

RECHTSPRAAK

Deelraad OBS de Zwanenburcht c.s./Stichting voor Openbaar Primair Onderwijs Regio Alphen aan den Rijn

Ten onrechte niet vragen van advies door het bevoegde gezag leidt niet tot nietigheid van het besluit bij de Ondernemingskamer omdat de deelraad daarvoor de landelijke commissie voor geschillen dient te addiëren. Vergoeding van kosten voor juridisch advies dienen door Ondernemingskamer te worden vastgesteld in een geval als het onderhavige, waarin het bevoegd gezag heeft nagelaten het medezeggenschapsstatuut vast te stellen. Deelraad ontvankelijk ondanks niet voldoen aan eisen artikel 21 WMS

De stichting houdt, als uitvloeisel van een gemeenschappelijke regeling van zes gemeenten in de regio Alphen aan den Rijn, twintig basisscholen gelegen in deze regio in stand en vormt daarvan het bevoegd gezag. Een van de door de stichting in stand gehouden scholen is basisschool De Wereldwijzer. De Wereldwijzer heeft naast een gelijknamige locatie in Alphen aan den Rijn onder meer een locatie te Zwammerdam, genaamd De Zwanenburcht. Tot (in elk geval) 1 augustus 2012 heeft De Zwanenburcht de status van nevenvestiging als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs (WPO). Tot 2004 was De Zwanenburcht een zelfstandige school en heette de Julianaschool. Op grond van artikel 85 WPO verliest een nevenvestiging bekostiging als gedurende drie achtereenvolgende perioden de vestiging minder dan vijftig leerlingen bedraagt. Het bestuur van de stichting heeft tijdens een overleg met het Gemeenschappelijk Orgaan (OP) op 31 oktober 2011 te kennen gegeven voornemens te zijn twee schoollocaties (waaronder De Zwanenburcht) te sluiten. Op 7 november 2011 deelt de bestuurder aan de MR-vergadering OBS De Zwanenburcht mee dat De Zwanenburcht zal worden gesloten. Op 8 november 2011 worden de ouders geïnformeerd en eerder zijn B&W van de gemeente Alphen aan den Rijn geïnformeerd. De deelraad van de MR-vergadering OBS De Zwanenburcht stelt zich op het standpunt dat zij ten onrechte niet is gevraagd om advies. De MR heeft juridische ondersteuning aangewend. Bij brief van 17 april 2012 heeft de minister van OCW aan de stichting meegedeeld dat hij besloten heeft dat De Zwanenburcht gedurende drie achtereenvolgende schooljaren niet heeft voldaan aan een van de voorwaarden genoemd in artikel 158 lid 1 WPO 'zodat de openbare nevenvestiging dient te worden opgeheven'. De deelraad van De Zwanenburcht vordert de nietigheid van het besluit en voorlopige

voorzieningen.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Gezien het feit dat De Zwanenburcht een autonome eenheid vormt en de stichting de deelraad heeft aangemerkt als medezeggenschapsorgaan, moet de deelraad worden aangemerkt als een deelraad in de zin van artikel 20 WMS ook al is niet aan de eisen van instelling voldaan. De stichting heeft ten onrechte geen advies gevraagd. Anders dan de deelraad c.s. aan hun primaire vorderingen onder a en b ten grondslag hebben gelegd, is het gevolg van de hierboven besproken (en de overige door de deelraad c.s. gestelde) tekortkomingen van de stichting in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de WMS, niet dat de Ondernemingskamer op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS kan vaststellen dat het besluit tot sluiting van De Zwanenburcht nietig is. De structuur van de WMS behelst dat geschillen tussen het bevoegd gezag (hier de stichting) enerzijds en de medezeggenschapsraad (in dit geval de deelraad), de personeelsgeleding en/of de oudergeleding anderzijds over een besluit ten aanzien waarvan de wet aan laatstgenoemden een advies- of instemmingsbevoegdheid toekent, behoren tot de competentie van de landelijke commissie voor geschillen. In geval van een adviesplichtig besluit (zoals het besluit tot sluiting van De Zwanenburcht) kan de commissie op de voet van artikel 34 lid 3 WMS beslissen of het betrokken besluit al dan niet in stand kan blijven. Van een dergelijke beslissing staat op de voet van artikel 36 lid 3 WMS beroep open bij de Ondernemingskamer, maar in die procedure kan, ingevolge artikel 36 lid 4 WMS, slechts worden getoetst of de commissie de bepalingen van de WMS op een juiste wijze heeft toegepast. De in artikel 36 lid 1 en 2 WMS aan de medezeggenschapsraad (en in dit geval aan de deelraad) geboden mogelijkheid om bij de Ondernemingskamer een vordering in te stellen strekkende tot naleving door het bevoegd gezag van de verplichtingen jegens de medezeggenschapsraad (respectievelijk jegens de deelraad) voortvloeiend uit de WMS, biedt geen ruimte om, met doorkruising van de geschetste bevoegdheid van de commissie, adviesplichtige of instemmingsplichtige besluiten van het bevoegd gezag nietig te doen verklaren.

In een geval als het onderhavige, waarin het bevoegd gezag heeft nagelaten het medezeggenschapsstatuut vast te stellen (waarvan een regeling als bedoeld in artikel 28 lid 2 WMS deel moet uitmaken) en weigert om de door de deelraad gemaakte kosten te vergoeden, brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde wetstoepassing mee dat de Ondernemingskamer op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS het bedrag van de door het bevoegd gezag verschuldigde kosten van medezeggenschapsactiviteiten kan vaststellen, indien daarvoor toereikende gegevens over die kosten voorhanden zijn. In een zodanig geval zou het onverkort vasthouden aan het wettelijk uitgangspunt dat een zodanige vaststelling berust op de faciliteitenregeling waarvan de inhoud door partijen zelf moet worden bepaald op de wijze als voorzien in artikel 21 lid 2 WMS, leiden tot onwenselijke complicaties. De medezeggenschapsraad zou dan eerst op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS een vordering moeten instellen bij de Ondernemingskamer strekkende tot nakoming door het bevoegd gezag van de verplichting tot het overeenkomstig artikel 21 lid 1 WMS vaststellen van het medezeggenschapsstatuut (eventueel gevolgd door een procedure bij de commissie op de voet

van artikel 31 sub b WMS indien het door het bevoegd gezag voorgestelde statuut niet de op grond van artikel 21 lid 2 WMS vereiste instemming heeft verworven), waarna de medezeggenschapsraad c.q. deelraad (indien het geschil over de kosten dan nog bestaat) alsnog op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS een vordering tot vaststelling van die kosten zou moeten instellen bij de Ondernemingskamer. Deze complicaties zijn bovendien onredelijk omdat aldus als gevolg van een tekortkoming van het bevoegd gezag (het niet vaststellen van een faciliteitenregeling als onderdeel van het statuut) de medezeggenschapsraad c.q. de deelraad in aanzienlijke mate wordt belemmerd in de verwezenlijking van zijn wettelijke rechten. De Ondernemingskamer ziet aldus aanleiding om in zoverre terug te komen van haar arrest van 17 juli 2008, ARO 2008, 129. Hierbij heeft zij mede nog in aanmerking genomen dat in de praktijk slechts gering gewicht toekomt aan het wettelijk uitgangspunt dat de vaststelling van de hier bedoelde kosten berust op een in het statuut vastgelegde regeling in de zin van artikel 28 lid 2 WMS, omdat die regeling veelal niet meer inhoudt dan dat de kosten voor de medezeggenschapsactiviteiten worden gedragen door het bevoegd gezag op voorwaarde dat het bevoegd gezag vooraf in kennis wordt gesteld van het activiteitenplan of het concrete voornemen van de medezeggenschapsraad c.q. deelraad. Bij de vaststelling van het door de stichting verschuldigde bedrag aan kosten komt het, overeenkomstig artikel 28 lid 2 WMS, aan op de vraag of de gemaakte kosten kunnen worden aangemerkt als redelijkerwijs noodzakelijke kosten van medezeggenschapsactiviteiten. Deze maatstaf biedt aan de deelraad een zekere beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de te ontplooiën activiteiten. Het verweer van de stichting dat de deelraad c.s. en hun advocaat geweigerd hebben in overleg te treden over de kosten treft geen doel. Artikel 28 lid 2 WMS maakt de aanspraak op vergoeding van de redelijkerwijs noodzakelijke kosten niet afhankelijk van voorafgaand overleg met het bevoegd gezag over (de aard en omvang van) de te maken kosten (zie OK 1 april 2011, ARO 2011, 69). De deelraad heeft reeds bij brief van 13 november 2011 te kennen gegeven een deskundige in te schakelen en bij brief van 28 november 2011 mededeling gedaan van de op dat moment bekende kosten verbonden aan de werkzaamheden van mr. Hogerzeil. De Ondernemingskamer acht het uurtarief van mr. Hogerzeil niet onredelijk, in aanmerking genomen dat hij deskundig is op het gebied van de WMS. De omstandigheid dat mr. Hogerzeil een aanzienlijk aantal uren aan zijn werkzaamheden voor de deelraad c.s. heeft besteed en dat de kosten als gevolg daarvan zijn opgelopen tot een aanzienlijk bedrag, moet in overwegende mate worden toegeschreven aan de hierboven besproken nalatigheden van de stichting ten aanzien van haar verplichtingen uit hoofde van de WMS jegens de deelraad c.s.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 17-07-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1685

Zaaknummer: 200.107.415