

**GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
ONDERNEMINGSKAMER**

BESCHIKKING van 10 maart 2010 in de zaak met rekestnummer 200.047.089 OK van

het **COLLEGE VAN BESTUUR VAN STICHTING DUNAMARE
ONDERWIJSGROEP,**

gevestigd te IJmuiden, gemeente Velsen,

VERZOEKER,

advocaten: **mrs. M.M. Janssen en M.F. Nolen,** gevestigd te Amsterdam,

tegen

de **GEMEENSCHAPPELIJKE MEDEZEGGENSCHAPSRAAD VAN DE
STICHTING DUNAMARE ONDERWIJSGROEP,**

gevestigd te Haarlem,

VERWEERDER,

advocaat: **mr. M.E.M. Vermeij,** gevestigd te Haarlem.

1. Het verloop van het geding

1.1 In het vervolg zal verzoeker worden aangeduid als het bevoegd gezag en verweerder als de GMR. De Ondernemingskamer gaat – onder meer gelet op artikel 36 lid 1 tweede volzin van de Wet medezeggenschap op scholen (WMS) – ervan uit dat partijen met de GMR waar nodig ook het oog hebben op het deel van de GMR dat uit en door het personeel is gekozen en zal partijen daarin volgen.

1.2 Het bevoegd gezag heeft bij op 2 november 2009 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer beroep ingesteld tegen de uitspraak van 2 oktober 2009 van de Landelijke commissie voor geschillen als bedoeld in artikel 30 WMS, verder de Commissie voor geschillen, en verzocht – kort gezegd – dat de Ondernemingskamer bij beschikking oordeelt

- dat de uitspraak van de commissie getuigt van een onjuiste interpretatie van de WMS,
- dat artikel 26 lid 4 van het GMR-reglement niet in strijd is met het dwingendrechtelijk karakter van de WMS,

zodat het besluit van het bevoegd gezag tot vaststelling van het functieboek rechtsgeldig tot stand is gekomen, een en ander met een subsidiair verzoek.

1.3 De GMR heeft bij op 4 februari 2010 ter griffie van de ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift verweer gevoerd en de Ondernemingskamer verzocht het beroep ongegrond te verklaren en de uitspraak waarvan beroep te bekrachtigen, met veroordeling van het bevoegd gezag in de kosten van het geding.

1.4 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 18 februari 2010, alwaar mr. Nolen en mr. Vermeij voornoemd de standpunten van partijen nader hebben toegelicht, ieder aan de hand van – aan de Ondernemingskamer overgelegde – notities. De GMR heeft bij die gelegenheid nog nadere, tevoren toegezonden, producties overgelegd.

2. De vaststaande feiten

2.1 In 2007 zijn drie onderwijsorganisaties uit de regio Haarlem, Haarlemmermeer en Kennemerland samengegaan in de Dunamare Onderwijsgroep. Dunamare Onderwijsgroep omvat 22 scholen. Er werken ongeveer 1750 medewerkers.

2.2 In het kader van de harmonisatie van de onderscheiden 'functieboeken' van de drie onderwijsorganisaties heeft het bevoegd gezag de GMR bij email van 5 september 2008 een op 3

september 2008 gedateerd verzoek gezonden om binnen zes weken in te stemmen met (de procedure tot invoering van) het functieboek voor Dunamare, verder het functieboek. Het functieboek geeft 'een vrijwel complete beschrijving (...) van de de functies bij Dunamare Onderwijsgroep' (instemmingsverzoek van 3 september 2008, productie 8 bij verzoekschrift blz 1).

2.3 Tijdens de overlegvergadering van 15 september 2008 is – op verzoek van de GMR – besloten het onderwerp functieboek door te schuiven naar de volgende vergadering, die op 6 oktober 2008 zou worden gehouden.

2.4 Op 1 oktober 2008 is het Reglement Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad Dunamare Onderwijsgroep, verder het Reglement, in werking getreden. Artikel 26 van het Reglement luidt – voor zover hier van belang – als volgt.

Artikel 26 **Termijnen**

1. *Het bevoegd gezag stelt de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad of die geleding van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad die het aangaat een termijn [van] 30 werkdagen waarbinnen een schriftelijk standpunt uitgebracht dient te zijn over de voorgenomen besluiten met betrekking tot een aangelegenheid als bedoeld in de artikelen 21 tot en met 24 van dit reglement.*
2. *De in het eerste lid bedoelde termijn kan door het bevoegd gezag per geval, op gemotiveerd verzoek van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad dan wel die geleding van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad die het aangaat, worden verlengd.*
3. *Het bevoegd gezag deelt onverwijld schriftelijk mee of de termijn al dan niet wordt verlengd en indien nodig voor welke termijn de verlenging geldt.*
4. *Indien de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad dan wel de geleding van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad die het aangaat, (...) binnen de in het eerste lid bedoelde termijn (...) geen uitsluitsel geeft over het al dan niet verlenen van instemming, kan het bevoegd gezag het voorgenomen besluit omzetten in een definitief besluit.*

2.5 Tijdens de overlegvergadering van 6 oktober 2008 werd besloten dat een lid van het College van Bestuur van Dunamare midden oktober 2008 het functieboek met de GMR zou bespreken. Op verzoek van de GMR is de bespreking gehouden op 6 november 2008. Bij brief van 8 november 2008 heeft het lid van het College van Bestuur dat bij de bespreking aanwezig was antwoord gegeven op een aantal vragen die tijdens de bespreking waren gesteld. Op 3 december 2008 heeft de GMR bericht gedeeltelijk met het voorgestelde functieboek in te stemmen.

2.6 Tijdens de overlegvergadering van 17 december 2008 heeft het bevoegd gezag meegedeeld dat de GMR niet binnen de tijd van zes weken op het instemmingsverzoek had gereageerd waardoor het functieboek was vastgesteld.

2.7 De GMR heeft bij op 15 april 2009 bij de Commissie voor geschillen ingekomen verzoekschrift op de voet van artikel 31 aanhef en onder d WMS een geschil voorgelegd over de vraag of het bevoegd gezag ingevolge artikel 26 lid 4 van het Reglement het functieboek heeft kunnen vaststellen zonder dat de GMR vooraf had ingestemd. Na door het bevoegd gezag gevoerd verweer heeft de Commissie voor geschillen bij de beslissing waarvan beroep 'ambtshalve' geoordeeld en beslist dat artikel 26 lid 4 van het Reglement 'voor zover dit inhoudt dat het bevoegd gezag een voorgenomen besluit kan omzetten in een definitief besluit als de GMR niet binnen de gestelde termijn uitsluitel heeft gegeven over het al dan niet verlenen van instemming, in strijd is met de WMS en derhalve niet verbindend is.'

3. De gronden van de beslissing

3.1 Volgens het bevoegd gezag blijft artikel 26 lid 4 van het Reglement binnen de ruimte die de WMS biedt, zodat het bevoegd gezag gerechtigd was om het voorgenomen besluit overeenkomstig die bepaling – nadat de termijn van zes weken was verstreken zonder dat de GMR op het instemmingsverzoek had gereageerd – om te zetten in een definitief besluit en het besluit tot vaststelling van het functieboek derhalve rechtsgeldig tot stand is gekomen. In dat verband voert het bevoegd gezag onder meer aan dat

- de WMS 'juist de ruimte geeft om de medezeggenschap zo in te richten dat deze goed aansluit bij de onderwijsorganisatie',
- dat artikel 26 lid 4 van het Reglement niet in strijd is met het dwingendrechtelijk karakter van de WMS; integendeel de bepaling 'vloeit juist rechtstreeks voort uit de huidige wet',
- dat de bepaling (immers) een uitwerking vormt van artikel 24 lid 1, aanhef en onder g WMS,
- dat bij de voorgangers van Dunamare Onderwijsgroep soortgelijke bepalingen golden, terwijl de bepaling letterlijk overeenkomt met algemeen binnen het onderwijs toegepaste modelreglementen en
- dat voorafgaande aan de vaststelling van het reglement 'uitgebreid met de voorlopige GMR (is) gesproken over het hanteren van een reactietermijnen en de mogelijke gevolgen van het niet in acht nemen van die termijn'.

3.2 De GMR heeft een en ander bestreden. Zijn stellingen komen hierna voor zover nodig aan de orde.

3.3 De Ondernemingskamer dient ingevolge artikel 36 lid 4 WMS uitsluitend te onderzoeken of de Commissie voor geschillen een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet.

3.4 Volgens artikel 31, aanhef en onder d WMS neemt de Commissie voor geschillen op verzoek van het bevoegd gezag of van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad kennis van 'geschillen (...) indien het bevoegd gezag en de [GMR] van mening verschillen over de interpretatie van het bepaalde bij of krachtens deze wet dan wel het bepaalde in het medezeggenschapsreglement of het medezeggenschapsstatuut'. Het gaat hierbij om uiteenlopende opvattingen over bedoelde interpretatie die tussen bevoegd gezag en (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad leiden tot een concreet geschil over de uitoefening van het medezeggenschapsrecht. In deze zaak gaat het derhalve om de vraag of het bevoegd gezag met een beroep op artikel 26 van het Reglement zich inderdaad op 17 december 2008 op het standpunt kon stellen dat het functieboek was vastgesteld, omdat de GMR niet binnen de in lid 4 van die bepaling bedoelde termijn van zes weken op het instemmingsverzoek had gereageerd.

3.5 Het besluit functieboek is een besluit tot vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot personeelsbeoordeling, functiebeloning en functiedifferentiatie als bedoeld in artikel 12 lid 1, aanhef en onder i WMS, zodat het bevoegd gezag – gelet ook op artikel 16 WMS – voor het nemen van dit besluit de instemming van de GMR behoefde.

3.6 Het besluit functieboek is tevens een besluit als bedoeld in lid 1 van artikel 26 van het Reglement. Artikel 26 lid 4 van het Reglement bepaalt dat het bevoegd gezag, steeds als de in het Reglement vastgelegde termijn is overschreden, de vrijheid heeft om dergelijke besluiten te nemen juist zonder de vereiste instemming. Dit 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 Ondernemingskamer merkt nog het volgende op.

3.7 Op zichzelf is het juist dat de WMS flexibiliteit beoogt. Maar die flexibiliteit is beperkt. In de woorden van de Memorie van Toelichting onder 3.2: 'het voorstel (biedt) ruimte voor inrichting van de medezeggenschap op een dusdanige manier dat deze het best past bij de lokale situatie', waarna de Memorie 'ruimte voor flexibiliteit' onderscheidt op verschillende terreinen onder meer ten aanzien van overdracht en omzetting van bevoegdheden. Echter, er is wel ruimte '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'. Aangenomen moet worden dat de in artikel 26 lid 4 van het Reglement neergelegde regeling een met deze strekking van de WMS strijdige inkrimping oplevert.

3.8 Bedacht moet voorts worden dat artikel 26 lid 4 van het Reglement het gevaar in zich bergt dat de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad die zich geconfronteerd ziet met het aflopen van de termijn van zes weken, als het ware gestimuleerd wordt om voor de zekerheid zijn instemming maar te onthouden, hetgeen niet bevorderlijk is voor de medezeggenschap. Weliswaar biedt het tweede lid van artikel 26 van het Reglement de mogelijkheid van verlenging van de termijn, maar dit biedt de medezeggenschapsraad onvoldoende zekerheid. Hij blijft dan afhankelijk van het tijdige en positieve antwoord van het bevoegd gezag. Ook afgaan op het al dan niet gerechtvaardigde vertrouwen dat het bevoegd gezag - gelet op het verloop van de instemmingprocedure - geen beroep op de bepaling zal doen, kan in de praktijk riskant zijn, zoals de hier aan de orde zijnde zaak laat zien.

3.9 Dat de bepaling vrij algemeen gangbaar is, brengt de Ondernemingskamer - zeker nu het hier om een wezenlijke vermindering van de in de WMS neergelegde medezeggenschapsrechten gaat - niet tot een ander oordeel. Dat de betrokken partijen ernaar streven om de praktische uitvoerbaarheid van de medezeggenschap door middel van regelgeving in de reglementen te verhogen, is begrijpelijk, maar rechtvaardigt de hier aan de orde zijnde regeling niet.

3.10 Het feit dat artikel 24 lid 1, aanhef en onder g WMS voorschrijft dat in het medezeggenschapsreglement in ieder geval de termijnen binnen welke tot instemming of onthouding van instemming dient te worden besloten geregeld dienen te worden, betekent - anders dan het bevoegd gezag kennelijk meent - niet dat op overtreding van een desbetreffende regeling een met de WMS strijdige sanctie kan worden gesteld.

3.11 Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft het bevoegd gezag nog aangevoerd dat artikel 24 lid 2 WMS de GMR de mogelijkheid biedt om de instemmingbevoegdheid - onder bepaalde voorwaarden en met instemming van het bevoegd gezag - om te zetten in een adviesbevoegdheid en dat daarmee niet te rijmen is dat de hier aan de orde zijnde, in de ogen van het bevoegd gezag - minder ver gaande, inperking niet zou zijn toegestaan. De Ondernemingskamer kan het bevoegd gezag hierin niet volgen. Bij omzetting van instemmingsnaar adviesrecht krijgt de medezeggenschapsraad immers de bij het adviesrecht behorende bevoegdheden, waaronder het recht een met het advies van de medezeggenschapsraad strijdig besluit aan de Commissie voor geschillen voor te leggen, met vervolgens - voor beide partijen - beroep op de Ondernemingskamer. Bij toepassing van de hier aan de orde zijnde regeling - indien geldig - blijft de medezeggenschapsraad echter met lege handen achter. Niet alleen kan hij zich niet meer op het standpunt stellen dat het besluit niet kan worden genomen, waarna het aan het bevoegd gezag zou zijn de zaak desgewenst aan de Commissie voor geschillen voor te leggen, hij heeft dan zelfs niet de mogelijkheid het zonder zijn instemming - en uiteraard ook zonder zijn

advies – genomen besluit zijnerzijds aan de Commissie voor geschillen of aan de rechter voor te leggen.

3.12 De Ondernemingskamer komt tot de conclusie dat de door het bevoegd gezag opgeworpen bezwaren tegen de beslissing waarvan beroep ongegrond zijn en dat de Commissie geschillen door te oordelen en te beslissen als onder 2.7 weergegeven geen onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet.

3.13 Bij deze stand van zaken is er geen aanleiding voor terugverwijzing van de zaak naar de Commissie voor geschillen zoals het bevoegd gezag subsidiair heeft verzocht.

3.14 Gelet op al het voorgaande kunnen de overige door de GMR tegen het besluit en de besluitvorming opgeworpen bezwaren – waaronder de stelling dat het reglement op 5 september 2008 nog niet in werking was getreden en derhalve op die grond reeds geen beroep op artikel 26 lid 4 van het Reglement gedaan kon worden – buiten beschouwing blijven.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verwerpt het beroep;

verwijst het bevoegd gezag in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van de GMR begroot op € 313,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris.

Deze beschikking is gegeven door mr. Ingelse, voorzitter, mrs. Römer en Makkink, raadsheren, drs. Izeboud RA en mr. Bax, raden, in tegenwoordigheid van mr. Verheggen, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 10 maart 2010.