



107862 – 18.01 Instemmingsgeschil en nalevingsgeschil. De OPR heeft geen instemmingsrecht op een wijziging van de rechtsvorm van het samenwerkingsverband. Het verzoek tot naleving is afgewezen.

UITSpraak

in het geding tussen:

de Ondersteuningsplanraad van de Stichting A te F, verzoeker, hierna te noemen de OPR
gemachtigde: de heer mr. W.H. Hogerzeil

en

het College van Bestuur van de Stichting A te F, verweerder, hierna te noemen het bevoegd gezag
gemachtigde: de heer mr. J. Streefkerk.

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij verzoekschrift van 10 augustus 2017, ingekomen op 11 augustus 2017 en aangevuld op 21 november 2017, heeft de OPR een verzoek op grond van artikel 32 en artikel 35 Wet medezeggenschap op scholen (Wms) aan de Commissie voorgelegd. In dit verzoekschrift heeft de OPR een vijftal verzoeken aan de Commissie opgenomen, te weten:

1. te bepalen dat het samenwerkingsverband (swv) artikel 14a Wms en artikel 24e lid 2 Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) niet heeft nageleefd;
2. het swv de verplichting op te leggen om het besluit van 29 juni 2017 tot wijziging van de rechtsvorm van het swv in te trekken;
3. het swv een verbod op te leggen om handelingen te verrichten of taken te verrichten ter uitvoering van het besluit van 29 juni 2017 of onderdelen daarvan;
4. het swv te verplichten de gevolgen die de tenuitvoerlegging van het besluit reeds heeft veroorzaakt, ongedaan te maken; en
5. het swv een dwangsom op te leggen van € 2.400,- althans van een bedrag dat de Commissie in goede justitie zal vernemen te behoren, voor elke dag, of deel van een dag, dat het swv niet voldoet aan de door de Commissie op te leggen verplichtingen.

Het bevoegd gezag heeft een verweerschrift ingediend, ingekomen op 19 september 2017, waarin de Commissie wordt verzocht om al hetgeen door de OPR middels het verzoekschrift is verzocht af te wijzen, dan wel niet-ontvankelijk te verklaren en te verklaren dat de OPR ten onrechte een beroep op de nietigheid van het besluit van 29 juni 2017 heeft gedaan zoals bedoeld in artikel 32 lid 3 Wms. Het bevoegd gezag heeft het verweerschrift aangevuld op 27 november 2017.

De mondelinge behandeling van het geschil vond plaats op 28 november 2017.



De OPR werd ter zitting vertegenwoordigd door de heer B, voorzitter OPR, en mevrouw C, voormalig secretaris, bijgestaan door de gemachtigde van de OPR.

Het bevoegd gezag werd ter zitting vertegenwoordigd door de heer D, voorzitter van het dagelijks bestuur, en de heer E, directeur, bijgestaan door de gemachtigde van het bevoegd gezag.

2. FEITEN

Op 4 november 2015 heeft het bevoegd gezag een voorgenomen besluit tot wijziging van hoofdstuk 3 van het ondersteuningsplan ter instemming voorgelegd aan de OPR. Dit hoofdstuk heeft de titel "Organisatie van het samenwerkingsverband". In dit hoofdstuk staat onder meer de juridische vormgeving van het swv en de bestuursstructuur beschreven. Het voorgenomen besluit hield verband met de door het bevoegd gezag gewenste wijziging van de bestuursstructuur.

Bij brief van 25 november 2015 heeft de OPR het bevoegd gezag te kennen gegeven zijn instemming te onthouden.

Het bevoegd gezag heeft uiteindelijk afgezien van de voorgestelde wijziging.

Bij brief van 22 februari 2017 heeft het bevoegd gezag de OPR laten weten dat het van plan was de bestuurlijke structuur van het swv om te zetten van een stichting naar een vereniging. Bij die wijziging moesten ook de competentieprofielen van de toezichthouders, het toezichthoudend orgaan alsmede van de leden van het bestuur van het swv en aanstelling of ontslag van de leden van het bestuur van het swv worden gewijzigd. Het bevoegd gezag verzocht de OPR advies uit te brengen over deze laatste wijziging.

Bij brief van 23 juni 2017 heeft de OPR negatief geadviseerd omdat hij van mening was dat hij instemmingsrecht had op het besluit tot omzetting van het swv van een stichting naar een vereniging en dat dit voorgenomen omzettingsbesluit eerst ter instemming aan de OPR moest worden voorgelegd voordat de OPR kon adviseren over de competentieprofielen van de toezichthouders, het toezichthoudend orgaan alsmede van de leden van het bestuur van het swv en aanstelling of ontslag van de leden van het bestuur van het swv.

Op 29 juni 2017 heeft het bevoegd gezag besloten tot wijziging van de bestuursstructuur van het swv door omzetting van de rechtsvorm van een stichting naar een vereniging.

Op 5 juli 2017 heeft het bevoegd gezag de adviesaanvraag van 22 februari 2017 ingetrokken.

Op 11 juli 2017 heeft de OPR schriftelijk de nietigheid van het besluit van het bevoegd gezag van 29 juni 2017 ingeroepen, omdat het zonder de instemming van de OPR is genomen.

Op 12 juli 2017 heeft het bevoegd gezag een nieuwe adviesaanvraag met betrekking tot vaststelling van de competentieprofielen van de toezichthouders, het toezichthoudend orgaan alsmede van de leden van het bestuur van het swv en de aanstelling of ontslag van de leden van het bestuur van het swv aan de OPR voorgelegd.



Op 2 oktober 2017 heeft de OPR negatief geadviseerd, onder herhaling van de argumenten in de brief van 23 juni 2017.

Het bevoegd gezag heeft ter zitting verklaard dat de notariële akte tot omzetting van de rechtsvorm nog niet gepasseerd is en dat dit ook niet zal gebeuren voordat de Commissie uitspraak gedaan heeft.

3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

De OPR heeft de nietigheid van het besluit van 29 juni 2017 tot wijziging van de rechtsvorm van het swv ingeroepen, omdat dit besluit is genomen zonder de vereiste instemming van de OPR op grond van artikel 14a Wms. Dit besluit houdt immers een wijziging van het ondersteuningsplan in en artikel 14a Wms schrijft voor dat het swv de voorafgaande instemming van de OPR behoeft voor elk door het swv te nemen besluit met betrekking tot vaststelling of wijziging van het ondersteuningsplan. In artikel 17a lid 8 WVO staat wat "in elk geval" in een ondersteuningsplan moet staan. Dat kan dus ook meer zijn dan wat in dit artikel staat. Nu in het ondersteuningsplan ook de rechtsvorm van het swv is opgenomen, valt een besluit tot wijziging van deze rechtsvorm eveneens onder het instemmingsrecht van artikel 14a Wms.

Verder stelt de OPR (p. 10 van het verzoekschrift) dat het besluit tot wijziging van de rechtsvorm op zichzelf niet instemmingsplichtig is, maar wel onlosmakelijk verbonden is met de wijziging van het ondersteuningsplan, waarvoor de OPR op grond van artikel 14a Wms instemmingsrecht heeft. Uit de uitspraken LCG WMS 9 juni 2017, nr. 107696 en LCG WMS 13 november 2017, nr. 107810 volgt dat de OPR instemmingsrecht heeft op beide voorgenomen besluiten, aldus de OPR.

Verder stelt de OPR dat het bevoegd gezag, door de OPR op 4 november 2015 bij een soortgelijk besluit wel om instemming te vragen, ook in dit geval de OPR om instemming had moeten vragen.

Tot slot stelt de OPR dat de voorgestelde wijziging van de rechtsvorm tot gevolg heeft dat de interne toezichthouder niet in staat is een zodanig onafhankelijk intern toezicht uit te oefenen dat wordt voldaan aan artikel 24e lid 2 WVO.

Het bevoegd gezag stelt dat de verzoeken van de OPR dienen te worden afgewezen omdat de OPR ten aanzien van het besluit om de rechtsvorm te wijzigen geen instemmingsrecht heeft. Een dergelijk instemmingsrecht is niet opgenomen in de Wms of de WVO en is onverenigbaar met het systeem van medezeggenschap en de bestuurlijke verhoudingen binnen een samenwerkingsverband. De aanpassing van de in het ondersteuningsplan opgenomen beschrijving van de rechtsvorm betreft geen materiële wijziging van het ondersteuningsplan en valt daarom niet onder het instemmingsrecht van artikel 14a Wms. De wet maakt het niet mogelijk om een "bovenwettelijk" instemmingsrecht toe te kennen aan de OPR en het is dus onmogelijk dat het bevoegd gezag op 4 november 2015 een dergelijk recht aan de OPR heeft toegekend.



Er is voorts geen wettelijke grond op basis waarvan de OPR de Commissie kan verzoeken niet-naleving van artikel 24e lid 2 WVO te constateren. Bovendien is het besluit om de rechtsvorm te wijzigen inhoudelijk niet in strijd met artikel 24e lid 2 WVO.

4. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

Op grond van artikel 31 lid 1 Wms neemt de Commissie kennis van geschillen, bedoeld in de artikelen 32, 33, 34 en 35 Wms. Op grond van artikel 32 Wms in verbinding met artikel 37 Wms kan een OPR een instemmingsgeschil over artikel 14a Wms voorleggen aan de Commissie. Op grond van artikel 35 lid 1 in verbinding met artikel 37 Wms kan een OPR aan de Commissie een geschil voorleggen inzake naleving door het bevoegd gezag van de bij of krachtens de Wms of een onderwijswet geldende verplichtingen jegens de OPR.

Verzoeken van de OPR

Artikel 14a Wms voorziet niet in een instemmingsrecht van de OPR ten aanzien van de wijziging van de rechtsvorm van het swv. Voor het besluit tot wijziging van het de rechtsvorm van het swv van stichting naar vereniging was dus niet de instemming van de OPR vereist. De omstandigheid dat de rechtsvorm en de interne organisatie van het swv zijn beschreven in het ondersteuningsplan, maakt dit niet anders. De rechtsvorm en de interne organisatie van het swv worden als zodanig immers niet vastgesteld of gewijzigd in het ondersteuningsplan.

De omstandigheid dat het bevoegd gezag op 4 november 2015 een voorgenomen besluit tot wijziging van hoofdstuk 3 van het ondersteuningsplan, waarin de rechtsvorm van het swv is vermeld, ter instemming heeft voorgelegd aan de OPR, maakt dit ook niet anders. Instemmingsrechten kunnen immers slechts worden gevestigd door of krachtens de Wms en de Wms beperkt het instemmingsrecht van de OPR in artikel 14a tot het ondersteuningsplan.

Nu de OPR geen instemmingsrecht heeft op het besluit van het bevoegd gezag tot wijziging van de rechtsvorm van het swv van stichting naar vereniging, kan het argument van de OPR om instemming te onthouden, dat erop neerkomt dat dit besluit tot gevolg heeft dat de interne toezichthouder niet of onvoldoende in staat is om toezicht in de zin van artikel 24e lid 2 WVO uit te oefenen, onbesproken blijven.

De mogelijkheid in artikel 32 lid 3 Wms om de nietigheid van een genomen besluit in te roepen, is in artikel 32 Wms in verbinding met artikel 37 Wms beperkt tot besluiten waarvoor de Wms instemming vereist. Nu de OPR geen instemmingsrecht heeft op het besluit van het bevoegd gezag tot wijziging van de rechtsvorm van het swv, komt de Commissie tot de conclusie dat de OPR ten onrechte een beroep op de nietigheid van dit besluit heeft gedaan.

Voor zover de OPR zou bedoelen dat het besluit van 29 juni 2017 nietig is, omdat dit besluit in strijd is met artikel 24e lid 2 WVO, wijst de Commissie dit argument af, omdat artikel 32 lid 3 in verbinding met lid 4 Wms geen grondslag biedt voor de nietigverklaring van een besluit op grond van strijdigheid met artikel 24e lid 2 WVO.



Evenmin kan de OPR op grond van artikel 35 Wms in verbinding met artikel 37 Wms naleving van artikel 24e lid 2 WVO vorderen. Artikel 35 lid 1 Wms vereist immers dat het gaat om een “krachtens.....een onderwijswet geldende verplichting jegens de” ondersteuningsplanraad. Van dat laatste is in dit geval geen sprake want artikel 24e lid 2 WVO bevat geen verplichting jegens de OPR.

De verzoeken van de OPR worden dan ook afgewezen.

Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat het bevoegd gezag na het verlijden van de notariële akte waarin de rechtsvorm van het swv wordt gewijzigd, de tekst van hoofdstuk 3 van het ondersteuningsplan dient te wijzigen. Die (tekstuele) wijziging moet ter instemming worden voorgelegd aan de OPR.

Verzoek van het bevoegd gezag

Nu de Commissie van oordeel is dat de OPR ten onrechte een beroep op de nietigheid van het besluit van het bevoegd gezag van 29 juni 2017 heeft gedaan, is het verzoek van het bevoegd gezag aan de Commissie om dit als zodanig te verklaren, gegrond en zal dit worden toegewezen op na te melden wijze.

5. BESLISSING

Op grond van bovenstaande overwegingen:

- wijst de Commissie de verzoeken van de OPR af;
- verklaart de Commissie dat de OPR ten onrechte de nietigheid heeft ingeroepen van het besluit van het bevoegd gezag van 29 juni 2017 tot wijziging van de rechtsvorm van het swv.

Vastgesteld te Utrecht op 9 januari 2018, door mr. D.J.B. de Wolff, voorzitter,
mr. W.J.J. Beurskens en mr. dr. J. Sperlring, leden, in aanwezigheid van mr. T. Ketting, secretaris.

mr. D.J.B. de Wolff
voorzitter

mr. T. Ketting
secretaris

Tegen deze uitspraak staat op grond van artikel 36 lid 1 Wms beroep open bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam. Het beroep wordt ingediend bij verzoekschrift binnen een maand nadat het bevoegd gezag dan wel de OPR van de uitspraak op de hoogte is gesteld.