

# 189. De OR als procespartij: wie, wanneer en wat dan?

MR. A.M.W. VAN VLODRUP

Ook buiten de reguliere procesbepalingen van de WOR, kunnen ondernemingsraden soms als procespartij optreden. Dit artikel beoogt een overzicht te geven van drie formele aspecten van de procederende OR: wie heeft de bevoegdheid om een procedure te starten, wanneer bestaat deze bevoegdheid, en wat zijn dan de praktische implicaties.

## 1. Inleiding

Ondernemingsraden hebben in Nederland een vrij sterke positie, onder meer omdat de OR in bepaalde gevallen tegen de ondernemer kan procederen. Over de materiële aspecten hiervan bestaat relatief veel jurisprudentie en literatuur; (vooral) de art. 25 en 27 WOR geven voldoende stof tot nadenken en procederen. In de literatuur wordt echter maar beperkt aandacht besteed aan de formele aspecten van een procederende OR.<sup>1</sup> Toch zijn ook deze aspecten interessant, juist omdat een deel van dit terrein nog niet (geheel) ontgonnen is. In de jurisprudentie worden nog steeds normen ontwikkeld voor de procederende OR. Deze normen worden hieronder per deelonderwerp besproken. De procederende ondernemingsraad staat daarbij centraal; andere medezeggenschapsvormen, waaronder ook de personeelsvertegenwoordiging, vallen in principe buiten het bestek van dit artikel. Mogelijk zijn de hierna te bespreken normen echter ook (deels) analoog toe te passen op andere medezeggenschapsvormen.

## 2. Wie heeft procesbevoegdheid?

Dat een ondernemingsraad kan procederen, is bekend en wordt in de regel zonder meer aangenomen. Maar voor een goed begrip van de positie van een procederende OR is het belangrijk te beseffen dat een ondernemingsraad niet *per definitie* procesbevoegdheid heeft.

### Hoofregel procesbevoegdheid

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spreekt steeds over 'partijen', maar nergens wordt toegelicht wie zoal procespartij kan zijn. In 1983 heeft de Hoge Raad al

uit de gegevens die in een exploit moeten worden opgenomen (zoals naam van de partij, zie art. 5 Rv oud en huidig art. 45 Rv), afgeleid dat als uitgangspunt geldt dat de bevoegdheid om als partij in een burgerlijk geding op te treden in beginsel alleen toekomt aan natuurlijke personen en rechtspersonen.<sup>2</sup> De Hoge Raad rechtvaardigt dit uitgangspunt met een duidelijke toelichting: bij ieder ander uitgangspunt zouden problemen kunnen rijzen van procesrechtelijke aard. In de zaak die destijds voorlag, had de Hoge Raad te oordelen over de vraag of 'de Minister van Onderwijs en Wetenschappen' als zodanig procespartij kon zijn. Dat ambt wordt echter van tijd tot tijd door verschillende personen bekleed, en juist daarin schuilt kennelijk het probleem: 'zo zou onzeker kunnen zijn wie op grond van het aan een uitspraak toekomend gezag van gewijsde door die uitspraak zijn gebonden en jegens wie een uitspraak, bijvoorbeeld op het punt van de kostenveroordeling, zou kunnen worden geëxecuteerd'.<sup>3</sup>

Overigens heeft de Hoge Raad in hetzelfde arrest ook geoordeeld dat er ruimte is voor uitzonderingen op het uitgangspunt dat alleen natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid hebben.

### Uitzonderingen: medezeggenschapsorganen zoals de OR

Nu de OR geen natuurlijke persoon noch een rechtspersoon is, zou hem op grond van het uitgangspunt van de Hoge Raad in beginsel geen procesbevoegdheid toekomen. Uiteraard geldt echter als uitzondering op deze hoofdregel dat procesbevoegdheid bestaat voor partijen die deze bij bijzondere wettelijke regeling hebben verkregen. Hieronder valt uitdrukkelijk de OR, die bijvoorbeeld de bevoegdheid heeft gekregen om bij de civiele rechter beroep in te stellen tegen bepaalde besluiten van de ondernemer.<sup>4</sup> Ook andere

1 Afgezien van de handboeken en zo nu en dan een opmerking in een kroniek, is het meest uitgebreide overzicht van formeel OR-procesrecht bijna tien jaar geleden geschreven: zie C. Nekeman & S.J. Schijf, '(Proces) bevoegdheden van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2010/5.

2 HR 25 november 1983, *NJ* 1984/297, m.nt. W.H. Heemskerk.

3 *Idem*, r.o. 3.4.

4 Zie HR 3 december 1993, *NJ* 1994/375, meer specifiek conclusie van A-G Koopmans, onder 6.

medezeggenschapsorganen die op basis van een bijzondere wettelijke regeling procesbevoegdheid hebben verkregen, vallen onder deze eerste uitzondering op de hoofdregel van de Hoge Raad. Hierbij valt te denken aan het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds,<sup>5</sup> de cliëntenraad van een zorginstelling,<sup>6</sup> de medezeggenschapsraad van een onderwijsinstelling<sup>7</sup> en de personeelsvertegenwoordiging.<sup>8</sup> Medezeggenschapsvormen die geen wettelijke bevoegdheid hebben om zich tot de rechter te wenden (maar wel tot bijvoorbeeld een geschillencommissie) kunnen in principe geen beroep doen op deze eerste uitzondering.<sup>9</sup>

### De vertegenwoordiging van de OR door de (plaatsvervangend) voorzitter dient vooral een praktisch nut, maar lijkt geen ontvankelijkheidsvereiste

Daarnaast heeft de Hoge Raad nóg een uitzondering op de hoofdregel aangenomen, en wel in een concreet geval over de medezeggenschapsraad van een onderwijsinstelling. Voorheen kon een medezeggenschapsraad zich, indien een geschil was ontstaan over de naleving van de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de medezeggenschapsraad, niet tot de rechter wenden. Dat heeft de Hoge Raad onwenselijk geacht, en ‘het afsnijden van de weg naar de burgerlijke rechter zou (...) een niet aanvaardbaar gebrek aan rechtsbescherming betekenen.’<sup>10</sup> Hoewel inmiddels voor de medezeggenschapsorganen in het onderwijs wel een procesbevoegdheid is opgenomen in de wet, kan in algemene zin uit de uitspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat ook partijen die geen natuurlijke persoon of rechtspersoon zijn, en aan wie geen procesbevoegdheid is toegekend bij een bijzondere wettelijke regeling, onder (zeer bijzondere) omstandigheden toch procesbevoegdheid kunnen hebben. Deze uitzondering kan nuttig zijn zowel voor medezeggenschapsorganen die wel een specifieke procesbevoegdheid hebben maar op een ándere grond willen procederen, als voor medezeggenschapsorganen die geen concrete proces-

bevoegdheid hebben op grond van de wet.<sup>11</sup> Inmiddels heeft de Hoge Raad deze tweede uitzondering nog eens bevestigd, maar wel geoordeeld dat een uitzondering op de hoofdregel uitsluitend valt aan te nemen als daartoe een bijzondere grond bestaat.<sup>12</sup>

#### Maar wie procedeert dan namens de OR?

Wanneer een ondernemingsraad procesbevoegdheid heeft, kan hij dus zelfstandig een gerechtelijke procedure starten en in rechte worden betrokken. Aangezien de samenstelling van de OR echter met regelmaat wijzigt, resteert de vraag wie er dan precies procedeert. Op grond van art. 7 WOR vertegenwoordigt de voorzitter, of bij diens verhindering een plaatsvervangend voorzitter, de ondernemingsraad in rechte. Waar deze regel vóór 1990 alleen voor twee bijzondere regelingen was opgenomen (te weten art. 26 en 36 WOR), werd bij de wetwijziging in 1990 de vertegenwoordiging in rechte veralgemeniseerd.<sup>13</sup> Sindsdien wordt de OR overal waar hij in rechte kan optreden, (in principe) door de (plaatsvervangend) voorzitter vertegenwoordigd.

Toch wordt in verreweg de meeste gepubliceerde rechtspraak over procedures waarbij de ondernemingsraad partij is, de vertegenwoordigende voorzitter niet uitdrukkelijk genoemd. Is het dan (nog) wel een vereiste dat de voorzitter de OR in rechte vertegenwoordigt? In 1980, dus onder het oude WOR-regime, oordeelde de Ondernemingskamer in een kwestie die buiten het bereik van art. 26 en 36 WOR viel, dat de bepalingen uit de WOR niet met zich brachten dat een dagvaarding door de OR (als zodanig) geen rechtsgevolg had. De OK stelde vast dat gesteld noch gebleken was dat het instellen van de vordering door de OR niet berustte op een desbetreffend besluit van de OR.<sup>14</sup> Overigens was in die specifieke procedure ook de plaatsvervangend voorzitter van de OR (op eigen titel) eiser, en daaruit leidde de OK af dat deze persoon met de vorderingen van de OR ‘instemde’ en deze ‘bekrachtigde’.

In maart 2019 heeft de Hoge Raad nog een zaak afgedaan op grond van art. 81 RO, waarin in verweer in cassatie onder meer was betoogd dat de ondernemingsraad niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat het verzoekschrift was ingediend namens ‘de ondernemingsraad’, en niet ‘de voorzitter van de ondernemingsraad’. In zijn conclusie gaat de A-G hierop nader in, en hij komt tot

5 Zie art. 217 Pw.

6 Zie art. 10 Wmcz.

7 Zie art. 9.46 WHW en art. 35a Wms.

8 Zie art. 35c lid 3 jo. 27 lid 6 WOR en 35c lid 3 jo. 36 WOR. Daarnaast leidde de voorzieningenrechter te Amsterdam al eens procesbevoegdheid van de PVT af uit art. 35c jo. 22a WOR, maar deze gedachtegang was volgens mij niet nodig aangezien het verzoek dat de PVT in die zaak deed ook gebaseerd kon worden op art. 36 WOR., zie Rb. Amsterdam 11 maart 2013, «JAR» 2013/77.

9 Te denken valt aan de medezeggenschapscommissie binnen defensie, die op grond van het Besluit medezeggenschap defensie 2008 geschillen kan voorleggen aan het college voor geschillen, maar zich op grond van dit besluit niet (ook) tot de rechter kan wenden.

10 HR 3 december 1993, NJ 1994/375

11 In de praktijk wordt de medezeggenschapscommissie binnen defensie bijvoorbeeld wel toegelaten te procederen bij de civiele rechter.

Opvallend is dat daarbij de vraag naar procesbevoegdheid van deze medezeggenschapscommissie niet uitdrukkelijk aan de orde lijkt te komen, maar m.i. kan de procesbevoegdheid enkel worden gebaseerd op de tweede uitzondering op de hoofdregel. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 10 september 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AJ6841 en Rb. Almelo 28 juli 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AU0215. Weliswaar was ten tijde van deze uitspraken nog het oude Besluit medezeggenschap defensie van kracht, maar ook daarin was de medezeggenschapscommissie geen procesbevoegdheid toegekend.

12 HR 30 september 2016, NJ 2016/429, r.o. 3.4.1.

13 *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. 3, p. 16.

14 OK 13 november 1980, NJ 1981/258, m.nt. J.M.M. Maeijer.

de conclusie dat de vertegenwoordiging van de OR door de (plaatsvervangend) voorzitter vooral een praktisch nut dient: art. 7 WOR verduidelijkt dat de voorzitter als zeggeman en aanspreekpunt van de OR optreedt en dus namens de OR kan verklaren en handelen zonder een afzonderlijke procesvolmacht nodig te hebben. De A-G ziet echter geen ontvankelijkheidsvereiste in deze vertegenwoordiging.<sup>15</sup> In de praktijk lijkt met dit punt – in de zeldzame gevallen dat het aan de orde is – dan ook pragmatisch te worden omgegaan en wordt ook de OR als zodanig ontvankelijk verklaard.<sup>16</sup>

### 3. Wanneer kan de OR procederen?

Nu bekend is dat de OR in beginsel procesbevoegdheid kan hebben, is de vraag wanneer hem die bevoegdheid dan precies toekomt. Het kan zijn dat de OR in de wet uitdrukkelijk procesbevoegdheid wordt gegeven, maar er zijn ook andere gronden te vinden op basis waarvan de OR kan procederen.

#### Wettelijke procesbevoegdheid

Zoals uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt, heeft de OR in ieder geval procesbevoegdheid wanneer hem deze bevoegdheid bij bijzondere wettelijke regeling wordt toegekend. Uiteraard vallen hieronder de zaken die de OR op grond van de art. 26, 27 en 36 WOR aan de orde kan stellen; daarop zal ik hieronder niet heel uitgebreid ingaan. Ik merk echter wel op dat als de OR een *bovenwettelijk* advies- of instemmingsrecht is toegekend, in beginsel geldt dat de OR ook ten aanzien van die onderwerpen procesbevoegdheid heeft.<sup>17</sup> Dat is slechts anders indien het bovenwettelijke advies- of instemmingsrecht ziet op onderwerpen die onder het primaat van de politiek vallen; in dergelijke gevallen is het, aldus de Hoge Raad, niet mogelijk voor de overheidsondernemer om de OR toch beroepsrecht toe te kennen.<sup>18</sup>

### In zeldzame gevallen kunnen rechters de OR procesbevoegdheid toekennen als dit nodig is voor een doelmatige taakvervulling

Buiten de gebaande paden van de WOR heeft de ondernemingsraad echter ook (beperkte) andere wettelijke gronden waarop een procesbevoegdheid kan worden gebaseerd. Te denken valt aan een procedure op grond van art. 2:158 of

2:268 BW, waarbij de ondernemingsraad aanbevelingsrecht heeft bij de benoeming van commissarissen en de wet voorziet in een procedure bij de Ondernemingskamer waarvoor ook de OR dient te worden opgeroepen. Art. 2:346 lid 1 sub e BW biedt voorts de mogelijkheid om bij statuten of overeenkomst de OR het recht van enquête toe te kennen, maar de wet zelf geeft de OR dat recht niet.<sup>19</sup>

#### Overige gronden procesbevoegdheid

Naast wettelijke bepalingen die de OR concrete procesbevoegdheid toekennen, blijkt de OR in de jurisprudentie ook op andere gronden procesbevoegdheid te worden toegekend. Deze mogelijkheid is destijds al door de wetgever voorzien, nu in de wetsgeschiedenis van de WOR is overwogen dat de ondernemingsraad bijvoorbeeld in geval van grote spoed – en wanneer de procedure op grond van art. 26 WOR onvoldoende snel zou verlopen – een kort geding zou moeten kunnen starten tegen de ondernemer.<sup>20</sup> De wetgever ging er overigens van uit dat een ondernemingsraad uitsluitend tegen de ondernemer kon procederen.

Inmiddels zijn er verschillende procedures gevoerd waarin de OR procesbevoegdheid werd toegekend. Zo werd de ondernemingsraad aangemerkt als ‘belanghebbende’ in de zin van art. 2:337 lid 2 BW (oud), op grond waarvan de OR een rechtsvordering in een jaarrekeningprocedure kon instellen. Hier legde de OK uitdrukkelijk een verband met de taak van de OR; zij overwoog dat de ondernemingsraad er een rechtstreeks belang bij heeft dat het overleg met de ondernemer plaatsvindt aan de hand van jaarrekeningen die een helder inzicht geven. Niet voor niets moet de ondernemer de jaarrekeningen op grond van art. 31a lid 2 WOR aan de ondernemingsraad worden verstrekt. Bij een geschil daarover, moet de OR een jaarrekeningprocedure kunnen starten.<sup>21</sup> Deze redenering is sindsdien herhaaldelijk bevestigd door de OK, en niet gecorrigeerd door de Hoge Raad, waardoor kan worden aangenomen dat de OR inderdaad procesbevoegdheid heeft in jaarrekeningprocedures.<sup>22</sup>

Ook Rechtbank Den Haag nam in 1992 aan dat de OR een ‘belanghebbende’ was, maar nu in het kader van een op grond van art. 2:11 (oud) BW opgestarte procedure tot vernietiging van een besluit. Daarbij legde de rechtbank tevens een verband met art. 28 WOR, op grond waarvan de OR de taak heeft te bevorderen dat de voor de onderneming geldende voorschriften op het gebied van arbeidsvoorwaarden zo veel mogelijk worden nageleefd. Nu de OR geen concrete beroepsgang via de WOR ter beschikking stond, en het geschil wel direct verband hield met de taakuitoe-

15 HR 8 maart 2019, o.a. «JAR» 2019/94, conclusie A-G Langemeijer, onder 2.8 en 2.9.

16 Zie bijv. Rb. Den Bosch 19 juni 1992, *NJ* 1993/379, r.o. 3.4.

17 Art. 32 lid 4 WOR.

18 Zie HR 22 maart 2019, *RAR* 2019/87, «JAR» 2019/111 m.nt. C. Nekeman, «JOR» 2019/133 m.nt. L.G. Verburg, en «JIN» 2019/100 m.nt. K.M.J.R. Maessen & S.F.H. Jellinghaus. Sinds 2015 was deze lijn overigens ook al door de Ondernemingskamer ingezet, zie bijvoorbeeld OK 19 november 2015, «JAR» 2016/11 en OK 19 april 2018, «JAR» 2018/121.

19 Zie voor toekenning enquêterecht aan de OR bijvoorbeeld OK 1 maart 2005, *ROR* 2005/3 en OK 2 augustus 2018, *RO* 2018/65.

20 *Kamerstukken I* 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 20, zie voor voorbeelden van een dergelijk kort geding door de OR: Rb. Arnhem 29 november 2007, «JAR» 2008/31, m.nt. E. Knipschild en Rb. Amsterdam 26 juli 2012, *RAR* 2013/20.

21 OK 13 november 1980, *NJ* 1981/258, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.

22 Zie ook OK 26 juni 1886, *NJ* 1987/976, OK 25 april 1991, *NJ* 1992/237 en HR 20 mei 1987, *NJ* 1987/973, m.nt. J.M.M. Maeijer.

fening van de ondernemingsraad, achtte de rechtbank de OR ontvankelijk.<sup>23</sup> Ook de Rechtbank Haarlem erkende al eens dat art. 28 WOR aanleiding kon geven voor de OR om een procedure te starten.<sup>24</sup> Rechtbank Utrecht vond overigens dat art. 28 WOR geen grond voor procesbevoegdheid bevat, aangezien de rechtbank van oordeel was dat de taak van de OR op grond van art. 28 WOR uitsluitend stimulerend van aard is, en dus niet handhavend. Op deze laatste uitspraak is in de literatuur kritisch gereageerd, en de overweging van de Rechtbank Utrecht (die overigens in de uitspraak niet verder toegelicht wordt) lijkt mij te beperkt: als de ondernemingsraad mede tot taak heeft naleving van de wet te bevorderen, dan zie ik niet in waarom hij niet-naleving van die wet niet bij de rechter aan de orde zou mogen stellen.<sup>25</sup>

Ook het instellen van een voorlopig getuigenverhoor door de ondernemingsraad wordt mogelijk geacht. Waar de kantonrechter in eerste aanleg nog oordeelde dat de OR geen procesbevoegdheid toekwam, oordeelde het Gerechtshof Arnhem in 2008 dat *'moet worden aangenomen dat de OR, vertegenwoordigd door zijn voorzitter, buiten de in de artikelen 26 en 36 WOR geregelde gevallen, in rechte kan optreden waar dat in het belang is van en wenselijk is voor een doelmatige vervulling van de taak die de ondernemingsraad in de WOR is toegedacht.'*<sup>26</sup> Het hof gelastte vervolgens op verzoek van de OR een getuigenverhoor omdat voldoende duidelijk was dat de OR hiermee meende te kunnen aantonen dat de ondernemer gemaakte afspraken niet nakwam. Deze 'toverformule' van het hof werd herhaald door de kantonrechter te Amsterdam, en vervolgens bekrachtigd door het Hof Amsterdam, om voeging van een OR in de procedure tussen vakbonden en ondernemer toe te staan.<sup>27</sup> Ook dit werd in het belang van en wenselijk voor de een doelmatige taakvervulling door de OR geacht. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam oordeelde daarnaast al eens dat de ondernemingsraad bij haar als 'restrechter' terecht kon in een geschil tegen een andere partij dan de ondernemer, aangezien *'het WOR instrumentarium in dit geval tekort schiet om voldoende rechtsbescherming te bieden'*.<sup>28</sup>

### Kritisch pragmatisme

Uit het voorgaande overzicht blijkt dat procesbevoegdheid van de ondernemingsraad op diverse gronden kan worden gebaseerd. Verreweg de meeste zaken waarin de OR als procespartij optreedt, zijn gebaseerd op de wette-

lijke procesbevoegdheden uit de WOR. In bijzondere situaties lijkt de ondernemingsraad daarnaast op grond van andere wettelijke regelingen procesbevoegdheid te kunnen worden toegekend. In de gevallen dat de OR op deze twee grondslagen niet zou kunnen procederen, kunnen rechters – in vrij zeldzame situaties – ook op andere gronden de OR toestaan als procespartij op te treden. Hierbij wordt dan gekeken naar de taak van de OR en wat de OR nodig heeft om die taak goed te kunnen vervullen. Hier lijkt door rechters kritisch maar ook pragmatisch te worden omgegaan met de procederende OR. Dit wil echter niet zeggen dat deze toets een wassen neus is: waar de rechter meent dat niet wezenlijk aan de belangen van de OR wordt tekortgedaan, of als er geen sprake is van een onaanvaardbaar gebrek aan rechtsbescherming, kan de OR alsnog niet-ontvankelijk worden verklaard.<sup>29</sup>

### 4. Wat zijn de praktische implicaties van een procederende OR?

Als wordt vastgesteld dat de OR in een concreet geval procesbevoegdheid heeft, kan de OR die een procedure aanspant ook in het (on)gelijk gesteld worden. In de regel zijn hieraan praktische consequenties verbonden, zoals een proceskostenveroordeling voor de in het ongelijk gestelde partij. Bij de procederende OR ligt dat echter net iets gecompliceerder. De vraag rijst of en wanneer de OR in de proceskosten van worden veroordeeld, maar ook wat er gebeurt als een dwangsom wordt opgelegd.

#### Proceskostenveroordeling voor de OR?

In principe bevat art. 22a WOR een heel heldere regeling voor de proceskosten van de ondernemingsraad: er staat uitdrukkelijk dat de OR in rechtsgedingen tussen hem en de ondernemer niet in de proceskosten kan worden veroordeeld. Vóór de wijziging van de WOR in 1990 was een dergelijke regeling al opgenomen in de art. 26 en 36 WOR, en deze regel gold dan ook alleen voor procedures die op (één van) deze artikelen waren gebaseerd. Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 22a WOR is deze regel inmiddels echter van toepassing op *alle* rechtsgedingen tussen ondernemingsraad en ondernemer, en dus niet alleen op procedures die op de WOR zijn gebaseerd.<sup>30</sup>

Art. 22a WOR kent een vrij roerige ontstaansgeschiedenis. In eerste instantie was de regering destijds namelijk van plan een heel andere regeling op te nemen. In het oorspronkelijke art. 22a WOR stond in lid 1 dat de ondernemingsraad rechtsbijstand zou krijgen op grond van de Wet rechtsbijstand aan on- en mindervermogenen. De algehele rechtsbijstand (dus niet alleen de proceskosten) zouden in dat geval voor rekening van de Staat komen. In lid 2 stond vervolgens dat in rechtsgedingen tussen ondernemingsraad en ondernemer geen proceskostenveroordeling zou worden

23 Rb. Den Haag 27 mei 1992, «JAR» 1992/111.

24 Rb. Haarlem 13 april 2007, ROR 2007/23.

25 Rb. Utrecht 22 december 2005, «JAR» 2006/9. Zie de kritische noot van R.M. Beltzer bij «JAR» 2006/11, alsmede o.a. L.C.J. Sprengers, 'De mogelijkheden van de OR om naleving te vorderen van WOR, andere wetgeving en cao', SR 2006/31 en Nekeman & S.J. Schijf, '(Proces)bevoegdheden van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2010/5.

26 Hof Arnhem 15 juli 2008, «JAR» 2008/314 en «JOR» 2009/62, m.nt. M. Holtzer, r.o. 3.2.3.

27 Ktr. Amsterdam 23 mei 2011, «JAR» 2011/15, m.nt. E. Knipschild en Hof Amsterdam 10 juli 2012, «JBPr» 2012/70, m.nt. M.O.J. de Folter.

28 Rb. Amsterdam 2 juli 2009, «JAR» 2009/214.

29 Zie Rb. Zutphen 7 mei 2003, «JOR» 2003/228 en Ktr. Den Haag 3 augustus 2004, «JAR» 2004/266.

30 *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. 3, p. 25. Zie tevens HR 20 december 2002, JOL 2002/712, r.o. 2.19.

uitgesproken.<sup>31</sup> De regeling van art. 22a lid 1 WOR werd echter door de Raad van State ontraden, waarna de regering het voorstel voor het gehele artikel introk en ervoor koos de tekst aan te passen.<sup>32</sup> Na overleg met ‘de praktijk’, koos de regering uiteindelijk voor de huidige wettekst, waarbij zij opmerkte dat zij vertrouwen had in de ‘maatschappelijke ontwikkeling naar een vrijwillige keuze voor de “koninklijke en juiste weg”’ (welke ‘koninklijke weg’ inhield dat ondernemers in de regel de proceskosten van de OR op zich namen).<sup>33</sup>

**Bij ‘verlies’ draagt de OR in beginsel alleen zijn eigen proceskosten, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de ondernemer deze uiteindelijk voor zijn rekening neemt**

Voor procedures tussen ondernemingsraad en ondernemer is het aldus helder: de ondernemingsraad kan niet in de proceskosten worden veroordeeld. Bij ‘winst’ voor de OR kan de ondernemer wel in de proceskosten worden veroordeeld, en bij ‘verlies’ draagt de OR in beginsel alleen zijn eigen proceskosten, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de ondernemer deze uiteindelijk voor zijn rekening neemt.<sup>34</sup> Toch gaat dit niet altijd goed, en menen rechters nog wel eens dat de ‘verliezende’ OR in de proceskosten kan worden veroordeeld,<sup>35</sup> of wordt art. 22a WOR zelfs aangegrepen als grond voor proceskostenveroordeling van de ondernemer.<sup>36</sup>

Wanneer echter sprake is van een rechtsgeding tussen de ondernemingsraad en een ander dan de ondernemer, lijkt de OR wél in de proceskosten te kunnen worden veroordeeld. De voorbeelden zijn schaars, maar het komt wel degelijk

voor. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zutphen dat de OR in een door hem aangespannen procedure tegen twee leden van de raad van commissarissen van de ondernemer niet ontvankelijk was, en dat deze commissarissen niet kunnen worden aangemerkt als de ondernemer, waardoor de OR in de proceskosten kon worden veroordeeld.<sup>37</sup> Ook de Rechtbank Den Haag zag aanleiding om een niet-ontvankelijke OR in een procedure tegen een partij die niet ‘zijn’ ondernemer was, in de proceskosten te veroordelen.<sup>38</sup> Ook in een (zeer uitzonderlijke) procedure van een werknemer tegen de ondernemingsraad, werd de OR in de proceskosten veroordeeld.<sup>39</sup>

De praktische vraag dient zich dan aan: wie betaalt de proceskosten wanneer de OR daarin wordt veroordeeld? Juist deze onduidelijkheid werd door de Hoge Raad in zijn arrest over procesbevoegdheid al aangestipt, waarbij hij opmerkte dat bij procedures door anderen dan rechtspersonen en natuurlijke personen onzeker zou kunnen zijn ‘jegens wie een uitspraak, bijvoorbeeld op het punt van de kostenveroordeling, zou kunnen worden geëxecuteerd’.<sup>40</sup> Het lijkt mij niet juist, en bovendien ondoenlijk, om de leden van de ondernemingsraad gezamenlijk (of hoofdelijk) aansprakelijk te houden voor deze kosten.<sup>41</sup> Niet alleen zou dit de positie van OR-lid wezenlijk bezwaren (en zouden OR-leden dan nog durven procederen?), maar ik trek hierbij ook een parallel met de inschakeling van deskundigen, voor de betaling waarvan de OR-leden in principe ook niet persoonlijk aansprakelijk zijn.<sup>42</sup> Er is mij ook geen rechtspraak bekend waarin aan de orde was of een proceskostenveroordeling van de OR geëxecuteerd kan worden ten laste van individuele OR-leden.

Wat de meest logische route lijkt, is een beroep op art. 22 WOR. Op grond hiervan dient de ondernemer de kosten te dragen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de OR. Het tweede lid noemt daarbij ook uitdrukkelijk de kosten voor het voeren van rechtsgedingen – waarbij de kanttekening wordt gemaakt dat de ondernemer deze kosten alleen hoeft te dragen als hij hiervan vooraf in kennis is gesteld (toestemming is in principe niet nodig). In de regel vergoedt de ondernemer op grond van dit artikel de kosten voor juridische bijstand van de OR, maar het lijkt mij dat proceskosten hier eveneens onder vallen. Mocht de ondernemer weigeren deze kosten te betalen, of ontstaat een geschil over de hoogte van de vergoeding, dan kan deze kwestie op grond van art. 36 lid 2 WOR aan de kantonrechter worden voorgelegd.<sup>43</sup> In de praktijk ontstaat overigens met regelmaat een geschil over

31 *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. A, p. 1-2.

32 *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. B, p. 3-4, *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. 5 en nr. 6.

33 *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. 9, p. 10.

34 Voor de goede orde: als de ondernemer in het ongelijk wordt gesteld, is de rechter bevoegd om de ondernemer te veroordelen in de werkelijke (redelijke) kosten die aan de zijnde van de OR zijn gemaakt, zie HR 2 juni 2017, o.a. *NJ* 2017/453, m.nt. B. Barentsen. Hiermee zou een eventueel later geschil over de hoogte van te vergoeden kosten kunnen worden voorkomen.

35 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 27 mei 1992, «JAR» 1992/111, Rb. Noord-Nederland 25 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:186 en Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9803. In deze laatste zaak werd in hoger beroep overigens mede gegriefd tegen de proceskostenveroordeling, waarna het Hof Den Haag deze vernietigde. Omdat de OR in hoger beroep opnieuw in het ongelijk werd gesteld, werd ook in die instantie geen proceskostenveroordeling uitgesproken. Zie Hof Den Haag 25 oktober 2016, «JAR» 2016/283.

36 Zie Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2015, o.a. «JAR» 2015/219, m.nt. I.J. de Laat. In hoger beroep van deze zaak oordeelde het Hof Den Bosch overigens met een vrij onbegrijpelijke toelichting dat het “gegeven het systeem van artikel 22 en 22a WOR” überhaupt geen proceskostenveroordeling zou uitspreken, ook al werd de ondernemer in het ongelijk gesteld. Zie Hof Den Bosch 17 november 2016, o.a. «JOR» 2017/291, m.nt. J. Klooststra.

37 Rb. Zutphen 7 mei 2003, «JOR» 2003/228. Zie voor kritisch commentaar L.C.J. Sprengers, in: *T&C Arbeidsrecht*, artikel 22a WOR, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

38 Rb. Haag 19 juli 2017, *RO* 2017/83.

39 Rb. Amsterdam 17 juli 2009, *RAR* 2009/137.

40 HR 25 november 1983, *NJ* 1984/297, r.o. 3.4.

41 Zie anders J.M.M. Maeijer in zijn noot bij OK 13 november 1980, *NJ* 1981/258.

42 Zie Ktr. Tilburg 2 oktober 1997, *Prg.* 1998/4886.

43 Zie ook HR 2 juni 2017, o.a. *NJ* 2017/453, m.nt. B. Barentsen.



de door de ondernemer te vergoeden kosten. Dit geschil ziet dan in de regel niet op proceskosten, maar wel op kosten voor rechtsbijstand (dus meestal advocaatkosten). Het is niet uitzonderlijk dat ondernemers deze kosten – althans de hoogte ervan – betwisten. Het is dan in een uiterste geval aan de rechter om te bepalen welke redelijke kosten voor de redelijkerwijs noodzakelijke werkzaamheden ten behoeve van de OR vergoed dienen te worden.<sup>44</sup>

Stel nu dat de ondernemer echter terecht weigert de proceskosten van de OR te voldoen, bijvoorbeeld omdat voor de ondernemingsraad een jaarbudget is afgesproken en door de proceskostenveroordeling dit jaarbudget wordt overschreden (art. 22 lid 4 WOR). Wat dan? Voor een dergelijke situatie biedt de wet (nog) geen uitkomst, en de OR kan zich dan in principe ook niet tot de kantonrechter wenden.<sup>45</sup> Wellicht resteert dan als laatste redmiddel dat wat de wetgever in 1988/1989 al opperde: een beroep op de overheid. Immers, toen de wetgever aangaf erop te vertrouwen dat ondernemers ‘de koninklijke route’ zouden nemen en de proceskosten van ondernemingsraden steeds zouden dragen, werd uiteraard de vraag gesteld wat zou gebeuren als de ondernemer hiertoe niet bereid was. Het antwoord luidde als volgt: *‘(a)ls een ondernemer weigert om de proceskosten van de ondernemingsraad te betalen (artikel 22, tweede lid), komen deze kosten via de toepassing van de Wet rechtsbijstand aan on- en mindervermogen- den ten laste van de overheid.’*<sup>46</sup> En hoewel uitzonderlijk, blijkt dat in het verleden inderdaad wel eens een toevoeging is verleend aan een ondernemingsraad om te procederen (waarbij zij opgemerkt dat dit het geval was onder het oude recht, toen de ondernemer überhaupt altijd moest instemmen met het dragen van kosten voor rechtsgedingen, waaronder ook de advocaatkosten).<sup>47</sup>

#### Dwangsommen: voor wie en door wie?

Een ander praktisch dilemma doet zich voor wanneer in een procedure waarbij de OR betrokken is, een veroordeling op last van een dwangsom wordt toegewezen. Het is voor ondernemingsraden niet ongebruikelijk om aan een verzoek tot een voorlopige voorziening ook een dwangsom te koppelen. In de praktijk wordt een dergelijke dwangsom meestal niet toegewezen, waarbij de rechter vaak aanneemt dat de ondernemer uit zichzelf zal voldoen aan hetgeen waartoe hij wordt veroordeeld.<sup>48</sup>

Het dilemma ontstaat wanneer een dwangsom wél wordt toegewezen – wat zo nu en dan gebeurt.<sup>49</sup> Want wat is nu het praktisch nut van een veroordeling onder dwangsom

van de ondernemer? Op grond van art. 611c Rv komt de dwangsom ten volle toe aan de partij die deze heeft verkregen; de OR dus. De OR heeft echter geen rechtspersoonlijkheid of een afgescheiden vermogen, en dus zal het in de praktijk onmogelijk zijn om aan ‘de ondernemingsraad’ als zodanig een betaling te doen. Een betaling aan de afzonderlijke leden van de ondernemingsraad lijkt mij rechtens onjuist, en is ook nauwelijks uitvoerbaar (zeker als de samenstelling van de OR in de tussentijd wijzigt).

### Het opleggen van dwangsommen stuit op de problematiek dat de OR geen afgescheiden vermogen heeft

Als de ondernemer in de regel geacht wordt om de kosten van de ondernemingsraad te dragen omdat dat de ‘koninklijke weg’ is, zou dan het omgekeerde niet ook moeten gelden, namelijk dat de baten van een ondernemingsraad ook aan de ondernemer ten goede moeten komen? In dat geval zou de ondernemer eventueel verbeurde dwangsommen evenwel aan zichzelf moeten betalen, waarmee de dwangsom ieder nut verliest. Een praktische oplossing zou wat mij betreft zijn dat de ondernemer de dwangsom betaalt aan een apart ‘potje’ van de OR, wat de ondernemingsraad dan naar eigen inzicht kan besteden (vergelijk art. 22 lid 4 WOR). Dit werkt uiteraard alleen als de zaken binnen de onderneming zodanig zijn geregeld dat de ondernemer ook daadwerkelijk niet over dit geld kan beschikken. Weliswaar is dit vanuit accountancy-perspectief nog altijd geld ‘van’ de onderneming, maar op deze manier heeft de ondernemer er geen vrije toegang toe – waarmee het doel van de dwangsom in ieder geval deels overleefd blijft. Een alternatief zou kunnen zijn dat de OR zelf aangeeft waar het bedrag van de dwangsom aan moet worden betaald (zoals een goed doel, een stichting, etc.). In de praktijk worden dit soort dwangsommen (gelukkig) vrijwel nooit verbeurd.

De andere kant van de medaille is overigens ook interessant. Want kan de ondernemingsraad zelf een dwangsom worden opgelegd? Uit de jurisprudentie blijkt dat ook dit wel gebeurt.<sup>50</sup> Als de OR vervolgens niet aan de veroordeling voldoet, wie dient de dwangsommen dan te betalen? Het gaat mij te ver om ook deze kosten voor rekening van de ondernemer te laten komen; het lijken mij in ieder geval geen kosten die ‘redelijkerwijs noodzakelijk zijn’ voor de taakvervulling van de OR, noch kosten van het voeren van een rechtsgeding. De ondernemingsraad had zich immers ook kunnen houden aan de veroordeling, en dan waren deze kosten niet gemaakt.

Wellicht is dit dan één van de zeldzame gronden waarop de afzonderlijke OR-leden toch in persoon aansprakelijk kunnen zijn. In de wetsgeschiedenis is (zij het summier)

44 Zie bijv. Rb. Den Haag 27 januari 2010, «JAR» 2010/86.

45 Vlg. L.C.J. Sprengers, in: T&C Arbeidsrecht, art. 22 WOR, aant. 4, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

46 Kamerstukken II 1987/88, 20583, nr. 6, p. 24. Zie tevens HR 20 december 2002, JOL 2002/712, r.o. 2.19.

47 Zie Rb. Utrecht 1 oktober 1991, KG 1991/376.

48 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 13 april 2007, ROR 2007/23 en Rb. Amsterdam 13 augustus 2009, «JAR» 2009/228.

49 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 14 december 1989, KG 1990/33, Ktr. Lelystad 12 december 2001, ECLI:NL:KTGLLY:2001:AD7085 en Rb. Breda 25 februari 2004, ROR 2004/18.

50 Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 20 februari 2002, ECLI:NL:RBBRE:2002:AD9736, Rb. Zutphen 5 december 2006, RAR 2007/33 en Rb. Amsterdam 17 juli 2009, RAR 2009/137.

rekening gehouden met de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid van OR-leden.<sup>51</sup> Het lijkt mij goed verdedigbaar dat leden van de ondernemingsraad die (naar moet worden aangenomen: willens en wetens) niet voldoen aan een veroordeling, in persoon verantwoordelijk zijn voor de gevolgen daarvan. Dat betekent echter wel dat de partij aan wie de dwangsommen toekomen, zich tot de afzonderlijke OR-leden moet wenden om deze bedragen geïnd te krijgen – met alle eventuele discussies en problemen van dien.<sup>52</sup>

Een laatste benadering, die ook in de jurisprudentie wel voorkomt, is om überhaupt geen dwangsommen toe te wijzen – noch ten bate, noch ten laste van de OR. De korte en eenvoudige toelichting die daarbij wel wordt gegeven, is dat aan het toewijzen van een dwangsom in de weg staat dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid heeft.<sup>53</sup> Dit lijkt opnieuw een pragmatische oplossing, al valt te betwijfelen of het wegnemen van het pressiemiddel van de dwangsom wenselijk is.

## 5. Conclusie

Hoewel de ondernemingsraad geen natuurlijke of rechtspersoon is, kan hem procesbevoegdheid toekomen op grond van een wettelijke regeling of een bijzondere grond. In principe biedt de WOR, en soms het BW, voldoende mogelijkheden om de OR procesbevoegdheid toe te kennen. Waar dit toch niet het geval is, lijken rechters in zeldzame situaties pragmatisch met de zaak om te gaan; als de procesbevoegdheid ‘noodzakelijk’ is om de OR zijn taken naar behoren te laten vervullen, lijken rechters geneigd om de OR toch te laten procederen. Voor zover dit bij uitzonderingssituaties blijft – wat in lijn zou zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen op de hoofdregel van procesbevoegdheid – zie ik geen noodzaak de wet op dit punt aan te passen. Ik meen ook dat de OR in principe voldoende uit de voeten moet kunnen met het huidige instrumentarium. Wanneer echter in bredere zin wordt aangenomen dat de OR moet kunnen procederen voor zover dit noodzakelijk is voor een behoorlijke taakvervulling, dan meen ik dat een dergelijke grondslag ook als zodanig in de WOR zou moeten worden opgenomen.

Het blijft dan aan de rechter om hierover een oordeel te vellen, maar in ieder geval maakt dat het speelveld voor alle partijen helder.

In geschillen tussen ondernemer en ondernemingsraad kan de OR niet in de proceskosten worden veroordeeld. Als de OR in het ongelijk wordt gesteld, draagt hij in principe dus alleen zijn eigen proceskosten – waarvan wordt aangenomen dat de ondernemer deze uiteindelijk voor zijn rekening neemt. In de praktijk gebeurt dat ook in vrijwel alle gevallen. De OR kan echter wel worden veroordeeld in de proceskosten in een geschil met een ander dan de ondernemer. Uit art. 22 lid 2 WOR lijkt te volgen dat ook in dat scenario de ondernemer de kosten draagt. Weigert de ondernemer de proceskosten van de OR te dragen, dan kan de ondernemingsraad dit aan de kantonrechter voorleggen. In een uiterst geval lijkt de wetgever als laatste redmiddel te hebben voorzien dat de kosten voor rekening van de overheid komen. Op dit punt lijkt mij dat de huidige praktijk, waarin de ondernemer in de regel de kosten draagt en partijen zich bij een geschil tot de rechter kan wenden, voldoet. Het opleggen van dwangsommen stuit op de problematiek dat de OR geen afgescheiden vermogen heeft en dat dus onduidelijk is aan wie of door wie betaald zou moeten worden. Dit lijkt mij een punt dat nog verder uitgekristalliseerd moet worden (in rechtspraak of door de wetgeving). Als de OR dwangsommen dient te ontvangen, zou hij ofwel een eigen ‘potje’ moeten hebben waar de ondernemer niet bij kan, ofwel een andere bestemming voor het geld kunnen voorstellen. Als de OR zelf dwangsommen verbeurt door niet aan een veroordeling te voldoen, zouden de individuele OR-leden hiervoor aansprakelijk kunnen zijn.

### Over de auteur



**Mr. A.M.W. van Vlodrop**  
Advocaat bij Bird & Bird LLP.

51 *Kamerstukken I 1978/1979*, 13954, nr. 8d, p. 12.

52 Zijn bijvoorbeeld ook OR-leden die wél aan de veroordeling wilden voldoen, ook aansprakelijk? En hoe zit het met OR-leden die eigenlijk sowieso geen voorstander waren van de procedure? De eventuele discussiepunten zijn haast eindeloos.

53 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 9 september 2004, «JOR» 2004/321 (waarin het overigens een medezeggenschapsraad betrof) en OK 20 juli 2018, «JAR» 2018/235.