecht uit artikel 5 lid 1 WMCZ (dat de zorgaanbieder verplicht de cliëntenraad alle informatie te verstrekken, die deze voor de uitoefening van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft), maar vergelijking met de WMO wees uit dat een dergelijke beperkte regeling van het informatierecht het risico in zich draagt, dat de

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 15 en Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 22 en 23 (aanbeveling nr. 13).

²⁹⁵ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 15.

²⁹⁶ Zie: subparagraaf 3.9.1.

²⁹⁷ Het ontbreken van de verplichting deze gegevens standaard aan het begin van iedere zittingsperiode aan de cliëntenraad te verstrekken, blijkt het werk van veel cliëntenraden in de praktijk te bemoeilijken. Door de enorme complexiteit van veel zorgorganisaties is namelijk lang niet altijd duidelijk hoe de bevoegdheden precies zijn verdeeld en wie waarover beslist. Voor cliëntenraden kan dat heel lastig zijn, want zij weten soms niet meer wie zij over een bepaald onderwerp binnen de organisatie moeten aanspreken. (Zie: Vos de Wael 1999, p. 7.) Volgens cliëntenraadsleden bij een grote riagginginstelling bijvoorbeeld, kwam je als cliëntenraadslid terecht in een ondoorzichtige structuur en was het moeilijk daarbinnen je weg te vinden. Bij sommige leden duurde het maanden voordat ze de structuur een beetje in de gaten hadden. Voor hun gevoel hadden ze 'dan weer met die' en 'dan weer met die' te maken. Ook struikelden ze over de vele afkortingen die werden gebruikt in de GGz. (Zie: Van Lonkhuyzen & Stulp 2000, p. 2 en 3.)

²⁹⁸ Zie: subparagraaf 6.5.4.

zorgaanbieder het informatierecht te beperkt zal opvatten en het verstrekken van deze noodzakelijke basisgegevens achterwege zal laten. Gebleken is dat verstrekking van deze gegevens in de praktijk inderdaad wel achterwege wordt gelaten, hetgeen niet bevorderlijk was voor het werk van de cliëntenraad.²⁹⁹ Op grond van zowel het subsidiariteitsvereiste als de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid is expliciete regeling van dit onderdeel van het informatierecht daarom wenselijk. In het belang van de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid zou dit informatierecht dan naast de overige informatierechten, in artikel 5 kunnen worden opgenomen (bijvoorbeeld in artikel 5 lid 3 WMCZ).

Tot slot dient nog te worden opgemerkt dat veel cliëntenraden de informatie die de zorgaanbieder op grond van artikel 5 lid 1 WMCZ in zijn algemeenheid verstrekt, vanwege de gebruikte beleidstaal moeilijk te begrijpen vinden.³⁰⁰ Op grond van de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid valt daarom wat te zeggen voor de aanbeveling van het LSR³⁰¹, om het algemene recht op informatie uit artikel 5 lid 1 WMCZ aan te scherpen met de toevoeging 'in begrijpelijke taal'.³⁰²

6.6.2 Het recht op overleg

Het recht op overleg komt thans deels expliciet voor in de WMCZ – in die gevallen dat de zorgaanbieder van een schriftelijk uitgebracht advies wil afwijken (artikel 4 lid 1) – en deels impliciet – als afgeleide van het recht op informatie en het recht op openbaarheid van stukken (artikelen 5 en 9) –. Op deze vormgeving kwam echter kritiek. De wet zou namelijk een expliciet en algemeen recht op overleg moeten bevatten, in die zin dat er overleg dient plaats te vinden indien de cliëntenraad aangeeft daar prijs op te stellen.³⁰³

Zo'n algemeen recht op overleg komt wel voor in de WOR. Artikel 23 lid 1 WOR bepaalt namelijk dat de ondernemer en de OR binnen twee weken met elkaar bijeen komen nadat hetzij de OR, hetzij de ondernemer daar onder opgave van redenen om heeft verzocht. Deze bepaling dateert uit 1979. Dat is het jaar waarin de samenstelling van de OR werd gewijzigd in die zin dat de ondernemingsleiding daar niet langer deel van zou uitmaken.³⁰⁴ Door deze wijziging kon er binnen de OR geen overleg meer plaatsvinden met de ondernemingsleiding. Om te voorkomen dat de functie van de OR als orgaan van overleg en samenwerking door deze wijziging verloren zou gaan, nam de wetgever het recht op overleg in de WOR op.³⁰⁵ Volgens de wetgever bestond de taak van de OR namelijk uit het onder de aandacht van de ondernemingsleiding brengen van de visie en belangen van het personeel. In die zin vormen vertegenwoordiging en

²⁹⁹ Zie: noot 293.

³⁰⁰ Zie: subparagraaf 5.2.1.

³⁰¹ Het LSR is de koepelorganisaties van cliëntenraden in de sector voor lichamelijk gehandicapten.

³⁰² LSR-rapport 2001, p. 7.

³⁰³ Zie: subparagraaf 3.9.2.

³⁰⁴ Zie: subparagraaf 6.4.2.

³⁰⁵ *Kamerstukken II 1975-76*, 13 954, nrs. 1-3, p. 18-23. Zie ook: SER 1975, p. 16-18.

overleg twee kanten van één medaille, die wel van elkaar kunnen worden onderscheiden maar niet gescheiden, omdat het éne zonder het andere zinloos is. Volgens de wetgever ging dit op voor ieder vertegenwoordigend orgaan.

De WMO bevat al sinds 1981 een algemeen recht op overleg. Het bevoegd gezag en de MR dienen bijeen te komen, indien daar door een van beide om wordt gevraagd (artikel 5 lid 1 WMO). De wetgever, die geen expliciete overweging aan dit recht wijdde, ging er blijkbaar als zijnde vanzelfsprekend vanuit dat een bepaling als deze in een medezeggenschapswet niet gemist kon worden. Het algemene recht op overleg werd ook tijdens de verschillende evaluaties van de WMO nergens ter discussie gesteld.

Geconcludeerd kan worden dat een algemeen recht op overleg een ‘conditio sine qua non’ is voor medezeggenschap. Medezeggenschap wordt immers niet voor niets wel omschreven als het recht om mee te weten, *mee te spreken*, en (tot op zekere hoogte) mee te beslissen.³⁰⁶ Wil de medezeggenschap optimaal kunnen plaatsvinden, dan dient zowel de zorgaanbieder als de cliëntenraad in staat te zijn met de ander in overleg te treden indien daar behoefte aan is en dus niet slechts in die gevallen dat de zorgaanbieder een besluit wil nemen dat afwijkt van een schriftelijk door de cliëntenraad uitgebracht advies, of wanneer de cliëntenraad de zorgaanbieder om bepaalde specifieke informatie vraagt. Het ontbreken van dit algemene recht op overleg in de WMCZ is daarom in strijd met het subsidiariteitsvereiste.

6.6.3 Het recht van initiatief

Doordat de procedure bij de geschillencommissie ex artikel 4 lid 2 WMCZ in een aantal gevallen van toepassing is op ongevraagde adviezen van de cliëntenraad – namelijk in die gevallen dat de adviezen schriftelijk zijn uitgebracht en betrekking hebben op de onderwerpen genoemd in artikel 3 lid 1 sub *i* tot en met *m* – vonden sommige parlementariërs dit recht van initiatief te ver gaan.³⁰⁷ De cliëntenraad zou de zorgaanbieder via die weg namelijk kunnen dwingen een besluit te nemen waar hij als zorgaanbieder zelf niet achter staat.

In de WOR blijkt het recht van initiatief van de OR minder ver te gaan. Op grond van artikel 23 lid 2 respectievelijk lid 3 WOR is de OR bevoegd zowel tijdens de overlegvergadering met de bestuurder als daarbuiten, aan de ondernemer voorstellen te doen en standpunten kenbaar te maken ten aanzien van aangelegenheden die de onderneming betreffen. Voorstellen en standpunten die buiten de overlegvergadering aan de ondernemer kenbaar worden gemaakt, dienen door de OR schriftelijk te worden gemotiveerd. Vervolgens dient de ondernemer, na daarover tenminste eenmaal overleg met de OR te hebben gevoerd, zijn beslissing op het voorstel schriftelijk en gemotiveerd aan de OR kenbaar te

³⁰⁶ Zie: subparagraaf 5.3.2.

³⁰⁷ Zie: subparagraaf 3.9.3.

maken (artikel 23 lid 3 WOR).³⁰⁸ Tegen een afwijzing staat geen beroep open, ook niet wanneer het voorstel betrekking heeft op een onderwerp uit artikel 25 lid 1 of 27 lid 1 WOR. Het initiatiefrecht dateert in deze huidige vormgeving uit 1979.³⁰⁹ In de loop der tijd is daar echter wel enige kritiek op gekomen.

In 1985 bijvoorbeeld werd in een door de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid opgesteld rapport over onvolkomenheden, onduidelijkheden en omissies in de WOR, vastgesteld dat het recht van initiatief door de afwezigheid van een beroepsmogelijkheid in geval van afwijzing van het initiatiefvoorstel, in de praktijk weinig voorstelde.³¹⁰ Daardoor kon de OR namelijk niets ondernemen in geval de ondernemer naliet voor de onderneming noodzakelijke beslissingen te nemen. Overwogen werd daarom het initiatiefrecht te versterken met de mogelijkheid van beroep bij de Ok van het Hof Amsterdam ex artikel 26 WOR. Voorts werd het idee geopperd het initiatiefrecht aan te vullen met de toekenning aan de OR van het recht van enquête (artikel 2:334 e.v. BW).³¹¹

Ten tijde van de wijziging van de WOR in 1998 werd deze discussie opnieuw opgerakeld. Ditmaal was het kabinet dat constateerde dat er te weinig gebruik werd gemaakt van het initiatiefrecht.³¹² Dat was betreurenswaardig volgens het kabinet, omdat het initiatiefrecht een belangrijk aanknopingspunt vormt voor de betrokkenheid van werknemers, alsmede een mogelijkheid tot het benutten van het werknemerspotentieel. Het ontbreken van de mogelijkheid het voorstel van de OR door een derde te laten toetsen, werd wederom als één van de oorzaken aangewezen van het sporadische gebruik van het initiatiefrecht.³¹³ Het kabinet was echter geen voorstander van het creëren van een mogelijkheid van beroep op de rechter. Een recht van beroep ten aanzien van initiatieven van de OR dat uitmondt in een bindend besluit van een externe instantie, paste volgens het kabinet namelijk niet in de opzet van de WOR.³¹⁴ De ondernemer kon daarin wel door de rechter worden gedwongen af te zien van een koers die hij had willen varen, maar kon niet worden gedwongen om in plaats daarvan, een door de rechter bepaalde koers te volgen.³¹⁵ Het kabinet wees daarbij op de taakverde-

³⁰⁸ Kennelijk ging de wetgever ervan uit dat de ondernemer op voorstellen die tijdens een overlegvergadering werden gedaan, wel spontaan zou reageren.

³⁰⁹ In 1971 was het initiatiefrecht nog beperkt tot de overlegvergadering, maar in 1979 werd dit uitgebreid tot buiten de overlegvergadering en werd er voor de ondernemer de verplichting aan verbonden schriftelijk en gemotiveerd op een schriftelijk en gemotiveerd uitgebracht voorstel van de OR te reageren. Daarmee beoogde de wetgever meer reliëf aan het initiatiefrecht te geven (zie: *Kamerstukken II 1977-79*, 13 954, nr. 106, p. 4 en 12).

³¹⁰ *Kamerstukken II 1984-85*, 18 980, nrs. 1-2, p. 18.

³¹¹ Dit recht om de Ok van het Hof Amsterdam te verzoeken onderzoek te verrichten naar mogelijk wanbeleid van de ondernemer, komt wel toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) en de vakbonden, maar opvallend genoeg niet aan de OR.

³¹² *Kamerstukken II 1995-96*, 24 615, nr. 3, p. 13-15.

³¹³ Een andere oorzaak was volgens het kabinet gelegen in het feit dat ondernemingsraden onvoldoende gebruik maakten van wettelijke bevoegdheden als het recht op informatie, het recht op deskundige bijstand en de mogelijkheid tot het (tijdelijk) instellen van een voorbereidingscommissie, waarin – ter ontlasting van de OR – ook niet-OR-leden kunnen deelnemen (zie: *Kamerstukken II 1995-96*, 24 615, nr. 3, p. 14).

³¹⁴ *Kamerstukken II 1994-95*, 24 132, nr. 1, p. 13.

³¹⁵ Zie het verhaal over de 'slagboomwerking' in subparagraaf 6.5.3.

ling die aan de WOR ten grondslag ligt, waarbij de OR is ingesteld ten behoeve van het overleg met de ondernemer en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen, terwijl de ondernemer degene is die de beslissingen ten aanzien van de onderneming neemt.³¹⁶ Die taakverdeling is voortgevloeid uit het feit dat de ondernemer degene is die primair verantwoordelijk is voor het gevoerde beleid en als zodanig het ondernemersrisico loopt. Tegen die achtergrond is het niet meer dan logisch dat de ondernemer ook degene is, die het uiteindelijke beleid bepaalt.³¹⁷ Het kabinet was daarom van mening dat de uiteindelijke beslissing over een initiatiefvoorstel van de OR, aan de ondernemer voorbehouden moest blijven.

In plaats van een mogelijkheid van beroep stelde het kabinet daarom voor artikel 23 WOR uit te breiden met een recht op bemiddeling door de bedrijfscommissie of een andere, door partijen zelf aan te wijzen bemiddelingsinstantie of bemiddelaar.³¹⁸ Daardoor zou de ondernemer volgens het kabinet namelijk even goed worden geprikkeld de voorstellen van de OR serieus in overweging te nemen en daarover serieus met de OR in overleg te treden. Voor de OR zou dat op zijn beurt weer een stimulans vormen (meer) tijd en energie te steken in het doen van initiatiefvoorstellen. Ook aan deze optie bleken echter haken en ogen te zitten. Tijdens een overleg met de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid wees Koning er bijvoorbeeld op, dat de bewoordingen van het initiatiefrecht – de OR kan voorstellen doen en standpunten kenbaar maken ter zake van ‘alle aangelegenheden de onderneming betreffende’ – ertoe zouden leiden dat het daaraan gekoppelde bemiddelingsrecht zich over een wel heel breed terrein zou uitstrekken.³¹⁹ Men diende zich volgens Koning heel goed te realiseren waar men mee bezig was en wat men over zichzelf afriep. Ging men bijvoorbeeld uit van een OR als een soort co-manager, dan lag de mogelijkheid van ‘bemiddeling ter zake van alles’ volgens Koning meer voor de hand, dan wanneer men de OR zag als belangenbehartiger van werknemers.³²⁰ In dat laatste geval lag het volgens hem meer voor de hand dat de bemiddeling zou worden gekoppeld aan zaken van sociale aard, waarbij de belangen van de werknemers direct betrokken zijn. Tweede Kamerlid Van Rooy (CDA) vroeg zich in dit kader af of er voor de versterking van het initiatiefrecht überhaupt wel een traject moest worden opgetuigd tot aan de bedrijfscommissie.³²¹ Wanneer men zich bedacht dat dit traject zou kunnen worden bewandeld in iedere situatie waarin de OR en de ondernemer ten aanzien van een initiatiefvoorstel met elkaar van mening verschillen, dan was dit volgens haar toch wel een bijzonder zware procedure, die de zaak naar haar mening in veel gevallen geen goed zou doen. Van

³¹⁶ *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 9, p. 22.

³¹⁷ Van het Kaar plaatst dit in het bredere systeem van het ondernemingsrecht (bestaande uit zowel het vennootschaps- als medezeggenschapsrecht), dat hij omschrijft als een systeem dat uitgaat van een bestuur dat beleid initieert en uitvoert, terwijl het wordt gecontroleerd en verantwoording aflegt (zie: Van het Kaar 2003, p. 330 en 331).

³¹⁸ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 40.

³¹⁹ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 5, p. 9.

³²⁰ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 5, p. 8.

³²¹ *Handelingen II*, 3 juni 1997, p. 87-6047 en 6048.

Rooy vreesde bovendien dat het bemiddelingsrecht tot complexe situaties en doublures zou kunnen leiden. Zo zou de OR een voorstel, dat hij tijdens een adviesprocedure ex artikel 25 WOR reeds in zijn advies naar voren heeft gebracht en dat in het kader van de beroepsprocedure ex artikel 26 WOR reeds door de Ok is beoordeeld, een klein beetje kunnen wijzigen en vervolgens – wanneer de ondernemer blijft weigeren het voorstel over te nemen – bemiddeling kunnen aanvragen op grond van artikel 23 WOR. Zij had daarom een amendement ingediend met de strekking het bemiddelingsrecht te laten vervallen, hetgeen door de Kamer werd aangenomen.³²²

Opvallend genoeg werd tijdens deze hele discussie niet meer gesproken over de mogelijkheid van toekenning aan de OR van het recht van enquête. Onlangs is hier door Sprengers echter weer eens voor gepleit.³²³ Als redenen daarvoor somde hij op: (1) de OR is sinds de WOR uit 1950 en met name na de wetwijziging van 1979, uitgegroeid tot een orgaan dat een zelfstandige positie inneemt binnen een rechtspersoon (2) terwijl de aandeelhouders steeds meer gebruik maken van het enquêterecht – waardoor het is uitgegroeid tot een belangrijk middel bij geschillen over het beleid binnen de onderneming – maken de vakbonden er slechts sporadisch gebruik van³²⁴ (3) het enquêterecht zou de OR de mogelijkheid bieden om niet alleen concrete besluiten van de ondernemer te laten toetsen, maar ook het daaraan ten grondslag liggende beleid en (4) in het kader van de ‘corporate governance’-discussie is er een verschuiving in de bevoegdheidsverdeling binnen ondernemingen waarneembaar, waarbij de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) toenemen.³²⁵ Een dergelijke ontwikkeling vraagt volgens Sprengers om een nieuw evenwicht in de controlerende bevoegdheden. De toekenning van het recht van enquête aan de OR zou volgens hem voor een herstel van dit evenwicht kunnen zorgen. Van het Kaar noemde dit voorstel van Sprengers interessant, omdat het enquêterecht goed zou passen binnen het systeem van medezeggenschapsbevoegdheden, dat vooral bestaat uit ‘negatieve’/toetsende bevoegdheden.³²⁶ Het enquêterecht is volgens hem namelijk een ‘negatieve’ bevoegdheid bij uitstek, namelijk het recht om ‘nee’ te zeggen tegen vermeend wanbeleid.

In de WMO wordt het initiatiefrecht van de MR (vooralsnog) evenmin als in de WOR versterkt met een beroepsprocedure. Artikel 5 lid 2 WMO bepaalt dat de MR bevoegd is tot bespreking van alle aangelegenheden de school betreffende, en dat hij ter zake voorstellen aan het bevoegd gezag mag doen en standpunten mag kenbaar maken. Het bevoegd gezag is verplicht binnen 3 maanden schriftelijk en gemotiveerd op een initiatiefvoorstel te reageren en dient de MR, voorafgaand aan zijn reactie, in de gelegenheid te stellen daarover ten minste eenmaal met hem in overleg te treden. De meeste van deze procedurele waarborgen date-

³²² *Kamerstukken II* 1996-97, 24 615, nr. 36 en *Handelingen II*, 2 september 1997, p. 102-7192.

³²³ Sprengers 2003, p. 333 e.v.

³²⁴ Sprengers verklaart dit door te wijzen op het feit dat vakorganisaties niet in alle ondernemingen vertegenwoordigd zijn, en vooral actief zijn op bedrijfsstakniveau.

³²⁵ Sprengers 2003, p. 336.

³²⁶ Van het Kaar 2003, p. 330 en 331.

ren uit 1992 en zijn aan het initiatiefrecht toegevoegd in het kader van de procedurele versterking van het adviesrecht in zijn algemeenheid.³²⁷ Hoewel de TCWMO destijds geen reden zag om het initiatiefrecht met een beroepsprocedure te versterken, is enkele jaren terug – in het kader van de discussie over versterking van de positie van ouders en leerlingen bij de school – nog door de minister van OCW in een notitie bepleit, de geschillenprocedure die geldt ten aanzien van advies- en instemmingsplichtige besluiten, ook van toepassing te verklaren op voorstellen die ter zake door de (oudergeleding van de) MR worden ingebracht.³²⁸ Over de vraag hoe dit beroepsrecht zich verhoudt tot artikel 23 Gw en de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag, was hij echter nog niet helemaal uitgedacht.³²⁹ De minister opperde als mogelijkheid dat de uitspraak van de geschillencommissie in deze zaken niet bindend zou zijn.

Bovenstaande vergelijking leidt tot de conclusie dat het initiatiefrecht uit de WMCZ uit de pas loopt met het initiatiefrecht uit de WOR en de WMO. Bij de WOR en de WMO stelt de wetgever zich (vooralsnog) immers op het standpunt, dat een initiatiefrecht dat is versterkt met een beroepsmogelijkheid bij een derde instantie (een rechterlijke instantie of geschillencommissie) die zijn oordeel bindend aan de ondernemer/ het bevoegd gezag kan opleggen, in strijd is met de opzet van deze medezeggenschapswetten. In die opzet dient de uiteindelijke beslissing, in verband met diens verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, te zijn voorbehouden aan de ondernemer/ het bevoegd gezag. Het initiatiefrecht uit de WMCZ biedt de cliëntenraad, zoals zojuist al gezegd, in sommige gevallen (bij onderwerpen waarvoor een verzaamd adviesrecht geldt) daarentegen wel de mogelijkheid het bindend oordeel van een derde instantie (de vertrouwenscommissie) te vragen. De wetgever wijdde opmerkelijk genoeg geen principiële overwegingen aan deze afwijkende opzet van de WMCZ. Het is zelfs de vraag of minister Borst zich destijds wel bewust is geweest van de implicaties van het initiatiefrecht, zoals vormgegeven in de WMCZ. Op de kritiek van Eerste Kamerlid Ermen zei zij immers niet in te zien dat dit initiatiefrecht tot problemen zou kunnen leiden, zonder daarbij in te gaan op de vraag hoe dit initiatiefrecht zich dan verhiel tot de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder voor de door hem genomen beslissingen.³³⁰ Een antwoord op deze vraag was te meer op zijn plaats geweest, omdat minister Borst zich bij de discussie over het toetsingscriterium bij het verzaamd adviesrecht nog op het standpunt had gesteld, dat een toetsingscriterium als in artikel 27 lid 4 WOR afbreuk zou doen aan de verdeling van verantwoordelijkheden tussen zorgaanbieder en cliëntenraad.³³¹ De minister

³²⁷ De verplichting van het bevoegd gezag binnen een bepaalde termijn te reageren werd bijvoorbeeld toegevoegd, om te voorkomen dat de voorstellen van de MR geruisloos van het toneel zouden verdwijnen (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 15 en Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 30-32 (aanbeveling nr. 16)).

³²⁸ Zie: de notitie 'Ouders en de school: versterking van het partnerschap', *Kamerstukken II* 2000-01, 27 680, nr. 1, p. 17.

³²⁹ *Kamerstukken II* 2000-01, 27 400 VIII, nr. 3, p. 6.

³³⁰ Zie: subparagraaf 3.9.3.

³³¹ Zie: subparagraaf 3.8.2 en 6.5.3

kende toen dus een zodanig gewicht toe aan de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder, dat de cliëntenraad daarom maar genoeg moest nemen met een minder vergaand ‘instemmingsrecht’ dan dat van de OR. Bij het initiatiefrecht kreeg de cliëntenraad echter plotseling een veel verdergaande bevoegdheid dan de OR en leek de minister zich helemaal niet meer om de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder te bekommeren. Wat het initiatiefrecht betreft is er dus niet alleen sprake van externe tegenstrijdigheden met andere medezeggenschaps wetten (met de WOR en de WMO), maar is ook sprake van een interne tegenstrijdigheid, binnen de WMCZ zelf. Op twee verschillende manieren is hier dus sprake van schending van het kwaliteitsvereiste van onderlinge afstemming. Deze strijdigheid kan overigens op eenvoudige wijze worden opgeheven. In de WMCZ zou immers kunnen worden bepaald dat het oordeel van de vertrouwenscommissie niet bindend is, in geval het een spontaan door de cliëntenraad gegeven advies betreft. Ook zou kunnen worden overwogen het initiatiefrecht te versterken met de toekenning van het recht van enquête (waarover meer in paragraaf 6.7).

6.6.4 Het recht op financiële, professionele en facilitaire ondersteuning

Ten aanzien van de ondersteuning van de cliëntenraad bevat de WMCZ slechts de opdracht aan de zorgaanbieder, in het reglement aan te geven over welke materiële middelen de cliëntenraad kan beschikken (artikel 2 lid 2 sub *b* WMCZ). Artikel 2 lid 3 sub *b* plaatst daarbij de kanttekening dat het door de zorgaanbieder op te stellen reglement, in zijn algemeenheid moet garanderen dat de cliëntenraad in staat kan worden geacht de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen. Het reglement valt bovendien onder het verzwaaard adviesrecht van de cliëntenraad, zodat een geschil omtrent de toe te kennen middelen en faciliteiten aan de vertrouwenscommissie kan worden voorgelegd (artikel 3 lid 1 sub *l* jo. artikel 4 lid 2). Toch vonden sommige Tweede Kamerleden de WMCZ op het punt van de ondersteuning van de cliëntenraad te summier.³³² Zij vonden dat het recht op faciliteiten op deze wijze onvoldoende uit de verf kwam en vreesden dat de onafhankelijkheid van de cliëntenraad er onvoldoende door zou worden gewaarborgd. Zij vonden bovendien dat de wet expliciet zou moeten bepalen dat de zorgaanbieder de kosten die de cliëntenraad redelijkerwijs voor de uitoefening van zijn taak moet maken, dient te vergoeden. Ook zou de cliëntenraad volgens hen krachtens de WMCZ aanspraak moeten kunnen maken op een eigen budget en op scholing. De WMCZ bleef op het punt van de ondersteuning echter ongewijzigd. Wel worden de scholing en vorming van cliëntenraadsleden thans – via de Stichting Fonds PGO (als opvolger van de Stichting Patiëntenfonds) – door de overheid gesubsidieerd.³³³

Het LSR, de LOC en de LPR – die zich als koepelorganisaties van cliëntenraden onder meer bezighouden met het bieden van deskundige ondersteuning

³³² Zie: subparagraaf 3.9.4.

³³³ Zie: paragraaf 3.5.

aan aangesloten cliëntenraden en het verzorgen van scholingscursussen – hebben in hun brief uit 2002 aan de minister van VWS kritiek geuit op het ontbreken van een recht op een eigen budget. Zij vinden het principieel onjuist dat de cliëntenraden voor de toekenning van hun budget afhankelijk zijn van de instellingsdirectie.³³⁴ Daardoor kan de cliëntenraad volgens hen door de zorgaanbieder voor de keus worden gesteld tussen extra budget voor de cliëntenraad óf ‘meer handen aan het bed’. In combinatie met de onduidelijkheid over het beschikbare budget zou dit aan de kant van de cliëntenraad leiden tot een zekere terughoudendheid bij het maken van kosten. De koepelorganisaties zijn daarom voorstander van de invoering van een zogenoemde ‘CTG-beleidsregel’, die zorgaanbieders verplicht om een promillage van hun budget of een gedefinieerd minimum beschikbaar te stellen aan de cliëntenraad. Een pleidooi dus voor ‘ontvoogding’ en een recht op een eigen budget. Toenmalig staatssecretaris Vliegthart wees dit verzoek van de koepelorganisaties af.³³⁵ Zij wilde het gebruik van uniforme, verfijnde beleidsregels vermijden, omdat de ondersteuning die een cliëntenraad nodig heeft, per zorgsector sterk kan verschillen. De ondersteuning van cliëntenraden in de verstandelijk gehandicapten zorg en de GGz zou volgens haar bijvoorbeeld weleens een stuk duurder kunnen zijn dan in andere zorgsectoren.³³⁶ De staatssecretaris gaf er de voorkeur aan wanneer de koepelorganisaties van zorgaanbieders en cliëntenorganisaties per zorgsector zelf afspraken zouden maken over de vraag wat dient te worden verstaan onder ‘een redelijke ondersteuning van een cliëntenraad’. Het nadeel van zo’n convenant is volgens het LSR, de LOC en de LPR echter dat de organisaties van zorgaanbieders hun leden op dit punt niet kunnen binden. De wijze van financiering van de cliëntenraden is dus kortom nog steeds een punt van discussie.³³⁷

Dat de ondersteuning van het medezeggenschapsorgaan van cruciaal belang is voor de medezeggenschap, werd onlangs nog bevestigd door de minister van

³³⁴ Brief LSR-LOC-LPR in zake knelpunten WMCZ, 2002, p. 2 en Van Twist, Kort & Van Mil 2002, p. 4 en 5.

³³⁵ Brief van de staatssecretaris van VWS aan de koepelorganisaties LSR, LOC en LPR, d.d. 12 juni 2002, kenmerk: IBE/E-2279646, p. 2.

³³⁶ Uit een recent in opdracht van minister Hoogervorst door KPMG uitgevoerd onderzoek, blijkt inderdaad dat de gemiddelde kosten van cliëntenraden per sector enorm verschillen. Binnen de zorgsectoren is echter eveneens sprake van een grote variatie in de kosten van cliëntenraden. Deze is dusdanig groot, dat de gemiddelde kosten per sector volgens KPMG evenmin als norm kunnen worden genomen. Sommige cliëntenraden zouden dan namelijk teveel krijgen en andere juist weer te weinig. Los van de zorgsector waarbinnen de cliëntenraad actief is, bleken diens kosten samen te hangen met velerlei factoren, waaronder de omvang van het totale concernbudget. (Zie: KPMG-rapport 2003.)

³³⁷ Tijdens het debat over de resultaten van de evaluatie van de WMCZ, heeft Tweede Kamerlid Arib in een daartoe uitgebrachte motie, minister Hoogervorst gevraagd te onderzoeken of een vorm van financiering mogelijk is, waarbij middelen beschikbaar komen die afgezonderd zijn van de middelen voor de zorg en alleen bestemd zijn voor de cliëntenraden (zie: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 600 XVI, nr. 52). De minister heeft daarop de koepelorganisaties van cliëntenraden en de organisaties van zorgaanbieders verzocht om de mogelijkheden daartoe te verkennen (zie: *Kamerstukken II* 2002-03, 27 807, nr. 20, p. 4). Tegelijkertijd is aan KPMG de opdracht gegeven de kosten van de cliëntenraden in kaart te brengen. Uit het onderzoek van is inmiddels gebleken dat het – gezien de grote variatie in de kosten van cliëntenraden – onmogelijk lijkt daarvoor een algemeen criterium te formuleren (zie: KPMG-rapport 2003).

SZW in een brief aan de Tweede Kamer.³³⁸ Daarin wees hij erop dat de kwaliteit van de medezeggenschap in een bedrijf of instelling sterk afhankelijk is van de faciliteiten die de leden van de OR ter beschikking staan, van het gebruik ervan en van de kennis en kunde van het OR-lid. De ondersteuning van de OR is in de WOR dan ook vrij uitvoerig geregeld. Artikel 17 lid 1 WOR kent de OR bijvoorbeeld het recht op gebruik van voorzieningen toe, waarbij dient te worden gedacht aan een vergaderruimte, een telefoon, briefpapier, kopieerapparatuur, een frankeermachine, hulp van bedienend personeel et cetera.³³⁹ Het dient daarbij wel te gaan om voorzieningen waarover de ondernemer als zodanig reeds beschikt en die de OR bij de uitvoering van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. Voor zover dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is, heeft de OR sinds 1998 op grond van artikel 17 lid 1 bovendien het recht in de onderneming werkzame personen te raadplegen.³⁴⁰ De regeling betreffende de facilitaire ondersteuning van de OR vormt in het algemeen een adequate basisvoorziening, die de OR en de ondernemer door middel van afspraken nader kunnen uitwerken.³⁴¹

Artikel 22 lid 1 WOR kent de OR voorts het recht toe op vergoeding van kosten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van zijn taak. Aanvankelijk adviseerde de SER een regeling in de WOR op te nemen, waarbij alle uitgaven ten behoeve van het functioneren van de OR de goedkeuring van de ondernemer behoeften, alvorens zij te zijnen laste zouden komen.³⁴² Omdat de wetgever vreesde dat de ondernemer daardoor te veel de gelegenheid zou worden geboden door hem niet gewenste activiteiten van de OR tegen te gaan, koos hij liever voor de huidige opzet, waarbij als hoofdregel geldt dat de ondernemer de door de OR gemaakte kosten dient te vergoeden.³⁴³ Vanwege het belang daarvan kent artikel 16 WOR de OR daarnaast ook nog een expliciet recht op inschakeling van deskundigen toe. Voor een goede vervulling van zijn taak kon het volgens de wetgever namelijk nuttig zijn, wanneer de OR zich op bepaalde punten door een deskundige zou laten voorlichten.³⁴⁴ Daarmee werd geen vaste deskundige bedoeld, maar (interne of externe) deskundigen die incidenteel worden geraadpleegd.³⁴⁵ De kosten van deze deskundigen dienen echter slechts door de ondernemer te worden betaald, indien hij daarvan van tevoren in kennis is gesteld (artikel 22 lid 2 WOR). Hetzelfde geldt ten aanzien van de kosten van het voeren van rechtsgedingen. De wetgever heeft het gezien de omvang van dergelijke kosten kennelijk wenselijk geacht, dat de ondernemer in de gelegenheid zou worden gesteld reeds voorafgaand aan het maken van deze kosten, te weigeren te betalen indien hij van mening is dat het maken van die kosten rede-

³³⁸ *Kamerstukken II* 2002-03, 28 792, nr. 1, p. 23.

³³⁹ *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nrs. 1-3, p. 32 en 33.

³⁴⁰ Deze laatste toevoeging vond plaats in verband met het belang dat de wetgever hecht aan de relatie tussen OR en achterban (zie: *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 39).

³⁴¹ *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 18 en 20.

³⁴² SER 1968, p. 32.

³⁴³ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 1-3, p. 21.

³⁴⁴ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 1-3, p. 19 en 20.

³⁴⁵ Naast deskundigen kan de OR op grond van artikel 16 WOR ook de bestuurder, dan wel leden van de raad van bestuur of de raad van commissarissen uitnodigen tot het bijwonen van diens vergadering.

lijkerwijs niet noodzakelijk is voor de vervulling van de taak van de OR. Om tot slot te voorkomen dat de OR voor ieder ‘wissewasje’ steeds opnieuw ‘zijn hand moet ophouden’ bij de ondernemer, biedt de WOR sinds 1979 de mogelijkheid voor de ondernemer en de OR samen af te spreken dat de OR een door hen samen te bepalen eigen budget zal toekomen (artikel 22 lid 3 WOR).³⁴⁶ De kosten die dat budget overschrijden, komen dan alleen ten laste van de ondernemer voor zover hij daarmee instemt. De wetgever kende de OR bewust geen recht op een eigen budget toe, omdat de omvang van zo’n budget niet eenduidig zou zijn vast te stellen.³⁴⁷ Wat tot de uitvoering van de taak van de OR behoort is immers geen vast omljnd gegeven.

De WOR kent sinds 1971 ook een recht op scholing (artikel 18 lid 2 WOR). In feite komt dit recht neer op een recht op onderbreking van het werk ten behoeve van scholing, met doorbetaling van loon. Deze regeling is destijds in de wet opgenomen op advies van de SER. Volgens de SER was het voor het welslagen van de OR namelijk van eminent belang dat de leden terdege op hun verantwoordelijke taak zouden worden voorbereid.³⁴⁸ Het lag daarom volgens de SER voor de hand dat hen zoveel mogelijk de gelegenheid zou worden geboden om aan scholingscursussen deel te nemen. Deze scholingscursussen worden sinds 1974 gefinancierd via een speciale heffingsregeling (artikel 46a-c WOR). Zo kan de SER op grond van artikel 46a lid 1 WOR bij verordening een heffing opleggen aan alle ondernemers die verplicht zijn een OR in te stellen.³⁴⁹ De opbrengst van die heffing, die op grond van artikel 46a lid 3 WOR wordt ingevorderd door de UWV, wordt op grond van artikel 46b lid 1 WOR ter beschikking gesteld aan het speciaal daartoe opgerichte Gemeenschappelijke Begeleidings Instituut Ondernemingsraden (GBIO). Deze stichting financiert daarmee onderwijsinstituten die cursussen voor OR-leden verzorgen. Daarnaast coördineert het GBIO hun cursusactiviteiten en houdt het toezicht op de kwaliteit van de cursussen (artikel 46b lid 2 sub c WOR). Ook deze heffings- en subsidieregeling is destijds op advies van de SER in de wet opgenomen. Een heffingsregeling was volgens de SER een onontkoombare noodzaak, omdat het onzeker was of er op vrijwillige basis wel voldoende middelen bijeen konden worden gebracht.³⁵⁰ De financiering van de onderwijsinstituten via een centraal instituut achtte de SER voorts wenselijk, omdat op deze wijze kon worden gegarandeerd dat er voldoende cursusaanbod is, dat de cursussen van voldoende niveau zijn en dat zij in voldoende mate op elkaar zijn afgestemd.³⁵¹ Zo moesten alle OR-leden in Nederland op zijn minst een ‘basiscursus’ kunnen volgen.³⁵²

³⁴⁶ *Kamerstukken II 1977-78*, 13 954, nr. 106, p. 12.

³⁴⁷ *Kamerstukken II 1977-78*, 13 954, nr. 110, p. 15 en 16.

³⁴⁸ SER 1968, p. 28.

³⁴⁹ De SER hanteert thans een heffingspercentage van 0,034% van het premieplichtige loon, het welk een totaalbedrag van 18 miljoen euro moet opbrengen (zie: Van der Heijden 2004, p. 575).

³⁵⁰ SER 1972, p. 8-10.

³⁵¹ SER 1972, p. 7 en 8.

³⁵² Die ‘basiscursus’ diende de OR-leden niet alleen inzicht te geven in de voor hen relevante regelgeving en de plaats en functie van de OR binnen de onderneming; er diende ook aandacht te worden besteed aan zaken als vergadertechniek en het analyseren van verkregen informatie. De basiscursus-

Wanneer men vervolgens kijkt naar de situatie in het onderwijs, dan blijkt dat iedere schoolinstelling daar overeenkomstig bestaande bekostigingsregels een bepaalde vergoeding voor de exploitatiekosten ontvangt. Net als in de zorg dient de medezeggenschap vanuit dit reguliere budget te worden gefinancierd. Het bevoegd gezag kan zelf beslissen welk deel daarvan hij doorsluis naar de MR. Artikel 32 WMO verplicht het bevoegd gezag namelijk alleen om de MR het gebruik van voorzieningen toe te staan, voor zover deze die voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. De wetgever ging ervan uit dat het bevoegd gezag bij het geven van uitvoering aan deze bepaling ook financiële middelen aan de MR zou toekennen.³⁵³ Hij liet zich echter bewust niet uit over omvang van dit geldbedrag. Het toekennen van geormerkte budgetten aan scholen paste volgens de wetgever namelijk niet binnen de algemene ontwikkeling van autonomiebevordering en deregulering.³⁵⁴ Volgens de wetgever was het bovendien ook niet nodig, omdat artikel 32 WMO – in combinatie met het adviesrecht van de MR ten aanzien van de besteding van de financiële middelen door het bevoegd gezag uit artikel 7 lid 1 sub c WMO – al voldoende bescherming aan de MR zou bieden.³⁵⁵ Desondanks werd onlangs, in het debat over versterking van de positie van de ouders in het primair en voorgezet onderwijs, door de D66-fractie toch gepleit voor een onafhankelijke faciliteitenregeling.³⁵⁶ Volgens deze fractie moest namelijk worden voorkomen dat ouders vanwege de krappe schoolbudgetten, zouden moeten kiezen tussen nieuwe computers of geld voor medezeggenschap.³⁵⁷

Voorafgaand aan de totstandkoming van de WMO uit 1992, vond de TCWMO het echter evenmin noodzakelijk dat de WMO een recht op een door de overheid vastgesteld eigen budget aan de MR zou toekennen.³⁵⁸ Afhankelijk van de situatie per school konden de kosten die de medezeggenschapsraden maakten, immers variëren. Volgens de TCWMO was het daarom ondoenlijk een algemene financiële regeling te treffen, die beter zou zijn dan de bestaande.³⁵⁹ Daaraan bestond in de praktijk volgens de TCWMO ook geen behoefte, aangezien er onder de medezeggenschapsraden een redelijke tevredenheid bestond wat betreft de bestrijding van de normale kosten. Men bleek over de omvang van de vergoeding gemakkelijk overeenstemming te kunnen bereiken. Op een tweetal specifieke terreinen achtte de TCWMO de beschikbaarstelling van extra

sen moesten bovendien zijn afgestemd op de activiteiten van de betreffende onderneming dan wel op de aard van de bedrijfstak. (Zie: SER 1972, p. 6 en 7.)

³⁵³ Dat kan onder meer worden afgeleid uit artikel 16 lid 1 sub b WMO, waarin staat dat de MR de middelen die door het bevoegd gezag ter beschikking zijn gesteld, dient verdelen over eventuele geledingenraden en deelraden.

³⁵⁴ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 8, p. 18.

³⁵⁵ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 5, p. 36 en 37.

³⁵⁶ *Kamerstukken II* 2000-01, 27 400 VIII, nr. 3, p. 3.

³⁵⁷ De scholen kregen volgens de D66-fractie weliswaar een vergoeding voor de materiële bekostiging, maar ondanks de grote bedragen die beschikbaar werden gesteld, was het volgens deze fractie nog maar zeer de vraag of dit daadwerkelijk leidde tot dekking van 100% van de kosten.

³⁵⁸ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 39 en 40.

³⁵⁹ Artikel 19 WMO 1981 kende een vergelijkbare bepaling als in het huidige artikel 32 WMO.

middelen echter noodzakelijk, namelijk op het punt van de vergoeding van kosten voor scholing en vorming en op dat van de vergoeding van kosten voor het inschakelen van deskundigen.

Wat betreft de vergoeding van scholing en vorming diende de rijksoverheid extra middelen ter beschikking te stellen, zowel in de vorm van een geoordeelde vergoeding aan het bevoegd gezag, als in de vorm van een rechtstreekse subsidie aan organisaties en instellingen die cursussen organiseren.³⁶⁰ Met name bij ouders en leerlingen, maar ook onder de meerderheid van het personeel heerste volgens de TCWMO namelijk een gebrek aan kennis en een behoefte aan scholing. De grote doorstroom van ouders en leerlingen in de MR legde bovendien een extra druk op de deskundigheidsbevordering. Volgens de TCWMO was er sprake van een structureel probleem en was het dringend gewenst daar iets aan te doen. Een grotere deskundigheid van de MR-leden zou volgens de TCWMO kunnen leiden tot een grotere betrokkenheid van de MR-leden, tot een verbetering van de kwaliteit van hun werk en tot een MR die beter in staat was het contact met de achterban te onderhouden en de interesse in het medezeggenschapsgedrag levend te houden. De TCWMO dacht daarbij aan een basiscursus aan het begin van iedere zittingsperiode en eventueel nog een speciale cursus alleen voor ouders en leerlingen, waarbij met name aandacht moest worden besteed aan het onderhouden van contact met de achterban. Overeenkomstig deze aanbeveling van de TCWMO heeft de wetgever in 1992 een expliciet recht op scholing in de WMO opgenomen. Artikel 33 lid 1 WMO bepaalt thans dat het bevoegd gezag de leden van de MR in de gelegenheid moet stellen de scholing te ontvangen die de leden van de raad voor de vervulling van hun taak nodig hebben. Bovendien financiert de overheid sindsdien ouderorganisaties die ondersteunende cursussen aanbieden.³⁶¹

Ten aanzien van de inschakeling van deskundigen constateerde de TCWMO tot slot dat het in de praktijk vaak voorkwam, dat de gewenste hulp door een gebrek aan middelen niet kon worden ingeroepen.³⁶² Het medezeggenschapswerk werd daardoor bemoeilijkt, te meer doordat het bevoegd gezag zich als gesprekspartner soms wel door deskundigen liet bijstaan. Daarom dienden er volgens de TCWMO middelen beschikbaar te worden gesteld aan personeels-, ouder- en leerlingenorganisaties, zodat deze in de gelegenheid zouden worden gesteld in dringende gevallen te zorgen voor deskundige bijstand voor de MR.³⁶³ De TCWMO vond het van belang dat de MR voor de inschakeling van deskundigen niet afhankelijk zou zijn van het bevoegd gezag.

³⁶⁰ Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 40 en 41 (aanbeveling 21).

³⁶¹ In 1992 ging het daarbij om een bedrag van f 900.000,- per jaar (zie: *Kamerstukken II 1991-92*, 22 461, nr. 5, p. 38). Tegelijkertijd werd ten behoeve van faciliteiten voor de scholing en vorming van personeelsleden van de MR een bedrag van f 2.500.000,- ter beschikking gesteld (zie: *Kamerstukken II 1991-92*, 22 461, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II 1991-92*, 22 461, nr. 5, p. 39).

³⁶² Evaluatierapport WMO (1981) 1987, deel II, p. 42.

³⁶³ Deze organisaties zouden namelijk, beter dan de medezeggenschapsraden zelf, in staat zijn te beoordelen of zij de informatie zelf kunnen leveren, of dat deskundigheid van buitenaf moet worden ingehuurd (zie: aanbeveling 22).

Wat kan nu worden geconcludeerd ten aanzien van de regeling met betrekking tot de ondersteuning van de cliëntenraad? In ieder geval dat deze te marginaal is. De WMCZ bevat ter zake immers slechts een opdracht tot (eenzijdige) zelfregulering door de zorgaanbieder, in die zin dat laatstgenoemde schriftelijk dient te regelen over welke materiële middelen de cliëntenraad ten behoeve van zijn werkzaamheden kan beschikken, waarbij slechts de randvoorwaarde geldt dat de cliëntenraad redelijkerwijs in staat moet worden geacht de gemeenschappelijke belangen van de cliënten te behartigen (artikel 2 lid 2 sub *b* jo. lid 3 sub *b* WMCZ). Deze bewoordingen laten de zorgaanbieder veel interpretatieruimte. Zeker nu de minister in de memorie van toelichting slechts een vrij beperkte opsomming gaf van zaken die daar zoal onder kunnen vallen.³⁶⁴ In feite werd in die opsomming slechts het gebruik van in de instelling aanwezige voorzieningen genoemd.

Zojuist bleek dat het recht op het gebruik van aanwezige voorzieningen in de WOR uitdrukkelijk is geregeld. Nadere invulling van dit recht, dat is gekoppeld aan de norm dat de OR het gebruik daarvan voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft, is overgelaten aan (tweezijdige) zelfregulering door de OR en de ondernemer tezamen. Beredeneerd vanuit zowel de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid als het subsidiariteitsvereiste, verdient het de voorkeur wanneer de WMCZ ook zo'n expliciet *recht op het gebruik van voorzieningen* zou bevatten. Dat zou de positie van de cliëntenraad ten opzichte van de zorgaanbieder namelijk versterken, en zorgen voor een zeker machtsevenwicht tussen beiden op dit punt. De concrete invulling van dit recht zou dan net als in de WOR kunnen worden overgelaten aan partijen – in dit geval de zorgaanbieder en de cliëntenraad – hetgeen zou leiden tot tweezijdige en – gezien het machtsevenwicht tussen beide – vermoedelijk kwalitatief betere zelfregulering. Hetzelfde geldt ten aanzien van het *recht op vergoeding van kosten* die het medezeggenschapsorgaan voor de uitvoering van zijn taak redelijkerwijs moet maken. Het zou de duidelijkheid ten goede komen en de positie van de cliëntenraad ten opzichte van de zorgaanbieder versterken wanneer de hoofdregel – dat de kosten die de cliëntenraad maakt bij de uitvoering van zijn taak ten laste komen van de zorgaanbieder – expliciet in de WMCZ zou worden opgenomen. Naar verwachting zal dit tegelijkertijd de bereidheid van de zorgaanbieder – die de kosten van de cliëntenraad in de hand wil houden – vergroten, om samen met de cliëntenraad nader invulling te geven aan dit recht in de vorm de toekenning van een eigen budget. Ook de cliëntenraad heeft belang bij zo'n eigen budget, omdat de vrije bestedingsruimte hem meer zelfstandigheid biedt. Dit machtsevenwicht kan wederom leiden tot een kwalitatief goede vorm van (tweezijdige) zelfregulering. De toekenning van een *recht op een eigen budget* is dus niet nodig. Uit de vergelijking met de WOR en de WMO was al gebleken dat de toekenning van een recht op een door de overheid genormeerd eigen budget praktisch gezien ook heel ingewikkeld is, gezien het feit de verschillende ondernemingen en scholen qua soort en omvang sterk uiteen lopen. Daar komt nog bij dat het ene medezeggenschapsorgaan actiever is dan

³⁶⁴ Zie: subparagraaf 2.6.2.

het andere. Op dit punt had staatssecretaris Vliegthart dus gelijk. Wel zouden koepelorganisaties van cliënten(-raden) en zorgaanbieders misschien per zorgsector kunnen aangeven wat, de omvang van het concernbudget in aanmerking genomen, in zijn algemeenheid redelijk is ten aanzien van de omvang van het budget van de cliëntenraad. De zorgaanbieder en de cliëntenraad zouden dat dan als uitgangspunt kunnen gebruiken bij hun onderhandelingen.

De volgende vraag die gesteld kan worden is of de WMCZ net als de WOR een expliciet *recht op deskundige bijstand* dient te bevatten. De vergelijking met de WOR en de WMO leidt in ieder geval tot de conclusie dat er unanimiteit over bestaat, dat het medezeggenschapsorgaan zich indien nodig moet kunnen laten bijstaan door een deskundige. Aangezien de cliëntenraad zich soms evenals de ondernemingsraad en de medezeggenschapsraad moet buigen over ingewikkelde en abstracte onderwerpen als fusies en reorganisaties (zie: artikel 3 lid 1 sub *b, c, d* en *e* WMCZ), gaat dit ook op voor de cliëntenraad. In de verstandelijk gehandicaptenzorg moet de cliëntenraad zich zelfs laten bijstaan door een permanente ondersteuner/begeleider. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de WMCZ het recht op deskundige bijstand ook uitdrukkelijk moet regelen. De kosten van zo'n deskundige vallen immers reeds onder de kosten die redelijkerwijs moeten worden gemaakt voor de uitoefening van de taak van de cliëntenraad. Gezien de omvang van de kosten die doorgaans aan de inschakeling van een deskundige zijn verbonden, is het wel wenselijk dat de zorgaanbieder vooraf van deze kosten op de hoogte wordt gesteld.³⁶⁵ Hij kan dan tijdig protest aantekenen indien hij meent dat deze overbodig zijn of anderszins binnen de perken kunnen blijven. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de overheid ervoor te zorgen dat het zorgbudget waarover de zorgaanbieder beschikt, qua omvang voldoende is om deze (soms omvangrijke) kosten van de cliëntenraad te kunnen vergoeden. De overheid zou er – net als in het onderwijs – voorts voor kunnen kiezen organisaties van cliënten(-raden) die deskundige bijstand leveren, daartoe extra te financieren.

Ten aanzien van het *recht op scholing* geldt tenslotte hetzelfde als ten aanzien van het recht op deskundige bijstand. Men is het er unaniem over eens dat scholing noodzakelijk is voor een goede taakuitoefening door het medezeggenschapsorgaan.³⁶⁶ Ook de minister van VWS is inmiddels tot dat inzicht gekomen. Moet de WMCZ daarom een expliciet recht op scholing bevatten, net als de WOR en de WMO? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Het recht op scholing in de WOR en de WMO is immers niet meer dan een 'recht op vrijaf' voor het volgen van cursussen (met doorbetaling van loon indien het gaat om werknemers). Een dergelijk recht is voor cliëntenraadsleden overbodig. Wel van belang voor hen is de wijze van financiering van de door hen te volgen cursussen. De huidige constructie van centrale financiering via de Stichting PGO vertoont overeenkomsten met de financiering van de cursussen voor OR-leden via

³⁶⁵ Evenals de kosten van een te voeren rechtsgeding, die momenteel reeds op grond van artikel 2 lid 5 WMCZ vooraf aan de zorgaanbieder dienen te worden meegedeeld.

³⁶⁶ Al moet men van deze cursussen ook weer geen wonderen in de zin van radicale mentaliteitsveranderingen verwachten (zie hierover: Van den Heuvel 1983, p. 223 e.v.).

de Stichting GBIO. Gezien de daaraan verbonden mogelijkheid van toezicht op de kwaliteit van het cursusaanbod en coördinatie daarvan, is dat ook een voor de hand liggende constructie. Het invoeren in de WMCZ van een heffingsregeling naar analogie van de artikelen 46a-c WOR is – gezien het ‘vestzak-broekzak’-karakter dat zo’n regeling in de zorg zou hebben – daarentegen niet efficiënt. Net als in het onderwijs ligt een directe subsidie voor cursusverzorgende organisaties meer voor de hand. De huidige regeling van scholing en vorming van cliëntenraadsleden is in theorie dus zo slecht nog niet. Net zo min als ten aanzien van het recht op deskundige bijstand kan worden gezegd dat het ontbreken van een expliciete regeling in de WMCZ op dit punt, in strijd is met het subsidiariteitsvereiste of met de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. In de praktijk hangt de kwaliteit van beide rechten echter af van het geld dat voor de uitoefening daarvan door het ministerie van VWS ter beschikking wordt gesteld.³⁶⁷

6.7 Het bindend voordrachtsrecht

In paragraaf 3.10 werd een overzicht gegeven van de kritiek op het bindend voordrachtsrecht van de cliëntenraad bij de benoeming van ten minste één bestuurslid, dan wel lid van de raad van toezicht (artikel 7 WMCZ). De meningen bleken totaal uiteen te lopen. Sommigen vonden het bindend voordrachtsrecht te beperkt, in die zin dat het volgens hen zou moeten worden uitgebreid tot een derde van het aantal bestuursleden (/leden van de raad van toezicht), terwijl anderen juist vonden dat het bindend voordrachtsrecht veel te ver gaat en bovendien niet meer van deze tijd is.³⁶⁸ Daarnaast speelden andere vragen. Eén daarvan was de vraag of het bindend voordrachtsrecht ten aanzien van de zorgaanbieder met een verenigingsvorm wel voldoende waarborgen bevat tegen ontduiding.³⁶⁹ Voorts vroeg men zich af of het wel juist is dat er in de WMCZ geen grenzen worden gesteld aan de statutaire eisen die de zorgaanbieder aan de voorgedragen kandidaat mag stellen.³⁷⁰ Daarnaast kwam de vraag aan de orde of het onderscheid dat artikel 7 maakt tussen instellingen die door privaatrechtelijke rechtspersonen in stand worden gehouden enerzijds, en instellingen die door publiekrechtelijke en kerkelijke rechtspersonen in stand worden gehouden anderzijds, niet oneigenlijk is.³⁷¹

Ten aanzien van de kritiek dat het bindend voordrachtsrecht uit artikel 7 onvoldoende zou zijn afgestemd op het benoemings- en ontslagrecht van de Algemene Leden Vergadering (ALV) – in die zin dat de ALV op grond van artikel 2:37 lid 4 BW het bindend karakter aan de voordracht van de cliëntenraad zou

³⁶⁷ In subparagraaf 5.2.4 kwam al aan de orde dat er momenteel fors (10%) bezuinigd wordt op het budget van de Stichting PGO. Op grond van hun recht op scholing mag dit uiteraard niet ten koste gaan van de subsidies voor scholing en vorming van cliëntenraden.

³⁶⁸ Zie: subparagraaf 3.10.1.

³⁶⁹ Zie: subparagraaf 3.10.4.

³⁷⁰ Zie: subparagraaf 3.10.2.

³⁷¹ Zie: subparagraaf 3.10.3.

kunnen ontnemen, en op grond van artikel 2:37 lid 6 een op grond van een bindende voordracht benoemd bestuurslid, te allen tijde weer zou kunnen ontslaan – kan worden opgemerkt dat, noch uit de evaluatiegegevens, noch uit de tot nu toe schaarse jurisprudentie over de WMCZ, is gebleken dat deze situatie zich in de praktijk voordoet. Een dergelijk besluit van de ALV – waarbij deze bewust probeert het bindend voordrachtsrecht van de cliëntenraad te frustreren – lijkt bovendien in strijd met artikel 2:8 BW. Dit artikel verplicht degenen die bij of krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken, om zich jegens elkander te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Iedere belanghebbende – dus ook de cliëntenraad – kan vorderen dat een besluit dat is genomen in strijd met dit artikel, door de rechtbank wordt vernietigd (2:15 lid 3 sub *a* BW). Artikel 7 lijkt op dit punt dus niet in strijd te zijn met het vereiste van onderlinge afstemming.

Het feit dat de WMCZ de zorgaanbieder de vrijheid laat kwaliteitseisen te stellen aan diens (al dan niet bindend voorgedragen) bestuursleden, is, beredeneerd vanuit het rechtspersonenrecht uit boek 2 BW, voorts begrijpelijk. De bestuursleden dienen immers in staat te zijn hun bestuurstaak naar behoren te vervullen en zijn bij een onbehoorlijke taakuitoefening bovendien zelfs jegens de rechtspersoon aansprakelijk (artikel 2:9 BW).³⁷² Omdat deze taakuitoefening dient plaats te vinden vanuit het statutaire doel van de rechtspersoon, en de statutaire grondslag van waaruit dit doel dient te worden gerealiseerd hier zeer nauw mee samenhangt, ligt het eveneens voor de hand dat in dat kader de eis wordt gesteld, dat bestuursleden (en leden van de raad van toezicht) deze grondslag dienen te onderschrijven of op zijn minst te respecteren.³⁷³ Het feit dat de zorg in ons land wordt verleend vanuit een bepaalde identiteit – welke kan zijn ontleend aan een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke richting of aan specifieke methoden, systemen of technieken die de rechtspersoon hanteert – vloeit voort uit de keuze van de overheid particuliere organisaties in te schakelen bij haar grondwettelijke taak op dit terrein. Deze keuze sluit aan bij de pluriformiteit van onze samenleving en stimuleert het vormen van intermediaire groepen en het dragen van eigen verantwoordelijkheid.³⁷⁴ Tegelijkertijd draagt deze keuze het risico in zich dat de identiteit van het zorgaanbod – zeker in monopoliesituaties – niet in alle gevallen aansluit bij de identiteit van de zorgvraag.³⁷⁵ Toenmalig minister Borst had mijns inziens echter gelijk dat het – uitgaande van het huidige stelsel – tot de taak van de zorgverzekeraar behoort daar

³⁷² Hetzelfde geldt ten aanzien van de toezichthoudende taak van de leden van de raad van toezicht (RvT).

³⁷³ Doelrealisering vormt volgens Dijk en Schepel de primaire taak van het bestuur. Aangezien er volgens hen goede argumenten zijn aan te voeren voor de stelling dat de grondslag van waaruit dit gebeurt onderdeel uitmaakt van dit doel, is het respectloos handelen ten opzichte van deze grondslag door een bestuurder volgens hen in strijd met een behoorlijke taakuitoefening, zoals die wordt geëist in artikel 2:9 BW. (Zie: Dijk & Schepel 1981, p. 96 en 97.)

³⁷⁴ Van der Ploeg 1991, p. 32.

³⁷⁵ Het proces van ontzuiling en afkalving van de achterban van deze organisaties heeft de kans daarop alleen maar vergroot.

verbetering in te brengen.³⁷⁶ De beoogde herziening van het zorgstelsel zal het scherper inkopen door zorgverzekeraars op dit gebied mogelijk stimuleren.³⁷⁷

Het onderscheid dat artikel 7 maakt tussen instellingen die in stand worden gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon en instellingen die door een publiekrechtelijke of kerkelijke rechtspersoon in stand worden gehouden, lijkt tot slot inderdaad in strijd te zijn met de interne samenhang van de WMCZ. Het spreekt uiteraard voor zich dat een bindend voordrachtsrecht ten aanzien van de samenstelling van bijvoorbeeld een college van B&W of een kerkenraad, zich niet verhoudt tot de gemeentelijke c.q. kerkelijke autonomie. Sluijters merkte echter terecht op dat het bestuur van dit soort zorginstellingen in de praktijk ook wel door een speciaal daartoe ingestelde commissie wordt uitgeoefend.³⁷⁸ Nu tijdens het parlementaire debat niet duidelijk is geworden waarom het bindend voordrachtsrecht niet ten aanzien van de samenstelling van zo'n commissie zou kunnen gelden, ontbreekt een duidelijke rechtvaardigingsgrond voor het in artikel 7 gemaakte onderscheid. De WMCZ lijkt op dit punt daarom in strijd te zijn met het vereiste van onderlinge afstemming en de vereisten van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen (i.c. het gelijkheidsbeginsel). Op grond van dit laatste vereiste kan men zich zelfs afvragen of de rechtsvorm van waaruit de zorginstelling wordt geëxploiteerd, überhaupt wel ten koste mag gaan van de rechten van de cliënten. Mijns inziens zou dit niet moeten kunnen en zou voor de exploitatie van met collectieve middelen gefinancierde zorginstellingen desnoods een bepaalde rechtsvorm moeten kunnen worden voorgeschreven (bijvoorbeeld die van 'zorgstichting').³⁷⁹

De overige punten van kritiek – of de cliëntenraad nu teveel of juist te weinig invloed krijgt op de samenstelling van het bestuur (c.q. de raad van toezicht) en de vorm waarin deze invloed moet worden gegoten – spelen al sinds het uitbrengen van het rapport van de Commissie-Van der Burg in 1977. De Commissie-Van der Burg was toen een voorstandster van een paritaire bestuursamenstelling, bestaande uit vertegenwoordigers van werknemers, cliënten en derden (vertegenwoordigers van het particulier initiatief), omdat dit een evenwichtige belangenafweging zou bevorderen en een inhoudelijke gerichtheid op de doelstellingen van de instelling zou waarborgen.³⁸⁰ In de aan de WMCZ vooraf-

³⁷⁶ Zie: subparagraaf 3.10.3. In zijn betoog voor 'neutrale zorg' bepleit Akveld kennelijk een ander soort stelsel. De WMCZ is als medezeggenschapswet echter geen geschikt middel om dit nieuwe 'stelsel' mee te realiseren.

³⁷⁷ Zie voor de mogelijke gevolgen van de herziening van het zorgstelsel: subparagraaf 5.4.2.

³⁷⁸ Zie: subparagraaf 3.10.2. Zie voor de mogelijkheden tot het betrekken van personeel en cliënten bij de samenstelling van zo'n gemeentelijke bestuurscommissie: artikel 83 Gemeentewet en Van Wersch 1980, p. 306-313.

³⁷⁹ Akveld pleitte tijdens zijn oratie in 1996 voor het creëren van een rechtspersoon die speciaal zou zijn toegesneden op het in stand houden van zorginstellingen. Volgens hem zijn de vereniging en de stichting voor de zorgsector namelijk te weinig specifiek en vormen meer een 'hansop' dan een 'maatkostuum'. De regeling van de nieuwe rechtspersoon zou volgens Akveld onder andere moeten zorgen voor meer duidelijkheid ten aanzien van de bevoegdheden van de medische staf, het bestuur en de raad van toezicht, en zou tevens moeten zorgen voor een regeling van de wijze van samenstellen van de raad van toezicht. (Zie: Akveld 1996, p. 28.)

³⁸⁰ Zie: subparagraaf 2.2.1.

gaande wetsvoorstellen werd echter gekozen voor het ‘harmoniemodel’ van ‘gecontroleerde coöptatie’, waarbij zowel aan de cliëntenraad als aan de OR een recht van aanbeveling en bezwaar werd toegekend.³⁸¹ Voor dit model was gekozen omdat nog onvoldoende duidelijkheid bestond omtrent de effecten van een stringentere regeling van de bestuurssamenstelling op de continuïteit van het bestuur van de instelling.³⁸² Bovendien deed zich bij de steeds groter wordende zorginstellingen de ontwikkeling voor, dat steeds meer dagelijkse bestuursactiviteiten aan centrale directies of colleges van bestuur werden gedelegeerd, waarbij statutaire besturen steeds meer de plaats innamen van een raad van toezicht, die op de dagelijkse gang van zaken binnen de instelling slechts marginaal invloed kon uitoefenen.³⁸³ Bij deze instellingen was het bestuurswerk, vanwege de grote budgetten, het vele personeel en de grote verantwoordelijkheid voor veel cliënten, ook zwaarder geworden. Het was dus nog maar de vraag of men in geval van een benoemingsrecht of recht van bindende voordracht voor cliënten, wel in staat zou zijn voldoende gekwalificeerde bestuurders te krijgen.

Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat men in de WMCZ toch weer voor het bindende voordrachtrecht kiest. Als reden waarom dit recht slechts tot één kandidaat beperkt is gebleven, voerde toenmalig minister d’Ancona aan dat voorkomen diende te worden dat het voordrachtsrecht zou leiden tot belangenbehartiging en fractievorming binnen het bestuur (/de raad van toezicht).³⁸⁴ Dit zou zich niet verdragen met het feit dat besturen op grond boek 2 van het BW een collegiale bezigheid dient te zijn, waarbij men gericht is op het belang van de rechtspersoon als geheel. Behartiging van de cliëntenbelangen diende volgens de minister daarom uitsluitend plaats te vinden via de cliëntenraad. Op de vraag wat dan precies het doel is van het bindend voordrachtsrecht, antwoordde opvolgend minister Borst in een latere fase van het debat, dat het voorgedragen bestuurslid dient ter waarborging dat de cliëntenbelangen ook binnen het bestuur, vanaf het begin van de bestuurlijke besluitvorming, onder de aandacht worden gebracht.³⁸⁵ De ervaring leerde volgens de minister namelijk dat wanneer het bestuur eenmaal een standpunt heeft ingenomen, het dit niet meer zo makkelijk wijzigt op het moment dat de cliëntenraad een punt inbrengt waar de bestuursleden nog niet aan hadden gedacht. De minister ging daarbij echter voorbij aan het feit dat het bindend voordrachtsrecht in veel gevallen betrekking zal hebben op de samenstelling van de raad van toezicht (artikel 7 lid 2 WMCZ). Aangezien laatstgenoemde raad zich in principe bezighoudt met het houden van toezicht en niet met het nemen van bestuursbesluiten, is de functie van het bindende voordrachtsrecht bij de samenstelling van deze raad dus onduidelijk. De opmerking van minister Borst in de Eerste Kamer

³⁸¹ Zie: subparagraaf 2.3.2 en 2.4.2.

³⁸² Zie: subparagraaf 2.4.1. Volgens de CDA-fractie had de praktijk geleerd dat besturen die het karakter hebben van ‘instellingsparlementen’, eerder een verlamdende dan een stimulerende werking hebben op het functioneren van de instellingen. Besturen vertoonden volgens de fractie daarom de neiging om ‘in te dikken’. (Zie: subparagraaf 2.4.3.)

³⁸³ Zie: subparagraaf 2.4.3.

³⁸⁴ Zie: subparagraaf 3.10.1.

³⁸⁵ Zie: subparagraaf 3.10.1.

dat het bindend voordrachtsrecht misschien wel achterhaald is, leidt alleen maar tot extra twijfels omtrent het nut en de noodzaak van deze regeling.³⁸⁶

Uit de evaluatiegegevens blijkt ook niet echt duidelijk wat nu precies de toegevoegde waarde van de voorgedragen kandidaat is. Bij een redelijk aantal zorginstellingen lijkt het bindend voordrachtsrecht weliswaar netjes te worden nageleefd, maar vrijwel nergens wordt het uitgebreid tot meer dan één kandidaat.³⁸⁷ Wat wel voorkomt is dat het recht van bindende voordracht wordt aangevuld met een adviesrecht ten aanzien van de overige leden van de raad van bestuur c.q. de raad van toezicht.³⁸⁸ Er zijn voorts ook veel zorginstellingen die helemaal (nog) geen uitvoering hebben gegeven aan het bindend voordrachtsrecht – met name in de ziekenhuissector heeft men moeite met het bindend voordrachtsrecht – of dit ‘pro forma’ hebben gedaan, in die zin dat de zorgaanbieder een kandidaat heeft geselecteerd en voorgesteld aan de cliëntenraad, die deze kandidaat vervolgens formeel heeft voorgedragen.³⁸⁹

Om een antwoord te verkrijgen op de vraag of het bindend voordrachtsrecht van de cliëntenraad wel past binnen de huidige opvattingen over bevoegdheids- en zeggenschapsverhoudingen binnen de rechtspersoon van de zorgaanbieder, is het zinvol kennis te nemen van de vrij recente bevindingen hieromtrent van de Commissie Health Care Governance (ook wel aangeduid als ‘de Commissie-Meurs’).³⁹⁰ Deze commissie bracht in oktober 1999 een rapport uit met in totaal 30 aanbevelingen ten aanzien van goed bestuur en goed (intern) toezicht bij zorginstellingen.³⁹¹ Daarin kwam zij onder meer tot de conclusie dat een voordrachtsrecht niet past bij de benodigde onafhankelijkheid van de raad van toezicht, en onvoldoende recht doet aan de betrokkenheid en medezeggenschapsbelangen van cliënten en medewerkers. In de huidige praktijk bestaat er volgens de commissie namelijk onduidelijkheid over de positie van toezichthouders die op voordracht van de cliëntenraad en de OR zijn benoemd.³⁹² Na hun verkiezing zitten zij zonder last of ruggespraak in de raad en moeten zij net als de andere leden van de raad een integrale belangenafweging maken. Dit stuit volgens de commissie op onbegrip of op zijn minst onduidelijkheid bij de voordragende instantie, waar nogal eens gedacht wordt dat ‘hun lid’ hun belangen

³⁸⁶ Zie: subparagraaf 3.10.1.

³⁸⁷ Zie onder meer: Van Gelder e.a. 2000, p. 50, 133 en 146.

³⁸⁸ Honig 2000, p. 15 en 16.

³⁸⁹ Zie onder meer: Van Gelder e.a. 2000, p. 50, 78, 95 en 116.

³⁹⁰ Met ‘health care governance’ wordt bedoeld: een stelsel van spelregels en omgangsvormen van goed bestuur van en goed toezicht op zorgorganisaties en van adequate verantwoording aan en beïnvloeding door belanghebbenden van de wijze waarop de zorgorganisatie haar doelen realiseert en kwalitatief goede en verantwoorde en doelmatige zorg levert. Belanghebbenden (‘stakeholders’) bij zorginstellingen zijn onder andere: cliënten, medewerkers, zorgverzekeraars, patiëntenorganisaties, werkgevers in de regio en lokale overheden. (Zie: cie.-Meurs 1999, p. 5 en 18.)

³⁹¹ Bij deze aanbevelingen ging de commissie uit van de thans meest voorkomende rechtsfiguur bij zorgaanbieders: de stichting als rechtspersoon, met het raad-van-toezicht-model als bestuursvorm (zie: cie.-Meurs 1999, p. 5 en 6).

³⁹² Bij het opnemen van de regeling van het bindend voordrachtsrecht van de cliëntenraad in de statuten, is in veel gevallen ook een bindend voordrachtsrecht aan de ondernemingsraad toegekend (eveneens ten aanzien van één zetel). In de huidige constellatie bestaat de raad van toezicht dus vaak uit een mix van leden die door coöptatie, en leden die op (al dan niet bindende) voordracht zijn benoemd. (Zie: cie.-Meurs 1999, p. 30).

behartigt. Mede daardoor komt het volgens de commissie voor dat het betreffende lid van de raad van toezicht rechtstreeks contact onderhoudt met het orgaan dat hem of haar heeft voorgedragen. De Commissie-Meurs vindt dit – in verband met de vereiste onafhankelijkheid van de raad van toezicht – onwenselijk. Aangezien van alle leden van de raad van toezicht mag worden verwacht dat zij de belangen van cliënten en medewerkers in het oog hebben, ware het volgens haar beter wanneer de cliëntenraad en de OR op enigerlei wijze zouden worden betrokken bij de opstelling van het profiel van de raad van toezicht en hen ten aanzien van de benoeming van alle leden van de raad van toezicht een adviesrecht zou toekomen.³⁹³ Voorts zou aan de cliëntenraad en de OR, en overige belanghebbenden als de Inspectie voor de Gezondheidszorg en het zorgkantoor, een recht van enquête moeten toekomen in die gevallen dat de raad van toezicht ernstig in zijn taak tekort schiet.³⁹⁴

Het debat over ‘health care governance’ staat niet op zich, maar maakt deel uit van de veel bredere politieke en maatschappelijke discussie over ‘corporate governance’.³⁹⁵ Dit debat wordt in belangrijke mate veroorzaakt door de toename van internationaal opererende ondernemingen en door integratie van de kapitaalmarkten. Een verschijnsel dat van grote betekenis is voor de opvattingen inzake machtsverhoudingen in grote, met name beursgenoteerde vennootschappen en meer specifiek ook voor de bestuurlijke inrichting van deze vennootschappen.³⁹⁶ Zo willen buitenlandse aandeelhouders – met name uit de Angelsaksische landen – meer invloed op de samenstelling van de Raad van Commissarissen (RvC), omdat deze zich onvoldoende kritisch zou opstellen richting het bestuur. Dit heeft ertoe geleid dat de regeling van gecontroleerde coöptatie – waar indertijd vanwege het belang van de homogeniteit, continuïteit en onafhankelijkheid van het toezichthoudende orgaan bewust voor was gekozen – onlangs is vervangen door een nieuwe regeling.³⁹⁷ Een regeling volgens welke alle leden van de RvC dienen te worden benoemd door de AVA, en wel op bindende voordracht van de RvC (artikel 2:158/268 lid 4 BW).³⁹⁸ Ten aanzien van een derde deel van deze door de RvC voorgedragen kandidaten, heeft de OR een bijzonder voordrachtsrecht gekregen (artikel 2:158/268 lid 6 BW).³⁹⁹ Ten aan-

³⁹³ Cie.-Meurs 1999, p. 30 en 52 (aanbeveling 16).

³⁹⁴ Cie.-Meurs 1999, p. 30 en 52 (aanbeveling 16).

³⁹⁵ Met ‘corporate governance’ wordt het geheel van regels en factoren aangeduid, dat bepalend is voor de machtsverhoudingen binnen ondernemingen, in het bijzonder bij ondernemingen die in stand worden gehouden door – al dan niet beursgenoteerde – vennootschappen (zie: SER-advies 2001, p. 15).

³⁹⁶ SER-advies 2001, p. 16.

³⁹⁷ Op 8 januari 2002 is op basis van het SER-advies van 2001 een wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling van de en NV en BV bij de Tweede Kamer ingediend (zie: *Kamerstukken II* 2001-02, 28 179, nrs. 1-3). Dit wetsvoorstel is inmiddels aangenomen en op 1 oktober 2004 in werking getreden (zie: *Stb.* 2004, nrs. 370 en 405).

³⁹⁸ Een voordracht waar de AVA slechts met twee derde meerderheid van de stemmen en met aanwezigheid van een derde van het geplaatste kapitaal van kan afwijken (artikel 2:158/268 lid 9 BW).

³⁹⁹ De RvC mag slechts weigeren deze kandidaten voor benoeming voor te dragen, in geval deze ongeschikt zijn voor de vervulling van hun taak, of in geval de raad door hun benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld (artikel 2:158/268 lid 6 BW). De Ondernemingskamer (Ok) van het Hof A’dam moet dit bezwaar van de RvC bovendien gegrond hebben verklaard (artikel 2:158/268 lid 7 BW).

zien van de overige door de RvC voor te dragen kandidaten hebben zowel de AVA als de OR een recht van aanbeveling (artikel 2:158/268 lid 5 BW).⁴⁰⁰

Gezien de huidige ontwikkelingen in ‘ondernemingsland’ kan dus niet in zijn algemeenheid worden gesteld, dat het toekennen van een bindend voordrachtsrecht bij de samenstelling van een toezichthoudend orgaan uit de tijd is. Wel is het zo dat de toekenning van het bindend voordrachtsrecht aan de OR, met name lijkt te zijn ingegeven door de noodzaak de OR in staat te stellen tegenwicht te bieden aan de gewenste vergroting van de invloed van de AVA. Een dergelijk orgaan van aandeelhouders ontbreekt echter bij non-profitorganisaties, hetgeen volgens de Commissie-Meurs vraagt om een eigen ‘governance-regeling’ die beter aansluit bij de bijzondere maatschappelijke taak van deze organisaties.⁴⁰¹ De visie van de Commissie-Meurs ter zake, blijkt nauw aan te sluiten bij die van de Commissie-Glasz, die in 2000 een adviesrapport uitbracht met betrekking tot de raad van toezicht bij scholen in het hoger onderwijs.⁴⁰² Ook deze commissie is van mening dat het medezeggenschapsorgaan – in casu de MR – zou moeten worden betrokken bij de benoeming van alle leden van de raad van toezicht. De MR zou daarbij volgens de commissie een recht van advies of aanbeveling moeten toekomen en zou moeten worden betrokken bij het opstellen van een profielschets voor de raad van toezicht.⁴⁰³ De Commissie-Glasz deed voorts de aanbeveling dat er conform de regeling in de WOR een lid van de raad van toezicht als toehoorder aanwezig zou zijn bij het jaarlijkse overleg tussen het bestuur en de MR met betrekking tot het algemene beleid van de hogeschool.⁴⁰⁴ De raad van toezicht zou er aldus op kunnen toezien dat de medezeggenschap adequaat is vormgegeven en dat het overleg tussen het bestuur en de MR voldoende kwaliteit heeft.⁴⁰⁵ Tot slot blijkt ook de Commissie-Glasz van mening dat aan het medezeggenschapsorgaan een recht van enquête zou moeten toekomen in geval van wanbeleid.⁴⁰⁶

Net als in de zorgsector komt in het onderwijs overigens thans nog een wettelijk recht van bindende voordracht voor, en wel bij de samenstelling van het bestuur van de rechtspersoon die een openbare school in het middelbaar- of basisonderwijs in stand houdt.⁴⁰⁷ Dit voordrachtsrecht komt toe aan de ouders van de leerlingen die zijn ingeschreven op de betrokken school of scholen, en heeft betrekking op minimaal een derde, maar op niet meer dan de helft van het

⁴⁰⁰ Het recht van bezwaar is komen te vervallen, evenals het aanbevelingsrecht van het bestuur. Dit laatste dient de onafhankelijkheid van de RvC ten opzichte van de raad van bestuur te bevorderen.

⁴⁰¹ Cie.-Meurs 1999, p.18. Hierbij dient de kanttekening te worden geplaatst dat er sinds kort in sommige zorgsectoren wordt geëxperimenteerd met de rechtsvorm van de BV (zie: NVBG 2000, p. 13). Omdat het vooralsnog echter om experimenten op kleine schaal gaat, zullen deze in het kader van dit proefschrift buiten beschouwing worden gelaten.

⁴⁰² De Commissie-Glasz zei bij haar aanbevelingen voort te borduren op de aanbevelingen van de Commissie-Meurs (zie: Cie.-Glasz 2000, p. 10).

⁴⁰³ Cie.-Glasz 2000, p. 26.

⁴⁰⁴ Cie.-Glasz 2000, p. 29.

⁴⁰⁵ Cie.-Glasz 2000, p. 23.

⁴⁰⁶ Cie.-Glasz 2000, p. 15 en 24.

⁴⁰⁷ Dit bindend voordrachtsrecht is ingevoerd bij wet van 14 november 1996 (Stb. 1996, nr. 580) en thans terug te vinden in artikel 47 lid 4 sub *b* en 48 lid 6 sub *b* WPO respectievelijk artikel 42a lid 4 sub *b* en 42b lid 6 sub *b* WVO.

aantal bestuursleden.⁴⁰⁸ In de literatuur wordt echter kritiek op dit bindend voordrachtsrecht geuit door auteurs als Overes, Pors, Vermeulen en Smit.⁴⁰⁹ Zij vragen zich af of het reëel is te verwachten, dat ouders ernaar uitzien functies te gaan vervullen die – gezien de schaalvergroting en de verzwaren van de bestuurslast in het onderwijs – veel tijd, inzet en managementkwaliteiten zullen vergen.⁴¹⁰ Ook al zouden zij zich daarbij door anderen laten vertegenwoordigen, door de vele fusies is het bestuur dusdanig op afstand van de scholen komen te staan, dat de invloed die ouders via hun vertegenwoordigers in het bestuur kunnen uitoefenen op de gang van zaken binnen de scholen, gering is. Omdat ouders toch het meest geïnteresseerd zullen zijn in de gang van zaken op die éne school waar hun kinderen zitten, verwachten zij dat het medezeggenschapsgebeuren via de MR – dat zich nog wel steeds op schoolniveau afspeelt – aan belang zal winnen, ten koste van de bestuursparticipatie. Aangezien zich in de zorg vergelijkbare ontwikkelingen van deregulering, autonomievergroting en fusie hebben voorgedaan (en zich nog steeds voordoen), lijkt die verwachting ook te kunnen worden uitgesproken ten aanzien van het belang van bestuursparticipatie door cliënten bij zorginstellingen.⁴¹¹

Geconcludeerd kan worden dat het systeem van gecontroleerde coöptatie – waarbij medezeggenschapsorganen een recht van aanbeveling en bezwaar⁴¹² krijgen bij de benoeming van alle leden van het bestuur (/de raad van toezicht) – het beste lijkt aan te sluiten bij non-profitorganisaties met een maatschappelijke taak, zoals zorg- en onderwijsinstellingen. De deskundigheid, onafhankelijkheid, homogeniteit en continuïteit van het bestuur (dan wel het toezicht) worden er immers het beste door gewaarborgd.⁴¹³ Wanneer de medezeggenschapsorganen – bij zorginstellingen zal het gaan om de cliëntenraad, de OR en eventueel de medische staf – daarnaast ook zouden worden betrokken bij het opstellen en wijzigen van de profielschets voor de raad van bestuur (/de raad van toezicht),

⁴⁰⁸ Het is aan de gemeenteraad als benoemende instantie, te regelen hoe het bindend voordrachtsrecht wordt uitgeoefend. Dit kan zou kunnen door de oudergeleding van de MR of door middel van rechtstreekse verkiezingen. (Zie: *Kamerstukken II* 1995-96, 24 138, nr. 21.)

⁴⁰⁹ Zie: Overes 2000, p. 179, 180, 187 en 188; Pors 1995, p. 6 en Vermeulen & Smit 1998, p. 31 en 32.

⁴¹⁰ Net als in de zorg hebben zich binnen deze sector verschillende fusiegolven voorgedaan, waardoor de meeste schoolbesturen thans meerdere scholen en soms wel duizenden leerlingen onder zich hebben. In combinatie met ontwikkelingen als deregulering en de vergroting van de autonomie van de scholen, heeft dit ertoe geleid, dat de bestuurslast bij deze instellingen aanzienlijk is verzaamd. (Zie hierover onder meer: Van Elderen 2002, p. 253 e.v.)

⁴¹¹ Zie voor de ontwikkeling van deregulering en autonomievergroting in de zorg: subparagraaf 5.4.2.

⁴¹² Daarbij wordt uitgegaan van de twee 'klassieke bezwaargronden': (1) dat de betreffende kandidaat ongeschikt is voor de functie, of (2) dat de raad van bestuur dan wel de raad van toezicht door diens benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld. Over het toekennen van dit bezwaar kan men overigens van mening verschillen. Aan de ene kant heeft de geschiedenis van de structuurregeling in boek 2 BW geleerd dat een dergelijk bezwaar niet snel zal worden gehonoreerd. Aan de andere kant vormt het wel een soort 'stok achter de deur' ter stimulering dat er serieus met het aanbevelingsrecht van het medezeggenschapsorgaan zal worden omgegaan. Om laatstgenoemde reden ben ik toch voor het toekennen van een recht van bezwaar naast het aanbevelingsrecht.

⁴¹³ De onafhankelijkheid van de raad van toezicht ten opzichte van de raad van bestuur zou voorts nog kunnen worden gestimuleerd, door – anders dan in de aanbevelingen van de Commissie-Meurs en de Commissie Glasz op dit punt, maar in navolging van de nieuwe regeling van de samenstelling van de RvC – geen aanbevelingsrecht toe te kennen aan de raad van bestuur. (Zie hierover: cie.-Meurs 1999, p. 29-31, cie.-Glasz 2000, p. 6 en *Kamerstukken II* 2001-02, 28 179, nr. 3 p. 8.)

lijken voor deze medezeggenschapsorganen voldoende waarborgen aanwezig om vertrouwen te kunnen hebben in de deskundigheid van het bestuur (/de raad van toezicht), alsmede in diens bereidheid om in voldoende mate met hun belangen rekening te houden. In het geval dat de verschillende partijen binnen de instelling toch liever de voorkeur geven aan een andersoortige regeling van de invloed op de samenstelling van het bestuur (/de raad van toezicht) – bijvoorbeeld omdat de regeling van het bindend voordrachtsrecht bij de betreffende zorginstelling toch naar tevredenheid blijkt te werken en men deze regeling wil handhaven, zouden zij echter van de regeling van gecontroleerde coöptatie moeten kunnen afwijken. De raad van bestuur (/de raad van toezicht) zou hierover dan overeenstemming moeten zien te bereiken met de medezeggenschapsorganen en dit moeten vastleggen in de statuten.⁴¹⁴ De regeling met betrekking tot de samenstelling van het bestuur (/de raad van toezicht) zou tot slot dienen te worden gecompleteerd met een recht van enquête voor de betrokken medezeggenschapsorganen, wanneer er binnen de instelling sprake is van wanbeleid en de eventueel aanwezige raad van toezicht hier niets aan doet.⁴¹⁵

Nu de wetgever er (om onduidelijke redenen) voor heeft gekozen in artikel 7 WMCZ de (voor de meeste zorginstellingen) niet optimale regeling van het bindend voordrachtsrecht dwingend aan het veld op te leggen, is op dit punt sprake van schending van het subsidiariteitsvereiste. In verband met het vereiste van onderlinge afstemming verdient het voorts de voorkeur wanneer de regeling met betrekking tot de samenstelling van het bestuur (/de raad van toezicht) – net als de structuurregeling – zou worden opgenomen boek 2 van het BW (bijvoorbeeld in een speciale afdeling voor de zorgstichting). Het gaat hier immers niet zozeer om medezeggenschap, maar om de samenstelling en het toezicht op de organen van een rechtspersoon.⁴¹⁶ Het overbrengen van deze regeling naar boek 2 BW zal naar verwachting de samenhang met de rest van het rechtspersonenrecht en met de bevoegdheden van de OR bevorderen.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Vgl. artikel 2:158/268 lid 12 BW, dat een zelfde mogelijkheid tot afwijking biedt aan de RvC, de AVA en de OR. Het doel daarvan is het mogelijk maken van ‘maatwerk’ (zie: *Kamerstukken II* 2001-02, 28 179, nr. 3, p. 37).

⁴¹⁵ Zie ook: subparagraaf 6.6.3. Inmiddels lijkt het erop dat dit enquêterecht daadwerkelijk aan de cliëntenraad zal worden toegekend. In het kader van de behandeling van het Wetsvoorstel Toelating Zorginstellingen (WTZi) is namelijk recent een amendement aangenomen, dat bepaalt dat de cliëntenraad in geval van wanbeleid de Ok van het Hof A’dam kan verzoeken hier onderzoek naar te verrichten (zie: *Kamerstukken II* 2003-04, 27 659, nr. 36).

⁴¹⁶ Omdat bestuurlijke democratisering van geheel andere orde is dan medezeggenschap via een medezeggenschapsorgaan, is deze regeling bijvoorbeeld bewust buiten de WMO gehouden (zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nrs. 3-4, p. 12). De WOR bevat evenmin een regeling hieromtrent.

⁴¹⁷ Om die reden zei ook Van der Ploeg voorstander te zijn van een regeling in boek 2 BW. Bij een regeling buiten boek 2 bleef volgens hem bijvoorbeeld veelvuldig buiten zicht dat *alle* bestuurders zijn gehouden aan het doel en de statuten van de rechtspersoon. Dijk en Schepel betoonden zich in hun preadvies ten aanzien van de zeggenschap van medewerkers en/of gebruikers in bestuurlijke organen van verenigingen en stichtingen, eveneens voorstander van een regeling in boek 2 BW. (Zie: Van der Ploeg 1991, p. 31 en Van Dijk & Schepel 1981, p. 117.)

6.8 De instelling van overkoepelende cliëntenraden

In de WMCZ ontbreken bepalingen met betrekking tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad en overkoepelende cliëntenraden als de groeps- en centrale cliëntenraad. Ten tijde van de totstandkoming van de WMCZ kwam daar kritiek op, omdat men vreesde dat dit tot uitvoeringsproblemen en de nodige bureaucratische toestanden zou leiden.⁴¹⁸

Eerder in dit hoofdstuk bleek reeds dat het ontbreken van de mogelijkheid tot het instellen van een *gemeenschappelijke cliëntenraad* – in combinatie met het ontbreken van een instellingsgrens – bij zeer kleine zorginstellingen inderdaad in strijd is met de kwaliteitsvereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.⁴¹⁹ Dit probleem zou (gedeeltelijk) kunnen worden opgelost door in de WMCZ een instellingsgrens op te nemen, maar in subparagraaf 6.4.1 bleek reeds dat het zeer lastig is om deze grens ten aanzien van zoveel verschillende soorten zorginstellingen uniform vast te stellen. Daarom zou worden bekeken of misschien kan worden volstaan met het opnemen van de mogelijkheid tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad.

Wanneer men kijkt naar de WOR, dan blijkt dat deze wet de ondernemer – alsmede de in een groep verbonden ondernemers – verplicht tot het instellen van een gemeenschappelijke ondernemingsraad voor twee of meer van zijn – of hun – ondernemingen, waarin tezamen in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, ‘indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet in die ondernemingen’ (artikel 3 WOR). De mogelijkheid tot het instellen van een gemeenschappelijke ondernemingsraad dateert al uit 1971.⁴²⁰ Een reden voor het instellen daarvan kan zijn gelegen in het feit dat de afzonderlijke ondernemingen te klein zijn voor het instellen van een OR, in die zin dat zij afzonderlijk niet voldoen aan de instellingsgrens, maar wel gezamenlijk. Het instellen van een gemeenschappelijke ondernemingsraad kan voorts ook bevorderlijk zijn, indien er te weinig locatiegebonden aangelegenheden zijn om het bestaan van een ondernemingsraad bij iedere afzonderlijke locatie te rechtvaardigen.⁴²¹

⁴¹⁸ Zie: paragraaf 3.11.

⁴¹⁹ Zie: subparagraaf 6.4.1.

⁴²⁰ In subparagraaf 6.3.1 kwam al aan de orde dat de wetgever bij de WOR vrijwel van begin af aan rekening heeft gehouden met het feit dat de verplichting tot het instellen van een ondernemingsraad bij iedere ‘onderneming’, niet in alle gevallen zou aansluiten bij hetgeen de wetgever voor ogen had, namelijk dat de ondernemingsraad zou worden ingesteld bij een sociologische eenheid waarbij het zinvol is zo’n ondernemingsraad te hebben. Aanvankelijk bood de WOR daarom de mogelijkheid voor de bedrijfscommissie om op verzoek te bepalen dat meerdere vestigingen – die volgens de definitie eigenlijk allemaal afzonderlijke ondernemingen waren – tezamen moesten worden aangemerkt als één onderneming in de zin van de WOR, waarvoor maar één ondernemingsraad behoefde te worden ingesteld (artikel 2 lid 3 WOR 1971). Later werd deze bepaling vervangen door de mogelijkheid voor de ondernemer zelfstandig over te gaan tot het instellen van een gemeenschappelijke ondernemingsraad voor meerdere ondernemingen, ‘indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet in de betrokken ondernemingen’ (artikel 3 WOR).

⁴²¹ Zie: *Kamerstukken II 1987-88*, 20 583, nr. 3, p. 11. Zo oordeelde de minister van SZW in hoger beroep van een uitspraak van de bedrijfscommissie, dat twee GGz-instellingen dusdanig met elkaar waren geïntegreerd (zij hadden een gemeenschappelijke directie en raad van toezicht, een gezamenlijk budget en een centraal gevoerd personeelsbeleid), dat het waarschijnlijk was dat de aangelegen-

Anders dan in de WOR kent de WMO geen regeling ten aanzien van een gemeenschappelijk medezeggenschapsorgaan, dat in de plaats komt van twee of meer lokale medezeggenschapsorganen. In subparagraaf 6.3.1 werd reeds gewezen op het feit dat een dergelijke regeling door de definitie van het begrip ‘school’ ook niet nodig is. De wetgever koos bij de definitie van het begrip ‘school’ namelijk voor een formele benadering, waarbij wordt aangesloten bij de wijze van bekostiging van de school. Dit brengt met zich dat, wanneer meerdere schoollocaties als één geheel worden gefinancierd – dat wil zeggen onder één bekostigingsnummer – zij tezamen één school vormen, waarvoor maar één medezeggenschapsorgaan behoeft te worden ingesteld.

Omdat de WMCZ daarentegen bij het begrip ‘instelling’ mede – en in de toekomst uitsluitend⁴²² – uitgaat van de entiteit waarbinnen of van waaruit zorg wordt verleend, waardoor de cliëntenraad soms wel op erg laag niveau binnen de zorgorganisatie moet worden ingesteld, zou deze wet een bepaling moeten bevatten als in artikel 3 WOR. Deze bepaling zou er dan op neer komen dat de zorgaanbieder – of de in een groep verbonden zorgaanbieders – die twee of meer instellingen in stand houdt – of houden – verplicht is tot het instellen van een gemeenschappelijk cliëntenraad, ‘indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet in de betrokken instellingen’. Het initiatief gaat daarbij dus uit van de zorgaanbieder, hetgeen aansluit bij zijn verantwoordelijkheid voor het vormgeven van de medezeggenschapstructuur.⁴²³ Indien belanghebbenden als eventueel reeds aanwezig lokale cliëntenraden, cliënten uit de betrokken zorginstellingen of cliëntenorganisaties, menen dat niet aan het daarvoor geldende criterium is voldaan, kunnen zij zich tegen de instelling van de gemeenschappelijke cliëntenraad verzetten bij de vertrouwenscommissie of kantonrechter. Het ligt dan op de weg van de zorgaanbieder om aan te tonen dat het instellen van afzonderlijke cliëntenraden per locatie niet mogelijk is, of – gezien de bevoegdheden van de locatiemanagers – onvoldoende zin heeft. Om te voorkomen dat zorgaanbieders alle bevoegdheden – ter ontduiking van de WMCZ – naar een hoger niveau brengen, zal de zorgaanbieder bij deze laatste grond voorts eveneens moeten kunnen motiveren waarom delegatie van (extra) bevoegdheden naar de locatiemanagers niet mogelijk of onwenselijk is.

Wanneer de WMCZ deze bepaling zou bevatten, is een wettelijke instellingsgrens niet nodig. Het voordeel van de zojuist omschreven mogelijkheid tot het instellen van een gemeenschappelijke cliëntenraad, boven een wettelijk vastgestelde uniforme instellingsgrens, is bovendien dat daarbij per geval zal moeten worden bekeken in hoeverre de instelling van cliëntenraden zo dicht mogelijk bij de basis – op locatieniveau – mogelijk is, hetgeen optimaal tegemoet komt

heden die onder de WOR vallen, meestal beide ondernemingen gelijkelijk zouden treffen. Er bleven daardoor volgens de minister te weinig locatiegebonden aangelegenheden over, om het bestaan van afzonderlijke ondernemingsraden zinvol te doen zijn. Volgens de minister kon dat slechts tot tegenstrijdige adviezen leiden. (Zie: Beschikking Minister van SZW, 26 januari 1990, nr. 5381, *ROR* 1990/1.)

⁴²² Zie: subparagraaf 6.3.1

⁴²³ Zie: paragraaf 6.2.

aan de bedoeling van de wetgever.⁴²⁴ De WMCZ zou daardoor op dit punt niet alleen in overeenstemming zijn gebracht met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, maar tevens zouden diens wettelijke randvoorwaarden er aan kwaliteit door winnen, omdat zij meer flexibiliteit zouden bieden aan partijen en beter zouden aansluiten bij de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder voor de vormgeving van de medezeggenschapsstructuur.⁴²⁵

In paragraaf 3.11 kwam overigens tevens kritiek op het ontbreken van de mogelijkheid tot het instellen van meerdere cliëntenraden voor één zorginstelling: de spiegelbeeldige situatie van de gemeenschappelijke cliëntenraad. Bij verpleeghuizen met somatische en psychogeriatrische afdelingen zou namelijk behoefte bestaan aan aparte cliëntenraden voor de verschillende afdelingen. Minister d'Ancona meende echter dat het niet nodig was een dergelijke regeling in de WMCZ op te nemen, omdat volgens haar volstaan kon worden met het instellen van cliëntenraadscommissies.⁴²⁶ Deze commissies beschikken echter slechts over bevoegdheden, voor zover deze door de cliëntenraad aan hen zijn gedelegeerd. Bovendien dienen de totaal verschillende cliëntengroepen dan toch in één cliëntenraad te worden vertegenwoordigd. Het dient daarom aanbeveling op dit punt aansluiting te zoeken bij de WOR, die in artikel 4 de mogelijkheid opent voor de ondernemer om een afzonderlijke ondernemingsraad in stellen voor een onderdeel van zijn onderneming, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet in die onderneming. Van dit laatste kan sprake zijn indien het betrokken onderdeel naar aard en structuur weinig samenhang vertoont met de rest van de onderneming en organisatorisch een zekere zelfstandigheid bezit.⁴²⁷ Wanneer de WMCZ ook zo'n bepaling zou bevatten ten aanzien van de instelling van een *cliëntenraad voor een afzonderlijke afdeling* binnen de zorginstelling, dan zouden ziekenhuizen zich in de toekomst mogelijk kunnen beperken tot het instellen van een cliëntenraad bij die afdelingen waar sprake is van veel chronische patiënten (zoals bijvoorbeeld bij de afdeling nierdialyse). Nu de mogelijkheid van het instellen van een afzonderlijke cliëntenraad in de WMCZ ontbreekt, zijn de randvoorwaarden in de WMCZ onvoldoende in overeenstemming met de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder voor de vormgeving van de medezeggenschapsstructuur en bieden zij partijen onvoldoende flexibiliteit. In die zin is tevens sprake van strijd met het subsidiariteitsvereiste.

In dit kader dient overigens nog te worden opgemerkt dat het instellen van *locatiecommissies en overige cliëntenraadscommissies* mijns inziens behoort tot de verantwoordelijkheid van de cliëntenraad. Deze commissies dienen immers ter uitvoering en ondersteuning van de taak van de cliëntenraad. In de praktijk ziet men echter wel dat zorgaanbieders hiertoe overgaan en lokale cliëntenraden 'omdopen' tot locatiecommissies.⁴²⁸ De WMCZ zou daarom een bepaling analoog aan artikel 15 lid 1 WOR dienen te bevatten, die stelt dat de cliëntenraad degene is die een commissie kan instellen, en wel indien hij dit

⁴²⁴ Zie hierover tevens: Van der Voet & Akveld 2002, p. 20 en 21.

⁴²⁵ Zie: de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering in subparagraaf 4.4.4.

⁴²⁶ Zie: paragraaf 3.11.

⁴²⁷ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 13.

⁴²⁸ Zie: subparagraaf 5.2.1.

voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig acht.⁴²⁹ De cliëntenraad zou daarbij tevens degene moeten zijn die de samenstelling van deze commissies bepaalt en daaraan eventueel, al dan niet onder voorwaarden, bepaalde bevoegdheden toekent, zij het met uitzondering van de procesbevoegdheid.⁴³⁰ Draagt de cliëntenraad bevoegdheden over aan een cliëntenraadscommissie, dan verdient het in verband met de democratische legitimatie van de uitoefening van deze bevoegdheden wel aanbeveling wanneer ten minste één lid van de cliëntenraad deel gaat uitmaken van deze commissie.⁴³¹ Het verdient overigens de voorkeur wanneer de cliëntenraad en de zorgaanbieder overeenstemming bereiken over de instelling van cliëntenraadscommissies. Deze zullen voor de zorgaanbieder immers een extra kostenpost opleveren, in de zin van extra ondersteuning en scholing voor de commissieleden. Om die reden zal de zorgaanbieder, die meent dat de instelling van de commissie(s) redelijkerwijs niet nodig is voor de taakuitoefening van de cliëntenraad, zich daartegen moeten kunnen verzetten bij de vertrouwenscommissie, dan wel de kantonrechter.⁴³² Het ontbreken in de WMCZ van een regeling van de cliëntenraadscommissies zoals zojuist omschreven, is mijns inziens in strijd met het subsidiariteitsvereiste.

Zowel minister d'Ancona als minister Borst meende voorts dat het ontbreken van bepalingen inzake de *groeps- en centrale cliëntenraad* in de praktijk niet tot problemen zou leiden.⁴³³ Zij verwachtten dat de zorgaanbieders er in de praktijk wel in zouden slagen de cliëntenraden te overtuigen van de noodzaak tot het instellen van zo'n overkoepelende cliëntenraad en hen zou kunnen overhalen daaraan een deel van hun bevoegdheden over te dragen. Uit de evaluatiegegevens is inmiddels echter gebleken dat door alle fusies en grootschalige reorganisaties in de zorg, er bij de directies van zorgaanbieders een dusdanige sterke behoefte bestaat aan het voeren van overleg met een centrale cliëntenraad, dat velen van hen bij het instellen van zo'n raad, betrekkelijk soepel omgaan met het vereiste dat de lokale cliëntenraden daarmee moeten instemmen. Vaak wordt slechts medegedeeld dat er een nieuwe medezeggenschapsstructuur is ingevoerd.⁴³⁴ Deze directies zijn kennelijk bang dat er lokale cliëntenraden dwars zullen gaan liggen, wanneer zij hen officieel om hun medewerking zouden vragen. Dit met als gevolg dat de WMCZ voor hen vrijwel onuitvoerbaar zou worden.

⁴²⁹ De WOR laat het instellen van OR-commissies al sinds 1950 over aan de OR (zie: artikel 17 WOR 1950).

⁴³⁰ Laatstgenoemde bevoegdheid is – gezien de mogelijke financiële gevolgen van het uitoefenen daarvan – van dusdanig belang, dat deze bij de cliëntenraad dient te blijven berusten. De OR kan zijn bevoegdheid tot het voeren van rechtsgedingen evenmin overdragen aan de door hem ingestelde commissies (artikel 15 WOR).

⁴³¹ Een dergelijke eis wordt in het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) ook gesteld aan de samenstelling van ondernemingsraadcommissies (artikel 5:4 WMW). Zie: *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 2, p. 13 en nr. 3, p. 31.

⁴³² Aan de ondernemer komt om dezelfde reden een vergelijkbare bevoegdheid toe op grond van 15 lid 1 WOR.

⁴³³ Zie: paragraaf 3.11.

⁴³⁴ Zie: subparagraaf 5.2.1.

In 'ondernemingsland' deed de behoefte aan overleg met een overkoepelend orgaan bij ondernemers van grote concerns zich tientallen jaren geleden al voor. In 1971 werd daarom een aparte regeling gewijd aan de centrale ondernemingsraad (COR).⁴³⁵ In 1976 werd daar een regeling van de groepsondernemingsraad (GOR) aan toegevoegd.⁴³⁶ Artikel 33 WOR bepaalt thans dat de ondernemer (dan wel de in een groep verbonden ondernemers) een COR of GOR instelt (of instellen), voor alle respectievelijk een deel van de door hem (of hen) in stand gehouden ondernemingen, 'indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet ten aanzien van deze ondernemingen'. Dit laatste is het geval, wanneer er bevoegdheden zijn die niet effectief, althans niet effectief genoeg, door de afzonderlijke ondernemingsraden kunnen worden uitgeoefend.⁴³⁷ Deze bepaling is in de wet opgenomen voor het geval de ondernemer en de ondernemingsraden er niet in zouden slagen overeenstemming te bereiken over de instelling van een COR of GOR. De kantonrechter kan de wenselijkheid van de instelling van een COR of GOR dan toetsen aan het daarvoor gegeven wettelijke criterium en vervolgens de knoop doorhakken.⁴³⁸ Artikel 34 WOR bepaalt voorts dat de COR en de GOR worden samengesteld uit vertegenwoordigers van de lokale ondernemingsraden die zij vertegenwoordigen.⁴³⁹ De wetgever meende destijds dat deze samenstelling de beste waarborgen zou bieden voor een goede communicatie en taakverdeling tussen de COR (of de GOR) enerzijds, en de lokale ondernemingsraden anderzijds.⁴⁴⁰ Artikel 35 WOR regelt tot slot de bevoegdheden van de COR en GOR. Deze raden zijn – met uitsluiting van de lokale raden – bevoegd indien het gaat om 'aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle, of voor de meerderheid van de ondernemingen waarvoor zij zijn ingesteld', zij het dat de GOR geen aangelegenheden behandelt die al door de COR worden behandeld.⁴⁴¹ Aan hen komen dan eigen wettelijke bevoegdheden toe, welke vergelijkbaar zijn met die van de lokale ondernemingsraden.⁴⁴²

⁴³⁵ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 25.

⁴³⁶ Wet van 24 maart 1976, *Stb.* 1976, nr. 225.

⁴³⁷ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 29.

⁴³⁸ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 29.

⁴³⁹ De lokale ondernemingsraden dienen daarvoor één of meer leden uit hun midden naar voren te schuiven. In geval van de samenstelling van de COR kan dit ook (deels) gebeuren door en uit de leden van eventueel aanwezige groepsondernemingsraden (artikel 34 lid 1 en 2 WOR). Daarnaast kunnen ook nog vertegenwoordigers van de werknemers uit ondernemingen waar geen OR is ingesteld, aan de COR respectievelijk de GOR deelnemen (artikel 34 lid 3 en lid 7 WOR). Het lidmaatschap van een lid van de COR of de GOR eindigt van rechtswege, op het moment dat diens lidmaatschap van de lokale ondernemingsraad (of eventueel de GOR) eindigt, dan wel indien hij ophoudt in de betrokken onderneming die hij vertegenwoordigt, werkzaam te zijn (artikel 34 lid 5 WOR).

⁴⁴⁰ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 25.

⁴⁴¹ Volgens de oorspronkelijke tekst van artikel 35 WOR was de centrale ondernemingsraad slechts bevoegd indien het ging om aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang waren *voor alle betrokken ondernemingen*, waarmee aangelegenheden worden bedoeld die in de betrokken ondernemingen gelijkelijk aan de orde zijn en die in beginsel een voor alle betrokken ondernemingen gelijke regeling of afdoening vereisen (zie: *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 25). In 1979 is dit gewijzigd in 'voor alle of voor de meerderheid' van de betrokken ondernemingen. In de praktijk bestond er volgens de wetgever namelijk behoefte aan, om ook laatstgenoemde aangelegenheden op centraal of groepsniveau af te handelen. (Zie: *Kamerstukken II* 1975-76, 13 954, nrs. 1-3, p. 52.)

⁴⁴² In 1998 heeft de wetgever met deze bepaling duidelijkheid gecreëerd omtrent de vraag of de COR en de GOR nu over eigen, of slechts van de lokale ondernemingsraden afgeleide bevoegdheden be-

In het Wetsvoorstel Medezeggenschap Werknemers (WMW) wordt in het belang van een flexibele toepassing van de wet aan deze regeling tot slot ook nog eens de mogelijkheid voor de ondernemer toegevoegd om bij CAO af te wijken van deze wettelijke medezeggenschapsstructuur (artikel 3:15 WMW).⁴⁴³ Bijvoorbeeld in geval de ondernemer behoefte heeft aan meerder centrale ondernemingsraden, of indien hij in verband met een fusie behoefte heeft aan een tijdelijke ondernemingsraad.⁴⁴⁴

De WMO kent eveneens een regeling met betrekking tot het instellen van een overkoepelend medezeggenschapsorgaan. Artikel 28 lid 1 WMO opent voor het bevoegd gezag namelijk de mogelijkheid voor alle of voor een deel van de medezeggenschapsraden, een overkoepelende ‘gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR)’ in te stellen. De instelling van een GMR is zelfs verplicht indien de meerderheid van de betrokken medezeggenschapsraden aangeeft daar prijs op te stellen. De leden van de GMR worden – net als bij de COR en de GOR – door de betrokken lokale medezeggenschapsorganen uit hun midden gekozen (artikel 28 lid 2). Vanaf het moment van zijn instelling houdt de GMR zich uitsluitend bezig met aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor de betrokken medezeggenschapsraden (artikel 28 lid 1). Anders dan de COR en de GOR beschikt de GMR daarbij echter niet over eigen wettelijke bevoegdheden, maar slechts over bevoegdheden die door de betrokken medezeggenschapsraden zijn overgedragen (artikel 28 lid 6). De overdracht van deze bevoegdheden – die dienen te worden omschreven in het reglement van de GMR – vereist de instemming van tweederde van de leden van de betrokken medezeggenschapsraden (artikel 28 lid 5).

Het primaat ligt in het onderwijs dus bij de individuele medezeggenschapsraden. De wetgever ging er daarbij vanuit dat het bevoegd gezag er wel in zou slagen de deelnemende medezeggenschapsraden ertoe over te halen ieder een zelfde pakket bevoegdheden over te dragen.⁴⁴⁵ De praktijk blijkt echter anders te zijn. Veel medezeggenschapsraden zijn bang de greep op zaken te verliezen en stellen zich daardoor voorzichtig en soms wantrouwend op.⁴⁴⁶ Doordat zij hun bevoegdheden niet graag overdragen, komen er in de praktijk situaties voor waarin sommige medezeggenschapsraden bepaalde bevoegdheden aan de GMR hebben overgedragen en andere niet. Daardoor kan het zijn dat ten aanzien van een voorgenomen besluit zowel de GMR als één of meer medezeggenschapsraden bevoegd zijn te adviseren of instemming te verlenen. ‘Een onduidelijke en spanningsvolle situatie’, aldus de landelijke geschillencommissie (LGC) voor het openbaar onderwijs.⁴⁴⁷ Daarnaast kan het ook nog voorkomen dat de

schikken. Door aan de overkoepelende organen eigen wettelijke bevoegdheden toe te kennen, heeft de wetgever hen in staat gesteld de belangen van de werknemers op concerntopniveau goed te kunnen behartigen, ook wat betreft besluiten van de moedermaatschappij ten aanzien waarvan de lokale ondernemingsraden niet bevoegd zouden zijn geweest. (Zie: *Kamerstukken II 1995-96*, 24 615, nr. 3, p. 45.)

⁴⁴³ *Kamerstukken II 2004-05*, 29 818, nr. 2, p. 8.

⁴⁴⁴ *Kamerstukken II 2004-05*, 29 818, nr. 3, p. 26.

⁴⁴⁵ *Kamerstukken II 1991-92*, 22 461, nr. 8, p. 21.

⁴⁴⁶ Zoontjes 1999, p. 112.

⁴⁴⁷ Te Bos 1996, p. 9.

GMR helemaal geen bevoegdheden heeft, maar slechts als overlegplatform fungeert. De secretarissen van de geschillencommissies in het onderwijs vinden het feit dat de WMO geen eigen bevoegdheden aan de GMR toekent, een groot probleem.⁴⁴⁸ Het instrument van de GMR wordt daardoor ontkracht, terwijl de behoefte aan een goed functionerende GMR alleen maar toeneemt.⁴⁴⁹ Door processen van schaalvergroting is het gemiddeld aantal scholen dat onder het bevoegd gezag valt namelijk sterk gegroeid, waardoor op bestuurlijk niveau het beleid ten aanzien van een groot aantal scholen moet worden vastgesteld.⁴⁵⁰ In de literatuur spreekt men zich daarom wel uit voor een zelfde systeem als in artikel 33 tot en met 35 WOR, aangezien dit – vanwege het feit dat de medezeggenschap de zeggenschap daarbij volgt – beter is toegesneden op grote organisaties.⁴⁵¹

Ten aanzien van de WMCZ pleitten Akveld en ik eveneens voor overname van dit systeem uit de WOR.⁴⁵² De regie bij het instellen van een centrale of groepscliëntenraad zou ons inziens bij de zorgaanbieder moeten worden gelegd, omdat hij degene is die – om redenen als weergegeven in paragraaf 6.2 – primair verantwoordelijk is voor een goede medezeggenschapsstructuur. De samenstelling van deze raden dient, in verband met een goede onderlinge communicatie en samenwerking, zoveel mogelijk door en uit de leden van de onderliggende (groeps- of lokale) cliëntenraden plaats te vinden. De cliëntenraden die menen dat de instelling van een centrale of groepscliëntenraad niet bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WMCZ, zouden zich daartegen moeten kunnen verzetten bij de vertrouwenscommissie of de kantonrechter, hetgeen aansluit bij hun taak en verantwoordelijkheid om de belangen van de cliënten van ‘hun’ zorginstelling op een zo goed mogelijke wijze te vertegenwoordigen en te behartigen.⁴⁵³ Daardoor wordt een soort evenwicht gecreëerd tussen zorgaanbieder en cliëntenraden, dat er wellicht toe zal leiden dat de instelling van een centrale of groepscliëntenraad – meer dan tot nu toe het geval is – in onderling overleg zal plaatsvinden. Het toekennen van eigen wettelijke bevoegdheden aan het overkoepelende orgaan, maakt de hele regeling voorts eenvoudiger, duidelijker en voor de zorgaanbieder gemakkelijker uitvoerbaar. Bovendien verbetert het de mogelijkheden de belangen van cliënten bij grote zorgorganisaties op ‘concern-top-niveau’ te behartigen. Indien tot slot mijn aanbeveling uit paragraaf 5.5 zou worden overgenomen en de WMCZ ten aanzien van de regeling van de cliëntenraad en zijn bevoegdheden bepaalt dat deze van driekwart-dwingend recht is, bevat de WMCZ daarnaast ook nog eens de mogelijkheid voor de zorgaanbieder om in een bijzondere situatie – bijvoorbeeld in geval van een fusie of indien het gaat om een bijzonder complexe zorgorganisatie – in overeenstemming met het

⁴⁴⁸ Van Ojen 1997, p. 176 en 177.

⁴⁴⁹ Dit beeld wordt bevestigd door de evaluatie van de WMO uit 1997 (zie: Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 258-260).

⁴⁵⁰ Overes 2000, p. 179 en Zoontjes 1999, p. 112.

⁴⁵¹ Smit & Claessen 1997, p. 9 en Zoontjes 1999, p. 112.

⁴⁵² Zie: paragraaf 3.11.

⁴⁵³ Zie: paragraaf 6.2.

RPCP (of een andere daartoe aangewezen representatieve cliëntenorganisatie) van deze wettelijke medezeggenschapsstructuur af te wijken.⁴⁵⁴

Geconcludeerd kan worden dat het ontbreken in de WMCZ van een regeling zoals zojuist omschreven, bij grote zorgorganisaties in strijd is met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Dit is de oorzaak van het feit dat zich in de praktijk situaties voordoen, waarin zorgaanbieders – in strijd met de wet – geheel ‘op eigen houtje’ overgaan tot het instellen van een centrale cliëntenraad. De manier waarop de instelling van een centrale of groepscliëntenraad thans wordt overgelaten aan zelfregulering, is voorts in strijd met het subsidiariteitsvereiste en de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering. Door de regie volledig bij de cliëntenraden te leggen wordt namelijk voorbij gegaan aan de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder ter zake, en wordt de totstandkoming van een onevenwichtige regeling gestimuleerd. Dit staat bovendien op gespannen voet met het uitgangspunt van de WMCZ dat de zorgaanbieder degene is die primair verantwoordelijk is voor de vormgeving van de medezeggenschap.⁴⁵⁵ De interne samenhang van de WMCZ laat op dit punt daardoor te wensen over, waardoor tevens is van strijd met het vereiste van onderlinge afstemming.

6.9 Verslagleggings- en openbaarmakingsverplichtingen

De noodzaak van de verplichting tot jaarlijkse verslaglegging wat betreft de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de WMCZ, bleek in paragraaf 3.12 omstreden te zijn. Gesteld werd dat een verplichting tot verslaglegging niet nodig is voor medezeggenschap en dat artikel 8 daarom – vanuit het oogpunt van deregulering bezien – gemist kan worden.

In de WOR en de WMO komt een verslagleggingsverplichting zoals in artikel 8 WMCZ, inderdaad niet voor. De naleving van deze verslagleggingsverplichting blijkt in de praktijk bovendien te wensen over te laten.⁴⁵⁶ Veel zorgaanbieders beperken zich daarbij tot een korte passage over de activiteiten van de cliëntenraad in het jaarverslag, welk stukje bovendien vaak door de cliëntenraad zelf is aangeleverd. Slechts bij uitzondering staat er iets over de cliëntenraad in het kwaliteitsverslag, dat jaarlijks op grond van de Kwaliteitswet Zorginstellingen moet worden opgesteld (artikel 5 KZi). Desondanks kan de verplichting tot verslaglegging in de WMCZ mijns inziens een zinvolle rol vervullen. In hoofdstuk 4 bleek immers dat, indien men bij de vormgeving van een wet kiest voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, de wettelijke randvoorwaarden dienen te voorzien in een ‘terugkoppelingsmechanisme’, dat belanghebbenden de mogelijkheid biedt van controle en handhaving.⁴⁵⁷ Zo’n

⁴⁵⁴ Een vergelijkbare afwijkingsmogelijkheid dus als die artikel 3:15 WMW de ondernemer beoogt te bieden.

⁴⁵⁵ Zie: paragraaf 6.2. In subparagraaf 6.4.2 werd betoogd dat de vormgeving van de medezeggenschap een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder en de cliëntenraad zou moeten zijn.

⁴⁵⁶ Honig 2000, p. 9 en LSR-rapport 2001, p. 16.

⁴⁵⁷ Zie: subparagraaf 4.4.4.

terugkoppelingsmechanisme vergroot bovendien het leervermogen van de zelf-regulerende partijen. In de praktijk wordt het belang van terugkoppeling onder meer bevestigd door Honig. Zij stelt in het evaluatierapport over de werking van de WMCZ in de GGz-sector dat, willen de cliëntenraad en de zorgaanbieder het democratisch gehalte in een instelling daadwerkelijk verhogen, de zorgaanbieder zich dient uit te spreken over zijn visie op cliëntenparticipatie en de wijze waarop hij die realiseert dan wel tracht te realiseren.⁴⁵⁸ De cliëntenraad dient zich volgens haar in deze ook een serieuze gesprekspartner te tonen. De gang van zaken op het gebied van de medezeggenschap zou volgens haar op grond van artikel 5 lid 2 dan ook een onderwerp van periodiek overleg tussen de zorgaanbieder en de cliëntenraad moeten zijn. Het LSR wijst in zijn evaluatie van de werking van de WMCZ in de sector voor lichamelijk gehandicapten, eveneens op het belang van naleving van de verslagleggingsverplichting en het voeren van overleg hierover door de zorgaanbieder en de cliëntenraad.⁴⁵⁹ Alleen zo kan de cliëntenparticipatie worden beoordeeld en kan worden bekeken hoe het democratisch gehalte van de instelling kan worden verhoogd, aldus het LSR. Geconcludeerd kan worden dat de WMCZ op dit punt niet in strijd is met het dereguleringsdenken, maar juist overeenstemt met de kwaliteitseisen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering, zoals die in de literatuur worden gesteld.⁴⁶⁰ Wel verdient het vanuit het oogpunt van het kwaliteitsvereiste van onderlinge afstemming aanbeveling, wanneer de verslagleggingsverplichting uit artikel 8 WMCZ zou worden geïntegreerd met het kwaliteitsverslag dat de zorgaanbieder op grond van artikel 5 KZi dient op te stellen. De manier waarop de zorgaanbieder vormgeeft aan cliëntenparticipatie, maakt immers deel uit van het door hem op grond van de Kwaliteitswet te voeren kwaliteitsbeleid.⁴⁶¹ Eventueel toezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op de naleving van de WMCZ zou hier bovendien door worden vergemakkelijkt.⁴⁶²

Ten aanzien van de openbaarmakingsverplichtingen uit artikel 9 WMCZ kwam voorts met name kritiek op de verplichting tot het openbaar maken van de notulen van de bestuursvergadering.⁴⁶³ Men zag het nut er niet van in en vreesde dat het slechts tot schaduwverslaglegging, dan wel tot minder openheid tijdens de bestuursvergaderingen zou leiden. Of deze vrees ook is uitgekomen, blijkt niet uit de evaluatiegegevens. Wel blijkt dat de verplichting tot openbaarmaking van de notulen zelden of nooit wordt nageleefd.⁴⁶⁴ De verplichting tot het ter inzage leggen van protocollen en regelingen voor cliënten – waaronder de klachtenregeling – blijkt daarentegen het best te worden nageleefd.⁴⁶⁵ Het gaat dan

⁴⁵⁸ Honig 2000, p. 10.

⁴⁵⁹ LSR-rapport 2001, p. 16.

⁴⁶⁰ Zie: subparagraaf 4.4.4.

⁴⁶¹ Zie: subparagraaf 5.4.2. en dan met name artikel 2 jo. 5 lid 2 sub a KZi.

⁴⁶² Zie hierover verder: subparagraaf 6.10.1.

⁴⁶³ Zie: paragraaf 3.11.

⁴⁶⁴ In de GGz-sector zou dit bijvoorbeeld vrijwel niet gebeuren en bij revalidatiecentra slechts in 15% van de gevallen (zie: Honig 2000, p. 11 en 12 en LSR-rapport 2001, p. 15).

⁴⁶⁵ Wanneer het gaat om het geven van inzicht in het beleid van de instelling, blijft de zorgaanbieder nogal eens in gebreke. Sommige informatie – zoals het jaarverslag, beleidsplannen en de regeling van de cliëntenraad – is volgens Honig meestal wel ergens in te zien (bij een informatiecentrum of bij de

om stukken die betrekking hebben op de rechtspositie van de cliënt. Dat cliënten behoefte kunnen hebben aan inzage in laatstgenoemde stukken, is niet moeilijk voor te stellen. Dat zij behoefte hebben aan inzage in de notulen van bestuursvergaderingen daarentegen wel. Deze bepaling lijkt gemakkelijk te kunnen worden gemist, óók ten aanzien van de cliëntenraden. Deze zouden in principe genoeg moeten hebben aan de besluitenlijst met een toelichting ten aanzien van de wijze waarop de cliëntenbelangen daarbij zijn meegewogen. Mocht een cliëntenraad om wat voor reden dan ook, toch inzage willen in de notulen van de bestuursvergadering, dan kan hij daarvoor een beroep doen op artikel 5 lid 2 WMCZ. De verplichting tot openbaarmaking van de notulen lijkt kortom inderdaad in strijd met het dereguleringsdenken.

Overigens kan men zich tot slot afvragen of de openbaarmakingsverplichtingen in artikel 9 wel thuishoren in een medezeggenschapswet als de WMCZ. In feite dateren deze bepalingen nog uit een tijd waarin men een democratiseringswet tot stand wilde brengen die veel breder van opzet was.⁴⁶⁶ Met Van der Ploeg ben ik van mening dat het vanuit het oogpunt van onderlinge afstemming beter zou zijn, als deze bepalingen – evenals de bepalingen met betrekking tot de invloed op de samenstelling van het bestuur, dan wel de raad van toezicht – in boek 2 BW zouden worden opgenomen, zoals dat ook ten aanzien van de openbaarmakingsverplichtingen voor commerciële rechtspersonen is gedaan.⁴⁶⁷ Daarbij zouden dan ook openbaarmakingsverplichtingen uit andere wetten kunnen worden gevoegd, zoals de verplichting tot het ter openbare inzage leggen van het kwaliteitsjaarverslag ex artikel 5 lid 1 KZi.

6.10 De nalevingsprocedure

In paragraaf 3.13 werd een overzicht gegeven van de kritiek op de nalevingsprocedure in de WMCZ. Die kritiek had betrekking op het ontbreken van bestuurlijk toezicht, op de keuze voor twee verschillende nalevingsprocedures en in het bijzonder op de nalevingsprocedure bij de commissie van vertrouwenslieden. In deze paragraaf zullen deze onderwerpen in dezelfde volgorde besproken worden.

cliëntenraad), maar dat is dan niet als zodanig bekendgemaakt. Het is volgens haar daarom van belang dat cliëntenraad en zorgaanbieder afspraken maken over het ter inzage leggen van stukken, over de wijze waarop dit geschiedt en over de manier waarop hierover mededeling wordt gedaan. (Zie: Honig 2000, p. 11 en 12.)

⁴⁶⁶ Zie: de WDFI (paragraaf 2.4) en de WDFZ (paragraaf 2.5), waarin zaken als medezeggenschap, klachtrecht, openbaarheid en invloed op de samenstelling van het bestuur werden geregeld.

⁴⁶⁷ Van der Ploeg is bovendien van mening dat openbaarmakingsverplichtingen van deze aard zich lenen voor bredere toepassing (zie: Van der Ploeg 1991, p. 31). Te denken valt daarbij aan andere met collectieve middelen gefinancierde rechtspersonen, dan alleen zorginstellingen, maar ook aan een inzagerecht voor alle belanghebbenden, in plaats van alleen voor cliënten.

6.10.1 Het ontbreken van bestuurlijk toezicht

Bij de totstandkoming van de WMCZ vreesden sommige Tweede Kamerleden dat het achterwege laten van bestuurlijk toezicht op de naleving van de WMCZ zou leiden tot een te grote vrijblijvendheid.⁴⁶⁸ In subparagraaf 5.2.2 bleek dat er in sommige zorgsectoren – waaronder met name de ziekenhuissector – inderdaad nogal wat zorgaanbieders zijn die de instelling van een cliëntenraad bewust achterwege hebben gelaten.⁴⁶⁹ Zij zullen naar verwachting pas tot de instelling van een cliëntenraad overgaan, als zij daartoe worden gedwongen. Hoewel de cliënten (en hun organisaties) de naleving van de WMCZ op dit punt via de kantonrechter kunnen afdwingen (artikel 10 lid 2 jo. artikel 2), is van deze mogelijkheid volgens minister Hoogervorst nog onvoldoende gebruik gemaakt.⁴⁷⁰ Omdat individuele cliënten de stap naar de kantonrechter niet zo snel zullen zetten, benadrukte hij dat het van belang is dat organisaties van cliënten(-raden) hun verantwoordelijkheid op dit punt nemen. De kosten van het voeren van een juridische procedure en het risico om bij verlies in de proceskosten te worden veroordeeld, vormen voor deze organisaties daartoe echter een belangrijk beletsel.⁴⁷¹ De vraag is daarom of de invoering van bestuurlijk toezicht voor enige verbetering op het gebied van de naleving van de WMCZ zou kunnen zorgen.

Minister d’Ancona meende destijds dat het houden van bestuurlijk toezicht op de naleving van een medezeggenschapswet, weinig zinvol zou zijn.⁴⁷² In het verleden was het afdwingen van medezeggenschap door de overheid volgens haar namelijk weinig succesvol gebleken. Wat betreft het toezicht op de naleving van de democratiseringsvoorschriften die voor de invoering van de WMCZ van toepassing waren in de zorgsector, leefde onder de besturen van instellingen destijds inderdaad de indruk dat dit toezicht nergens doelmatig werd uitgeoefend.⁴⁷³ De middelen die de overheid ter beschikking stonden om deze democratiseringsvoorschriften te handhaven – veelal intrekking van (een deel van) de subsidie of van de erkenning van de instelling – waren ook veel te log om effectief gebruik van te kunnen maken. Op het gebied van de naleving voorzag de WOR aanvankelijk eveneens uitsluitend in een vorm van bestuurlijk toezicht. Het toezicht op de naleving van de WOR werd toen opgedragen aan de bedrijfscommissie (artikel 19 WOR 1950). Dat hield onder meer in dat de reglementen van de ondernemingsraden en de wijzigingen daarvan waren onderworpen aan de goedkeuring van de bedrijfscommissie (artikel 20 WOR 1950). Daarnaast besliste de bedrijfscommissie inzake geschillen met betrekking tot de

⁴⁶⁸ Zie: subparagraaf 3.13.1.

⁴⁶⁹ Deze zorgaanbieders vinden de cliëntenraad – gezien het karakter van hun cliëntenbestand – geen geschikt middel om de doelen van de WMCZ mee te bereiken.

⁴⁷⁰ Implementatieplan 2003, p. 6.

⁴⁷¹ De LPR heeft in 2002 bijvoorbeeld 17 kinder- en jeugdpsychiatrische voorzieningen gesommeerd cliëntenraden te vormen – naar aanleiding waarvan in de meeste voorzieningen ook daadwerkelijk cliëntenraden zijn ingesteld – maar dit was voor deze organisatie een vrij kostbare en arbeidsintensieve operatie (zie: Implementatieplan 2004, p. 6).

⁴⁷² Zie: subparagraaf 3.13.1.

⁴⁷³ Zie: subparagraaf 2.4.1.

bevoegdheden van de ondernemingsraad, de uitleg van de wet en van het reglement (artikel 21 WOR 1950). De beslissingen van de bedrijfscommissie hadden echter geen rechtskracht, in de zin dat zij konden worden afgedwongen. De wetgever meende namelijk dat het instituut van de ondernemingsraden in hoofdzaak, zo niet uitsluitend, afhankelijk was van de goede wil van partijen.⁴⁷⁴ Eventuele moeilijkheden dienden door hen daarom maar in eigen kring te worden opgelost. Toen de WOR in 1971 grotere bevoegdheden aan de OR toekende, werd de wet echter toch uitgebreid met de mogelijkheid voor werknemers, vakbonden en OR-leden om de bepalingen uit de WOR via de kantonrechter af te dwingen (artikel 36 WOR 1971).⁴⁷⁵ Het toezicht door de bedrijfscommissie werd grotendeels afgeschaft en verdween in 1990 voorts volledig.⁴⁷⁶ De WMO daarentegen, kent momenteel nog wel steeds een vorm van bestuurlijk toezicht. Artikel 34 WMO belast de minister van Onderwijs namelijk met het toezicht op de naleving van de WMO. Deze kan als eventuele sanctie besluiten de vergoeding van de school geheel of gedeeltelijk in te houden. Omdat dit een nogal grove sanctie is, ligt sinds de wijziging van de WMO in 1992 echter ook bij deze medezeggenschapswet de nadruk op de mogelijkheid van het medezeggenschapsorgaan naleving van de wet te vorderen bij de geschillencommissie, dan wel de kantonrechter (artikel 18, 19 en 21 tot en met 25 WMO). De wetgever zag namelijk in dat het afdwingen van de medezeggenschapsbevoegdheden door de MR efficiënter was en een betere manier vormde om de geschillen met betrekking tot de medezeggenschap tussen de MR en het bevoegd gezag op te lossen.⁴⁷⁷

Dat de WMCZ de (organisaties van) cliënten en cliëntenraden zelf verantwoordelijk stelt voor het afdwingen van rechten en bevoegdheden die de wet hen toekent, is – gezien de ervaringen die met de zojuist genoemde medezeggenschapsregelingen zijn opgedaan – dus voor de hand liggend te noemen. Toch kunnen daarbij twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste dient de WMCZ de (organisaties van) cliënten en cliëntenraden dan wel in staat stellen deze verantwoordelijkheid waar te maken. Dat houdt in dat de nalevingsprocedure in de WMCZ daar voldoende waarborgen toe dient te bieden (waarover meer in de volgende twee subparagrafen). Voorts kan het nodig zijn dat de overheid de cliënten(raden)organisaties daartoe financieel ondersteund. De wetgever

⁴⁷⁴ De keuring van de reglementen door de bedrijfscommissie diende dan ook niet alleen ter controle, maar ook om te registreren in hoeverre de WOR – die toen nog in een experimentele fase verkeerde – werd nageleefd (zie: *Kamerstukken II 1947-48*, 884, nr. 3, p. 6).

⁴⁷⁵ *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 3, p. 26.

⁴⁷⁶ De bedrijfscommissie bleef na de wijziging in 1971 bevoegd om bindende beslissingen te nemen ter zake van onderwerpen die een beleidselement hadden, zoals het instellen van een gemeenschappelijke of afzonderlijke OR, de goed- of afkeuring van het reglement van de OR en het verlenen van vervangende toestemming bij instemmingsplichtige besluiten (zie: *Kamerstukken II 1969-70*, 10 335, nr. 3, p. 27 en 28). In 1990 werd de geschillenregeling in de WOR vereenvoudigd en kwam het bestuurlijk toezicht volledig te vervallen (zie: *Kamerstukken II 1987-88*, 20 583, nr. 3, p. 8 en 9).

⁴⁷⁷ De WMO uit 1981 bevatte volgens de wetgever te weinig mogelijkheden om conflicten inzake de medezeggenschap tot een voor partijen bevredigende oplossing te brengen. Door het verlenen van procesbevoegdheid aan de MR werd verzekerd, dat deze zich altijd nog tot de gewone rechter zou kunnen wenden, zodat een adequate rechtsbescherming was gewaarborgd. (Zie: *Kamerstukken II 1991-92*, 22 46, nr. 3, p. 11 en 25.)

kan er echter ook voor kiezen het procesrisico dat deze organisaties thans lopen bij het afdwingen van de verplichting tot het instellen van een cliëntenraad te verkleinen, door deze inspanningsverplichting om te zetten in een resultaatsverplichting.⁴⁷⁸

Ten tweede sluit het feit dat de (organisaties van) cliënten en cliëntenraden in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor de naleving van de WMCZ, een aanvullende rol voor het bestuurlijk toezicht niet uit. In paragraaf 6.9 kwam al aan de orde dat, wanneer de verslagleggingsverplichting uit artikel 8 WMCZ zou worden geïntegreerd met het kwaliteitsverslag dat de zorgaanbieder op grond van artikel 5 KZi dient op te stellen, het voor de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) vrij eenvoudig kan zijn naast het toezicht op de KZi, ook toezicht uit te oefenen op de naleving van de WMCZ.⁴⁷⁹ Voor de zorgaanbieders die nog geen cliëntenraad hebben ingesteld, zou dit een extra stimulans vormen alsnog actie op dit terrein te ondernemen.⁴⁸⁰ Een rechtvaardiging voor het toevoegen van deze vorm van bestuurlijk toezicht kan worden gevonden in het feit dat de WMCZ niet alleen dient ter versterking van de rechtspositie van de cliënt, maar tevens ter verhoging van de kwaliteit van de zorg, waarvoor de overheid op grond van artikel 22 Gw medeverantwoordelijk is.⁴⁸¹ Omdat het tot slot slechts zou gaan om een kleine uitbreiding van het takenpakket van de IGZ, die naar verwachting maar tot weinig extra beleidslasten voor de overheid zal leiden, valt er op grond van het subsidiariteitsvereiste en het vereiste van onderlinge afstemming veel voor te zeggen aan artikel 5 lid 2 KZi toe te voegen, dat de zorgaanbieder in het kwaliteitsjaarverslag tevens dient aan te geven op welke wijze uitvoering is gegeven aan de WMCZ.

6.10.2 De keuze voor twee verschillende nalevingsprocedures

In de vorige subparagraaf werd opgemerkt dat het feit dat de WMCZ de verantwoordelijkheid voor het afdwingen van de rechten en bevoegdheden uit de wet bij de (organisaties van) cliënten en cliëntenraden zelf legt, impliceert dat de WMCZ hen ook in voldoende mate in staat stelt deze verantwoordelijkheid waar te maken. Uit de evaluatie van de WMCZ bleek echter dat de meeste cliëntenraden terughoudend zijn wanneer het gaat om het afdwingen van hun bevoegdheden.⁴⁸² Zij zijn niet geneigd het conflict met de zorgaanbieder te zoeken, of om

⁴⁷⁸ Conform de aanbeveling uit subparagraaf 5.3.1. Artikel 2 lid 6 WMCZ zou daartoe kunnen vervallen. Zorgaanbieders die er echt niet in slagen om aan deze resultaatsverplichting te voldoen, zouden voorts met het RPCP (of een andere, meer representatieve cliëntenorganisatie) een alternatieve vorm van cliëntenparticipatie moeten kunnen afspreken, die beter aansluit bij hun specifieke zorginstelling (zie: paragraaf 5.5).

⁴⁷⁹ Zie ook: aanbeveling 4 van de evaluatiecommissie in subparagraaf 5.2.3.

⁴⁸⁰ Of – indien de regeling met betrekking tot de cliëntenraden van driekwart dwingend recht zou worden verklaard conform de aanbeveling in paragraaf 5.5 – om met het RPCP (of een andere, meer representatieve cliëntenorganisatie) in onderhandeling te treden over het in het leven roepen van een meer passende vorm van cliëntenparticipatie.

⁴⁸¹ Zie: paragraaf 6.2 en subparagraaf 5.3.1.

⁴⁸² Zie: subparagraaf 5.2.1.

daarin althans tot het uiterste te gaan. Reden voor deze terughoudendheid bleek onder meer te zijn gelegen in het feit dat de cliëntenraad in de toekomst nog met de zorgaanbieder verder zal moeten en de goede verstandhouding met hem daarom niet wil verstoren. Dat is jammer, omdat uit het vervolgonderzoek naar de WMCZ inmiddels is gebleken dat het ondernemen van actie tegen een zorgaanbieder die zich niet aan de WMCZ houdt, er juist toe kan leiden dat de cliëntenraad in het vervolg serieuzer wordt genomen.⁴⁸³ De cliëntenraden zouden daarom meer gestimuleerd moeten worden ‘op hun strepen te staan’, zo luidde de conclusie.⁴⁸⁴ De vraag is echter of dat het enige is wat nodig is, of dat de oorzaak van de slechte naleving van de WMCZ wellicht mede is gelegen in het feit, dat de nalevingsprocedure in de WMCZ te wensen over laat. In subparagraaf 3.13.2 kwam in ieder geval de kritiek aan de orde dat het beter was geweest, wanneer de kantonrechter ten aanzien van alle geschillen bevoegd zou zijn geweest, net als bij de WOR.⁴⁸⁵

De kantonrechter is op grond van de WOR al sinds 1971 bevoegd kennis te nemen van de nalevingsvorderingen van de OR. Omdat de OR toen grotere bevoegdheden kreeg toegekend, vond de wetgever dat niet langer kon worden volstaan met een geschillenprocedure bij de bedrijfscommissie, omdat deze geen sanctie kon opleggen en geen hoger beroep mogelijk was.⁴⁸⁶ Bovendien was wetsinterpretatie, zoals het vaststellen of er op grond van de WOR al dan niet sprake was van een bepaalde bevoegdheid of verplichting, volgens de wetgever bij uitstek een taak van de rechter.⁴⁸⁷ De bedrijfscommissie bleef ten aanzien van een beperkt aantal zaken (met een beleidselement) nog een aantal jaren beslissingsbevoegd, maar sinds 1990 lopen ook deze zaken via de kantonrechter.⁴⁸⁸ Deze laatste wijziging diende de geschillenregeling in de WOR te vereenvoudigen.⁴⁸⁹ De taak van de kantonrechter werd daardoor weliswaar uitgebreid, maar de wetgever verwachtte dat dit slechts tot een kleine toename van het aantal procedures bij de kantonrechter zou leiden.⁴⁹⁰ Deze verwachting is uitgekomen. Uit vrij recent onderzoek blijkt zelfs dat het gemiddeld aantal pro-

⁴⁸³ Zie: subparagraaf 5.2.1.

⁴⁸⁴ Vervolgonderzoek 2004, p. 24 en 28.

⁴⁸⁵ Gezien de kritiek die is uitgeoefend op de nalevingsprocedure in de WMCZ, is het opmerkelijk dat Van Wolde in haar proefschrift – bij het doen van een voorstel voor de Wet Cliëntenparticipatie in de Sociale Zekerheid (WCSZ) – toch voor een zelfde soort nalevingsprocedure via een commissie van vertrouwenslieden heeft gekozen (zie: Van Wolde 2003, p. 301). De door haar voorgestelde nalevingsprocedure biedt het overlegorgaan zelfs nog minder waarborgen dan de nalevingsprocedure in de WMCZ, doordat het uitvoeringorgaan en overlegorgaan *gezamenlijk* moeten bepalen in welke gevallen de vertrouwenscommissie bevoegd zal zijn om van het geschil kennis te nemen (artikel 9 lid 2 WCSZ). Daardoor kan het uitvoeringsorgaan de gang naar de vertrouwenscommissie in feite dus blokkeren.

⁴⁸⁶ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 3, p. 26.

⁴⁸⁷ *Kamerstukken II* 1969-70, 10 335, nr. 6, p. 2 en 3.

⁴⁸⁸ Het betrof zaken als het instellen van een gemeenschappelijke of afzonderlijke OR, de goed- of afkeuring van het reglement van de OR en het verlenen van vervangende toestemming bij instemmingsplichtige besluiten (zie ook: subparagraaf 6.10.1).

⁴⁸⁹ *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 8 en 9.

⁴⁹⁰ De wetgever verwachtte dat de WOR zou zorgen voor zo'n 100 à 120 procedures per jaar, hetgeen neer zou komen op minder dan 2 procedures per kantonrechter (zie: *Kamerstukken II* 1987-88, 20 583, nr. 3, p. 10).

cedures inzake de WOR bij de kantonrechter een stuk lager ligt dan destijds door de wetgever was ingeschat, namelijk op 15 procedures per jaar.⁴⁹¹

De kantonrechter werd in 1992 voorts eveneens bevoegd verklaard kennis te nemen van de nalevingsvorderingen van de MR met betrekking tot verplichtingen van het bevoegd gezag uit of krachtens de WMO (artikel 25 WMO).⁴⁹² Door het verlenen van procesbevoegdheid aan de MR, wilde de wetgever ervoor zorgen dat deze altijd nog een beroep zou kunnen doen op de gewone rechter, zodat adequate rechtsbescherming voor de MR zou zijn gewaarborgd.⁴⁹³ Ten aanzien van een aantal geschillen is echter in eerste instantie de geschillencommissie bevoegd, namelijk geschillen inzake het advies- en instemmingsrecht van de MR en het medezeggenschapsreglement (artikel 19 WMO).⁴⁹⁴ Uit de evaluatie van de WMO uit 1997 blijkt dat er maar zeer weinig conflicten aan de geschillencommissies worden voorgelegd.⁴⁹⁵ In het onderwijs doet men er namelijk alles aan om escalatie van geschillen te vermijden.

Het lijkt er dus op dat Akveld en Loonstra gelijk hadden met hun kritiek dat de stelling van de minister, dat de aparte procedure bij de vertrouwenscommissie noodzakelijk is om de rechterlijke macht te ontzien, niet opgaat.⁴⁹⁶ Zojuist bleek immers dat in dezelfde periode als waarin de WMCZ tot stand kwam, de taak van de kantonrechter op het gebied van de naleving van de WOR en de WMO juist werd uitgebreid, zonder dat dit tot een noemenswaardige toename van het aantal procedures bij de kantonrechter heeft geleid. De vraag dient daarom opnieuw te worden gesteld of het niet beter zou zijn de kantonrechter ter zake van alle geschillen met betrekking tot de WMCZ bevoegd te verklaren. Cliëntenraden klagen er momenteel namelijk over dat de huidige nalevingsprocedure bij de vertrouwenscommissie, onvoldoende mogelijkheden biedt hun oordeel gewicht te geven.⁴⁹⁷ De uitspraak van de vertrouwenscommissie is namelijk niet afdwingbaar, waardoor het in de praktijk voorkomt dat zorgaanbie-

⁴⁹¹ *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 3, p. 56.

⁴⁹² De kantonrechter is bevoegd wanneer het gaat om een MR van een school uit het bijzonder onderwijs. Gaat het om een openbare school, dan is de administratieve rechter bevoegd.

⁴⁹³ In het verleden werd de MR door de burgerlijke rechter namelijk nogal eens niet-ontvankelijk verklaard vanwege het feit dat deze geen procesbevoegdheid zou hebben (zie: *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 3, p. 11 en 25).

⁴⁹⁴ De geschillencommissie bestaat uit een persoon die is gekozen door de bevoegde gezagsorganen die bij de betreffende geschillencommissie zijn aangesloten, een persoon die is gekozen door de betrokken medezeggenschapsraden en een derde persoon die door de eerste twee personen tezamen is gekozen (artikel 18 lid 2 WMO). De besluiten van de geschillencommissies in het bijzonder onderwijs kunnen door de kantonrechter vervolgens slechts zeer afstandelijk worden getoetst. De meeste rechters vatten de uitspraak van de geschillencommissie namelijk op als een bindend advies en gaan slechts na of het oordeel van de commissie wat betreft de inhoud of de wijze van totstandkoming dusdanig ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat degene die in het gelijk is gesteld in strijd zou handelen met de goede trouw, door de wederpartij aan dat oordeel gebonden te willen houden. Gaat het daarentegen om een besluit van een geschillencommissies in het openbaar onderwijs, dan is de administratieve rechter de bevoegde instantie. Anders dan de burgerlijke rechter kan hij de uitspraak van de geschillencommissie rechtstreeks toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. (Zie: Vermeulen & Zoontjes 2000, p. 171 en 172.)

⁴⁹⁵ Evaluatierapport WMO (1992) 1997, p. 16.

⁴⁹⁶ Zie: subparagraaf 3.13.2.

⁴⁹⁷ LOC-rapport 2001, p. 10.

ders deze gewoon naast zich neerleggen.⁴⁹⁸ Het aanspannen van een onrechtmatige daadsprocedure bij rechtbank, blijkt voor de ontmoedigd geraakte cliëntenraden voorts een te hoge drempel.⁴⁹⁹

Aan de procedure bij de kantonrechter kleven vele voordelen. Zo is deze met meer procedurele waarborgen omkleed, zijn de besluiten van de kantonrechter afdwingbaar en bestaat de mogelijkheid van hoger beroep. Dit laatste levert niet alleen meer rechtsbescherming op, maar komt tevens de rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten goede. De kantonrechter beschikt voorts ook nog eens over een betere juridische kennis en heeft op het gebied van het medezeggenschapsrecht zelfs een decennialange ervaring. Wanneer de kantonrechter als enige bevoegd zou zijn te beslissen inzake geschillen met betrekking tot de WMCZ zou dit de nalevingsprocedure bovendien duidelijker en overzichtelijker maken.⁵⁰⁰

Tegelijkertijd moet echter niet voorbij worden gegaan aan de voordelen die zijn verbonden aan de procedure bij de vertrouwenscommissie. Deze is informeler en daardoor laagdrempeliger dan de procedure bij de kantonrechter. Door de samenstelling van de commissie zullen partijen daarin mogelijk ook sneller hun vertrouwen stellen.⁵⁰¹ Bovendien bestaat de vertrouwenscommissie doorgaans uit deskundigen, in die zin dat zij op de hoogte zijn van de gang van zaken binnen de zorg en in sommige gevallen – wanneer sprake is van een ad hoc-commissie – eveneens bekend zijn met de concrete situatie binnen de specifieke zorgorganisatie. Al deze eigenschappen maken de vertrouwenscommissie bij uitstek geschikt een bemiddelende functie te vervullen.

Gezien de voordelen die zijn verbonden aan de verschillende procedures, valt er veel voor te zeggen om de taak van bemiddeling en het doen van een bindende uitspraak van elkaar te scheiden, waarbij de eerste taak zou dienen te worden toegekend aan de vertrouwenscommissie en de tweede aan de kantonrechter.⁵⁰² Een zelfde scheiding bracht de wetgever in 1971 aan bij de nalevingsprocedure in de WOR. De wetgever verklaarde de kantonrechter toen bevoegd kennis te nemen van de geschillen met betrekking tot de WOR, maar voerde tegelijkertijd de bepaling uit artikel 36 lid 3 WOR in, waarin staat dat

⁴⁹⁸ Vermeulen en Van Widdershoven wezen er eerder ten aanzien van de geschillencommissie in het onderwijs al op, dat het feit deze commissie voor de naleving van haar uitspraken in feite afhankelijk is van de hulp van de rechter, slecht is voor het gezag van deze uitspraken (zie: Vermeulen & Van Widdershoven 1992, p. 43).

⁴⁹⁹ Zie: subparagraaf 5.2.1.

⁵⁰⁰ In dit verband dient te worden gewezen op artikel 9:1 WMW op grond waarvan in de toekomst mogelijk alleen nog maar de kantonrechters bij de rechtbank te Assen, Alkmaar, Almelo, Breda en Dordrecht bevoegd zullen zijn om kennis te nemen van medezeggenschapsgeschillen tussen de ondernemer en de OR (zie: *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 2). Kennelijk is daarvoor gekozen om te zorgen voor deskundigheidsbevordering en concentratie van werkdruk. Indien deze bepaling gehandhaafd blijft en in werking treedt, verdient het op grond van het vereiste van onderlinge afstemming aanbeveling om daar in de WMCZ rekening mee te houden, door ook in de WMCZ alleen deze kantonrechters bevoegd te verklaren.

⁵⁰¹ De zorgaanbieder en de cliëntenraad mogen immers beiden een lid aanwijzen, welke tezamen een derde lid aanwijzen (artikel 10 lid 1 sub a WMCZ).

⁵⁰² Hiervoor werd ook al gepleit door de Landelijke Organisatie van Cliëntenraden (LOC) (zie: LOC-rapport 2001, p. 10).

een verzoek aan de kantonrechter met betrekking tot de naleving van de WOR slechts ontvankelijk is, indien eerst de bemiddeling van de bedrijfscommissie is verzocht.⁵⁰³ Wordt geen minnelijke schikking bereikt dan dient de bedrijfscommissie binnen twee maanden een advies omtrent de oplossing van het geschil uit te brengen. Lid 4 van artikel 36 bepaalt voorts dat de procedure bij de kantonrechter vervolgens binnen 30 dagen na het uitbrengen van dit advies dient te worden gestart en dat het advies van de bedrijfscommissie bij het verzoekschrift dient te worden overlegd.

Het overnemen van deze taakverdeling in de WMCZ, waarbij de kantonrechter bevoegd zou worden te beslissen inzake alle nalevingsgeschillen, zou tot gevolg hebben dat de cliëntenraden over een effectievere ‘stok achter de deur’ beschikken, om de naleving van de WMCZ te kunnen afdwingen. De positie van de cliëntenraad als procespartij zou in dat kader voorts nog verder kunnen worden versterkt, indien de WMCZ een algemene procesbevoegdheid aan de cliëntenraad zou toekennen en zou bepalen dat de cliëntenraad niet in de proceskosten kan worden veroordeeld.⁵⁰⁴ Dit alles zal de cliëntenraden in de toekomst wellicht stimuleren naar de zorgaanbieder toe, meer op ‘hun strepen te staan’. De openbaarheid van de uitspraken van de kantonrechter en de mogelijkheid van hoger beroep zou de rechtseenheid en rechtszekerheid met betrekking tot de uitleg van de WMCZ voorts bevorderen, hetgeen het aantal interpretatiegeschillen kan doen afnemen en leidt tot meer rechtsgelijkheid.⁵⁰⁵ Tot slot zou er ook meer samenhang door kunnen ontstaan in de jurisprudentie ten aanzien van het medezeggenschapsrecht in zijn algemeenheid.

Tegelijkertijd zou de invoering van een verplichte voorprocedure bestaande uit bemiddeling door de vertrouwenscommissie, als voordeel opleveren dat zoveel mogelijk wordt geprobeerd geschillen door middel van bemiddeling tot een oplossing te brengen.⁵⁰⁶ Door de vertrouwenscommissie uitsluitend met bemiddeling te belasten, wordt zij ook meer geschikt voor deze taak, in die zin dat er wellicht door wordt voorkomen dat partijen direct al een advocaat in de

⁵⁰³ Deze verplichte bemiddeling door de bedrijfscommissie dreigt met de toekomstige Wet Medezeggenschap Werknemers (WMW) te vervallen. De WMW zal aan partijen namelijk de mogelijkheid bieden op vrijwillige basis te kiezen voor een vorm van bemiddeling, die aansluit bij de behoeften van partijen. Partijen zullen er daarentegen ook voor kunnen kiezen zich rechtstreeks tot de kantonrechter te wenden. Door deze wijziging zal meer maatwerk in de geschillenbeslechting ontstaan. Daaraan zou behoefte bestaan omdat de huidige, verplichte vorm van bemiddeling door de bedrijfscommissies, in de praktijk nogal eens zou worden ervaren als een hinderlijke drempel die de procedure van geschillenbeslechting onnodig verlengt. Aan de andere kant zal deze wijziging leiden tot een toename van het aantal zaken bij de kantonrechter, en zal de kantonrechter dan niet meer kunnen profiteren van de deskundigheid van de bedrijfscommissie. (Zie: *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 3, p. 55 en 56.)

⁵⁰⁴ In de praktijk heeft de LOC hier ook al voor gepleit (zie: LOC-rapport 2001, p. 18). Dergelijke bepalingen komen voorts ook voor in de WOR en de WMO.

⁵⁰⁵ De procedure bij de kantonrechter biedt kortom meer waarborgen voor een ‘fair trial’ in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.

⁵⁰⁶ Gezien de voordelen die daaraan zijn verbonden, dient mijns inziens toch voor een verplichte bemiddelingsprocedure te worden gekozen. Door ieder van beide partijen zou daartoe een beroep moeten kunnen worden gedaan op de sectorale ingestelde vertrouwenscommissie. Indien zij daartoe overeenstemming bereiken zouden partijen echter tevens moeten kunnen kiezen voor een andere vorm van bemiddeling, zoals door een door henzelf ingestelde (ad hoc-) commissie. Deze regeling biedt mijns inziens voldoende ruimte voor maatwerk in de bemiddelingsprocedure.

arm nemen en hun stellingen bekleden. Dat zoveel mogelijk geschillen door bemiddeling tot een oplossing worden gebracht, is van belang vanwege het feit dat de zorgaanbieder en de cliëntenraad – net als de ondernemer en de OR – in de toekomst nog met elkaar verder zullen moeten. Escalatie van conflicten dient daarom zoveel mogelijk te worden voorkomen. Een belangrijk voordeel is voorts dat, doordat de bemiddelbare zaken eruit worden ‘gefilterd’, de rechterlijke macht zoveel mogelijk wordt ontzien. De zaken die uiteindelijk voor de kantonrechter komen, zullen door de voorprocedure bij de vertrouwenscommissie naar verwachting bovendien al enigszins ‘gepolijst’ zijn, hetgeen de kantonrechter werk kan schelen. Door te verplichten dat het advies van de vertrouwenscommissie bij het verzoekschrift wordt overgelegd, wordt er tot slot ook nog eens voor gezorgd dat de kantonrechter kan profiteren van het deskundige inzicht van de vertrouwenscommissie.

Door de nalevingsprocedure in de WMCZ op de zojuist omschreven wijze aan te passen, zou de wet meer in overeenstemming worden gebracht met het subsidiariteitsvereiste (doordat de positie van de cliëntenraad door zo’n wettelijke nalevingsprocedure wordt versterkt), met het vereiste van onderlinge afstemming (omdat er meer samenhang door ontstaat met andere medezeggenschapswetten en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen, alsmede in de jurisprudentie inzake het medezeggenschapsrecht), van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (omdat de nalevingsprocedure er duidelijker en overzichtelijker door wordt) en van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen (omdat het de rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bevordert en meer waarborgen biedt voor een ‘fair trial’ in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM).

6.10.3 De commissie van vertrouwenslieden

Wanneer de wetgever ervoor kiest om de huidige, dubbele nalevingsprocedure in de WMCZ te handhaven, dan zal de procedure bij de vertrouwenscommissie mogelijk met meer waarborgen moeten worden omgeven. In subparagraaf 3.13.3 kwam immers de kritiek aan de orde dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de vertrouwenscommissie, alsmede diens deskundigheid thans onvoldoende zijn gewaarborgd. De WMCZ zegt evenmin iets over de procedure bij de vertrouwenscommissie, waardoor geen wettelijke garanties bestaan dat partijen ook een ‘fair trial’ zullen krijgen. Daarnaast bleek onduidelijkheid te bestaan omtrent de status van de uitspraak van de vertrouwenscommissie.

Als de vergelijking wordt getrokken met de bedrijfscommissie uit de WOR en de geschillencommissie uit de WMO, dan blijkt dat de *onafhankelijkheid en onpartijdigheid* van de bedrijfscommissie al sinds 1950 wordt gewaarborgd door het feit dat zij wordt ingesteld door de SER en haar leden worden benoemd door daartoe door de SER aangewezen werkgevers- en werknemersbonden (artikel 37 en 38 WOR). Nadeel van deze partitaire samenstelling is echter dat deze in de praktijk regelmatig leidt tot adviezen met een compromiska-

rakter, die juridische overtuigingskracht ontberen.⁵⁰⁷ De geschillencommissie in het onderwijs kent eveneens een paritaire samenstelling en bestaat (net als de vertrouwenscommissie uit de WMCZ) uit 3 personen: één persoon die is gekozen door de bevoegde gezagsorganen die bij de betreffende geschillencommissie zijn aangesloten, één persoon die is gekozen door de betrokken medezeggenschapsraden en één persoon die door de eerste twee personen tezamen is gekozen (artikel 18 lid 2 WMO). De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze commissie wordt in de WMO slechts gewaarborgd door de bepaling, dat de leden van de commissie geen deel mogen uitmaken van het bevoegd gezag of de MR van een school die behoort tot het werkterrein van de geschillencommissie (artikel 18 lid 3 WMO). Volgens auteurs als Brekelmans, Vermeulen en Widdershoven blijft door de paritaire samenstelling van de geschillencommissie echter het risico bestaan, dat de leden van de commissie die het contact met de achterban niet willen verliezen, niet boven de partijen staan.⁵⁰⁸ Vermeulen en Widdershoven wezen daarnaast op het gevaar dat het feit dat de geschillencommissie zowel belast is met de taak van bemiddeling als die van geschillenbeslechting, ertoe kan leiden dat bij partijen de indruk van vooringenomenheid ontstaat, wanneer dezelfde personen die eerder betrokken zijn geweest bij de bemiddelingspoging, vervolgens overgaan tot het nemen van een bindende beslissing.⁵⁰⁹ Een wrakings- en verschoningsregeling zou dit gevaar volgens hen kunnen ondervangen.⁵¹⁰

De WOR en de WMO bevatten voorts nauwelijks waarborgen met betrekking tot de *deskundigheid* van de bedrijfscommissie respectievelijk de geschillencommissie. Wel heeft de SER de deskundigheid van de bedrijfscommissies in 1998 nog geprobeerd te bevorderen, door hun aantal van 68 terug te brengen tot 25.⁵¹¹ Door hun werkgebied te vergroten, zou het aantal zaken per bedrijfscommissie toenemen. De SER hoopte dat dit hun de expertise en professionaliteit ten goede zou komen. Om dezelfde reden bepaalt de WMO dat het werkterrein van de geschillencommissie zich over ten minste 20 scholen moet uitstrekken (artikel 18 lid 1 WMO).⁵¹² Als gevolg van deze bepaling is welis-

⁵⁰⁷ *Kamerstukken II* 2004-05, 29 818, nr. 3, p. 56.

⁵⁰⁸ Vermeulen en Widdershoven wezen op het gevaar dat de leden van de geschillencommissie zich gaan opstellen als belangenbehartigers. Een opstelling die zich volgens hen niet verdraagt met het onpartijdig uitoefenen van rechtspraak. (Zie: Vermeulen & Widdershoven 1992, p. 38.) Brekelmans pleitte in dit verband daarom voor een onafhankelijke in plaats van een paritair samengestelde geschillencommissie (zie: Brekelmans 1989, p. 26).

⁵⁰⁹ Volgens Vermeulen en Widdershoven is het met het oog op het onpartijdig functioneren in ieder geval van belang dat niet reeds in de voorfase van het geschil – bij de verkennende gesprekken en bemiddelingspogingen – vooruit wordt gelopen op aspecten die later in de geschillenprocedure ter sprake kunnen komen (zie: Vermeulen & Widdershoven 1992, p. 36).

⁵¹⁰ Daarbij zou volgens Vermeulen en Widdershoven dan in ieder geval een recht van wraking dienen te worden toegekend, indien een lid van de geschillencommissie een advies in de zaak heeft gegeven of met een der partijen een bespreking over de zaak heeft gevoerd.

⁵¹¹ SER 2003, p. 28.

⁵¹² Aanvankelijk bood het wetsvoorstel dat tot de WMO leidde, de mogelijkheid om per school een geschillencommissie in te stellen. Bij amendement is dit echter gewijzigd in de huidige bepaling. De huidige regeling zou namelijk een betere waarborg vormen voor deskundige en doelmatige geschillenbeslechting. (Zie: *Kamerstukken II* 1980-81, 16 606, nr. 39 en *Handelingen II*, 14 mei 1981, p. 4986.)

waar een aanzienlijk aantal geschillencommissies tot stand gekomen, maar de totstandkoming van een fijnmazig netwerk van geschillencommissies die net de grens van 20 scholen zouden halen, is achterwege gebleven.⁵¹³ De meeste scholen zijn aangesloten bij de vier grote landelijke geschillencommissies, te weten de Commissie voor geschillen WMO voor het Protestants Christelijk Onderwijs, de Landelijke Geschillencommissie voor het Openbaar Onderwijs (LGC), de Geschillencommissies voor het Katholiek Onderwijs en de Stichting Commissies voor Geschillen Medezeggenschap Algemeen Onderwijs.⁵¹⁴ Deze geschillencommissies houden elkaars uitspraken nauwlettend in de gaten en komen in de vorm van secretarissenoverleg regelmatig bij elkaar om de werkzaamheden op elkaar af te stemmen.⁵¹⁵ Desondanks pleit de LGC voor één landelijke geschillencommissie, eventueel met denominatieve kamers, om de uniformiteit in de jurisprudentie nog beter te waarborgen en de doelmatigheid van de geschillenbeslechting nog verder te verhogen.⁵¹⁶

Wat betreft de *procedure* bij de bedrijfscommissie respectievelijk de geschillencommissie kan voorts worden opgemerkt dat de WOR de SER in staat heeft gesteld om nadere eisen te stellen ten aanzien van de werkwijze van de bedrijfscommissie (artikel 39 WOR). In de periode van 1950 tot 1990 – toen aan de bedrijfscommissie nog een geschilbeslechtende taak toekwam – bevatte deze SER-verordening procedureregels die een behoorlijke procesgang dienden te waarborgen.⁵¹⁷ De WMO regelt hieromtrent niets, maar laat het vaststellen van de procedureregels aan de geschillencommissies zelf over.⁵¹⁸ Net als bij de WMCZ vreesde de wetgever namelijk dat het formaliseren van deze procedure ten koste zou gaan van het vertrouwde, niet bedreigende, laagdrempelige karakter van de geschillenregeling.⁵¹⁹ In de praktijk blijkt dat de geschillencommissies bij het vaststellen van de procedure hebben geprobeerd de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht daarbij zoveel mogelijk in acht te nemen.⁵²⁰ Desondanks wordt er – in het belang van de kenbaarheid en rechtszekerheid en met het oog op een zorgvuldige rechtspleging en goede rechtsbescherming – toch voor gepleit in ieder geval een minimum aantal normen voor een behoorlijke procedure – zoals het recht van partijen gehoord te worden, het recht om

⁵¹³ Te Bos 1996, p. 7.

⁵¹⁴ Van Ojen 1997, p. 171.

⁵¹⁵ Van Ojen 1997, p. 173.

⁵¹⁶ Te Bos 1996, p. 7. Ook Holsteijn is van mening dat, wanneer de geschillencommissies er niet in slagen om hun uitspraken met betrekking tot de interpretatie van de WMO onderling goed op elkaar af te stemmen, een meer structurele oplossing serieuze overweging verdient (zie: Holsteijn 1992, p. 114).

⁵¹⁷ Zie bijvoorbeeld: Verordening d.d. 17 oktober 1980, Vb. Bo. 1980, RE 10/1980 (artikel 13 tot en met 19). De SER probeerde de procesgang daarin te laten beantwoorden aan de eisen van behoorlijk procederen, bijvoorbeeld door een schriftelijk hoor en wederhoor verplicht te stellen (een hoorzitting diende alleen plaats te vinden indien de bedrijfscommissie dit wenselijk vond). Sinds 1990 zijn deze bepalingen – met uitzondering van artikel 18 met betrekking tot de procedure van bemiddeling – komen te vervallen (zie: Verordening d.d. 18 mei 1990, Vb. Bo. 1990, RE7/1990).

⁵¹⁸ Dit geldt niet ten aanzien van de geschillencommissies in het openbaar onderwijs, omdat deze procedure kan worden aangemerkt als een procedure in administratief beroep, waarop de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is.

⁵¹⁹ *Kamerstukken II* 1991-92, 22 461, nr. 5, p. 30. Vgl.: subparagraaf 3.13.3.

⁵²⁰ Te Bos 1996, p. 7.

leden van de commissie te wraken en de openbaarheid van zitting en uitspraak – in de wet vast te leggen.⁵²¹

Gezien de ervaringen die zijn opgedaan met de bedrijfscommissie en de geschillencommissie en de discussies die naar aanleiding daarvan over hun samenstelling en functioneren zijn gevoerd, kan worden geconcludeerd dat de kritiek uit subparagraaf 3.13.3 doel treft, in die zin dat de procedure bij de vertrouwenscommissie, als zijnde een geschilbeslechtende instantie, inderdaad met onvoldoende wettelijke waarborgen is omkleed. De nadruk ligt te eenzijdig op bemiddeling, hetgeen ten koste gaat van de rechtsbescherming van de cliëntenraad. Indien de wetgever de situatie wil handhaven waarin de vertrouwenscommissie als enige en hoogste instantie bindende uitspraken doet, zou het daarom goed zijn als hij de aanbeveling van de evaluatiecommissie zou overnemen de ad hoc-commissies af te schaffen en uitsluitend de sectoraal ingestelde, landelijke vertrouwenscommissies bevoegd te verklaren.⁵²² Hoewel deze commissies eveneens paritair zijn samengesteld, staan zij veel meer op afstand van partijen, hetgeen hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid ten goede komt. De afschaffing van de mogelijkheid tot het instellen van een ad hoc-commissie zou tegelijkertijd ook de deskundigheid van de vertrouwenscommissies vergroten en de rechtseenheid en rechtsgelijkheid en – indien de WMCZ bepaalt dat de uitspraken van de vertrouwenscommissie openbaar zijn – de rechtszekerheid bevorderen.⁵²³ Om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de vertrouwenscommissies te waarborgen zou de WMCZ voorts een recht van wraking en verschoning moeten bevatten.⁵²⁴ Op grond van het subsidiariteitsvereiste, de vereisten van rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen en de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid zou de WMCZ voorts ook de elementaire onderdelen van een behoorlijke procedure – zoals hoor- en wederhoor – dienen te bevatten. Gezien het duurzame en universele karakter van deze procedureregels, is er geen reden dit aan zelfregulering over te laten. Een wettelijke regeling zorgt daarentegen voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid en vormt tegelijkertijd een waarborg voor een zorgvuldige procedure.

Naast deze extra waarborgen voor een ‘fair trial’ dient de WMCZ op grond van de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid voorts meer duidelijkheid te bieden over de status van de uitspraak van de vertrouwenscommissie. Kan zij een besluit daarin vernietigen, zoals de geschillencommissie dit kan op grond van artikel 22 lid 3 WMO? Of kan zij slechts verplichten het besluit weer in te trekken, zoals de Ondernemingskamer van het Hof

⁵²¹ Zie onder meer: Vermeulen & Widdershoven 1992, p. 32; Te Bos 1996, p. 7 en Brekelmans 1989, p. 28. Ook de Toetsingscommissie heeft hier destijds voor gepleit (zie: Evaluatierapport WMO (1981) 1987, p. 28, 30 en 31).

⁵²² Zie: subparagraaf 5.2.3, aanbeveling nr. 5.

⁵²³ Net als in het onderwijs kunnen deze landelijke vertrouwenscommissies hun uitspraken namelijk onderling op elkaar afstemmen.

⁵²⁴ De zorgaanbieder en de cliëntenraad zouden bijvoorbeeld een lid van de vertrouwenscommissie moeten kunnen wraken als hij of zij banden heeft met de zorgorganisatie waartoe de zorgaanbieder en de cliëntenraad behoren. Ook zouden zij de een lid van de geschillencommissie moeten kunnen wraken indien hij of zij eerder in die zaak betrokken is geweest bij een (mislukte) bemiddelingspoging.

A'dam, op grond van artikel 26 lid 5 WOR? In beide gevallen zou de vertrouwenscommissie in ieder geval de (discretionaire) bevoegdheid moeten toekomen de zorgaanbieder te verbieden het omstreden besluit uit te (doen) voeren (vgl. artikel 26 lid 5 sub *b* WOR). In die gevallen dat het besluit al geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd, zou de vertrouwenscommissie de zorgaanbieder voorts moeten kunnen bevelen de gevolgen van het besluit ongedaan te maken, voor zover dit althans niet ten koste gaat van de rechten van derden (vgl. artikel 26 lid 5 sub *c* WOR). Dit vloeit immers logisch voort uit de constatering van de vertrouwenscommissie dat het omstreden besluit niet in stand kan blijven.⁵²⁵ Voor de cliëntenraad levert dit het voordeel op dat hij bij een procedure voor de rechter geen apart verbod of vordering tot ongedaanmaking meer hoeft te eisen, maar kan volstaan met het vorderen van naleving van de uitspraak van de vertrouwenscommissie. Omdat tot nu toe is gebleken dat de stap naar de rechtbank een te hoge drempel voor de cliëntenraden vormt, zou de WMCZ tot slot de kantonrechter ten aanzien van deze procedures bevoegd moeten verklaren.⁵²⁶ Deze procedure is vanwege het ontbreken van de verplichte rechtsvertegenwoordiging immers laagdrempeliger en goedkoper. Omdat de kantonrechter bovendien al bevoegd is kennis te nemen van andere nalevingsvorderingen ter zake van de WMCZ, stemt dit meer overeen met het vereiste van onderlinge afstemming.

6.11 Conclusie

Aan het begin van dit hoofdstuk werd de vraag gesteld of de WMCZ – zoals minister Borst beweerde – inderdaad de cruciale en onmisbare aspecten van medezeggenschapsrecht bevat, of dat de WMCZ – zoals naar de mening van velen⁵²⁷ – te minimaal is en onvoldoende waarborgen biedt voor een optimaal functioneren van de medezeggenschap. De bestudering van de inmiddels reeds beschikbare evaluatiegegevens over de WMCZ en de vergelijking met de WOR en de WMO en de ervaringen die daarmee zijn opgedaan, leiden tot de conclusie dat de WMCZ op bepaalde punten inderdaad op gespannen voet staat met het subsidiariteitsvereiste. De WMCZ bevat bijvoorbeeld inderdaad te weinig waarborgen voor de totstandkoming én instandhouding van een representatieve cliëntenraad. Daarnaast is de onafhankelijke positie van de cliëntenraad door het ontbreken van 'ontslagbeschermingsbepalingen' onvoldoende gewaarborgd. (Zie: paragraaf 6.4.) Algemene medezeggenschapsrechten als het recht op informatie, het recht op overleg en het recht op financiële en facilitaire ondersteuning blijken in de WMCZ voorts onvoldoende te zijn uitgewerkt. (Zie: paragraaf 6.6.) Daarnaast blijkt de nalevingsprocedure onvoldoende waarborgen te bieden voor een 'fair trial' en een effectieve en efficiënte afdwinging van de naleving van de WMCZ (zie: paragraaf 6.10). Doordat de WMCZ op sommige plaatsten te

⁵²⁵ Om deze reden is de bevoegdheid om deze voorzieningen te treffen destijds ook toegekend aan de Ok van het Hof A'dam (zie: *Kamerstukken II 1974-75*, 13 350, nr. 3, p. 13).

⁵²⁶ Zie: subparagraaf 5.2.1.

⁵²⁷ Zie voor hun kritiek: paragraaf 3.14.

summier is, staat deze bovendien nogal eens op gespannen voet met de vereisten van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid (zie bijvoorbeeld: paragraaf 6.3).

De kritiek uit paragraaf 3.14 dat in de WMCZ zelfs sprake is van een teruggang in democratisch gehalte ten opzichte van het daaraan voorafgaande wetsvoorstel (de WDFZ), blijkt eveneens terecht. De WDFZ kende bijvoorbeeld nog een instemmingsrecht toe aan de cliëntenraad, maar dit recht is in de WMCZ afgezwakt tot een verzwaard adviesrecht.⁵²⁸ De adviesrechten van de cliëntenraad blijken daarnaast ook zwakker te zijn dan het adviesrecht en instemmingsrecht van de OR. Afgezien van het feit dat dit onderscheid in bevoegdheden naar de cliënten toe niet te rechtvaardigen is – en dus in strijd is met het vereiste van onderlinge samenhang – kan men zich voorts afvragen of de adviesbevoegdheden van de cliëntenraad wel voldoende mogelijkheid bieden tot beïnvloeding van de besluitvorming van de zorgaanbieder. De adviesbevoegdheden van de cliëntenraad zijn overigens ook ten aanzien van de onderwerpen waarvoor zij gelden onvoldoende afgestemd op de advies- en instemmingsrechten van de OR, waardoor af en toe de indruk van willekeur ontstaat. (Zie: subparagraaf 6.5.2, 6.5.3 en 6.5.4.)

Tegelijkertijd legt de WMCZ op andere punten juist weer dwingend gedetailleerde regels op, waardoor de wet inderdaad bureaucratiserend kan werken.⁵²⁹ Te denken valt daarbij aan de strakke opsomming van onderwerpen ten aanzien waarvan de adviesrechten gelden en waarvan niet – althans niet naar beneden toe – mag worden afgeweken (zie: subparagraaf 6.5.5). Ook kan daarbij worden gedacht aan de (niet optimale) regeling van het bindend adviesrecht, die dwingend aan de zorginstellingen wordt opgelegd (zie: subparagraaf 6.7). De omgekeerde situatie doet zich in de WMCZ ook voor. Doordat de WMCZ ten aanzien van bepaalde onderdelen namelijk helemaal niets regelt, wordt de wet niet flexibeler – zoals de minister destijds meende – maar vormt deze juist een strak keurslijf.⁵³⁰ Te denken valt dan met name aan het ontbreken van de mogelijkheid voor de zorgaanbieder zelfstandig een gemeenschappelijke cliëntenraad, een afdelingscliëntenraad, een groeps- of een centrale cliëntenraad in te stellen ‘indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet’, alsmede aan het ontbreken van eigen wettelijke bevoegdheden voor deze cliëntenraden (zie: subparagraaf 6.8). De WMCZ staat daardoor onder meer op gespannen voet met de vereisten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, hetgeen in de praktijk wel aanleiding vormt tot wetsontduiking.⁵³¹

Geconcludeerd kan worden dat de WMCZ op velerlei punten onnodig in strijd komt met de kwaliteitseisen voor de regelgeving en dat het merendeel van de kritiek uit paragraaf 3.6 tot en met 3.14 gegrond is. Duidelijk is dat de wetgever er niet volledig in is geslaagd in de WMCZ het juiste evenwicht te vinden,

⁵²⁸ Zie: subparagraaf 2.5.2.

⁵²⁹ Ook deze kritiek uit paragraaf 3.14 blijkt dus juist te zijn.

⁵³⁰ Zie: paragraaf 3.14.

⁵³¹ Zie: subparagraaf 5.2.1.

tussen hetgeen wettelijke regeling behoeft en hetgeen aan zelfregulering kan worden overgelaten.