

Geschilbeslechting onder de Wms

Een tussenstand

Op 1 januari 2007 is de Wet medezeggenschap onderwijs vervangen door de Wet medezeggenschap op scholen.¹ Deze laatste wet, hierna Wms, regelt de medezeggenschap op scholen in het primair en voortgezet (speciaal) onderwijs. Vanaf de datum van inwerkingtreding van de Wms zijn bij wijze van overgangsrecht alle geschillen die al aanhangig waren gemaakt op basis van de Wet medezeggenschap onderwijs nog beslist door de 'oude' commissies voor geschillen. Die commissies dienden in het overgangsjaar 2007 te beslissen als ware de geschillen aanhangig gemaakt krachtens de Wms.² Vanaf 1 januari 2008 is er een Landelijke Commissie voor Geschillen, hierna LCG Wms of de Commissie.

Mr. A. Joosten*

Een belangrijke wijziging in de Wms is dat voorheen de bestuursrechter bevoegd was om besluiten van de geschillencommissie te toetsen waar het ging om een besluit dat het openbaar onderwijs betrof. Voor het bijzonder onderwijs was de kantonrechter bevoegd. Op dit punt is voor eenheid gezorgd en is nu voor zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam bevoegd. Beroep bij de Ondernemingskamer kan alleen worden ingesteld "ter zake dat de commissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet", aldus artikel 36 lid 5 Wms. De Ondernemingskamer oordeelt als hoogste instantie, zodat er geen weg open staat naar de Hoge Raad.

Inmiddels is er vier jaar verstreken sinds de inwerkingtreding van de Wms. In dit artikel zal ik een balans opmaken van de uitspraken van de (voorgangers van de) LCG Wms sinds 1 januari 2007. Centrale

vraag daarbij is of de komst van de Wms heeft geleid tot meer eenheid en duidelijkheid in rechtspraak ten opzichte van de Wet medezeggenschap onderwijs. Daarbij zal een vergelijking worden gemaakt met de toetsingsnormen van de Wet op de ondernemingsraden.

1. Geschillenregeling in de Wms: de Landelijke Commissie voor Geschillen

De Wms kent, naast de nalevingsgeschillen die bij de Ondernemingskamer aanhangig gemaakt moeten worden, vier andere soorten geschillen: instemmingsgeschillen, geschillen over het reglement, adviesgeschillen en interpretatiegeschillen. In 2007 zijn geschillen op basis van de normen zoals vastgelegd in de Wms in eerste instantie nog behandeld door de 'oude' geschillencommissies.³ In totaal zijn in 2007 13 uitspraken gedaan, onder te verdelen in 6 instemmingsgeschillen, één advies- en interpretatiegeschil, één adviesgeschil en 5 interpretatiegeschillen.⁴ In 2008 zijn vervolgens 30 geschillen voorgelegd aan de nieuwe Landelijke Commissie Geschillen Wms. Tien instemmingsgeschillen, één adviesgeschil, één reglementsgeschil en 18 interpretatiegeschillen.⁵ In 15 zaken is uitspraak gedaan. In 2009 waren 23 geschillen aanhangig en is in 16 zaken uitspraak gedaan. Het betrof 12 interpretatiegeschillen en 4 instemmingsgeschillen. In 2010 zijn 14 uitspraken gedaan, waarvan 3 instemmingsgeschillen, 9 interpretatiegeschillen en 2 adviesgeschillen.

2. Instemmingsgeschillen

Een MR heeft het instemmingsrecht over een aantal onderwijskundige aangelegenheden, zoals de doelstelling van de school, een examenregeling, het schoolplan, en overdracht van de school of fusie. Daarnaast heeft de personeelsgeleding instemmingsbevoegdheid als het gaat om het regelen van de gevolgen voor het personeel van besluiten tot inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de school of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling. En ook over regelingen op het gebied scholing voor het personeel, werkoverleg, verlof en dergelijke. Ouders en leerlingen hebben instemmingsbevoegdheid als het handelt om zaken als inkrimping, uitbreiding, samenwerking, ouderbijdrage en tussenschoolse opvang.

Als het gaat om een geschil op het gebied van het instemmingsrecht is het aan het bevoegd gezag om het geschil aanhangig te maken bij de LCG Wms. Binnen drie maanden nadat de MR heeft geweigerd instemming te verlenen moet het bevoegd gezag meedelen of het

* mr A. Joosten is advocaat bij het Advokatenkollektief in Utrecht. Dit artikel is een geactualiseerde en bewerkte versie van het artikel met dezelfde titel in Loe's magazine, 2009, uitgegeven in eigen beheer door het Advokatenkollektief en te vinden op www.advokatenkollektief.nl.

voorstel wordt ingetrokken dan wel zal worden voorgelegd aan de commissie. De commissie kan een bemiddelingsvoorstel doen, tenzij partijen aangeven daar geen prijs op te stellen. Mocht bemiddeling door de commissie geen resultaat hebben, dan doet de commissie een bindende uitspraak.

De toetsingsnorm in het kader van het instemmingsrecht (artikel 32 lid 3 Wms) is om te beginnen de vraag of de MR in redelijkheid tot het onthouden van instemming heeft kunnen komen. Daarbij is het de bedoeling van de wetgever om aan te haken bij de toetsingsnorm zoals die wordt gehanteerd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁶ Sprengers heeft eerder gewezen op het probleem dat niet wordt toegelicht waarom er in de Wms sprake is van het toetsen van de redelijkheid van de MR, terwijl de WOR als toetsingsnorm heeft te bezien of het weigeren van instemming door een OR onredelijk is.⁷ Dat laat onverlet dat de norm zodanig ingevuld zal moeten worden dat het weigeren van instemming door de MR redelijk moet worden geacht als er zowel voor het standpunt van de MR als voor het standpunt van het bevoegd gezag evenveel te zeggen valt.⁸

Binnen drie maanden nadat de MR heeft geweigerd instemming te verlenen moet het bevoegd gezag mededelen of het voorstel wordt ingetrokken dan wel zal worden voorgelegd aan de commissie. De commissie kan een bemiddelingsvoorstel doen, tenzij partijen aangeven daar geen prijs op te stellen.

Is eenmaal vastgesteld dat het onthouden van instemming door de medezeggenschapsraad redelijk is dan volgt de tweede toetsingsnorm van artikel 32 lid 3 Wms. De commissie zal dan dienen te beoordelen of er sprake is van bepaalde zwaarwegende omstandigheden die het voorstel van het bevoegd gezag rechtvaardigen. Die toetsingsnorm is minder vergaand dan de norm die in artikel 27 lid 4 WOR is neergelegd. Daar is bepaald dat de kantonrechter moet beoordelen of het voorgenomen besluit van de ondernemer geveerd wordt door zwaarwegende redenen. De Wms schrijft dus voor dat de commissie moet beoordelen of er zwaarwegende omstandigheden zijn die het besluit rechtvaardigen. Hoe worden de toetsingsnormen nu in de praktijk sinds 1 januari 2007 toegepast?

Sinds de invoering van de Wms zijn er 19 uitspraken gepubliceerd in instemmingsgeschillen.⁹ Daarvan kreeg het bevoegd gezag zestien keer het gelijk aan zijn zijde. De MR trok slechts drie keer aan het langste eind. In een geval had de PMR zijn instemming onthouden aan het formatieplan.¹⁰ Een belangrijke reden om geen instemming te verlenen was gelegen in het feit dat de termijn die de PMR gegund was erg kort was. En een andere grief was dat het bevoegd gezag niet was ingegaan op aangedragen alternatieven. De commissie komt op grond van deze procedurele bezwaren tot het oordeel dat de PMR in redelijkheid zijn instemming aan een nieuw formatieplan mocht onthouden. Zwaarwegende omstandigheden die het voorstel rechtvaardigen achtte de commissie niet aanwezig.

In een tweede zaak waarin de MR in het gelijk werd gesteld, speelde toevalligerwijs ook rond een formatieplan.¹¹ Ook hier was volgens de commissie sprake van onvoldoende overleg en van een gebrek aan motivering van het voorgenomen besluit tot vaststelling van het formatieplan. En ook in deze zaak zag de commissie vervolgens

geen zwaarwegende omstandigheden die, ondanks het ontbreken van instemming, het voorstel zouden rechtvaardigen.

Minder zuiver is de redenering van de Landelijke geschillencommissie medezeggenschap onderwijs.¹² In een geschil over de faciliteiten voor de personeelsleden die in de MR zitten, oordeelt de commissie “dat het voorstel van het bevoegd gezag op zichzelf een redelijk voorstel is.” Dat moge zo zijn, een helder antwoord of de norm dat de MR zich redelijk heeft opgesteld, ontbreekt in deze uitspraak. In een ander geschil dat in 2007 nog aan de Landelijke geschillencommissie medezeggenschap onderwijs werd voorgelegd volgt de commissie eenzelfde redenering.¹³ Ook in deze uitspraak gaat de beoordeling meer over de redelijkheid van het besluit van het bevoegd gezag dan van het al dan niet redelijk zijn van de opstelling van de MR.

In een tweetal uitspraken laten twee respectievelijke geschillencommissies de vraag of het onthouden van instemming al dan niet redelijk is in het midden.¹⁴ Beide commissies achten het antwoord op die vraag kennelijk niet van belang, omdat ze tot het oordeel komen dat wat er ook van het standpunt van de MR zij, er sprake is van zwaarwegende omstandigheden die het voorstel rechtvaardigen. Dat is onbevredigend omdat zo de eerste toetsingsnorm van artikel 32 lid 3 Wms niet wordt toegepast. En in meer praktische zin is het voor partijen onbevredigend als een oordeel over de opstelling van de MR achterwege blijft.

Met de komst van de LGC Wms is er meer duidelijkheid ontstaan over de toetsingsnormen die de commissie hanteert. In één uitspraak geeft de commissie die normen helder, en naar mijn mening juist, aan:¹⁵

“De Commissie toetst – in eerste instantie – de redelijkheid van het standpunt van de PMR om niet in te stemmen met het voorstel. De Commissie weegt hierbij de argumenten van de PMR en die van het bevoegd gezag. De Commissie oordeelt dat de PMR in redelijkheid de instemming heeft kunnen onthouden indien zij de argumenten van de PMR en het bevoegd gezag even zwaar acht dan wel indien zij de argumenten van de PMR zwaarder acht dan die van het bevoegd gezag. Is dit het geval, dan kan het bevoegd gezag zijn voorgenomen besluit niet omzetten in een definitief besluit en dat vervolgens tot uitvoering brengen, tenzij de Commissie – in tweede instantie – tot het oordeel komt dat er sprake is van (door het bevoegd gezag naar voren te brengen) zwaarwegende omstandigheden van zodanig gewicht, dat zij de uitvoering van het voorstel van het bevoegd gezag niettemin rechtvaardigen.”

Daarmee is duidelijkheid geschapen over de (volgorde van de) toetsingsnormen; de commissie sluit aan bij de bedoeling van de wetgever om de norm van artikel 27 lid 4 WOR ook van toepassing te laten zijn op instemmingsgeschillen in het onderwijs. Ten opzichte van de versnipperde en niet altijd zuivere toetsing door de ‘oude’ commissies heeft de LGC hier gezorgd voor eenheid en duidelijkheid. Jammer is wel dat in latere uitspraken van de LGC de hiervoor geciteerde toetsingsnorm zeer verkort wordt weergegeven. Standaard geeft de LGC het volgende toetsingskader aan:¹⁶

“Op grond van artikel 32 lid 3 Wms dient de Commissie in een bindende uitspraak te beoordelen of de PGMR in redelijkheid tot het onthouden van instemming heeft kunnen komen of dat sprake is van bepaalde zwaarwegende omstandigheden die het voorstel van het bevoegd gezag rechtvaardigen”

Het zou aanbeveling verdienen de uitgebreide weergave van het toetsingskader in ere te herstellen. Voor betrokkenen is dan duidelijk langs welke meetlat de Commissie tot haar oordeel komt.

Hiervoor zagen we dat de Commissie dient te toetsen of er zwaarwegende omstandigheden zijn die maken dat een voorstel van het bevoegd gezag te *rechtvaardigen* is ondanks het feit dat een MR zijn instemming onthouden heeft. Heeft het bevoegd gezag het gemakkelijker dan de ondernemer die in het kader van de Wet op de ondernemingsraden moet aantonen dat een besluit door zwaarwegende omstandigheden wordt *gevergd*? Die vraag is (nog) niet eenduidig te beantwoorden. In een aantal zaken zijn zwaarwegende omstandigheden gesteld noch gebleken.¹⁷ In één zaak waarin wel zwaarwegende omstandigheden waren aangevoerd komt het bevoegd gezag naar mijn mening er wat al te gemakkelijk mee weg.¹⁸ In die zaak kon volgens de Commissie de PGMR in redelijkheid zijn instemming onthouden aan het toekennen van een toelage aan teamleiders omdat het allerm minst denkbeeldig geoordeeld werd dat een dergelijke toelage een opwaartse druk zou veroorzaken op het salarissbouwwerk. Zwaarwegende (arbeidsmarkt)omstandigheden werden geacht aanwezig te zijn, omdat de functie van teamleider moeilijk te vervullen was. Een toelage achtte de Commissie een passend middel om de functie aantrekkelijker te maken. De stap van passend middel naar zwaarwegende omstandigheden wordt naar mijn mening nogal lichtvaardig gezet.

3. Reglementsgeschillen

Net zo min als één zwaluw zomer maakt, valt er op basis van één uitspraak over een reglementsgeschil een zinnige conclusie te trekken.¹⁹ Een voorstel tot vaststelling of wijziging van het statuut of (onderdelen van het) reglement behoeft de instemming van de MR. Wordt die niet verkregen dan kan het bevoegd gezag het geschil aan de commissie voorleggen. De commissie kan, als partijen dat wensen, een bemiddelingsvoorstel doen. Verwerft dat niet de instemming van partijen dan beoordeelt de commissie of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen. Is dat niet het geval, dan geeft de commissie in zijn uitspraak aan hoe het voorstel dient te worden gewijzigd. Het bevoegd gezag dient vervolgens het statuut of reglement overeenkomstig de uitspraak van de commissie vast te stellen.

Deze mogelijkheid van de commissie om bindend op te leggen hoe het statuut of reglement dient te luiden is een vreemde eend in de bijt. Daarmee wordt immers de partij-autonomie doorbroken en neemt de commissie plaats op de stoel van het bevoegd gezag. De andere kant van de medaille is wellicht dat door de Commissie deze mogelijkheid in de Wms te geven, partijen zich meer genoodzaakt voelen er zelf uit te komen. Uit onderzoek blijkt dat bijna alle medezeggenschapsraden (96%) inmiddels hebben ingestemd met de door het bevoegd gezag voorgestelde statuten en reglementen.²⁰ Dat rechtvaardigt de verwachting dat er de komende tijd geen reglementsgeschillen (meer) aanhangig zullen worden gemaakt.

4. Adviesgeschillen

Artikel 34 lid 1 Wms geeft aan dat als het bevoegd gezag een besluit neemt waarbij het een advies van de medezeggenschapsraad niet

of niet geheel volgt, de uitvoering van dat besluit wordt opgeschort met zes weken. Die termijn geldt niet als de medezeggenschapsraad tegen onmiddellijke uitvoering van het besluit geen bedenkingen heeft. De opschortingstermijn is tevens de beroepstermijn. Als de MR een geschil indient bij de commissie moet hij de argumenten voor zijn advies kenbaar maken en tevens de argumenten geven voor zijn oordeel dat door het niet (geheel) volgen van zijn advies de belangen van de school of van de MR ernstig worden geschaad. Daarna dient het bevoegd gezag aan te geven wat zijn argumenten zijn om het advies niet (geheel) te volgen. De toetsingsnorm die de LCG Wms vervolgens dient toe te passen is of het bevoegd gezag bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen. Die norm komt overeen met de norm die de Ondernemingskamer hanteert bij adviesprocedures, zoals blijkt uit artikel 26 lid 4 WOR. Sprengers wijst er op dat het verschil in formulering (toetsen van het voorstel in de Wms, toetsen van het besluit in de WOR) vermoedelijk het gevolg is van een fout van de wetgever en dat niet beoogd is in de Wms een andere toetsingsnorm te hanteren bij het adviesrecht dan het geval is in de WOR.²¹ Die conclusie ligt ook wel voor de hand. Ware dat anders dan zou immers louter het voorstel van het bevoegd gezag worden beoordeeld door de commissie en zou de argumentatie van de MR buiten beschouwing blijven. Inmiddels is de commissie ook tot die opvatting gekomen. In een uitspraak uit 2010 “gaat de Commissie ervan uit dat de wetgever in artikel 34 lid 3 beoogd heeft te bepalen dat de Commissie dient te beoordelen of het bevoegd gezag bij het niet volgen van het advies van de MR niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen”.²²

Als de MR een geschil indient bij de commissie moet hij de argumenten voor zijn advies kenbaar maken en tevens de argumenten geven voor zijn oordeel dat door het niet (geheel) volgen van zijn advies de belangen van de school of van de MR ernstig worden geschaad. Daarna dient het bevoegd gezag aan te geven wat zijn argumenten zijn om het advies niet (geheel) te volgen.

In de praktijk blijkt uit de drie uitspraken uit 2007 en een uit 2010 op het gebied van het adviesrecht dat de commissie de toetsingsnorm juist toepast.²³ De standpunten van de MR worden in alle gevallen meegewogen als zijnde behorend tot de in het geding zijnde belangen. Dat de belangenafweging in alle vier de gevallen in het nadeel van de MR uitpakt, behoeft weinig verbazing te wekken. Zoals ook uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer blijkt, gaat het hier om een marginale toetsing, waarbij aan het bevoegd gezag een vrij grote mate van beleidsvrijheid toekomt. Dan heeft een MR, net als bij de Ondernemingskamer het geval is, een aardige kans op succes als procedurele normen niet in acht zijn genomen, maar als het om een beoordeling van de inhoud van een besluit gaat, zal een MR van goede huize moeten komen wil de conclusie luiden dat het bevoegd gezag bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het voorstel had kunnen komen.

Tot slot is er nog een op zichzelf genomen wel grappige zaak die handelde over de termijn voor het indienen van een adviesgeskil.²⁴ Grappig in die zin dat de MR zich op het standpunt stelde dat de wettelijke termijn van artikel 34 lid 2 Wms (6 weken) verlengd diende te worden met de duur van de kerstvakantie. Dat leidde uiteraard niet tot succes.

5. Interpretatiegeschillen

De laatste categorie geschillen bestaat uit de interpretatiegeschillen. Zowel het bevoegd gezag als de (G)MR of een geleding kan een verzoek richten tot de commissie met de vraag welke interpretatie gegeven dient te worden aan het bepaalde bij of krachtens de Wms dan wel het medezeggenschapsreglement en het medezeggenschapsstatuut (artikel 35 Wms). De uitspraak van de commissie is bindend, al staat uiteraard beroep open bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam.

Een aantal uitspraken in interpretatiegeschillen verdient een nadere beschouwing. Om te beginnen een geschil dat handelde om de medezeggenschapsstructuur.²⁵ De voorlopige Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad (vGMR) stelde zich op het standpunt dat bij alle scholen vallend onder het bevoegd gezag van de Dunamere Onderwijsgroep een MR diende te zijn. Het betrof een groot aantal scholen die alle opereren als organisatorisch zelfstandige schollen. Het bevoegd gezag meende dat dit volgens de Wms niet mogelijk was. Scholen krijgen in het kader van de bekostiging een BRIN-registratienummer. Een MR kan alleen worden ingesteld bij een school met een BRIN-nummer. Inhoudelijk deelde het bevoegd gezag de wens van de vGMR, maar de Wms stond uitvoering van die wens in de weg. De Commissie acht de uitleg “dat het begrip ‘school’ door de wetgever wordt gezien als de eenheid aan welke bekostiging is toegekend en mitsdien van het BRIN-nummer is voorzien, de juiste”. Artikel 20 Wms biedt vervolgens de mogelijkheid om voor de vestigingen van de school over te gaan tot het instellen van deelraden. Is een deelraad eenmaal ingesteld dan treedt die deelraad in de bevoegdheden van de MR. Op die wijze, zo de Commissie, is het mogelijk om aan de wens van vGMR en bevoegd gezag tegemoet te komen zonder in strijd te handelen met tekst en strekking van de Wms.

Zowel het bevoegd gezag als de (G)MR of een geleding kan een verzoek richten tot de commissie met de vraag welke interpretatie gegeven dient te worden aan het bepaalde bij of krachtens de Wms dan wel het medezeggenschapsreglement en het medezeggenschapsstatuut.

De deelraden in de Wms zijn enigszins vergelijkbaar met de onderdeelcommissies die de WOR kent. Een ondernemingsraad kan voor onderdelen van de onderneming een onderdeelcommissie instellen. Aan het begrip ‘onderneming’ hangt echter niet een formeel vereiste als bij een school het hebben van een BRIN-nummer. Een onderneming is in het kader van de WOR een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Dat geeft ondernemingen ook wat meer ruimte dan scholen om een keuze te maken voor een bepaalde medezeggenschapsstructuur. Zo is bijvoorbeeld elk filiaal van de Bijenkorf of de Hema een onderneming in de zin van de WOR. Bij de Bijenkorf is bij elk filiaal een ondernemingsraad ingesteld en landelijk een centrale ondernemingsraad, bij de Hema daarentegen is er landelijk een ondernemingsraad en kent elk filiaal een onderdeelcommissie.

Er is echter een kenmerkend verschil tussen deelraden en onderdeelcommissies. Beide medezeggenschapsorganen treden in de

bevoegdheden van de MR of OR maar de deelraad kan ook in rechte optreden. Een onderdeelcommissie heeft die bevoegdheid niet. Om terug te keren naar de uitspraak: de interpretatie die de Commissie geeft is niet onbegrijpelijk. De Wms biedt de mogelijkheid om ook op een school zonder BRIN-nummer te komen tot medezeggenschap. Dat laat onverlet dat het beter ware geweest als de wetgever het begrip school ruimer zou hebben gedefinieerd, zodat ook een organisatorisch zelfstandig functionerende school zonder BRIN-nummer gewoon een MR zou kunnen hebben. Want de verdeling van bijvoorbeeld de middelen over de locaties blijft te allen tijde een bevoegdheid van de MR van de hele school. Een deelraad heeft dus ook maar een deel van de zeggenschap.²⁶

De Commissie heeft in een zaak die was aangespannen door de oudergeleding van een GMR aangegeven wat de reikwijdte is van artikel 13 sub f Wms. In dat artikel is aan de oudergeleding het instemmingsrecht gegeven met betrekking tot ‘de wijze waarop invulling wordt gegeven aan tussenschoolse opvang’. Het bevoegd gezag stelde zich op het standpunt dat dit artikel louter ziet op de organisatie van de begeleiding en niet op de financiering. De Commissie echter stelt dat in een besluit dat handelt over

*“de wijze waarop de tussentijdse kinderopvang op een school wordt geregeld, in zijn algemeenheid een financiële onderbouwing niet mag ontbreken. Alleen daardoor is het immers, ook voor de oudergeleding van een (G)MR, mogelijk een zinvolle beoordeling te geven waarbij haalbare alternatieven voor de wijze van tussenschoolse opvang tegen elkaar kunnen worden afgewogen”.*²⁷

Een andere interessante uitspraak geeft de medezeggenschap een positie als het gaat om de hoogte van de beloning van leden van het College van Bestuur.²⁸ In het reglement van de GMR alsmede in artikel 12 lid 1 sub g Wms is bepaald dat het bevoegd gezag de instemming van de personeelsgeleding van de GMR behoeft voor elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot vaststelling of wijziging van het beleid ten aanzien van de toekenning van salarissen, toelagen en gratificaties aan het personeel. De beloning van de leden van het College van Bestuur werd fors verhoogd en de GMR meende hierover het instemmingsrecht te hebben. De commissie deelt die opvatting niet omdat leden van het College van Bestuur niet vallen onder de definitie van ‘personeel’. Die uitleg is verdedigbaar al blinkt de Wms op dit punt niet uit door grote helderheid. Het ware duidelijker geweest als in de Wms een met artikel 1 lid 4 WOR vergelijkbare bepaling zou zijn opgenomen. Daarin wordt de bestuurder nadrukkelijk geacht niet te behoren tot de in de onderneming werkzame personen.

Maar met het voorgaande was de Commissie nog niet klaar. Op eigen initiatief en met goedkeuring van partijen onderzoekt de Commissie na de vaststelling dat er geen sprake is van instemmingsrecht of er niet sprake is van het van toepassing zijn van het adviesrecht.²⁹ De Commissie stelt vast dat met de verhoging van de beloning van de leden van het College van Bestuur feitelijk het aandeel van de bestuurskosten binnen het geheel van de besteding van de toegekende middelen structureel heeft verhoogd. En daarmee betreft dit besluit de vaststelling van één van de hoofdlijnen van het meerjarig financieel beleid voor de school, zodat het voorafgaande advies van de GMR is vereist. Langs de weg van het adviesrecht kan een (G)MR aldus toch nog enige invloed proberen uit te oefenen als het gaat om beloningsverhoudingen.

Zagen we hiervoor dat de MR van Prinsehaghe zich tot de verkeerde instantie had gewend, ook de personeelsgeleding van de MR van een scholengemeenschap probeerde op het verkeerde adres zijn gelijk te halen.³⁰ In discussie was of afspraken tussen de MR en het bevoegd gezag nu wel of niet werden nageleefd. Dat is, zo meent de Commissie mijns inziens terecht, geen interpretatiegeschil. In een dergelijk geval is het instellen van een vordering bij de Ondernemingskamer die strekt tot naleving door het bevoegd gezag van de verplichtingen die voortvloeien uit de Wms de aangewezen weg. In een aantal andere zaken heeft de Commissie zichzelf wel bevoegd geacht, terwijl ook in die zaken verdedigbaar zou zijn dat de Ondernemingskamer de bevoegde instantie was. Zo ging het in één zaak om de vraag of een notitie met de titel "Onderwijstijd en voorkomen lesuitval" er sprake was van een wijziging van de taakbelasting binnen het personeel en dús van het instemmingsrecht voor de MR.³¹

Uit die notitie bleek dat docenten voortaan werden verplicht lessen waar te nemen van uitgevallen collega's, waar voorheen de leerlingen vrij kregen. Het resultaat is evident een wijziging in de taakbelasting. Dat kan toch bezwaarlijk een interpretatiegeschil genoemd worden, maar zou zich veeleer lenen voor een gang naar de Ondernemingskamer en een vordering tot naleving.³²

Ook in een zaak waar het handelde over de vraag of het aangaan van een contract met een Arbodienst onder het instemmingsrecht van artikel 12 lid 1 sub k Wms viel, kan men zich de vraag stellen of het hier niet veeleer een kwestie van naleving betreft dan een interpretatiegeschil.³³ De conclusie van de commissie is hier dat er sprake is van het instemmingsrecht. Dat oordeel stoelt vooral op de wetsgeschiedenis van de WOR, waarbij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitdrukkelijk heeft aangegeven dat de aanwijzing van een Arbodienst onder het instemmingsrecht van artikel 27 lid 1 sub WOR valt.³⁴ Nu de inhoud van beide artikelen gelijklopend is concludeert de commissie tot het bestaan van het instemmingsrecht voor de MR.

Het lijkt er op dat de commissie zich bewust is van het feit dat er een dispuut gevoerd kan worden over de vraag of er sprake is van een interpretatiegeschil of van een vordering tot naleving. In een uitspraak betreffende een interpretatiegeschil uit 2009 overweegt de commissie: "Ten overvloede wijst de Commissie er op dat een eventuele vordering van de MR tot naleving door het bevoegd gezag van de verplichtingen jegens de MR is geregeld in artikel 36 Wms."³⁵

De vraag kan gesteld worden of het een probleem is als de LCG Wms zijn taak (kennelijk) soms wat ruim opvat. Ik zou menen van niet. Als partijen stellen een interpretatiegeschil te hebben, is het aan de Commissie om aan te geven hoe de Wms dient te worden geïnterpreteerd. Voor partijen is dat wel zo prettig. De gang naar de Ondernemingskamer zal toch als een zwaardere stap gezien worden dan de gang naar de Commissie. Of de vaststelling volgens de Commissie nu is dat een juiste interpretatie van de wet meebrengt dat een MR advies- of instemmingsrecht heeft terzake van een bepaalde kwestie, of dat de Ondernemingskamer het bevoegd gezag verplicht alsnog de Wms na te leven, maakt materieel en in praktische zin geen verschil. Dat laat onverlet dat partijen er goed aan doen zich tijdig te bezinnen op de vraag welke instantie nu bevoegd is. Uit recent onderzoek blijkt overigens dat er meer dan eens veel

meer speelt tussen partijen dan dat zij louter een juridisch geschil hebben. Het is dan natuurlijk maar de vraag of een oordeel van de Commissie het achterliggende geschil tussen partijen uit de wereld kan helpen.³⁶

6. Geschillenregeling in de Wms: De Ondernemingskamer

Zoals hiervoor al aangestipt heeft de Ondernemingskamer in wezen de taak van cassatierechter als het gaat om de beoordeling in beroep. De Ondernemingskamer zal moeten toetsen of de commissie een juiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de Wms. Tot op heden is de Ondernemingskamer twee keer gevraagd om een oordeel uit te spreken als beroepsrechter. Aan het eind van deze bijdrage worden beide beschikkingen besproken.

Naast de rol van beroepsrechter kan een MR zich ook tot de Ondernemingskamer wenden als hij een vordering heeft die strekt tot naleving door het bevoegd gezag van verplichtingen jegens de MR voortvloeiend uit de Wms (artikel 36 leden 1 en 2 Wms). Daarover is tot op heden één keer geprocedeerd bij de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer heeft in wezen de taak van cassatierechter als het gaat om de beoordeling in beroep. De Ondernemingskamer zal moeten toetsen of de commissie een juiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de Wms.

De Ondernemingskamer werd om een oordeel gevraagd door de MR van de Protestants Christelijke Basisschool Prinsehaghe uit Den Haag.³⁷ De MR stelde zich in die zaak op het standpunt dat hij advies had moeten geven over het ontslag van een van de directeuren. En daarnaast eiste de MR een vergoeding van de door hem gemaakte juridische kosten. Tijdens de procedure trekt het bestuur van de school het ontslag van de directeur in en vraagt alsnog advies aan de MR. Daarmee is dit deel van de vordering van tafel en heeft de MR zijn doel bereikt zonder dat de Ondernemingskamer zich hoeft uitspreken. Waarschijnlijk zou de Ondernemingskamer overigens tot het oordeel zijn gekomen dat het besluit tot ontslag van de directeur niet genomen had mogen worden zonder daarover voorafgaand advies te vragen aan de MR. Artikel 11 sub h van de Wms geeft de MR immers het adviesrecht als het gaat om een te nemen besluit met betrekking tot de aanstelling of ontslag van de schoolleiding. Op basis van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer gebaseerd op de Wet op de Ondernemingsraden ligt de gevolgtrekking voor de hand dat de MR gelijk zou hebben gekregen. De Ondernemingskamer pleegt besluiten waarover ten onrechte geen advies is gevraagd aan een ondernemingsraad zonder pardon te vernietigen.³⁸

In de zaak van Prinsehaghe resteerde nu nog slechts de vraag of het bestuur van de school gehouden was de rekening van de door de MR ingeschakelde advocaat te voldoen. De Ondernemingskamer stelt vast dat artikel 28 Wms aan het bevoegd gezag de verplichting oplegt een regeling te treffen voor (onder meer) de redelijkerwijs noodzakelijke kosten voor het voeren van rechtsgedingen door de MR. Deze regeling moet krachtens artikel 22 van de wet deel uitmaken van het medezeggenschapsstatuut. Bij Prinsehaghe ontbreekt een mede-

zeggenschapsstatuut. Gevorderd had dus kunnen worden om het bevoegd gezag te gelasten over te gaan tot het voldoen aan zijn verplichting een medezeggenschapsstatuut vast te stellen. De Ondernemingskamer legt die verplichting echter niet op, simpelweg omdat dit niet door de MR was gevorderd. De Ondernemingskamer ziet geen rol om zelf te voorzien in de lacune die binnen Prinsehaghe bestaat nu er geen statuut is. Dat is primair aan partijen zelf en mochten partijen hierover geen overeenstemming weten te bereiken, dan is het op grond van artikel 33 Wms aan de LCG Wms om te bepalen hoe het statuut dient te luiden. De vordering wordt dan ook afgewezen.

Overigens geeft de Ondernemingskamer nog wel aan dat een regeling over de kosten van het voeren van rechtsgedingen van een zodanige inhoud dient te zijn dat de MR in de gelegenheid is zich van effectieve rechtsbijstand te voorzien, waaronder ten behoeve van het voeren van rechtsgedingen tegen de onderwijsinstelling waarbij hij is ingesteld. Ik zou daar aan toe willen voegen dat uit de praktijk blijkt dat, anders dan ondernemingsraden, medezeggenschapsraden in het onder wijs nauwelijks gebruik maken van externe deskundigheid.³⁹

Uit de tekst van artikel 36 Wms valt niet af te leiden of een procedure bij de Ondernemingskamer een verzoekschriftprocedure of een dagvaardingsprocedure betreft. Sprengers kwam eerder al tot de conclusie dat er sprake moet zijn van een dagvaardingsprocedure en die visie is met de procedure van de MR van Prinsehaghe bevestigd.⁴⁰

7. De Ondernemingskamer als beroepsinstantie

Van een uitspraak van de commissie staat beroep open bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (OK). Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de commissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet. Zo schrijft artikel 36 lid 4 Wms voor. Tot nu toe heeft de OK in twee gevallen uitspraak gedaan.

In de eerste zaak komt het bevoegd gezag van de Stichting Dunamare Onderwijsgroep in beroep tegen een uitspraak van de commissie van 2 oktober 2009.⁴¹ In die zaak was instemming aan de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR) gevraagd over de invoering van een nieuw functieboek. In het reglement van de GMR is bepaald dat als de GMR niet binnen 30 werkdagen uitsluitel geeft over het al dan niet verlenen van instemming, het bevoegd gezag het voorgenomen besluit kan omzetten in een definitief besluit. De commissie oordeelde dat uit het dwingend karakter van de Wms voortvloeit dat het bevoegd gezag voorafgaande instemming *behoeft* voor de invoering van een nieuw functieboek. Het uitblijven van een reactie op een instemmingsverzoek kan volgens de commissie niet worden gezien als een *besluit* tot instemming. “Binnen het systeem van de wet past het naar het oordeel van de Commissie wel dat als (een geleding van) de (G)MR is gevraagd binnen een bepaalde termijn met een voorgenomen besluit in te stemmen en dit niet binnen die termijn doet, te veronderstellen dat er dan geen instemming is verleend.” De commissie komt tot de conclusie dat de betreffende bepaling in het reglement niet verbindend is.

De OK deelt de opvatting van de commissie.⁴² De bepaling in het reglement, zo de OK. “komt neer op een algemene en wezenlijke vermindering van de medezeggenschap die strijdig is met artikel 12 Wms dat in zoverre dwingend is. De Commissie voor geschillen heeft de bepaling dan ook terecht als onverbindend aangemerkt”. De OK verwijst daarbij naar de Memorie van Toelichting waarin is opgemerkt dat in het kader van flexibiliteit er ruimte is “om in onderling overleg tussen alle partijen bevoegdheden aan het pakket toe te voegen maar niet om dit pakket in te krimpen door middel van het afzien van de uitoefening van bevoegdheden”. Als de regeling wel geldig zou zijn “blijft de medezeggenschapsraad (...) met lege handen achter” en hij zou ook niet meer de mogelijkheid hebben het zonder zijn instemming genomen besluit aan de commissie of aan de rechter voor te leggen. Daarmee is duidelijk gemaakt dat de Wms het karakter heeft van een ‘minimumwet’ en dat het partijen niet is toegestaan van de Wms af te wijken in die zin dat wettelijke bevoegdheden van een MR worden ingepakt.

Van een uitspraak van de commissie staat beroep open bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de commissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet.

In de zaak van de MR van het Maurick College tegen het bestuur van de Vereniging Ons Middelbaar Onderwijs (OMO) handelde het over de wijze van verkiezing van leden van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad van OMO. Artikel 4 lid 3 Wms schrijft voor dat de leden van een GMR worden gekozen door de leden van de afzonderlijke medezeggenschapsraden. In het reglement van de GMR echter is opgenomen dat er sprake zal zijn van getrapte verkiezingen en dat de leden van de GMR niet worden gekozen door de leden van de afzonderlijke medezeggenschapsraden, maar door de in het leven geroepen platforms van personeel, ouders en leerlingen. De commissie achtte deze beperking in strijd met de Wms. Het instellen van platforms voor de verschillende geledingen is niet in strijd met de Wms, maar het inperken van het actieve kiesrecht van MR-leden kan, gelet op het dwingende karakter van de bepalingen van de Wms, niet door de beugel.⁴³ Ook in deze zaak heeft de commissie naar het oordeel van de OK geen onjuiste toepassing gegeven aan de Wms.⁴⁴ De OK wijst ook op het dwingendrechtelijk karakter van de Wms en voegt daaraan toe dat getrapte verkiezingen minder recht doen aan de medezeggenschap dan rechtstreekse verkiezingen omdat er dan “geen rechtstreekse binding tussen de medezeggenschapsraden en de GMR (is), waardoor de medezeggenschapsraden zich minder in de GMR vertegenwoordigd kunnen voelen en de medezeggenschap minder goed tot haar recht kan komen”. Als de wetgever anders had gewild, zou dat uitdrukkelijk in de wet zijn vermeld, zo de OK, met een vergelijking met artikel 34 lid 2 WOR, waarin is bepaald dat een centrale ondernemingsraad kan bepalen dat zijn leden niet worden gekozen door de ondernemingsraden, maar door de groepsondernemingsraden. Die mogelijkheid biedt de Wms nu eenmaal niet.

In beide gevallen oordeelt de OK dus dat de Commissie haar werk juridisch juist heeft gedaan.

8. Conclusie

Met de komst van de LCG Wms is er een eind gekomen aan de versnippering in uitspraken door de vele voorgangers van de LCG. Dat heeft gezorgd voor meer eenheid in de uitspraken.

Uit de tot heden gepubliceerde uitspraken blijkt dat de toetsing door de commissie aan de in de Wms neergelegde normen, anders dan voorheen soms het geval was bij de 'oude' commissies, juist plaats vindt. Bij de toetsing van advies- en instemmingsgeschillen is er een grote mate van overeenstemming met de toetsingsnormen die onder de WOR worden gehanteerd, zij het dat ik me niet kan onttrekken aan de indruk dat het bevoegd gezag eerder een geslaagd beroep kan doen op zwaarwegende omstandigheden dan de ondernemer. Op zichzelf genomen kan dat geen verwijt opleveren aan de Commissie nu de toetsingsnormen in beide wetten verschillend gedefinieerd zijn.

Bij interpretatiegeschillen is het in een aantal gevallen de vraag of er feitelijk wel sprake was van een interpretatiegeschil. In die gevallen zou het eerder voor de hand liggen om een vordering tot naleving aanhangig te maken bij de Ondernemingskamer. Bezien vanuit partijen is dat minder erg. Een juiste uitspraak door een strikt genomen niet bevoegde instantie kan de verhouding tussen partijen immers ook verduidelijken. Juridisch is het niet fraai, maar het probleem is dan wel, zij het onbevoegd, de school uitgehouden.

Noten

1. Wet 30 november 2006, Stb. 2006,658.
2. Artikel 43 lid 2 Wms.
3. Uitspraken zijn in 2007 gedaan door De landelijke geschillencommissie medezeggenschap onderwijs, de commissie voor medezeggenschapsgeschillen voor het katholiek beroepsonderwijs, volwasseneneducatie en voortgezet onderwijs 2007, de stichting geschillencommissies onderwijs 2007, de commissie voor geschillen medezeggenschap voor bijzondere scholen op algemene grondslag 2007 en de commissie voor geschillen medezeggenschap voor het protestants christelijk onderwijs.
4. Alle geschillen vanaf 2007 zijn gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.
5. Bron: Jaarverslag 2008 LCG Wms, Stichting Onderwijsgeschillen
6. Kamerstukken II, 2005-2006, 30414, nr. 3, p. 28
7. L.C.J. Sprengers, Vergelijking geschillenregeling Wms en WOR, Wetgeving met dezelfde moeder, maar andere vaders. NTOR 2, juni 2007, blz. 91
8. Zo ook L.C.J. Sprengers, t.a.p. blz. 90
9. Waarbij opvalt dat de uitspraken van de LCG Wms, anders dan die van de meeste 'oude' geschillencommissies, geanonimiseerd zijn.
10. LCG Wms 08.003, 15 mei 2008.
11. LCG Wms 08.026, 11 maart 2009
12. LGC G 744, 8 mei 2007
13. LGC G748, 20 juli 2007
14. Commissie geschillen medezeggenschap 103509, 25 juni 2007 en Commissie voor Geschillen Medezeggenschap voor Bijzondere Scholen op algemene grondslag G07.01, 12 september 2007
15. LCG Wms 08.008, 24 april 2008
16. Zie bijvoorbeeld LCG Wms, 104469, 8 juni 2010
17. Zie bijvoorbeeld LCG Wms, 104156, 2 juli 2009 en LCG Wms, 103984, 11 maart 2009
18. LCG Wms, 104469, 8 juni 2010
19. Commissie voor geschillen medezeggenschap voor het protestants christelijk onderwijs 279/07, 10 december 2007
20. Frederik Smit, Jan Doesborgh, Bert Felling en Jos van Kuijk, Medezeggenschap: de wind in de zeilen, Nijmegen 2009, ITS, Radboud Universiteit Nijmegen, blz. 36
21. Sprengers, t.a.p. blz. 94
22. LCG Wms, 104590, 14 juli 2010
23. Landelijke Geschillencommissie Medezeggenschap Onderwijs, LGC G747, 21 juni 2007 (op de site www.onderwijsgeschillen.nl ten onrechte aangeduid als zijnde een instemmingsgeschil (A.J.)), Landelijke Geschillencommissie Medezeggenschap Onderwijs, G750, 6 september 2007 en Commissie Geschillen Medezeggenschap, 103552, 17 december 2007.
24. LCG Wms, 104437, 25 maart 2010
25. Landelijke Geschillencommissie Medezeggenschap Onderwijs, G753, 19 december 2007
26. Memorie van Toelichting, TK, 2005-2006, 30414, nr. 3
27. LCG Wms, 104610, 28 september 2010
28. Commissie voor Medezeggenschapsgeschillen voor het katholiek beroepsonderwijs, volwasseneneducatie en voortgezet onderwijs in Noord-Nederland, BVE VO NN 07/01, 22 januari 2007
29. op basis van artikel 28 lid 6, aanhef en sub a van de WMO, thans artikel 11 sub b Wms.
30. LCG Wms 08.005, 3 juli 2008
31. LCG Wms 08.010, 2 juli 2008
32. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor LCG Wms 08.004, 2 juni 2008 en onderdelen van LCG Wms 08.021, 7 januari 2009
33. LCG Wms, 104485, 19 mei 2010
34. Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 28, pag. 35
35. LCG Wms, 104268, 17 november 2009
36. R. van Schoonhoven en M. Keijzer, Een geschil is geen ruzie, juni 2010, gepubliceerd op www.actisonderzoek.nl. Zie ook voorpagina dagblad Trouw, 5 oktober 2010
37. Ondernemingskamer, 17 juli 2008, JAR 2008/239
38. Ondernemingskamer, 1 mei 1980, ROR 1971-1984, nr. 79 (Lingeziekenhuis)
39. E.L.J. Bruynickx en G.W. van der Voet, Vergoeding van de kosten van deskundige ondersteuning van medezeggenschapsorganen niet goed geregeld, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, nummer 7, 2010, blz. 296
40. L.C.J. Sprengers, t.a.p., blz. 97
41. LCG Wms, 104148, 2 oktober 2009
42. OK, 10 maart 2010, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl
43. LCG Wms, 08.023/104010, 16 april 2009
44. OK, 12 juli 2010, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl