

A photograph of a male teacher with short brown hair, wearing a blue and white checkered shirt, leaning over a desk to help a young girl with long dark hair in a ponytail. The girl is wearing a white sleeveless top and is writing on a piece of paper. They are in a classroom setting with other students and colorful decorations on the wall in the background.

Naleving en handhaving uitspraken

eindrapportage

Naleving en handhaving van de uitspraken van de Landelijke Commissie
voor Geschillen WMS

Berenschot

Naleving en handhaving uitspraken

Naleving en handhaving van de uitspraken van de Landelijke Commissie voor
Geschillen WMS

Saraï Sapulete
Maarten Stigter
Anne-Floor Bakker
23 december 2021

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Vraagstelling	3
1.2 Onderzoeksopzet	3
2. Uitspraken van de LCG WMS	7
2.1 Uitspraken van de LCG WMS	7
2.2 Naleving uitspraken	10
2.3 Ervaringen met de LCG WMS	11
3. Wettelijk sanctiesysteem	16
3.1 Dwangsom voor het bevoegd gezag	16
3.2 Ministeriële aanwijzing en dwangsom aan de MR	19
3.3 Toereikendheid van het sanctiesysteem	27
4. Conclusies	30
4.1 Uitspraken	30
4.2 Naleving	30
4.3 Wettelijk sanctiesysteem	30
Bijlage 1. Vragenlijst betrokkenen bij geschil LCG WMS	32
Bijlage 2. Position papers Mr. Berkhout en Mr. Lindeboom	36

1. Inleiding

1.1 Vraagstelling

Het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen heeft Berenschot gevraagd een onderzoek uit te voeren naar de Naleving en handhaving van de uitspraken van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS (LCG WMS). In dit onderzoek staan de onderstaande onderzoeksvragen centraal. Wij beantwoorden deze onderzoeksvragen voor geschillen die zijn behandeld in de periode tussen 2017 en 2020.

Tabel 1. Onderzoeksvragen

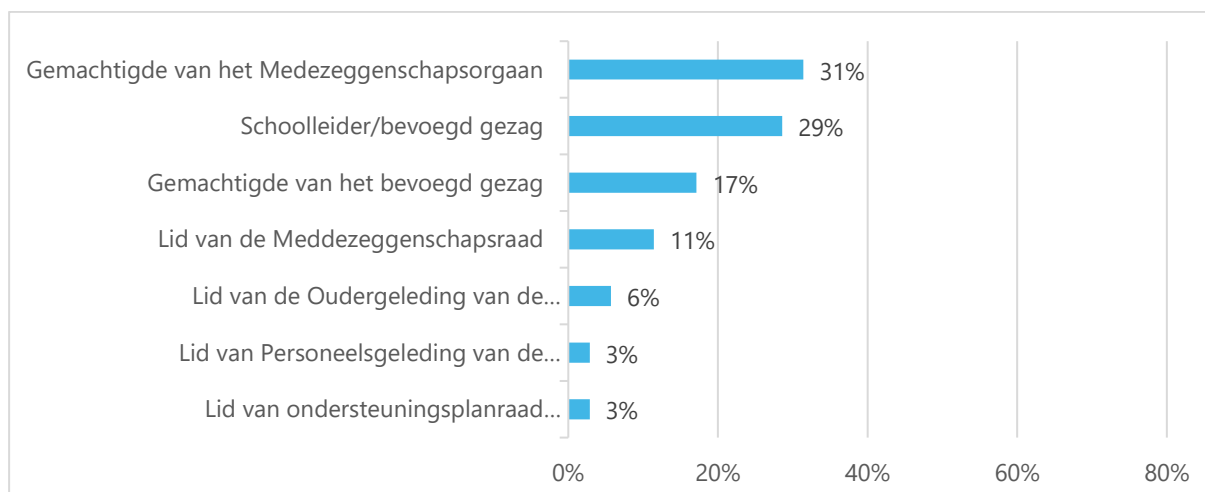
Onderzoeksvragen
<i>Vragen van feitelijke aard</i>
Zijn er in het verleden sancties opgelegd vanwege het niet naleven van de WMS? Zo ja, hoeveel en van welke aard?
Hoe vaak en in welke gevallen heeft de LCG WMS een dwangsom opgelegd?
In hoeverre worden uitspraken van de LCG WMS feitelijk nageleefd door bevoegd gezag en medezeggenschapsraad en, als dat niet gebeurt, welke mogelijkheden grijpt men aan om dat alsnog te verwezenlijken?
<i>Vragen naar ervaring/beleving</i>
Voldoet het wettelijke sanctiesysteem in de beleving van medezeggenschapsraden, bevoegde gezagsorganen en mogelijk andere relevante maatschappelijke partijen of verdient zij aanscherping of uitbreiding?
Hoe denkt de LCG WMS over de effectiviteit van het instrument van het opleggen van een dwangsom?
Hoe gaat de LCG WMS procedureel met de bevoegdheid van het opleggen van een dwangsom om?
<i>Vragen naar een juridisch expert-oordeel</i>
Welke rol kan de ministeriële aanwijzing, als bedoeld in de sectorwetgeving, spelen bij het niet in acht nemen van wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap?
Kan door de LCG WMS ook een dwangsom worden opgelegd aan de medezeggenschapsraad? Zo ja, bij welke typen geschillen?

1.2 Onderzoeksopzet

Om antwoord te kunnen geven op onze onderzoeksvragen, hebben we vier onderzoeksactiviteiten uitgevoerd: een enquête onder betrokkenen bij geschillen, verdiepende interviews met betrokkenen, documentstudie van de uitspraken van de LCG WMS, een groepsgesprek met de commissie LCG WMS en een juridische standpuntenbepaling.

Enquête onder betrokkenen bij geschillen

In de periode tussen 4 t/m 22 oktober hebben we via de Stichting Onderwijsgeschillen een vragenlijst uitgezet aan betrokkenen bij 47 dossiers. Het bevoegd gezag, de MR, en/of de gemachtigden van beiden werden uitgenodigd om de vragenlijst in te vullen. Enkele vragenlijsten kwamen terug met de opmerking dat de betrokkenen van destijds niet meer werkzaam waren op de school, of niet meer in de MR zaten. -

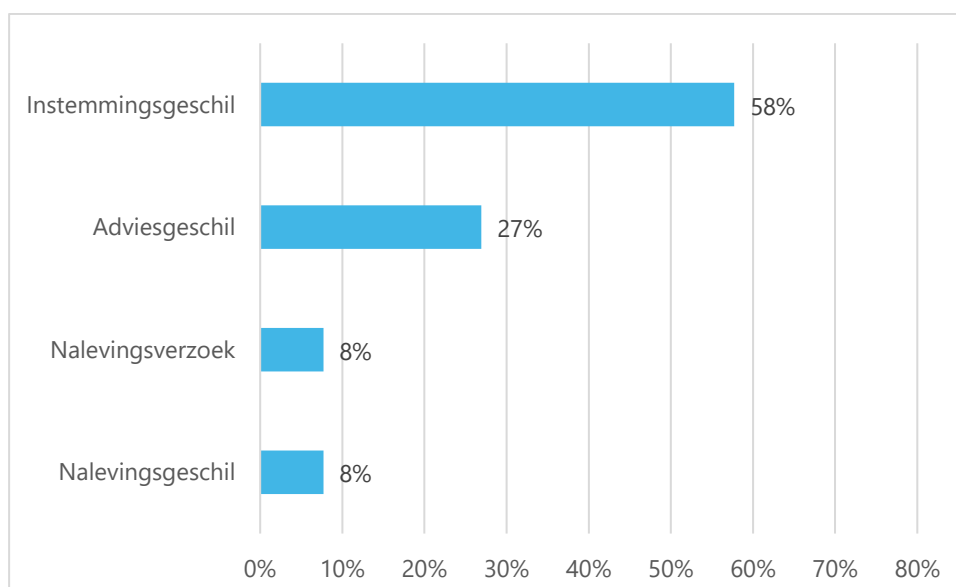


Figuur 1. Type respondenten enquête (N=35)

In totaal zijn 54 respondenten begonnen aan de vragenlijst. Hiervan hebben 36 respondenten de vragenlijst volledig of in voldoende mate ingevuld waardoor zij relevant zijn om mee te nemen in deze analyse. Van deze 36 respondenten hebben 26 respondenten aanvullend hun dossiernummer ingevuld. Er zijn 18 respondenten verwijderd uit de database, vanwege vroegtijdig afbreken van de vragenlijst. In verband met een antwoord specifieke routing of het niet invullen door de respondent van de vraag kan het aantal antwoorden verschillen. De populatie (N) staat per vraag weergegeven in de tekst of in het bijschrift van het desbetreffende figuur.

De vragenlijst is het vaakst ingevuld door gemachtigden van medezeggenschapsorganen (31%) en door schoolleiders/bestuurders (29%). Door verschillende geledingen van de MR werd in 23% van de gevallen geantwoord en in 17% door een gemachtigde van het bevoegd gezag.

Onder de groep respondenten die het dossiernummer heeft verstrekt kon worden achterhaald om wat voor type geschil het ging, of er in beroep is gegaan tegen de uitspraak en of er additioneel spraken was van een nalevingsgeschil. Het dossiernummer is bij 26 respondenten bekend. Wanneer er per dossiernummer meerdere geschillen genoemd werden, is er uitgegaan van het primair genoemde geschil in de eerste publicatie van het dossiernummer.



Figuur 2. Type geschil (N=26)

Zoals te zien in Figuur 2 ging het in meer dan de helft (15) van de gevallen om een instemmingsgeschil, in een kwart (7) van de gevallen om een adviesgeschil. In enkele gevallen ging het om een nalevingsverzoek (2) of nalevingsgeschil (2). In ruim een kwart (7 gevallen) van de geschillen is men in beroep gegaan tegen de uitspraak van de commissie bij de Ondernemingskamer.

De vragenlijst is bijgevoegd in Bijlage 1.

Verdiepende interviews betrokkenen

Op basis van de respons uit de enquête hebben we een selectie gemaakt van 14 respondenten om te benaderen voor verdiepende interviews. We hebben deze 14 respondenten geselecteerd op basis van de volgende kenmerken:

- Zowel medezeggenschap als bevoegd gezag, of gemachtigde van deze partijen
- Respondenten die aangaven heel tevreden te zijn, of juist niet tevreden, met de uitspraak van de commissie
- Respondenten die juist wel of niet in het gelijk gesteld zijn door de commissie

Van de 14 respondenten hebben er 7 aangegeven open te staan voor een verdiepend gesprek. Tussen 23-11 en 30-11 hebben deze verdiepende gesprekken plaatsgevonden. Uiteindelijk is gesproken met:

- 1 lid van de MR
- 2 leden van bevoegd gezag
- 3 gemachtigden van het bevoegd gezag
- 1 gemachtigde van de MR

De verdiepende interviews gingen met name in op hoe de behandeling van het geschil werd ervaren, en wat de respondenten vinden van de sanctiemogelijkheden die de commissie ter beschikking heeft.

Documentstudie uitspraken LCG WMS en gesprek met de commissie LCG WMS

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvragen over sanctiemogelijkheden hebben wij de op de website van Onderwijs geschillen gepubliceerde uitspraken van de LCG WMS onderzocht. Alle overwegingen die door de commissie zijn gewijd aan de dwangsom zijn geanalyseerd. Tevens heeft er op 12 november 2021 een gesprek plaatsgevonden met een vertegenwoordiging van de commissie. Daarbij zijn in algemene zin de juridische achtergronden van de dwangsom in het onderwijs besproken. De commissie onthield zich in het gesprek uitdrukkelijk van een nadere duiding van de gepubliceerde uitspraken en nam geen standpunt in over hoe zij "denkt over de effectiviteit van" en "procedureel omgaat met" de mogelijkheid om een dwangsom op te leggen. In algemene zin besprak de commissie wel de verschillende gezichtspunten en opvattingen die zij betreft in de eigen afwegingen over deze onderwerpen. Mede naar aanleiding van dit gesprek en op basis van de gepubliceerde uitspraken van de LCG WMS zijn door Berenschot aan de hand van een eigen algemene juridische analyse enkele gezichtspunten geformuleerd waarvan mag worden aangenomen dat deze voor de LCG WMS een rol spelen bij de toepassing van de dwangsom.

Juridische standpuntenbepaling

Voor het in kaart brengen van de juridische (on)mogelijkheden van een ministeriële aanwijzing of dwangsom aan de MR heeft Berenschot de juridische opinie gevraagd van twee ervaren onderwijs-/medezeggenschapsrecht-advocaten, mr. Willem Lindeboom en mr. Dik Berkhout. Beiden hebben (afzonderlijk van elkaar) hun opvatting

uiteengezet in een zg. 'position paper' (zie bijlagen). Aan de hand van deze position papers heeft er een gedachtewisseling plaatsgevonden tussen Lindeboom en Berkhout onder leiding van een van de onderzoekers, mr. Maarten Stigter, in een zg. expertmeeting. Naar aanleiding van deze expertmeeting hebben Lindeboom en Berkhout hun position papers op onderdelen aanscherpt en aangevuld. De position papers zijn bijgevoegd in Bijlage 2. Vervolgens heeft Stigter de gezamenlijke conclusies geformuleerd, die u in Hoofdstuk 3 aantreft. Deze gezamenlijke conclusies zijn door Lindeboom en Berkhout gevalideerd en worden door hen onderschreven.

2. Uitspraken van de LCG WMS

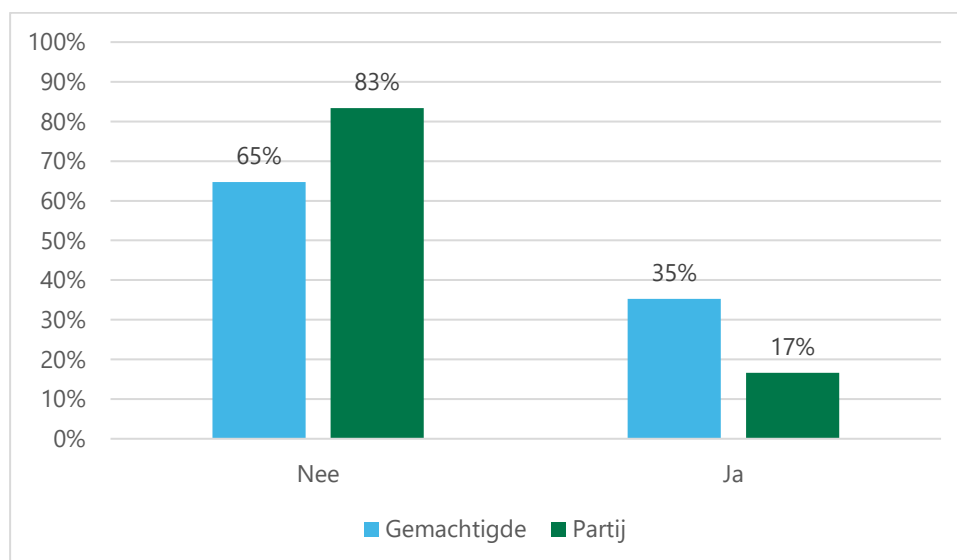
2.1 Uitspraken van de LCG WMS

In de periode tussen 2017-2020 heeft de LCG WMS 51 uitspraken gedaan. In Tabel 2 is een overzicht weergegeven van typen geschillen. Omdat uitspraken meerdere geschillen tegelijkertijd kunnen betreffen, zijn er meer typen geschillen dan uitspraken. De commissie heeft het vaakst te maken met nalevings- en instemmingsgeschillen.

Tabel 2. Type geschillen over de periode 2017-2020

Type geschil ¹	Aantal
Nalevingsgeschil	24
Adviesgeschil	17
Instemmingsgeschil	24

Van de respondenten uit onze vragenlijst die een dossiernummer hebben ingevuld (N=26), is 60% in het gelijk gesteld met de uitspraak van de commissie. Een kwart van de respondenten geeft aan dat ze een gang naar de Ondernemingskamer hebben overwogen. We zien dat gemachtigden relatief vaker deze stap overwogen hebben (35% tegenover 17% van de partijen), al geeft nog steeds een meerderheid aan dit niet overwogen te hebben. Gemachtigden zijn ingehuurd door het bevoegd gezag of de medezeggenschap om hen te vertegenwoordigen en vanwege hun juridische achtergrond en kennis waarschijnlijk vaker geneigd om een gang naar de Ondernemingskamer te overwegen.



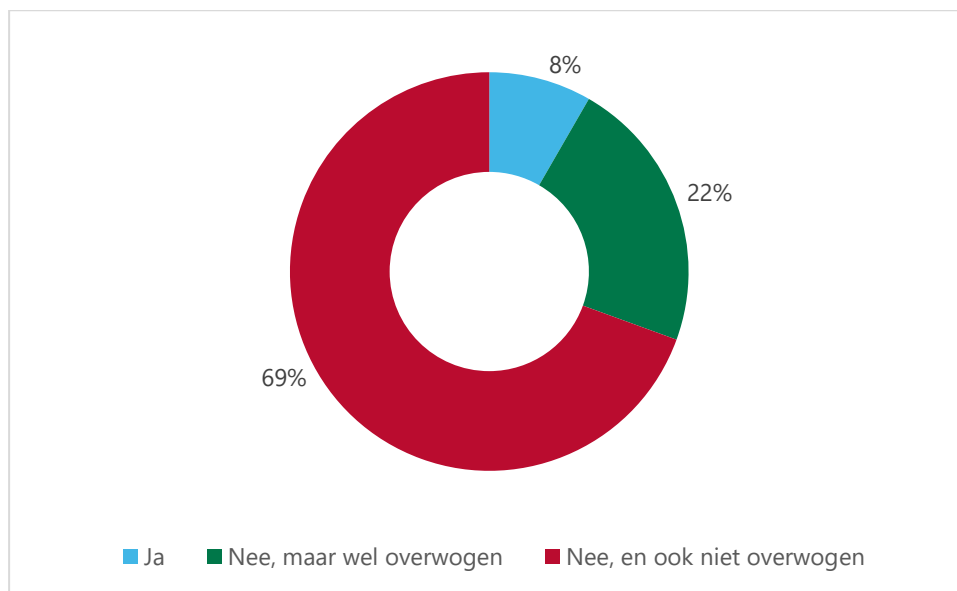
Figuur 3. Stap overwogen om na de uitspraak naar de Ondernemingskamer te gaan, gemachtigden en partijen (N=34)

De overwegingen om wel naar de Ondernemingskamer te gaan waren vooral dat men het niet eens was met de uitspraak van de commissie of met de overwegingen die daaraan ten grondslag lagen. De overwegingen om het

¹ De commissie onderscheidt naast deze drie categorieën ook nog het 'statuuts/reglements-geschil' (en een restcategorie 'ander geschil'. Dit type geschillen zijn wij in de te onderzoeken periode niet tegengekomen.

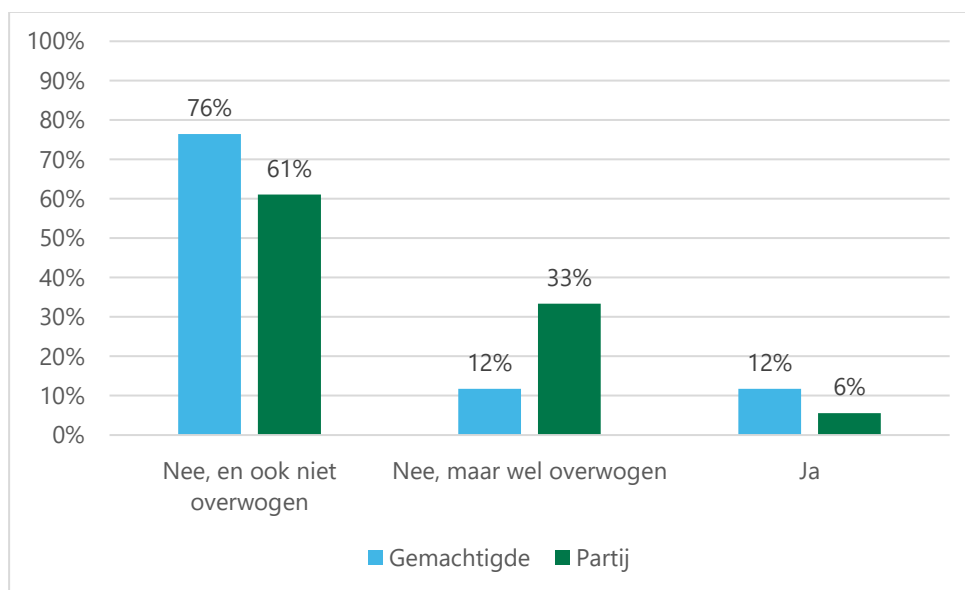
niet te doen waren dat men het juist wél met de uitspraak eens was, maar ook dat het te veel tijd zou kosten en “te hoge bureaucratie” met zich mee zou brengen.

In Figuur 4 is zichtbaar dat de meerderheid van de respondenten geen mediation traject voor behandeling van het geschil heeft doorlopen en dat zij dit ook niet hebben overwogen. Een magere kwart (22%) heeft eveneens geen mediation traject doorlopen maar heeft dit wel overwogen. Tot slot, rapporteert slechts een enkeling (8%) dat zij wel een mediation traject hebben doorlopen voor behandeling van het geschil.



Figuur 4. Mediation traject vóór behandeling van het geschil overwogen (N=36)

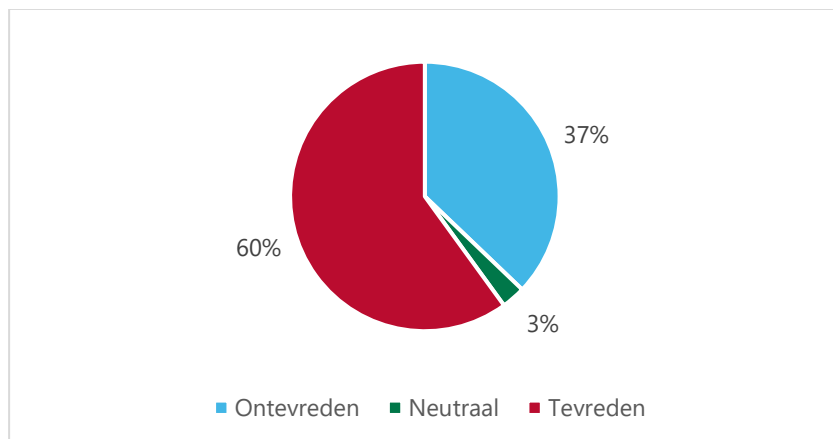
Aanvullend zijn in Figuur 5 de antwoorden uitgesplitst naar gemachtigden en partijen. Partijen hebben iets vaker mediation overwogen. Er moet hierbij wel rekening mee worden gehouden dat het gaat om kleine getallen waar we over rapporteren; in de meeste gevallen is er geen mediation toegepast. Vaak zijn de gemoederen al dusdanig hoog opgelopen dat men er met mediation vaak niet meer uit komt en een geschil dus voor de commissie wil brengen. Ook wordt meerdere keren aangegeven dat de aard van de geschillen zich niet leende voor mediation.



Figuur 5. Mediation traject vóór behandeling van het geschil overwogen, gemachtigden en partijen (N=34)

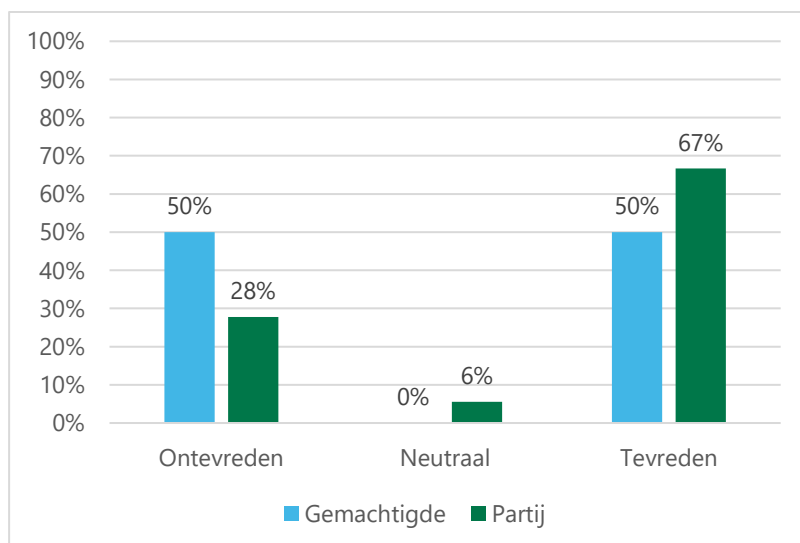
Waar het wel overwogen is, wordt aangegeven dat één van de partijen het wel heeft overwogen, maar de andere partij bijvoorbeeld niet wilde. Ook wordt aangegeven dat door corona mediation op korte termijn niet te realiseren was. Waar wel mediation heeft plaatsgevonden geeft men aan dat het als voorbereiding op het geschil of *tijdens* het geschil plaatsvond. Bij één respondent heeft de mediation niet tot een uitkomst geleid.

In onze aanvullende interviews geven respondenten aan dat de commissie steeds meer op gericht is om partijen er samen uit te laten komen, bijvoorbeeld door mediation. De commissie is gericht op hoe de sfeer is en of men er nog in gesprek met elkaar uit kan komen. Daarnaast probeert de commissie bewust de betrokkenen even "boven de kwestie uit te tillen en de focus te leggen op de gezamenlijke problemen die voorliggen."



Figuur 6. Tevredenheid met de uitspraak van de LCG WMS over het geschil (N=35)

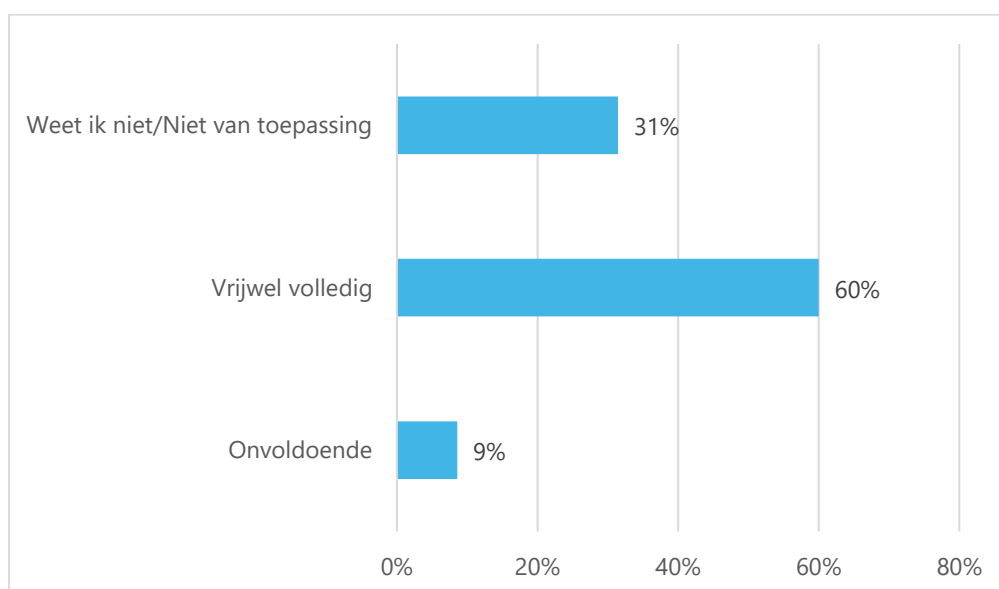
In Figuur 6 is weergegeven hoe tevreden men was naar aanleiding van de uitspraak over het geschil. Een ruime meerderheid is tevreden met de uitspraak (60%). Iets meer dan een derde geeft aan ontevreden te zijn. De gerapporteerde tevredenheid met de uitspraak hangt sterk samen met de uitspraak van de commissie (of de respondent in het gelijk gesteld is of niet). Alle respondenten die in het gelijk gesteld zijn (15), zijn tevreden met de uitspraak. Van de respondenten die niet in het gelijk zijn gesteld (N=10) is een grote meerderheid (70%) ontevreden met de uitspraak, echter zijn er ook enkele respondenten die desondanks neutraal of tevreden rapporteren over de uitspraak. Tot slot, wanneer we voor de mate van tevredenheid de uitsplitsing maken naar of de respondent een gemachtigde professional is of een zelf representerende partij is valt op dat deze laatste categorie iets vaker tevreden is met de uitspraak (67%) dan de gemachtigden (50%).



Figuur 7. Tevredenheid met de uitspraak van de LCG WMS over het geschil (N=34)

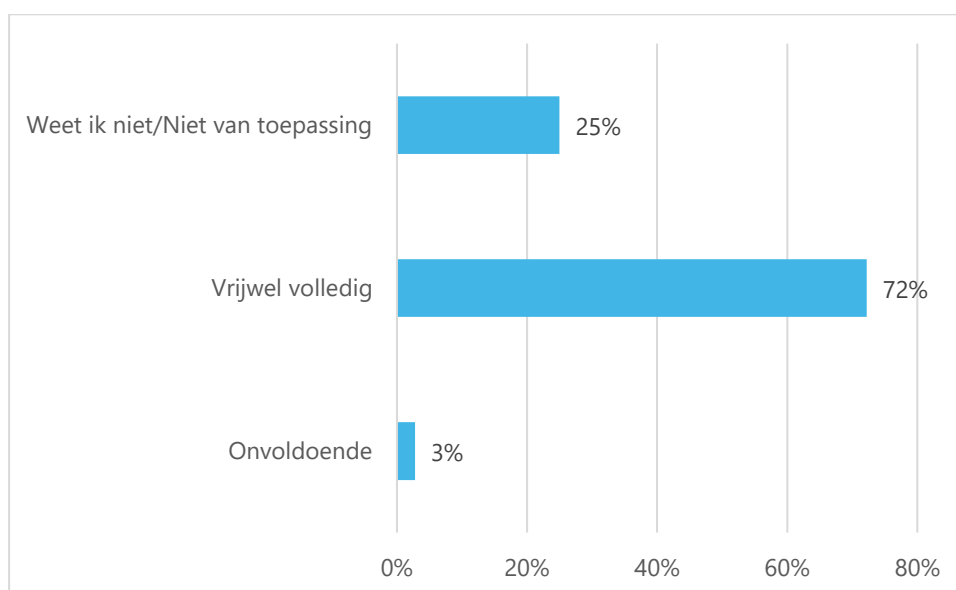
2.2 Naleving uitspraken

Een ruime meerderheid van de respondenten (60%) vindt dat de uitspraak wordt nageleefd door de wederpartij. In een derde van de gevallen weet men dit niet. Aanzienlijk meer gemachtigden dan partijen (50% tegenover 11%) rapporteren “weet ik niet” op de vraag of de uitspraak wordt nageleefd door de wederpartij. Dit kan te maken hebben met het feit dat zij naderhand niet langer betrokken zijn om de naleving te ervaren. Maar enkele respondenten (9%) geven aan dat naleving in onvoldoende mate gebeurt. Vervolgens is respondenten de mogelijkheid gegeven om toelichting te geven op hun antwoord.



Figuur 8. Naleving van de uitspraak LCG WMS door de wederpartij (N=35)

Vervolgens hebben we respondenten gevraagd in hoeverre zij vinden dat zij – of het orgaan dat zij vertegenwoordigen – de uitspraak naleeft (zie Figuur 9). Het valt op dan men substantieel positiever rapporteert over de eigen naleving van de uitspraak. Zo geeft bijna driekwart van de respondenten aan de uitspraak in grote mate tot volledig na te leven (72%). Een kwart van de respondenten geeft aan het niet te weten. Dit wordt wederom (veel) vaker aangegeven door gemachtigden (41% tegenover 11%).



Figuur 9. Naleving van de uitspraak LCG WMS door de partij zelf (N=35)

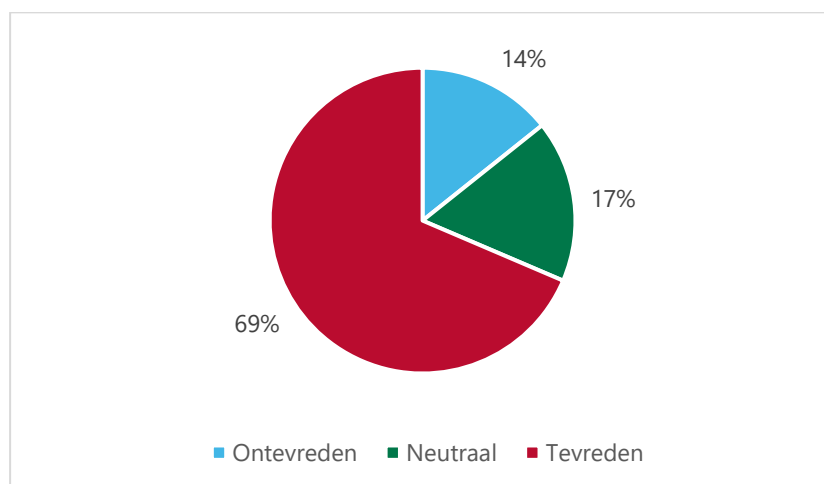
Respondenten geven aan – ook in de aanvullende interviews – dat een uitspraak van de commissie vaak gevolgd wordt: “geen enkel bevoegd gezag haalt het in zijn hoofd om een advies van de commissie naast zich neer te leggen.” Er is geen reden om een advies niet op te volgen, en het zou met name problemen opleveren (gang naar de Ondernemingskamer, eventuele sancties). Een enkeling geeft aan dat de uitspraak niet goed is nageleefd en hier ook weinig aan gedaan is:

“Wederpartij heeft zich echt schandelijk gedragen en dat is door de commissie door de vingers gezien in zoverre dat de benadeelden nog steeds benadeeld worden en dat de kwaaddoener nu gewoon ergens anders weer een soortgelijke positie inneemt, schandelijk.”

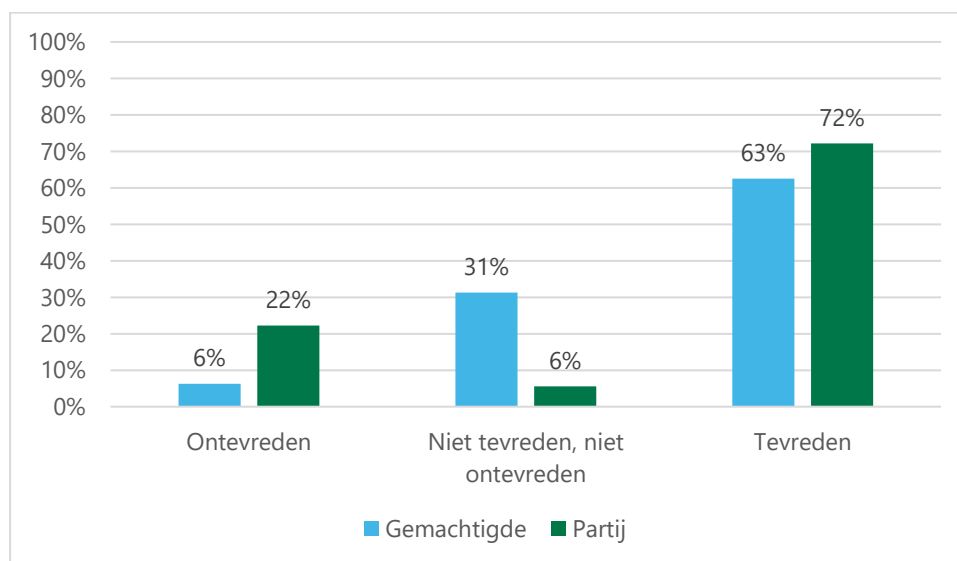
2.3 Ervaringen met de LCG WMS

We hebben respondenten – in de enquête en verdiepende interviews – gevraagd naar hun tevredenheid met verschillende aspecten van de behandeling van het geschil.

Meer dan twee derde van de respondenten is tevreden over de duur van de geschilbehandeling (Figuur 10). Verder was een even groot deel van de respondenten neutraal of ontevreden. Aanvullend is in Figuur 11 zichtbaar dat zowel de gemachtigden als partijen overwegend tevreden zijn met de duur van het proces. Gemachtigden zijn iets vaker neutraal, partijen iets vaker ontevreden.



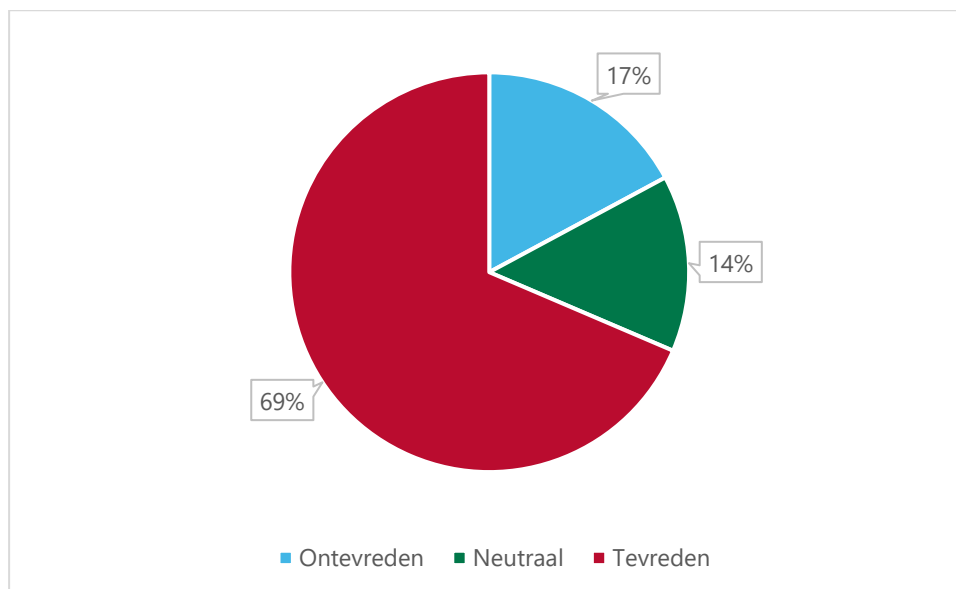
Figuur 10. Tevredenheid met de duur van het proces (N=35)



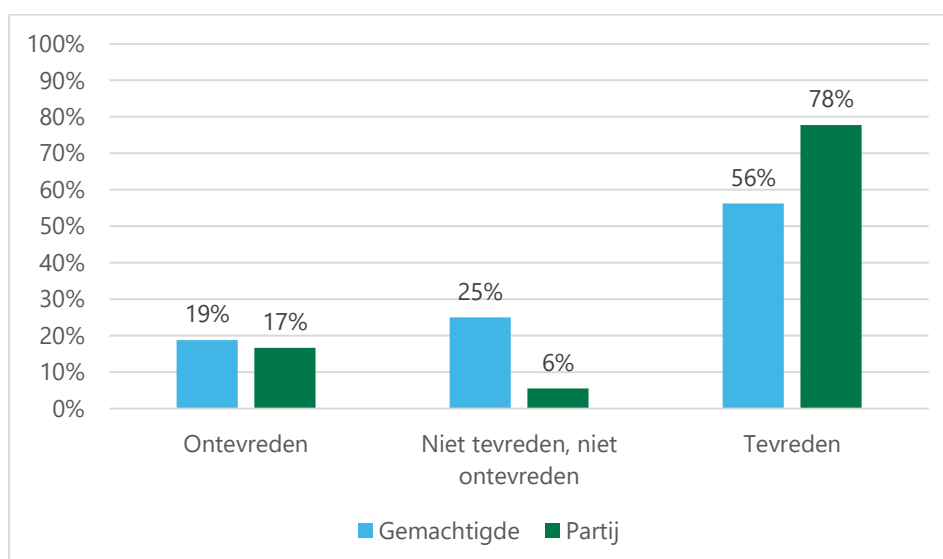
Figuur 11. Tevredenheid met de duur van het proces, gemachtigden versus partijen (N=34)

Bij nabellen geeft een respondent aan dat het proces best lang geduurd heeft. Na een mediation-traject, dat op niets uitliep, heeft het lang geduurd voordat de zaak opnieuw in beweging kwam en de zitting voorkwam. Het is niet duidelijk voor de respondent waar dit aan lag.

Een ruime meerderheid (69%) is tevreden met de motivering van de uitspraak door de LCG WMS (Figuur 12). Deze resultaten verschillen nauwelijks tussen gemachtigden en partijen (Figuur 13). Partijen zijn iets vaker tevreden over de motivering van de uitspraak, terwijl gemachtigden hier iets vaker neutraal over zijn.

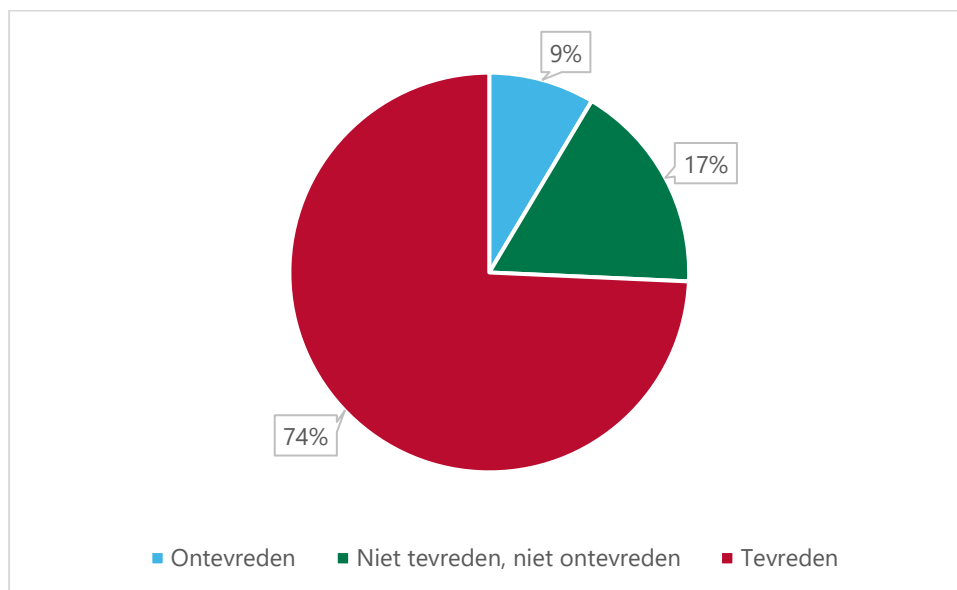


Figuur 12. Tevredenheid met de motivering van de uitspraak (N=35)

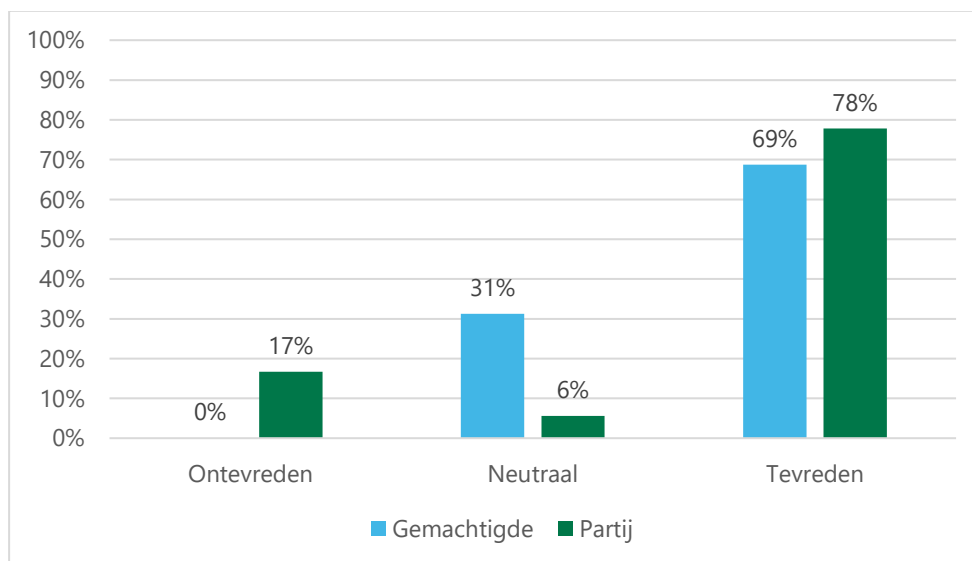


Figuur 13. Tevredenheid met motivering van de uitspraak, gemachtigden en partijen (N=34)

In Figuur 14 is zichtbaar dat driekwart van de respondenten tevreden is over het verloop van het proces. Minder dan 10% is hier ontevreden over. Partijen zijn zowel vaker tevreden als niet tevreden over het verloop van het proces; gemachtigden geven nooit aan ontevreden te zijn over het verloop van het proces (Figuur 15).

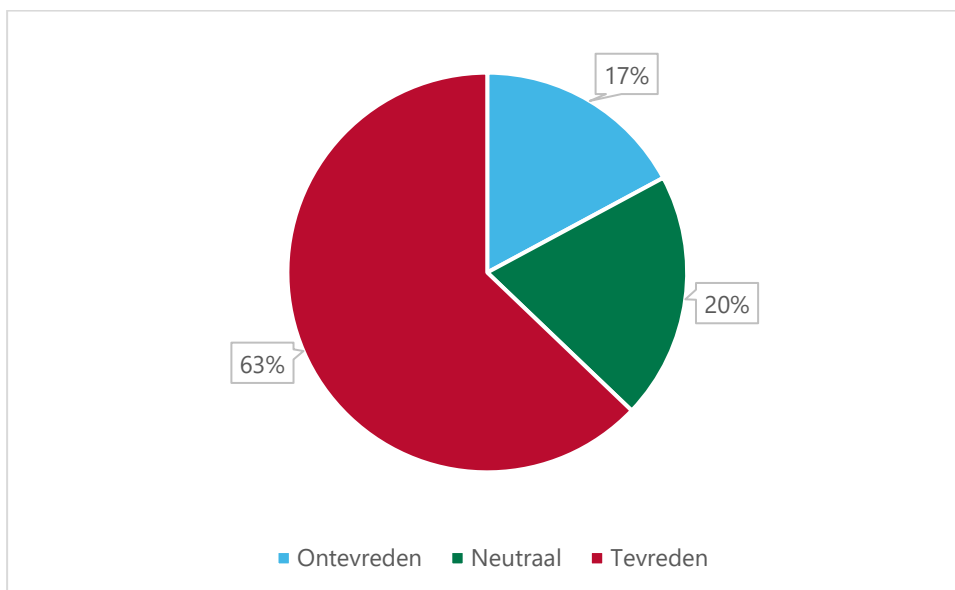


Figuur 14. Tevredenheid met het verloop van het proces (N=35)

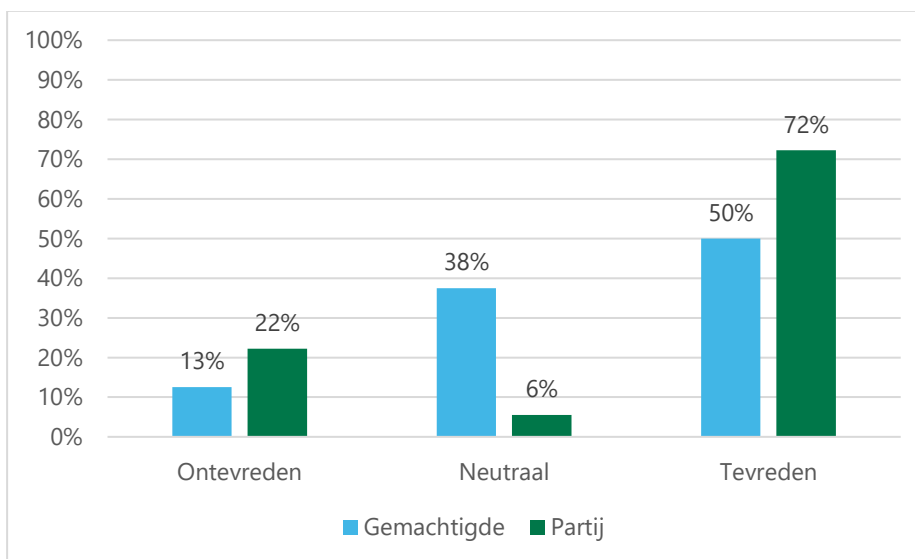


Figuur 15. Tevredenheid met het verloop van het proces, gemachtigden en partijen (N=34)

Een ruime meerderheid van de respondenten (63%) was tevreden met de behandeling van het geschil tijdens de zitting (Figuur 16). Het valt op dat dat de gemachtigden vaker neutraal zijn over de manier waarop het geschil tijdens de zitting werd behandeld (Figuur 17); partijen zijn vaker dan gemachtigden ontevreden of tevreden.



Figuur 16. Tevredenheid met behandeling geschil tijdens zitting (N=35)



Figuur 17. Tevredenheid met behandeling geschil tijdens zitting, gemachtigden en partijen (N=34)

In onze nabelronde geven de meeste respondenten aan dat de commissie heeft gehandeld zoals zou moeten en het "keurig heeft gedaan." Ook wordt de commissie als deskundig ervaren en voelen de respondenten zich goed gehoord.

In de open antwoorden in de enquête wordt wel aangegeven dat medezeggenschapsleden soms worden behandeld als juridische professionals door de commissie, en dat er weinig rekening gehouden wordt met hun achtergrond. Dit wordt tevens benoemd in de telefonische nabelronde. "Er is te weinig oog voor hoe het in de

praktijk werkt. De commissie zou in de uitspraken meer aandacht kunnen hebben in de uitleg voor de praktijk dan puur het juridische aspect.”

Uit de open antwoorden in de enquête en de telefonische gesprekken kwamen daarnaast nog de volgende suggesties:

- In de commissie is het duidelijk dat er een werkgevers- en werknemersbelang vertegenwoordigd is, dat is ook goed, maar het mag wel iets minder uitgesproken zijn.
- Mogelijk kan een andere indeling worden overwogen van de zaal waar de behandeling plaatsvindt. Betrokkenen van de wederpartij zitten direct achter de partijen. Dat voelt niet altijd even prettig.
- De commissie zou meer opvolging kunnen geven aan de uitspraken, bijvoorbeeld na drie maanden eens ophalen hoe het er voor staat of om feedback vragen.
- Ontvankelijkheidskwestie kunnen beter eerst schriftelijk behandeld worden om kosten en energie te besparen. De commissie is nu wel eens terughoudend om proces daarmee te vertragen en behandelen liever de inhoud en proces gelijktijdig tijdens de zitting.

3. Wettelijk sanctiesysteem

Om naleving van de WMS af te dwingen, zijn er op dit moment twee sanctiemogelijkheden. Het ministerie kan een inhouding doen op de bekostiging van de school.² Daarnaast heeft de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS de mogelijkheid om aan de school een dwangsom op te leggen en heeft zij de bevoegdheid om een medezeggenschapsraad te ontbinden.³

3.1 Dwangsom voor het bevoegd gezag

Toepassing van deze mogelijkheid door de LCG in de praktijk

Sinds 1 januari 2017 heeft de Landelijke Commissie voor Geschillen (hierna: LCG) WMS de wettelijke mogelijkheid om aan het bevoegd gezag een dwangsom op te leggen (o.g.v. art. 31 lid 4 WMS jo. Titel 5, afdeling 3 Rv. [art.611a-611i Rv]). Het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen heeft gevraagd te onderzoeken op welke wijze de LCG WMS in de praktijk gebruik maakt van deze mogelijkheid en wat de overwegingen van de commissie daarbij zijn.

De LCG WMS heeft sinds de invoering van deze mogelijkheid op 1 januari 2017 nog nooit een dwangsom opgelegd aan het bevoegd gezag. In de door ons onderzochte periode van vier jaar (2017-2020) zijn er door de commissie in totaal 51 uitspraken gedaan. In zo'n 20 tot 25% van de zaken komt de dwangsom aan de orde. In alle gevallen op verzoek van het medezeggenschapsorgaan.

Procedurele aspecten van de dwangsom voor het bevoegd gezag

Uit het enkele feit dat de LCG WMS in vier jaar tijd nog nooit een dwangsom aan het bevoegd gezag is opgelegd, kan wellicht al worden afgeleid dat de commissie dit instrument veelal ofwel niet nodig ofwel niet nuttig acht.

Om te beginnen blijkt uit de jurisprudentie dat de commissie in de praktijk uitsluitend ingaat op de mogelijkheid om aan het bevoegd gezag een dwangsom op te leggen indien het medezeggenschapsorgaan daar uitdrukkelijk om verzoekt. Overigens is dit weliswaar geen vereiste dat expliciet in de WMS is opgenomen,⁴ maar het is niettemin een wettelijk vereiste op grond van art.611a lid 1 Rv (dat ex art.31 lid 4 WMS "van overeenkomstige toepassing" is).⁵

In situaties waarin er aan het bevoegd gezag geen verplichting wordt opgelegd doordat het desbetreffende verzoek van het medezeggenschapsorgaan wordt afgewezen (en/of als het medezeggenschapsorgaan niet ontvankelijk wordt verklaard), kan er uiteraard eveneens geen dwangsom worden opgelegd. Immers: de dwangsom is bedoeld om zeker te stellen dat er een verplichting wordt nagekomen [art.611a Rv.], als 'stok achter de deur'. De dwangsom is een 'accessoire vordering', als pressiemiddel om te voldoen aan de hoofdveroordeling.⁶

² Inhouding van bekostiging: De Wms bevat regels voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs (art. 2 Wms). Op de overtreding daarvan kan de minister een sanctie stellen, inhoudende dat er geheel of gedeeltelijke inhouding van de bekostiging kan plaatsvinden (art. 38 Wms).

³ Dwangsom: De uitspraken van de LCG WMS zijn volgens de wet bindend voor het bevoegd gezag van de school, waar de medezeggenschapsraad deel van uitmaakt, maar ook voor de medezeggenschapsraad zelf (art. 31, lid 3, Wms). In geval er in een geschil wordt vastgesteld dat het bevoegd gezag de jegens de medezeggenschapsraad geldende wettelijke verplichtingen niet heeft nageleefd en dit alsnog hoort te doen, kan de LCG WMS aan hem een dwangsom opleggen (art. 35, juncto art. 31, lid 4, Wms). De bevoegdheid om de MR te ontbinden ("onder oplegging aan het bevoegd gezag van de verplichting tot het doen verkiezen van een nieuwe medezeggenschapsraad") heeft de commissie op grond van artikel 35 lid 3 WMS.

⁴ Zoals het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen in zijn toelichting op de onderzoeksvragen opmerkt.

⁵ De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan (...) [art.611a lid 1 Rv., onderstreping Berenschot]. In het civiel procesrecht betekent dit dat de (lijdelijke) rechter een dwangsom niet ambtshalve kan opleggen [zie bijv. H. Oudelaar, Executierecht (1e druk 2003), p.30].

⁶ Art.611a lid 1 Rv. Zie onder meer: H. Oudelaar, Executierecht (1e druk 2003), p.30.

Zonder een dergelijke verplichting ('last-onder-dwangsom') is het opleggen van een dwangsom wettelijk niet mogelijk. In zes van de tien⁷ onderzochte casussen was dit het geval.⁸

In de vier andere zaken waarin de dwangsom aan de orde was, werd er aan het bevoegd gezag wel een verplichting opgelegd, waarbij het medezeggenschapsorgaan expliciet had verzocht om het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag. In drie van deze zaken meldt de commissie zonder nadere motivering dat zij "geen aanleiding ziet voor het opleggen van een dwangsom".⁹ Eén keer voegt de commissie aan deze formulering "onder de gegeven omstandigheden" toe.¹⁰ Dat betrof een zaak waarbij het bevoegd gezag de verplichting had "om binnen de school kenbaar te maken dat de samenstelling van de MR ongewijzigd is gebleven" nadat het bevoegd gezag eigenmachtig MR-verkiezingen had georganiseerd en naar aanleiding daarvan de samenstelling van de MR wenste te wijzigen c.q. de MR had ontbonden. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat in dit geval de commissie ervan uit ging dat haar uitspraak op zichzelf al voldoende duidelijkheid schiep over de rechtstoestand (in casu de samenstelling van de MR). Het oordeel van de commissie had in dit geval meer het karakter van een 'verklaring voor recht'. Mede door het openbare karakter van de uitspraak (die wordt gepubliceerd en waaruit partijen kunnen citeren) voegde de verplichting van het bevoegd gezag om een en ander binnen de school kenbaar te maken daar weinig aan toe, waardoor de commissie vermoedelijk "geen aanleiding zag" om een dwangsom op te leggen. Maar dit blijft enigszins speculatief, omdat de LCG WMS geen nadere toelichting geeft.

In de twee andere zaken¹¹ waarin de LCG WMS "geen aanleiding zag" voor het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag (hoewel het medezeggenschapsorgaan dat in het gelijk was gesteld, erom had verzocht), betrof de verplichting van het bevoegd gezag om (conform art.28 WMS) aan de MR een vergoeding c.q. tegemoetkoming te verstrekken in de kosten van rechtsbijstand [o.g.v. art.28 WMS]. Het ligt in de rede dat de commissie in deze twee gevallen heeft geoordeeld dat dit een verplichting "tot betaling van een geldsom" betreft, waarbij een dwangsom wettelijk in beginsel niet kan worden opgelegd op grond van artikel 611a lid 1 Rv. (laatste volzin).¹² Ook in deze twee gevallen ontbreekt echter een expliciete motivering van de LCG WMS.

In de vierde zaak¹³ waarin het medezeggenschapsorgaan in het gelijk werd gesteld en expliciet had verzocht om het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag achtte de LCG het opleggen van een dwangsom "niet opportuun". Dit betrof een zaak waarin de verplichting voor het bevoegd gezag bestond uit het verstrekken van bepaalde informatie aan de MR. In dit geval speelde kennelijk de proceshouding van het bevoegd gezag een belangrijke rol. De commissie achtte het opleggen van een dwangsom namelijk niet opportuun "nu het bevoegd gezag zich er ter zitting uitdrukkelijk toe verbonden heeft de gevraagde documenten te verstrekken". In die situatie heeft een dwangsom naar het oordeel van de commissie blijkbaar geen toegevoegde waarde.¹⁴

⁷ Zie vorige voetnoot.

⁸ Zaaknummers: 107696 (idem: 107696); 107862; 107962; 108585/108586; 108965; 109347.

⁹ Zaaknummers: 108524; 108866; 108846.

¹⁰ Zaaknummer: 108524.

¹¹ Namelijk zaaknummers 108866 en 108846.

¹² Zie hierover onder meer: P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht* (15^e druk, 2005), p.326-327. Overigens gaan wij er daarbij vanuit dat de MR zelf (op eigen naam) deze verplichting is aangegaan en door de betreffende deskundige c.q. rechtsbijstandsverlener als contractspartij/schuldenaar wordt aangemerkt. Indien dat niet het geval is, zou de deskundige c.q. rechtsbijstandsverlener als derde kunnen worden aangemerkt. In dat geval kan een dwangsom wel tot de mogelijkheden behoren. Maar in de literatuur wordt daarbij verwezen naar een zaak waarbij de tot dwangsom veroordeelde partij wel degelijk eerder akkoord was gegaan met de op hem rustende betalingsverplichting aan de desbetreffende derde. Daarvan zal over het algemeen geen sprake zijn bij geschillen over artikel 28 lid 2 WMS. (Zie: Stein en Rueb, a.w., p.327; zie ook: H. Oudelaar, *Executierecht* (1^e druk 2003), p.32).

¹³ Zaaknummer 108477/108497.

¹⁴ Zo dacht in elk geval de oud-directeur-bestuurder van de Stichting Onderwijsgeschillen, Hilde Mertens erover. In een afscheidsinterview verklaarde ze: "Je moet je bij een dwangsom ook afvragen of die zo nodig is en wat het effect daarvan kan zijn. De uitspraken van de geschillencommissie zijn bindend en als er geen signaal is dat een uitspraak niet zal worden opgevolgd, is er geen reden om een dwangsom op te leggen." [InfoMR ,oktober 2019, p.16].

Op grond van deze (overigens nog spaarzame) jurisprudentie van de LCG WMS concluderen wij voorzichtig dat de commissie zeer terughoudend is bij de toepassing van het instrument van de dwangsom aan het bevoegd gezag. Als aan het bevoegd gezag een verplichting wordt opgelegd tot vergoeding van (juridische) kosten kan de commissie wettelijk geen dwangsom opleggen (o.g.v. art. 611a Rv.). Het lijkt erop dat de commissie het opleggen van een dwangsom achterwege laat (a) in situaties waarin het oordeel van de commissie het karakter heeft van een verklaring voor recht (en de verplichting van het bevoegd gezag in feite beperkt is tot openbaarmaking) en (b) in het geval waarin de commissie door de (positieve) proceshouding van het bevoegd er voldoende vertrouwen in heeft dat de uitspraak zal worden nageleefd. Andere situaties hebben zich bij de commissie nog niet voorgedaan. Het is niet uitgesloten dat er situaties zijn waarbij de LCG WMS het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag wel degelijk effectief acht, maar het lijkt erop dat dit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden het geval is.

De effectiviteit van de dwangsom voor het bevoegd gezag

Om te kunnen achterhalen hoe de LCG WMS procedureel omgaat met de dwangsom bleek in de vorige paragraaf een bescheiden jurisprudentie-analyse noodzakelijk. Uit deze analyse en uit het feit dat de commissie nog nooit een dwangsom heeft opgelegd, kan wellicht al enigszins worden afgeleid hoe de commissie denkt over de effectiviteit van dit instrument. Blijkbaar acht de commissie het opleggen van een dwangsom in al die gevallen niet effectief.

Mede naar aanleiding van de wetsgeschiedenis lijkt het voorts geen al te gewaagde veronderstelling dat voor de LCG WMS ook de financiële impact een rol speelt bij de toepassing van de dwangsom, in die zin dat dit aspect een extra drempel is voor de commissie. Immers op grond van de wet komt een verbeurde dwangsom “ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen” [art.611c Rv.], in casu de MR. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever dit onwenselijk achtte en daarom voorstelde om als voorwaarde op te nemen dat “de dwangsom aantoonbaar ten bate van het onderwijs komt”. De Raad voor de Rechtspraak achtte deze voorwaarde echter gekunsteld en voorzag vervolgsprocedures over de besteding van dwangsommen. Daarop is deze voorwaarde uit het wetsvoorstel geschrapt.¹⁵ Het is echter goed voorstelbaar dat de besteding van een verbeurde dwangsom (waarvan het bedrag onder omstandigheden behoorlijk kan oplopen) door de MR een factor is die een belangrijke rol speelt in een terughoudend gebruik van dit instrument door de LCG WMS. De dwangsom zal immers betaald worden met publiek geld, bestemd voor het onderwijs. Wat heeft de MR aan dat geld? De MR heeft geen zelfstandig belang; hij vervult als orgaan ‘slechts’ een cruciale rol in het horizontaal toezicht, maar zit niet in de positie om dit bedrag ten goede te laten komen aan het onderwijs c.q. de onderwijskwaliteit.

Daar komt bij dat het tot dusver eigenlijk nooit nodig lijkt om een dwangsom op te leggen aan het bevoegd gezag. Er zijn geen aanwijzingen dat de uitspraken van de LCG WMS door de schoolbestuurders niet zouden worden nageleefd. Dit lijkt voor de commissie een rol te spelen in de afweging om het instrument niet in te zetten. In de vorige paragraaf bleek al dat de positieve proceshouding van een bevoegd gezag door de commissie uitdrukkelijk wordt meegewogen en ertoe leidt dat zij het opleggen van een dwangsom niet opportuun acht indien zij daaraan het vertrouwen ontleent dat de uitspraak zal worden nageleefd.

Het natuurlijk de vraag of de hoge nalevingsbereidheid verband houdt met de mogelijkheid voor de commissie om een dwangsom op te leggen, maar het is niet uit te sluiten dat deze mogelijkheid hieraan bijdraagt. Zo geredeneerd zou het nut van de dwangsom gelegen kunnen zijn in het enkele feit dat de commissie deze mogelijkheid heeft. In uitzonderlijke omstandigheden kan de dwangsom daadwerkelijk worden ingezet om te laten zien dat dit niet een louter theoretische optie is, bijvoorbeeld indien een bevoegd gezag van zins lijkt zich weinig aan te trekken van een uitspraak van de commissie en/of indien een schoolbestuurder herhaaldelijk met de MR in de clinch ligt en keer op keer in strijd met de WMS handelt. Het schrappen van deze wettelijke mogelijkheid

¹⁵ Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.34).

zou in dit licht in elk geval een verkeerd signaal zijn en ongewild afbreuk kunnen doen aan het gezag van de LCG WMS.

Uit dogmatisch oogpunt is een problematisch aspect dat de naleving van de WMS voor het bijzonder onderwijs een bekostigingsvoorwaarde is waardoor scholen er niet zondermeer rechtstreeks aan gebonden zijn.¹⁶ Hoe verhoudt het karakter van de bekostigingsvoorwaarde zich tot de mogelijkheid om naleving middels een dwangsom af te dwingen? Het voert voor dit onderzoek te ver om daar op in te gaan, maar ook dit zou een verklaring kunnen zijn voor het terughoudende gebruik van dit instrument door de LCG WMS.

Een praktisch probleem voor de MR is nog dat deze vervolgens nog de horde moet nemen om naar de rechtbank te stappen om een executoriale titel te verkrijgen [ex art.35a WMS] en betaling van de dwangsom te verkrijgen indien het bevoegd gezag de uitspraak van de LCG WMS naast zich neer legt. Het is de vraag of de dwangsom als zodanig in zulke situaties het gewenste effect heeft en of onder dergelijke omstandigheden de naleving van de WMS hiermee geholpen is. Ook dit kunnen overwegingen zijn voor de commissie om niet snel naar dit middel te grijpen.

3.2 Ministeriële aanwijzing en dwangsom aan de MR

Juridische verkenning naar de (on)mogelijkheden van deze opties

Het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen heeft gevraagd onderzoek te doen naar twee concrete opties om het wettelijke handavingsrepertoire uit te breiden waarmee naleving van de WMS wellicht zou kunnen worden bevorderd c.q. afgedwongen. De twee door het expertisecentrum aangedragen opties zijn (a) de ministeriële aanwijzing en (b) een dwangsom voor de MR.

Ministeriële aanwijzing

Samenvattend komen wij tot de volgende bevindingen:

1. Wettelijke definitie: niet-naleving WMS kwalificeert slechts in uitzonderlijke gevallen als wanbeheer

Een ministeriële aanwijzing is in het (funderend) onderwijs uitsluitend mogelijk indien er sprake is van ‘wanbeheer’ [art.163b WPO, art.103g WVO, art.145a WEC]. Wat in dit verband onder wanbeheer wordt verstaan is in de wet limitatief opgesomd. Met betrekking tot de naleving van de WMS zouden twee van de in de wet genoemde gronden wellicht in aanmerking kunnen komen, namelijk de b-grond: “ernstige nalatigheid om (...) maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs (...)”. En de (door het Expertisecentrum genoemde) e-grond: “het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie (...)”.¹⁷

¹⁶ Bovendien zijn verreweg de meeste openbare scholen in Nederland inmiddels verzelfstandigd waardoor zij ook tot (het levensbeschouwelijk neutrale deel van) het bijzonder onderwijs behoren; het openbaar onderwijs in feite nauwelijks nog bestaat.

¹⁷ Volledigheidshalve, de wettekst luidt (lid 2 van genoemde wetsartikelen):

Onder wanbeheer wordt uitsluitend verstaan:

- a. financieel wanbeleid,
- b. ernstige nalatigheid om, in ieder geval in strijd met artikel 10 WPO [resp. 23a WVO, art.19 WEC], maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de school en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel van primair [resp. voortgezet, speciaal] onderwijs in gevaar komt;
- c. ongerechtvaardigde verrijking, al dan niet beoogd, van de rechtspersoon die de school in stand houdt, zichzelf dan wel een derde;
- d. onrechtmatig handelen, waaronder wordt verstaan het in de hoedanigheid van bestuurder of toezichthouder handelen in strijd met wettelijke bepalingen waarmee financieel voordeel wordt behaald ten gunste van de rechtspersoon die de school in stand houdt, zichzelf of een derde, en
- e. het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie, waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.

Lindeboom en Berkhout laten mede op grond van de wetsgeschiedenis overtuigend zien dat de lat hoog ligt. Aan de b-grond wordt strikt genomen slechts voldaan als de ernstige nalatigheid niet alleen de kwaliteit en de voortgang van de desbetreffende school/onderwijsinstelling in gevaar brengt, maar deze óók een (potentieel) negatieve uitwerking heeft op de kwaliteit van het gehele onderwijsstelsel in de desbetreffende sector. Dit volgt uit de wettekst door de toevoeging “en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel van [primaire, resp. voortgezet, speciaal] onderwijs in gevaar komt”. Deze strikte grammaticale uitleg is in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam d.d. 20 januari 2020 toegepast.¹⁸ De zg. ‘stelseis’ blijkt overigens ook uit de wetsgeschiedenis bij de invoering van de b-grond in 2014.¹⁹

Onlangs is door de minister nogmaals expliciet bevestigd dat dit de thans geldende uitleg is van het wetsartikel. Hij deed dat in de memorie van toelichting bij het aanhangige wetsvoorstel ‘Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs’.²⁰ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de minister nu juist voorstelt om de stelsel-eis te laten vervallen: “Ook in situaties waarin niet aan de stelsel-eis wordt voldaan, gaat het immers om grote tekortkomingen in de naleving van de wet, voortkomend uit ernstige nalatigheid van het bestuur van een school of instelling. Dergelijke nalatigheid kan er blijk van geven dat het bestuur niet in staat is om zelf te komen tot een oplossing. Omdat het wel gaat om bijzonder ernstige overtredingen die grote groepen leerlingen of studenten kan benadelen, is er in dit soort situaties dan ook aanleiding om het geven van een aanwijzing eerder mogelijk te maken.”²¹ De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in zijn verder zeer kritische advies bij dit wetsvoorstel overigens begrip getoond voor het laten vallen van “de zware stelseis”.²²

Op grond van de huidige wettekst zal vanwege de stelsel-eis niet-naleving van de WMS in beginsel niet kunnen kwalificeren als wanbeheer in de zin van ‘ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs’ zoals bedoeld in onderdeel b. Een ministeriële aanwijzing op deze grond achten wij dan ook thans niet mogelijk.

Indien het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs wordt aangenomen en de stelsel-eis zou komen te vervallen, zijn er wellicht zeer uitzonderlijke omstandigheden denkbaar waarin niet-naleving van de WMS als wanbeheer in de zin van ‘ernstige nalatigheid’ zoals bedoeld in onderdeel b zou kunnen worden

¹⁸ ECLI:NL:RBAMS:2020:226 (Haga Lyceum). Zie over deze uitspraak ook Lindeboom en Berkhout in hun position papers.

¹⁹ In het oorspronkelijke wetsartikel ontbrak deze b-grond [zie: Kamerstukken II 2008-2009, 31828-2]. Deze is (ook in het funderend onderwijs) pas ingevoerd ten tijde introductie van de aanwijzingsbevoegdheid in het mbo en het hoger onderwijs in 2014. Kamerstukken II 2012-2013, 33472-15 (Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs, derde nota van wijziging). De stelseis komt in deze nota van wijziging op verschillende plekken aan bod. Met name op pagina 8: “*Om de voorgestelde uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid te kunnen inzetten, moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: (1.) Ernstige nalatigheid van bestuurders of toezichthouders bij het bieden van de kwaliteitszorg die in de verschillende onderwijswetten wordt verlangd; (2.) Ernstige problemen met het waarborgen van de kwaliteit en de goede voortgang van het onderwijs aan de school of instelling; (3.) De problemen binnen de school of instelling vormen óók een bedreiging voor het vertrouwen in én het functioneren van het onderwijsstelsel; (4.) Inzet van andere instrumenten is niet effectief gebleken.*” En op pagina 9: “*De kanttekening dat alleen het (herhaaldelijk) niet naleven van een bekostigingsvoorwaarde aanleiding zou kunnen geven tot een aanwijzing, geldt ook voor de ernstige nalatigheid van bestuurders en/of toezichthouders met ernstige gevolgen voor de kwaliteit en de goede voortgang van het onderwijs en de effecten daarvan voor het desbetreffende onderwijsstelsel als geheel.*” (onderstrepingen Berenschot).

²⁰ Kamerstukken II 2021-2022, 35920-3 (Wet uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs, memorie van toelichting). Zie met name pagina 3-4: “*In 2014 werden de gronden voor het geven van een aanwijzing verbreed voor het gehele onderwijs. Een aanwijzing werd ook mogelijk als sprake was van ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de school, en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel in gevaar komt (de stelsel-eis). Van ernstige nalatigheid is sprake als een falen zich voordoet doordat niet of niet effectief wordt opgetreden terwijl dat objectief gezien wel mogelijk en noodzakelijk is. Door het niet of niet effectief handelen duurt een probleemsituatie nodeloos voort en/of ontstaan extra problemen, wat kwalijk is voor leerlingen en studenten. De stelsel-eis is gesteld om de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister te beperken tot zodanig ernstige overtredingen, dat zelfs het functioneren van en het vertrouwen in het stelsel in gevaar zou komen.*” (onderstrepingen Berenschot).

²¹ Kamerstukken II 2021-2022, 35920-3 (p.4; zie ook p.1 en p.24), onderstreping in het citaat: Berenschot.

²² Enigszins verstopt in voetnoot 11 van het advies d.d. 25 feb. 2021 (gepubliceerd op 30 sept. 2021). Kenmerk: W05.20.0372/1.

aangemerkt.²³ Daarbij kan gedacht worden aan de door Lindeboom gegeven voorbeelden: het bevoegd gezag weigert een medezeggenschapsraad in te stellen of negeert stelselmatig, gedurende een langere periode vrijwel alle wettelijke bevoegdheden van de MR. In beide gevallen ondanks adequaat optreden van de onderwijsinspectie en de inzet van andere handhavingsinstrumenten (bijvoorbeeld een gedeeltelijke opschorting van de bekostiging).²⁴

In dergelijke situaties is de ernst van de nalatigheid en de relatie tot de kwaliteit van het onderwijs gelegen in het feit dat een adequaat functionerende medezeggenschap een wezenlijke schakel is in het horizontale, interne toezicht dat nu juist bedoeld is om te voorkomen dat extern ingrijpen (zoals in casu door een ministeriële aanwijzing) nodig is.²⁵ In dergelijke situaties zou een ministeriële aanwijzing met name kunnen bestaan in de verplichting tot het instellen en doen verkiezen van een medezeggenschapsraad in lijn met artikel 35 lid 3 WMS. Dit wetsartikel betreft de bevoegdheid van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS tot ontbinding van een MR en het bevoegd gezag ertoe verplichten dat er een nieuwe MR wordt gekozen. Echter in de situatie dat er geen MR actief is, zal er geen geschil worden voorgelegd aan de geschillencommissie en heeft deze geen bevoegdheid. In dat geval zou een ministeriële aanwijzing tot het instellen en doen verkiezen van een MR een passende en noodzakelijke maatregel kunnen zijn.²⁶

Met betrekking tot de e-grond wijzen Lindeboom en Berkhout er terecht op dat deze minder breed toepasbaar is dan de formulering wellicht suggereert door de algemene aanduiding “het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg (...) in de omgang met betrokkenen” gevolgd door een concretisering die wordt ingeleid met het woord “waaronder”. Uit de wetgeschiedenis blijkt duidelijk dat deze grond uitsluitend betrekking heeft op de gevallen van “intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder”, die in onderdeel e worden genoemd. Dit zijn dan ook geen voorbeelden (zoals het gebruik van het inleidende woord “waaronder” suggereert), maar betreft een limitatieve opsomming.

Terzijde. Dit lijkt ons een treffend voorbeeld van een wetsbepaling waarbij toevoeging van woorden ter verduidelijking slechts tot verwarring leidt. Immers als dit bedoeld is, waarom wordt die inleidende formulering (“het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie, waaronder wordt verstaan”) dan niet gewoon geschrapt? Dan staat er wat er moet staan: “Onder wanbeheer wordt uitsluitend verstaan: (...) e. intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder”²⁷.

²³ Mits het advies van de Raad van State om de aanwijzingsbevoegdheid te beperken tot niet-naleving van de sectorale onderwijswetten (in casu WPO, WVO, WEC) *niet* wordt gevolgd [zie daarover Berkhout in zijn position paper, p.6].

²⁴ Berkhout wijst in dit verband nog op de situatie bij het Rotterdams Avicenna College waarbij er onder meer door problemen tussen personeel, medezeggenschapsraad en bevoegd gezag in het geheel geen onderwijs meer werd verzorgd. In die situatie was niet-naleving van de WMS als zodanig overigens niet de kern van het probleem. [Position paper Berkhout, p.5]

²⁵ Zie recent bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs: Kamerstukken II 2021-2022, 35920-3 (p.23): “In het horizontaal toezicht zijn de interne toezichthouders (medezeggenschapsraad, raad van toezicht) primair verantwoordelijk voor het toezicht. Daarnaast heeft de inspectie als externe toezichthouder haar eigen verantwoordelijkheden. In de meeste gevallen werkt de horizontale verantwoording. De (spoed)aanwijzing heeft echter betrekking op uitzonderlijke gevallen waar de horizontale dialoog tekortschiet.” Ook in de memorie van toelichting van de wet versterking bestuurskracht wordt een rechtstreeks verband gelegd tussen medezeggenschap en onderwijskwaliteit: “Het functioneren van de medezeggenschap wordt onderzocht als er signalen zijn dat de checks and balances binnen de instelling en het interne toezicht hierop niet goed functioneren, waardoor bijvoorbeeld risico’s voor de onderwijskwaliteit kunnen ontstaan.” [Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.22)]. Ook Lindeboom wijst in zijn position paper (p.2) op dit verband.

²⁶ Met een dergelijke concretisering van de maatregel kan tegemoet worden gekomen aan het door de Afdeling advisering van de Raad van State geuite bezwaar dat ontbreken van een specificatie van de sancties in strijd is met het legaliteitsbeginsel [zie hierna ad voetnoot 11].

²⁷ Zie ook Berkhout in zijn position paper p.4. Berkhout doet overigens een enigszins ander tekstvoorstel.

In verband met de naleving van de WMS is deze grond om over te kunnen gaan tot een ministeriële aanwijzing derhalve uitsluitend bruikbaar in situaties waarin leden van een medezeggenschapsorgaan persoonlijk door een directeur-bestuurder of een lid van de raad van toezicht worden geïntimideerd of bedreigd bij de uitoefening van hun (medezeggenschaps)bevoegdheden. Het is niet uitgesloten dat zich een dergelijke situatie zou kunnen voordoen. In dergelijke gevallen zou de ministeriële aanwijzing een rol kunnen spelen bij het afdwingen van naleving van de WMS.

2. Wettelijk systeem: ministeriële aanwijzing is 'ultimum remedium'

In het handhavingssysteem binnen de onderwijswetgeving kan de ministeriële aanwijzing worden aangemerkt als het *ultimum remedium* (uiterste, laatste middel) vóór een eventuele beëindiging van de bekostiging. Met de ministeriële aanwijzing wordt door de overheid direct ingegrepen in de vrijheid van inrichting van de school. In het licht van artikel 23 van de Grondwet kan dit in dogmatische zin als een ingrijpender middel worden beschouwd dan een gedeeltelijke inhouding of opschorting van de bekostiging.

In zijn advies naar aanleiding van het thans aanhangige wetsvoorstel 'uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs' wijst de Afdeling advisering van de Raad van State er opnieuw uitdrukkelijk op dat de bestuurlijke en pedagogisch-organisatorische inrichtingsvrijheid uitgangspunt is in de onderwijswetgeving. "Dit brengt met zich dat handhavingbevoegdheden waarmee de reguliere governance-verhoudingen en de pedagogisch-bestuurlijke autonomie van scholen kunnen worden doorkruist, steeds noodzakelijk en proportioneel moeten zijn."²⁸ De Afdeling constateert dat zich de afgelopen tien jaar nauwelijks situaties hebben voorgedaan die noodzaakten tot het geven van een aanwijzing.²⁹ Problematisch is bovendien dat de wet niet bepaalt tot welke maatregelen een aanwijzing kan leiden. Het ontbreken van een specificatie van de sancties acht de Afdeling in strijd met het legaliteitsbeginsel.³⁰

In reactie op dit advies van de Raad van State heeft de minister het ultimum remedium karakter van de aanwijzing bevestigd.³¹ De aanwijzingsbevoegdheid zal volgens de minister "pas mogen worden ingezet als vast staat dat andere middelen, zoals het door de Afdeling genoemde reguliere toezicht en de bekostigingssancties, geen soelaas (kunnen) bieden. (...) Gelet op het subsidiariteitsbeginsel en de scherpe(re) afbakening van de voorgestelde bevoegdheden, zal het instrumentarium slechts in hoogst uitzonderlijke situaties voor toepassing in aanmerking komen."³²

Ook bij de invoering van de aanwijzingsbevoegdheid in het mbo en het hoger onderwijs in 2014 heeft de minister benadrukt dat hij de aanwijzing als de laatste trede op de escalatieladder beschouwt. Hij gaf aan dat de minister "eerst een of meer andere instrumenten [moet] hebben beproefd voordat hij zijn toevlucht mag nemen tot de hier bedoelde aanwijzing." Opmerkelijk was dat hij daar destijds het volgende aan toevoegde: "Dat wil overigens niet zeggen dat er al een bekostigingssanctie moet zijn opgelegd voordat tot een aanwijzing kan worden overgegaan.

²⁸ Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.3).

²⁹ Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.4). Overigens, zo voegt de raad er aan toe, worden er in algemene zin in het onderwijs zelden sancties opgelegd.

³⁰ Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.10).

³¹ De minister deed dat in verband met de voorgestelde uitbreiding van de definitie van wanbeheer ten aanzien van de burgerschapsopdracht en de zorgplicht voor de veiligheid. Dit zijn de in het wetsvoorstel voorgestelde uitbreidingen van de definitie van wanbeheer (sub f en g van lid 2 van art.163b WPO en art.103 WVO) [Kamerstukken II 2021-2022, 35920-2].

³² Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.10). Zie ook de memorie van toelichting: Kamerstukken II 2021-2022, 35920-3 (p.11): "Zelfs als aan deze voorwaarden is voldaan, dient de Minister te onderzoeken of het probleem ook met minder vergaande middelen dan de aanwijzingsbevoegdheid kan worden opgelost. Dit volgt uit het subsidiariteitsbeginsel, neergelegd in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat de Minister doorgaans gehouden zal zijn om het wanbeheer te bestrijden via het reguliere instrumentarium, dus door middel van herstelopdrachten en eventueel bekostigingssancties. Pas als aannemelijk kan worden gemaakt dat daarmee niet het gewenste effect kan worden bereikt, is de aanwijzing een optie. Men denke aan de situatie waarin een bevoegd gezag reeds een of meerdere herstelopdrachten heeft genegeerd, of te kennen heeft gegeven dergelijke opdrachten zonder meer naast zich neer te leggen." (onderstrepingen Berenschot).

De bekostigingssanctie en de aanwijzingsbevoegdheid zijn in die zin nevenschikkend.³³ Met deze laatste opmerking relativeerde de minister het ultimatum remedium karakter van de aanwijzing enigszins. Overigens zijn er ook passages in de wetsgeschiedenis die erop duiden dat de aanwijzing vóóraf gaat aan een bekostigingssanctie.³⁴ Wij gaan ervan uit dat dit met name het geval is bij het *volledig* stopzetten dan wel het *definitief* beëindigen van de bekostiging.³⁵ Aan een *gedeeltelijke* inhouding van de bekostiging zal ons inziens in beginsel geen ministeriële aanwijzing vooraf (hoeven) gaan; gedeeltelijke inhouding is in het handhavingssstelsel een minder ingrijpende maatregel dan een aanwijzing. Maar de wetsgeschiedenis lijkt op dit punt niet geheel consistent.

Wat daarvan zij, mede gelet op het feit dat er in het kader van de WMS in de afgelopen jaren nimmer een bekostigingssanctie is opgelegd,³⁶ lijkt het niet opportuun om in dit verband gebruik te maken van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het huidige instrumentarium toereikend is voor de handhaving van de WMS. Het reguliere inspectietoezicht³⁷ dient voorop te staan in het handhavingssstelsel. Nader onderzoek is gewenst naar de effectiviteit van het inspectietoezicht (en het overige wettelijke instrumentarium) om nut en noodzaak aan te tonen van een eventuele introductie van de aanwijzingsbevoegdheid specifiek om naleving van de WMS te kunnen afdwingen.³⁸ Een ministeriële aanwijzing waarmee de reguliere governance-verhoudingen en de pedagogisch-bestuurlijke autonomie van een school wordt doorkruist, zal niet snel voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

Voor de goede orde wijzen we er tot slot nog op dat ook de MR de minister zou kunnen verzoeken een aanwijzing te geven aan (het bevoegd gezag van) de school.³⁹ Maar dat verandert uiteraard niets aan de wettelijke vereisten waardoor ook in dat geval slechts in dezelfde zeer uitzonderlijke gevallen er een ministeriële aanwijzing

³³ Kamerstukken II 2012-2013, 33472-15 (p.8-9).

³⁴ Kamerstukken II 2012-2013, 33472-15 (p.9): *“Indien een aanwijzing niet wordt opgevolgd, is dat een niet-nakoming van bekostigingsvoorwaarden en kan een bekostigingssanctie worden opgelegd.”*; Zie ook: ‘Beschikbaar en noodzakelijk instrumentarium in het onderwijstoezicht’, brief minister OCV aan Tweede Kamer d.d. 7 juni 2019 (p.5): *“Indien een aanwijzing of spoedaanwijzing niet wordt opgevolgd, kan daarop een bekostigingssanctie volgen. De hoogte daarvan kan van geval tot geval verschillen, maar wordt in beginsel bepaald door de Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen.”* Idem bij de invoering van de aanwijzingsbevoegdheid in 2010: *“Indien het bevoegd gezag een aanwijzing niet opvolgt, zullen andere maatregelen in beeld komen. Een bekostigingsmaatregel is dan alsnog een optie.”* [Kamerstukken II 2008-2009, 31828-3 (p.20)]. Bij die gelegenheid erkende de minister dat de aanwijzing een inbreuk was op de vrijheid van inrichting. Maar hij merkte daarbij op dat de gevolgen van een aanwijzing minder voelbaar waren voor de leerlingen dan een bekostigingsmaatregel die *“onbedoeld het primaire proces in de school kan schaden. Het onderwijs aan de leerlingen zou daarmee «gestraft» kunnen worden voor omstandigheden die zich op bestuurlijk vlak, dus vaak buiten bereik van het primaire proces, voordoen. Zo beschouwd is de maatregel van de aanwijzing minder ingrijpend van aard dan de (...) bekostigingsmaatregel.”* [Kamerstukken II 2008-2009, 31828-3 (p.5-6); onderstrepingen door Berenschot].

³⁵ Op grond van art.5a Beleidsregel financiële sancties bij bekostigde onderwijsinstellingen.

³⁶ Dit is ons gebleken uit navraag bij DUO. Zie ons antwoord in dit onderzoek op de desbetreffende onderzoeksvraag van het Expertisecentrum. Zie ook de meer algemeen geformuleerde bevinding van de Afdeling advisering van de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs d.d. 25 feb. 2021: *“De afgelopen tien jaar hebben zich nauwelijks situaties voorgedaan die noodzaakten tot het geven van een aanwijzing. Overigens worden er in algemene zin in het onderwijs zelden sancties opgelegd.”* [Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.4)].

³⁷ Op grond van art.3 lid 2 onderdeel a Wet op het Onderwijstoezicht, behoort het onder meer tot de taken van de inspectie om op mandaat de minister de bekostiging voor ten hoogste vijftien procent in te houden of geheel of gedeeltelijk op te schorten, op grond van (...) artikel 38 van de Wet medezeggenschap op scholen. Dit mandaat is overigens pas op 1 januari 2021 inwerking getreden. Deze lacune in de inspectiebevoegdheden was al in 2014 gesignaleerd in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.36-37).

³⁸ Op dit punt sluiten wij ons aan bij de kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State op het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs. *“De Afdeling advisering van de Raad van State acht het nut, de noodzaak en de proportionaliteit van het wetsvoorstel onvoldoende aangetoond, omdat een adequate probleemanalyse en een evaluatie van het huidige instrumentarium ontbreekt. In verband hiermee adviseert de Afdeling van indiening van het wetsvoorstel af te zien zolang nog niet is onderzocht en gemotiveerd of en in hoeverre uitbreiding van het instrumentarium noodzakelijk is.”* [Kamerstukken II 2021-2022, 35920-4 (p.2)].

³⁹ Zie daarover: Joke Spierling, Wet medezeggenschap op scholen (WMS) toegelicht (2020), p.129.

kan worden opgelegd. Het is overigens opmerkelijk dat scholen (onderwijsinstellingen) in het funderend onderwijs zijn uitgesloten van het enquêterecht, nu de desbetreffende wettelijke bepalingen uitsluitend van toepassing zijn op een stichting of vereniging “die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld” [art.2: 344 onderdeel b BW].⁴⁰ Het enkele feit dat niet de WOR maar de WMS van toepassing is, zondert de scholen in het PO, VO en (V)SO derhalve uit van dit meest verstrekkende juridische middel om wanbeleid/wanbeheer te onderzoeken.

Dwangsom aan de MR

Samenvattend komen wij tot de volgende bevindingen:

1. *Wettelijk systeem en wetsgeschiedenis: dwangsom aan MR niet mogelijk*

Artikel 31 lid 4 WMS bevat de bevoegdheid van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS tot het opleggen van een dwangsom. Volgens deze bepaling kan een dwangsom door de commissie in geval van een nalevingsgeschil echter uitsluitend worden opgelegd aan het bevoegd gezag.⁴¹ A contrario interpreterend zou hieruit kunnen worden afgeleid dat bij andere geschillen (die geen betrekking hebben op de naleving van de WMS of een andere onderwijswet) het wel mogelijk zou moeten zijn om een dwangsom op te leggen aan de MR. Lindeboom meent dat dit in theorie het geval is, hoewel hij daarbij onmiddellijk opmerkt dat dit zijns inziens geen reële discussie is.⁴²

De dwangsom is ingevoerd op 1 januari 2017 op grond van de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen. In de wetsgeschiedenis is er uitdrukkelijk bij stil gestaan dat het opleggen van een dwangsom aan de MR niet mogelijk is. Dit zou volgens de minister “gezien het type uitspraken dat de LCG WMS kan doen (..) niet logisch zijn. De enige «veroordeling» die de LCG WMS kan doen jegens de MR, in geval van het niet nakomen van verplichtingen door de MR, is ontbinding van de MR.” De minister overweegt in dit verband ook: “De MR heeft immers geen vermogen waaruit een dergelijke dwangsom zou kunnen worden voldaan.”⁴³ Overigens raakt dit een algemener bezwaar dat vaak wordt aangevoerd tegen financiële sancties in het onderwijs: wie worden daarmee gestraft? Zijn het niet uiteindelijk de leerlingen die letterlijk kind van de rekening zijn als een school financieel wordt geraakt?⁴⁴ Of dat nu door een bekostigings sanctie is of door een dwangsom (en ook indien deze wordt opgelegd aan het bevoegd gezag), maakt dan weinig uit. In dit verband is het interessant dat het wetsvoorstel aanvankelijk de voorwaarde bevatte dat “de dwangsom aantoonbaar ten bate van het onderwijs komt”. Na kritiek van de Raad voor de Rechtspraak die dit wat gekunsteld achtte en vervolgsprocedures over de besteding van dwangsommen voorzag, is deze voorwaarde uit het wetsvoorstel geschrapt.⁴⁵

Het ligt niet voor de hand dat de in de wetsgeschiedenis genoemde bezwaren tegen het opleggen van een dwangsom aan de MR zich uitsluitend voordoen bij nalevingsgeschillen. Wij menen dan ook dat dit niet het geval is. Het lijkt geen bewuste keuze van de wetgever om de mogelijkheid van een dwangsom aan de MR (op grond van een a contrario interpretatie van art.31 lid 4 WMS) open te houden bij andere typen geschillen dan nalevingsgeschillen.

⁴⁰ Zo oordeelde ook de Ondernemingskamer onlangs: Hof Amsterdam, 9 sept. 2021 [ECLI:NL:GHAMS:2021:3038]

⁴¹ De volledige bepaling luidt als volgt: “De bepalingen van de derde afdeling van de vijfde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in geval van een geschil als bedoeld in artikel 35 een dwangsom uitsluitend kan worden opgelegd aan het bevoegd gezag.” [art.31 lid 4 WMS]. Afdeling 3, titel 5 Rv. waarnaar wordt verwezen betreft art.611a t/m 611i Rv. Deze gaan over de dwangsom. Artikel 35 WMS waarnaar wordt verwezen heeft specifiek betrekking op zg. nalevingsgeschillen.

⁴² Position paper Lindeboom p.4.

⁴³ Memorie van toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen. Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.20-21; zie ook p.47).

⁴⁴ Zie bijv. Kamerstukken II 2008-2009, 31828-3, p.5 (eerder aangehaald in voetnoot 18).

⁴⁵ Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.34).

Dat het opleggen van een dwangsom aan de MR in andere geschillen geen reële mogelijkheid is, volgt bovendien uit het wettelijke systeem. Een dwangsom is van belang in relatie tot het verkrijgen van een executoriale titel [art.35a lid 1 WMS]. Een dwangsom kan uitsluitend worden opgelegd indien er een last, een verplichting is die dient te worden uitgevoerd op grond van een hoofdveroordeling [art.611a Rv.]. Welke hoofdveroordelingen aan de MR zijn er bij de niet-nalevingsgeschillen mogelijk op grond van de WMS? De WMS onderscheidt naast de nalevingsgeschillen⁴⁶ [art.35 WMS] drie andere typen geschillen: (a) instemmingsgeschillen [art.32 WMS], (b) reglementsgeschillen [art.33 WMS] en (c) adviesgeschillen [art.34 WMS]. Bij een instemmingsgeschil en een reglementsgeschil is de enige 'sanctie' die de commissie de MR kan opleggen een verklaring door de commissie dat de MR ten onrechte een beroep heeft gedaan op nietigheid van een besluit van het bevoegd gezag [art.32 lid 4 laatste volzin WMS], respectievelijk de nietigheid van het vastgestelde c.q. gewijzigde medezeggenschaps-reglement of -statuut [art.33 lid 5 laatste volzin WMS]. Een dwangsom kan in beide gevallen niet worden opgelegd bij een dergelijke 'verklaring voor recht' aangezien er geen handeling is die de MR dient te verrichten of na te laten. Bij een adviesgeschil is er wettelijk geen enkele mogelijkheid voor de geschillencommissie om de MR te sanctioneren. Sancties kunnen in dat geval uitsluitend worden opgelegd aan het bevoegd gezag [art.34 lid 6 WMS]. Dit ligt ook in de rede. Immers wanneer de MR bij een adviesgeschil in het ongelijk wordt gesteld, kan het bevoegd gezag zijn voorgenomen besluit waarover advies is gevraagd uitvoeren. Sanctiëring van de MR dient dan geen redelijk doel. Ook in die situatie is het opleggen van een dwangsom aan de MR dus niet mogelijk.

Het enige type geschillen waarbij de MR een verplichting kan worden opgelegd om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten, zijn volgens de wet nalevingsgeschillen [art.35 lid 3 WMS]. In die situaties zou met een dwangsom uitvoering van de desbetreffende verplichting kunnen worden afgedwongen. Maar juist hierbij heeft de wetgever expliciet bepaald dat aan de MR géén dwangsom kan worden opgelegd. In de wetsgeschiedenis is herhaaldelijk door de minister benadrukt dat het ontbinden van de MR de enige sanctiemogelijkheid is die de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS heeft jegens de MR, indien de MR de verplichtingen niet naleeft.⁴⁷

2. Alternatief: leden MR schorsen?

Nu ontbinding op dit moment de enige wettelijke sanctiemogelijkheid jegens de MR is en de dwangsom kennelijk geen reële optie is, doet zich de vraag voor of er andere mogelijkheden zijn om naleving van de WMS bij de medezeggenschapsorganen te bevorderen of af te dwingen. In vergelijking met de Wet op de Ondernemingsraden valt op dat de WOR in artikel 13 de kantonrechter de mogelijkheid biedt om een individueel OR-lid onder omstandigheden op verzoek van de ondernemer of de OR te schorsen.⁴⁸ Een dergelijke schorsing is in beginsel tijdelijk en kan betrekking hebben op alle of slechts bepaalde werkzaamheden. Dit gaat minder ver dan het ontbinden van de volledige raad en kan wellicht een oplossing bieden in situaties waarin één raadslid (of wellicht enkelen) een vruchtbaar overleg tussen de bestuurder en de MR stelselmatig frustreert en min of meer onmogelijk maakt en/of wanneer betrokkene het interne functioneren van de MR ernstig belemmert.

⁴⁶ Nalevingsgeschillen zijn bij de inwerkingtreding van de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen (toen ook de dwangsom werd ingevoerd) in feite een restcategorie geworden. Voordien werden "interpretatiegeschillen" als aparte categorie onderscheiden. Dit onderscheid verdween toen. "Nalevingsgeschillen zijn alle geschillen met uitzondering van advies- en instemmingsgeschillen." [Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.46)]. (Onderstrepingen Berenschot).

⁴⁷ Memorie van toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen. Kamerstukken II 2014-2015, 34251-3 (p.20-21; zie ook p.47).

⁴⁸ Artikel 13 WOR: (lid 1) "Op verzoek van de ondernemer of van de ondernemingsraad kan de kantonrechter voor een door hem te bepalen termijn een lid van de ondernemingsraad uitsluiten van alle of bepaalde werkzaamheden van de ondernemingsraad. Het verzoek kan uitsluitend worden gedaan, door de ondernemer op grond van het feit dat het betrokken ondernemingsraadlid het overleg van de ondernemingsraad met de ondernemer ernstig belemmert, en door de ondernemingsraad op grond van het feit dat de betrokkene de werkzaamheden van de ondernemingsraad ernstig belemmert." (lid 2) "Alvorens een verzoek in te dienen stelt de verzoeker de betrokkene in de gelegenheid over het verzoek te worden gehoord. De ondernemer en de ondernemingsraad stellen elkaar in kennis van een overeenkomstig het eerste lid ingediend verzoek."

In dit verband wijzen wij erop dat in de Wet Medezeggenschap Onderwijs (de wettelijke voorganger van de WMS) een kapstokartikel was opgenomen over de wijze waarop wordt gewaarborgd dat de leden van de raad hun uit het lidmaatschap van de raad voortvloeiende verplichtingen nakomen.⁴⁹ Deze bepaling ontbreekt in de WMS. Wij hebben niet onderzocht welke overwegingen van de wetgever eraan ten grondslag lagen om dit niet op te nemen. Wat daarvan zij, op dit moment kan uitsluitend de raad als orgaan worden gesanctioneerd (door ontbinding), terwijl in sommige gevallen wellicht kan worden volstaan met een tijdelijke en/of gedeeltelijke schorsing van één (of enkele) leden. Uit oogpunt van proportionaliteit zou een dergelijke maatregel te verkiezen zijn boven het ontbinden van de MR onder uitschrijving van nieuwe verkiezingen. Terwijl schorsing bovendien een effectievere maatregel kan zijn aangezien bij een ontbinding van de MR dezelfde mensen zich opnieuw kandidaat kunnen stellen, nu ontneming van het passief kiesrecht niet tot het wettelijke sanctierepertoire van de LGC WMS behoort.

Overigens bevat het de door de Stichting Onderwijsgeschillen opgestelde modelreglement voor medezeggenschapsraden in het PO, VO en (V)SO (laatste versies: februari 2018) wel een artikel op grond waarvan de MR (met tweederden meerderheid) een lid kan "verzoeken zich terug te trekken" indien deze zijn verplichtingen niet nakomt, dat wil zeggen "ernstig nalatig is in het naleven" van de bepalingen van de wet of het MR-reglement, de plicht tot geheimhouding schendt, of "een ernstige belemmering vormt voor het functioneren van de MR". Ook kan het desbetreffende lid door de eigen geleding (eveneens met tweederden meerderheid) voor drie maanden kan worden geschorst.⁵⁰ Dit artikel is echter wellicht niet door alle medezeggenschapsraden overgenomen en doordat uiteindelijk alleen (tweederden van) de eigen geleding de mogelijkheid heeft om een lid gedwongen uit te sluiten (voor maximaal drie maanden), gaat dit bovendien minder ver dan het toekennen van een meer algemene schorsingsbevoegdheid aan de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS.

Indien in de waarneming van de LGC WMS een dergelijke schorsingsbevoegdheid een oplossing kan bieden voor een probleem dat zich in de praktijk weleens voordoet, dan zou invoering van een dergelijk artikel in de WMS kunnen worden bepleit. De LGC WMS zou in dat geval de bevoegdheid kunnen krijgen om op verzoek van de MR

⁴⁹ Artikel 15 lid 1 sub e WMO: "In het [medezeggenschaps]reglement wordt in ieder geval geregeld: (..) e. de wijze waarop wordt gewaarborgd dat de leden van de raad hun uit het lidmaatschap van de raad voortvloeiende verplichtingen nakomen; (..)"

⁵⁰ Het desbetreffende artikel luidt als volgt:

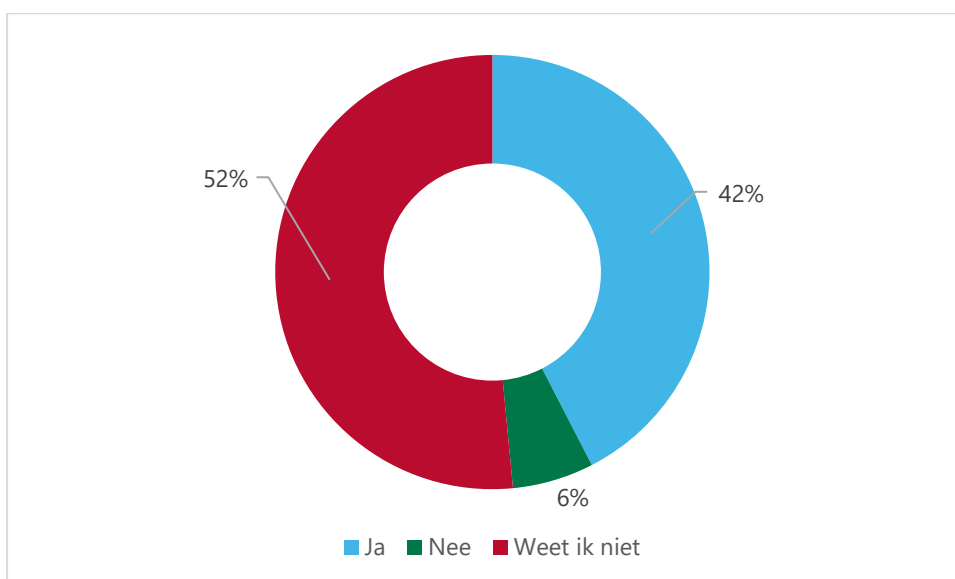
Artikel 32 Uitsluiting van leden van de MR

1. De leden van de MR komen de uit het lidmaatschap voortvloeiende verplichtingen na.
2. De MR kan tot het oordeel komen, dat een lid van de MR de in het eerste lid bedoelde verplichtingen niet nakomt, indien het betrokken lid:
 - a. ernstig nalatig is in het naleven van de bepalingen van de wet of dit reglement;
 - b. de plicht tot geheimhouding schendt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijk karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden; of
 - c. een ernstige belemmering vormt voor het functioneren van de MR.
3. Ingeval van een oordeel als bedoeld in het tweede lid kan de MR met een meerderheid van ten minste twee derden van het aantal leden besluiten het betreffende lid te wijzen op zijn verplichtingen dan wel het desbetreffende lid verzoeken zich terug te trekken als lid van de MR.
4. Ingeval van een oordeel als bedoeld in het tweede lid kan de geleding, waaruit en waardoor het betrokken lid is gekozen, met een meerderheid van ten minste twee derde deel besluiten het lid van de MR uit te sluiten van de werkzaamheden van de MR voor de duur van ten hoogste drie maanden.
5. De MR pleegt ingeval van het in het tweede lid bedoelde oordeel en ingeval van een voornemen als bedoeld in het derde lid zoveel als mogelijk overleg met de geleding waaruit en waardoor het betrokken lid is gekozen, rekening houdend met de vertrouwelijkheid van gegevens.
6. Een in het tweede lid bedoeld oordeel wordt schriftelijk aan het betrokken lid kenbaar gemaakt.
7. Een in het derde en vierde lid bedoeld besluit kan niet worden genomen, dan nadat het betrokken lid in de gelegenheid is gesteld schriftelijk kennis te nemen van de tegen hem ingebrachte bezwaren en tevens in de gelegenheid is gesteld zich daartegen te verweren, waarbij hij zich desgewenst kan doen bijstaan door een raadsman.

of van de bestuurder een lid van de MR tijdelijk geheel of gedeeltelijk te schorsen op enkele specifieke gronden (zoals hierboven omschreven, naar analogie van art.13 WOR) met de mogelijkheid voor betrokkene om hiertegen verweer te voeren.

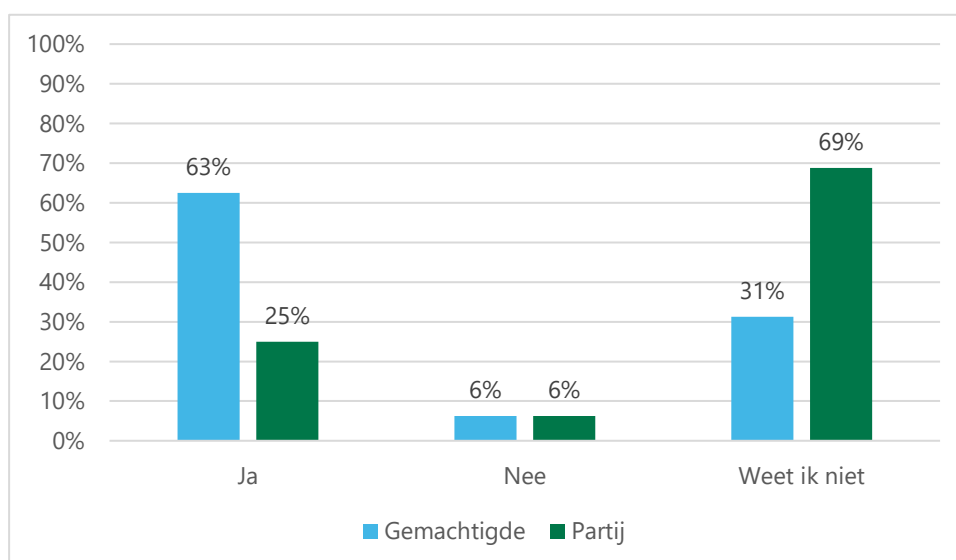
3.3 Toereikendheid van het sanctiesysteem

We hebben betrokkenen bij behandelde geschillen tevens gevraagd naar hun mening over en ervaringen met het sanctiesysteem van de LCG WMS. Zo vroegen we hen in hoeverre het huidige sanctiesysteem voldoet in hun beleving (Figuur 18). Meer dan de helft weet niet of het sanctiesysteem voldoet. 42% vindt dat het sanctiesysteem voldoet en slechts 2 personen vinden dat het niet voldoet. Ook hier zien we duidelijke verschillen tussen gemachtigden en partijen (Figuur 19). Zo weten partijen veel vaker niet of het sanctiesysteem voldoet en vinden gemachtigden juist vaker dat het wel voldoet.



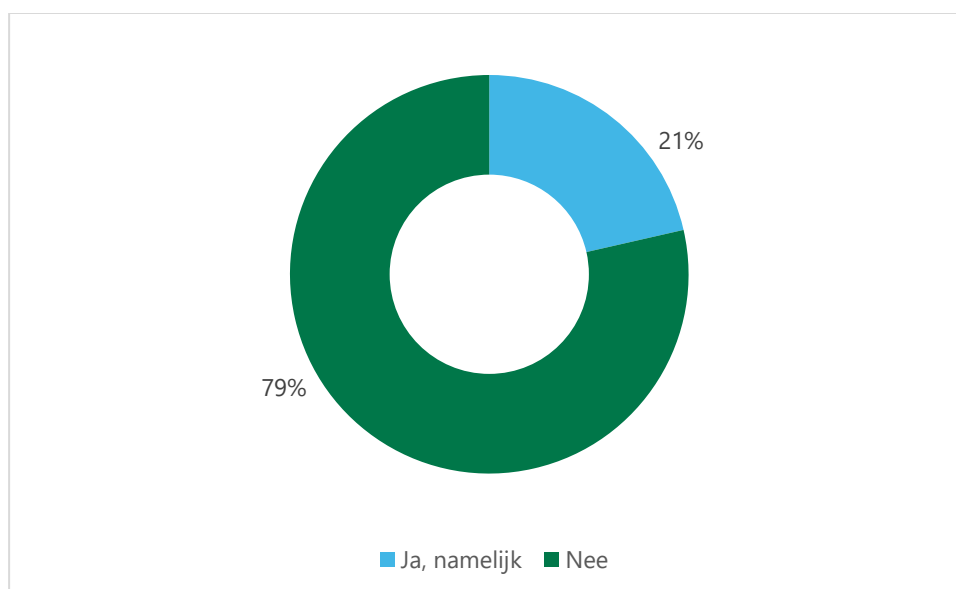
Figuur 18. Voldoet het huidige sanctiesysteem in uw beleving? (N=33)

Een van de respondenten die "nee" heeft geantwoord geeft aan dat het sanctiesysteem niet voldoet omdat gevolgen ervan niet teruggedraaid kunnen worden. Daarnaast geeft een respondent die "ja" heeft geantwoord aan dat het sanctiesysteem voldoende prikkels biedt om op actie over te gaan.

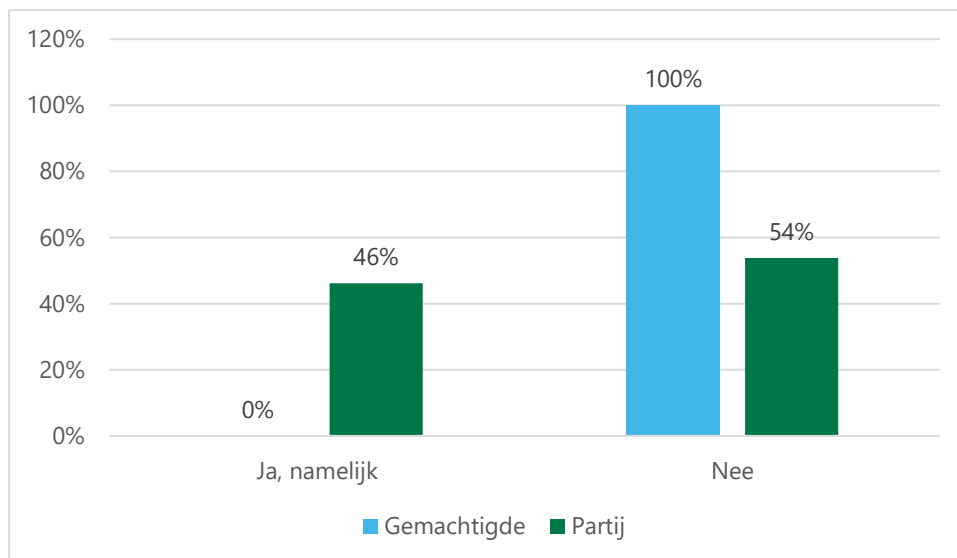


Figuur 19. Voldoet het huidige sanctiesysteem in uw beleving? Gemachtigden en partijen (N=33)

In Figuur 20 zijn de resultaten te zien op de vraag of er andere geschikte sanctiemogelijkheden zijn om naleving af te dwingen. Een ruime meerderheid (79%) antwoordt hierop "nee". De respondenten die met "ja" hebben geantwoord (21%) kregen vervolgens mogelijkheid tot toelichting. Aanvullend valt in Figuur 21 op dat van de gemachtigden alle respondenten rapporteren dat er géén andere geschikte sanctiemogelijkheden zijn. Bij partijen geeft een meerderheid ook een negatief antwoord op deze vraag, maar toch ook een aanzienlijk deel geeft aan dat zij wel andere geschikte sanctiemogelijkheden zien.



Figuur 20. Zijn er andere geschikte sanctiemogelijkheden om naleving af te dwingen? (N=28)



Figuur 21. Zijn er andere geschikte sanctiemogelijkheden om naleving af te dwingen? Gemachtigden en partijen (N=28)

Als alternatieven voor de huidige sanctiemogelijkheden worden met name sancties in de governance-sfeer genoemd. Opties die worden aangedragen zijn onder toezichtstelling van het bestuur, of het tijdelijk laten overnemen van de bestuurdersrol. Ook wordt ontheffen van bestuurders uit functie geopperd. Hierover wordt echter in onze telefonische opvolgronde aangegeven dat je dan in de bevoegdheid van de Raad van Toezicht of leidinggevende treedt en dat dus problemen oplevert.

Voor financiële sancties voelen respondenten niet veel: “Deze middelen zijn voor ondersteuning van leerlingen. Middelen onttrekken aan onderwijs betekent dat leerlingen niet de ondersteuning krijgen die nodig is.” Ook wordt aangegeven dat financiële sancties richting MR altijd terugkomen bij de organisatie zelf.

Andere suggesties die worden gedaan, zijn:

- Ingrijpen door Inspectie door middel van een stevig gesprek. Hierbij volgt de Inspectie de uitspraak van de LCG WMS, maar kan wellicht wat doortastender optreden dan de MR.
- Via de horizontale verantwoording.
- Een parallel trekken met de vo-raad, dat je geen lid mag blijven als je de governance code niet naleeft.
- Mediation ‘in een dwingende vorm’ door iemand van de bond en iemand vanuit werkgevers die samen met partijen tot een oplossing probeert te komen.

4. Conclusies

In dit onderzoek hebben we door middel van documentstudie, een enquête, verdiepende interviews, een gesprek met de commissie LCG WMS, en juridische standpuntenbepaling antwoord kunnen geven op onderzoeksvragen ten aanzien van de naleving en handhaving van uitspraken van de LCG WMS. Hieronder beschrijven we per onderdeel onze conclusies.

4.1 Uitspraken

In de periode tussen 2017-2020 heeft de LCG WMS 51 uitspraken gedaan. De commissie heeft het meest te maken met nalevings- en instemmingsgeschillen. De meerderheid van betrokkenen bij een geschil is tevreden met de uitspraak van het geschil. De tevredenheid met de uitspraak hangt sterk samen met de uitspraak van de commissie; als de betrokkene in het gelijk is gesteld is deze beduidend vaker tevreden over de uitspraak dan als de betrokkene niet in het gelijk is gesteld.

Ook over afzonderlijke kenmerken van het proces, oordeelt men overwegend positief. Een ruime meerderheid van de betrokkenen geeft aan tevreden te zijn over de duur van de geschilbehandeling, de motivering van de uitspraak, de behandeling tijdens zitting en het verloop van het proces. Het minst tevreden is men over behandeling van het geschil tijdens de zitting en motivering van de uitspraak.

4.2 Naleving

Een ruime meerderheid van de betrokkenen bij geschillen vindt dat de uitspraak wordt nageleefd, zowel door zichzelf als door de wederpartij. Een uitspraak van de commissie wordt vaak opgevolgd; als men het er niet mee eens is, gaat men naar de Ondernemingskamer. Echter, vaak wordt het advies van de commissie als uitkomst gerespecteerd en nageleefd.

4.3 Wettelijk sanctiesysteem

De LCG WMS heeft sinds de invoering van de mogelijkheid om het bevoegd gezag een dwangsom op te leggen op 1 januari 2017, nog nooit een dergelijke sanctie toegepast. In de door ons onderzochte periode van vier jaar (2017-2020) zijn er door de commissie in totaal 51 uitspraken gedaan. In zo'n 20 tot 25% van de zaken komt de dwangsom aan de orde. In alle gevallen op verzoek van het medezeggenschapsorgaan. Ook is er in het kader van de WMS in de afgelopen jaren nooit een bekostigingssanctie opgelegd.

Betrokkenen bij de geschillen die behandeld worden door de LCG WMS vinden het wettelijk sanctiesysteem voldoende. Veel betrokkenen weten niet wat het sanctiesysteem inhoudt, maar vinden aanvullende sancties niet nodig. Men ziet weinig reden om het advies van de commissie niet na te leven. Indien daar wel aanleiding voor is, stapt men naar de Ondernemingskamer. Hieronder presenteren we de conclusies per sanctiemogelijkheid.

Dwangsom bevoegd gezag

Uit de spaarzame jurisprudentie over de dwangsom in de periode 2017-2020 kunnen we voorzichtig afleiden dat de LCG WMS zeer terughoudend is in het gebruik van dit instrument. Onze indruk is dat de commissie het in beginsel niet nuttig of nodig acht om aan het bevoegd gezag een dwangsom op te leggen. De commissie ziet af van een dwangsom in de volgende situaties:

- de MR heeft er niet uitdrukkelijk om verzocht;
- aan het bevoegd gezag wordt geen verplichting opgelegd;
- de verplichting van het bevoegd gezag bestaat uit het betalen van een geldsom (meer specifiek met name het vergoeden van juridische kosten van de MR of het raadplegen van een deskundige cf. art.28 lid 2 WMS);

- het oordeel van de commissie heeft het karakter van een verklaring voor recht en de verplichting van het bevoegd gezag is in feite beperkt is tot openbaarmaking;
- aan de (positieve) proceshouding van het bevoegd ontleent de commissie het vertrouwen dat de uitspraak ook zonder dwangsom zal worden nageleefd.

Effectiviteit dwangsom bevoegd gezag

Om een aantal redenen lijkt het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag niet erg effectief:

- Een verbeurde dwangsom komt ten goede aan de MR die geen zelfstandig financieel belang heeft. Het geld komt niet (althans niet zondermeer) ten goede aan het onderwijs;
- Er zijn geen aanwijzingen dat de uitspraken van de LCG WMS niet worden nageleefd c.q. dat een dwangsom noodzakelijk is voor of bijdraagt aan de bereidheid van schoolbestuurders om de uitspraken van de commissie na te leven;
- In de praktijk is de dwangsom geen onmiddellijke oplossing. De uitvoering stelt de MR voor nieuwe (juridische) problemen. De MR zal zich voor het innen van een dwangsom en het verkrijgen van een executoriale titel tot de rechtbank moeten wenden.

Ministeriële aanwijzing

Op grond van de wettekst en in het licht van het ultimatum-remedium-karakter van de aanwijzingsbevoegdheid concluderen wij dat de ministeriële aanwijzing slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een rol zou kunnen spelen in de handhaving van de WMS. Op dit moment uitsluitend in situaties waarin leden van een medezeggenschapsorgaan persoonlijk door een directeur-bestuurder of een lid van de raad van toezicht worden geïntimideerd of bedreigd bij de uitoefening van hun (medezeggenschaps)bevoegdheden.

Indien de zg. 'stelsel-eis' in onderdeel e van de desbetreffende sectorale wetsbepalingen wordt geschrapt zou een ministeriële aanwijzing in meer situaties bruikbaar kunnen zijn, met name indien een bevoegd gezag weigert een medezeggenschapsraad in te stellen. In dat geval zou een ministeriële aanwijzing tot het instellen en doen verkiezen van een MR een passende en noodzakelijke maatregel kunnen zijn.

Er is overigens geen aanleiding voor de veronderstelling dat er thans in de praktijk van het onderwijstoezicht behoefte zou zijn aan de inzet van dit ingrijpende instrument om handhaving van de WMS te bevorderen of af te dwingen. Als er een probleem is in de naleving van de WMS ligt meer voor de hand om eerst te investeren in een verbetering van het inspectietoezicht op dit punt en een vergroting van de effectiviteit van het bestaande handhavingsinstrumentarium.

Dwangsom aan de MR

Op grond van de WMS is het niet mogelijk om aan een medezeggenschapsraad een dwangsom op te leggen, ook niet in andere dan nalevingsgeschillen (d.w.z. instemmings-, advies- of reglementsgeschillen). Een dwangsom past binnen het wettelijk systeem niet bij het type uitspraken dat de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS in dat soort zaken doet, doordat aan de MR in dergelijke geschillen geen verplichting kan worden opgelegd om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. Overigens heeft de MR ook geen eigen vermogen, zodat met een dwangsom indirect slechts het bevoegd gezag c.q. de school zou worden gestraft.

Als uitbreiding van het handhavingrepertoire jegens de MR kan als alternatief aan de wetgever in overweging worden gegeven om naar analogie van artikel 13 WOR in de WMS de mogelijkheid op te nemen van schorsing van een MR-lid. Dit kan in bepaalde situaties een effectievere en meer proportionele sanctie zijn dan de enige huidige sanctiemogelijkheid jegens de MR, namelijk ontbinding van de MR onder uitschrijving van verkiezingen voor een nieuwe MR.

Bijlage 1. Vragenlijst betrokkenen bij geschil LCG WMS

Beste heer, mevrouw,

U bent tussen 2017 en 2020 betrokken geweest bij een geschil waarover de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS (LCG WMS) een uitspraak heeft gedaan. Het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen heeft onderzoeksbureau Berenschot gevraagd om onderzoek te doen naar de naleving en handhaving van uitspraken door de LCG WMS. Graag stellen we u enkele vragen over hoe u het proces en de uitkomst van de geschilbehandeling heeft ervaren en wat u vindt van de beschikbare sanctiemogelijkheden.

Het invullen van deze vragenlijst kost maximaal 10 minuten. De antwoorden worden verwerkt door Berenschot en komen alleen in de geaggregeerde rapportage terecht bij het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen. Berenschot gaat vertrouwelijk met uw gegevens om.

Mocht u nog vragen hebben, dan kunt u die richten aan Sarai Sapulete via s.sapulete@berenschot.nl.

Alvast dank voor uw deelname.

Hartelijke groet,

Expertisecentrum Onderwijsgeschillen

Afhandeling van het geschil

V1. Wat is het nummer van uw geschil?

U vindt het nummer in de begeleidende e-mail waar de link naar de vragenlijst in stond

V2. Wat was uw rol/functie ten tijde van het geschil?

- 01 Lid van de Medezeggenschapsraad
- 02 Lid van de Raad van Toezicht
- 03 Lid van de Personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad (PMR)
- 04 Lid van de Oudergeleding van de medezeggenschapsraad
- 05 Schoolleider / bevoegd gezag
- 06 Gemachtigde van het bevoegd gezag
- 07 Gemachtigde van het medezeggenschapsorgaan
- 08 Lid van ondersteuningsplanraad (samenwerkingsverband)
- 09 Anders, namelijk

V3. In hoeverre was u tevreden met de uitspraak van de LCG WMS over uw geschil?

- 01 Helemaal niet tevreden
- 02 Niet tevreden,
- 03 Niet tevreden, niet ontevreden
- 04 Tevreden
- 05 Heel erg tevreden

V4. In hoeverre was u tevreden met de volgende elementen? (01 Helemaal niet tevreden – 05 Heel erg tevreden)

- 01 Uitkomst van de uitspraak

- 02 Duur van het proces
- 03 Motivering van de uitspraak
- 04 Hoe het proces verlopen is
- 05 De manier waarop het geschil behandeld werd tijdens de zitting

V5. Heeft u overwogen – na de uitspraak – om naar de Ondernemingskamer te gaan?

- 01 Ja
- 02 Nee
- 03 Weet ik niet

V6. [INDIEN V5≠3] Kunt u het antwoord op bovenstaande vraag toelichten?

V7. Heeft u een mediation traject – vóór behandeling van het geschil – doorlopen?

- 01 Ja
- 02 Nee, maar wel overwogen
- 03 Nee, en ook niet overwogen
- 04 Weet ik niet

V7a. Kunt u het antwoord op bovenstaande vraag toelichten?

V8. Vindt u dat de uitspraak van de LCG WMS wordt nageleefd door de wederpartij?

- 01 Helemaal niet
- 02 Nauwelijks
- 03 Enigszins
- 04 In grote mate
- 05 Volledig
- 06 Weet ik niet
- 07 Niet van toepassing

V9. Vindt u dat de uitspraak van de LCG WMS wordt nageleefd door uzelf / of het orgaan dat u vertegenwoordigde?

- 01 Helemaal niet
- 02 Nauwelijks
- 03 Enigszins
- 04 In grote mate
- 05 Volledig
- 06 Weet ik niet
- 07 Niet van toepassing

V10. Kunt u uw antwoord op bovenstaande vragen toelichten (naleving door uzelf en de wederpartij)?

V11. [INDIEN v8= 01,02,03 en/of v9=01,02,03] Is er geprobeerd de (volledige) naleving alsnog te verwezenlijken?

- 01 Helemaal niet
- 02 Nauwelijks
- 03 Enigszins
- 04 In grote mate

- 05 Volledig
- 06 Niet van toepassing/weet ik niet

V12. Kunt u uw antwoord op voorgaande vraag toelichten? Waarom en hoe is er al dan niet geprobeerd naleving alsnog te verwezenlijken?
[OPEN antwoordveld]

Sanctiemogelijkheden

Om naleving van de WMS af te dwingen, zijn er op dit moment twee sanctiemogelijkheden. Het ministerie kan een inhouding doen op de bekostiging van de school. Daarnaast heeft de landelijke commissie voor geschillen WMS de mogelijkheid om aan de school een dwangsom op te leggen.

V13. Is er bij de uitspraak van uw geschil gebruik gemaakt van de sanctiemogelijkheid van inhouding van de bekostiging?

- 01 Nee, en ik ben niet bekend met deze sanctiemogelijkheid
- 02 Nee, deze sanctiemogelijkheid was hier niet van toepassing
- 03 Nee, deze mogelijkheid is wel overwogen, maar uiteindelijk niet opgelegd
- 04 Ja
- 05 Weet ik niet

V14. [INDIEN V13 = 1] Als u wel bekend was geweest met deze maatregel, zou het volgens u dan een geschikte sanctiemogelijkheid zijn?

- 01 Ja
- 02 Nee
- 03 Weet ik niet

V15. [INDIEN V13 = 3] Waarom is uiteindelijk gekozen om van deze sanctiemogelijkheid af te zien?
[OPEN ANTWOORD]

V16. Is er bij de uitspraak van uw geschil gebruik gemaakt van de sanctiemogelijkheid van het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag?

- 01 Nee, en ik ben niet bekend met deze sanctiemogelijkheid
- 02 Nee, deze sanctiemogelijkheid was hier niet van toepassing
- 03 Nee, deze mogelijkheid is wel overwogen, maar uiteindelijk niet opgelegd
- 04 Ja
- 05 Weet ik niet

V17. [INDIEN V16 = 1] Als u wel bekend was geweest met deze maatregel, zou het volgens u dan een geschikte sanctiemogelijkheid zijn?

- 01 Ja
- 02 Nee
- 03 Weet ik niet

V18. [INDIEN V16 = 3] Waarom is uiteindelijk gekozen om van deze sanctiemogelijkheid af te zien?
[OPEN ANTWOORD]

V19. Voldoet het huidige sanctiesysteem in uw beleving?

- 01 Ja, omdat....
- 02 Nee, omdat....
- 03 Weet ik niet, omdat...

V20. Zijn er naar uw mening andere geschikte sanctiemogelijkheden om naleving af te dwingen?

- 01 Ja, namelijk....
- 02 Nee

V21. Heeft u nog aanvullende opmerkingen over de naleving en handhaving van uitspraken of over deze vragenlijst?

Hartelijk dank voor uw deelname aan deze enquête.

Bijlage 2. Position papers Mr. Berkhout en Mr. Lindeboom

Bijgevoegd in de bijlagen.



Berenschot

Berenschot is een onafhankelijk organisatieadviesbureau met 350 medewerkers wereldwijd. Al 80 jaar verrassen wij onze opdrachtgevers in de publieke sector en het bedrijfsleven met slimme en nieuwe inzichten. We verwerven ze en maken ze toepasbaar. Dit door innovatie te koppelen aan creativiteit. Steeds opnieuw. Klanten kiezen voor Berenschot omdat onze adviezen hen op een voorsprong zetten.

Ons bureau zit vol inspirerende en eigenwijze individuen die allen dezelfde passie delen: organiseren. Ingewikkelde vraagstukken omzetten in werkbare constructies. Door ons brede werkerrein en onze brede expertise kunnen opdrachtgevers ons inschakelen voor uiteenlopende opdrachten. En zijn we in staat om met multidisciplinaire teams alle aspecten van een vraagstuk aan te pakken.

Berenschot B.V.

Van Deventerlaan 31-51, 3528 AG Utrecht

Postbus 8039, 3503 RA Utrecht

030 2 916 916

www.berenschot.nl

[in/berenschot](https://www.linkedin.com/company/berenschot)

Standpuntbepaling

Op verzoek van Berenschot stel ik een advies op met daarin een standpuntbepaling over twee vragen waarover Berenschot het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen zal adviseren in het kader van een onderzoek naar de naleving en handhaving van uitspraken van de LCG WMS.

Het betreft de vragen 1c en 2c uit een groter geheel aan onderzoeksvragen:

1c. Welke rol kan de ministeriële aanwijzing, als bedoeld in de sectorwetgeving spelen bij het niet in acht nemen van wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap?

2c. Kan door de LCG WMS ook een dwangsom worden opgelegd aan de medezeggenschapsraad? Zo ja, bij welke typen geschillen?

In deze uitgangsnote zet ik mijn gedachten hier uiteen.

Ik behandel de vragen 1c en 2c achtereenvolgens.

Vraag 1c

Welke rol kan de ministeriële aanwijzing, als bedoeld in de sectorwetgeving spelen bij het niet in acht nemen van wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap?

Op grond van de artikelen 163b Wpo, 145a WEC en 103g Wvo is de minister van OCW bevoegd om een aanwijzing te geven aan de rechtspersoon die de school in stand houdt of aan het samenwerkingsverband, indien er sprake is van wanbeheer van een of meer bestuurders of toezichthouders. De wet geeft in lid 2 van de betreffende artikelen een limitatieve opsomming van hetgeen onder wanbeheer valt (ik voeg de artikelen samen, cursivering van mij):

2. Onder wanbeheer wordt uitsluitend verstaan:

- a. financieel wanbeleid,
- b. *ernstige* nalatigheid om, in ieder geval in strijd met *artikel 10 Wpo / artikel 23a Wvo / artikel 19 WEC*, maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de school en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel van *primair onderwijs / voortgezet onderwijs / speciaal en voortgezet speciaal onderwijs* in gevaar komt;
- c. ongerechtvaardigde verrijking, al dan niet beoogd, van de rechtspersoon die de school in stand houdt, zichzelf dan wel een derde;
- d. onrechtmatig handelen, waaronder wordt verstaan het in de hoedanigheid van bestuurder of toezichthouder handelen in strijd met wettelijke bepalingen waarmee financieel voordeel wordt behaald ten gunste van de rechtspersoon die de school in stand houdt, zichzelf of een derde, en
- e. het *in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie*, waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.

Als van bovengenoemde vormen van wanbeheer sprake is, kan de minister een aanwijzing geven. Een aanwijzing omvat een of meer maatregelen en is evenredig aan het doel waarvoor zij wordt gegeven (lid 1).

Tussenconclusie

Voor het geven van een aanwijzing omdat een bevoegd gezag de wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap niet in acht neemt, is derhalve nodig dat sprake is van wanbeheer, én dat de minister redelijkerwijze gebruik mocht maken van zijn bevoegdheid, én dat de aanwijzing evenredig is aan het doel waarvoor de minister deze geeft.

Wetsgeschiedenis

Uit de wetsgeschiedenis van de aanwijzingsbevoegdheid volgt dat een aanwijzing alleen in beeld komt in ernstige gevallen (Memorie van toelichting, wetsvoorstel 31 828, p.5 e.v.). De maatregel kan pas worden ingezet als het met andere middelen niet is gelukt om de situatie te verbeteren. De wetgever ziet de aanwijzingsbevoegdheid uit de artikelen 163b Wpo, 145a WEC en 103g Wvo van de minister van OCW als minder ingrijpend dan de beëindiging van de bekostiging. Dat is natuurlijk juist, maar of dat voor een beperkte bekostigingssanctie ook zo is, hangt mijns inziens af van alle omstandigheden van het geval. Bij aanwijzingen inzake medezeggenschap zal in het algemeen genomen een aanwijzing minder ingrijpend zijn dan een bekostigingssanctie, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Ik licht dit toe.

Een geringe bekostigingssanctie zal mogelijk door een schoolbestuur met principiële bezwaren tegen een instemmingsrecht van de MR als minder ingrijpend worden ervaren dan een maatregel inhoudende de opdracht tot het voorleggen dan wel vaststellen van een ander medezeggenschapsreglement. Hetzelfde is voorstelbaar als een bestuur voortdurend overhoop ligt met de medezeggenschapsorganen en de wettelijke mogelijkheden daarin naar het gevoel van het bestuur niet voldoende voorzien.

Een uitvoeriger toelichting op de wetsgeschiedenis van artikel 163b Wpo is te vinden in Lexplicatie, **bijlage 1**. Het commentaar gaat uitvoerig in op de (on)mogelijkheid voor de minister om bestuurders of toezichthouders te vervangen. Voor het overige is de wetsgeschiedenis heel algemeen, juist ook omdat in de uitzonderlijke gevallen waarin een aanwijzing aan de orde is, voorzieningen op maat geboden zijn. Al te sterke wettelijke concretisering van mogelijk denkbare maatregelen "leidt tot detaillering en formalisme en een keurslijf waarmee de effectiviteit van de aanwijzing — als alternatief voor de ingrijpendere bekostigingsmaatregel — aan kracht en slagvaardigheid inboet."

Ik las ook de kamerstukken, maar ook die geven weinig aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag welke rol de ministeriële aanwijzing als bedoeld in de sectorwetgeving kan spelen bij het niet in acht nemen van wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap.

Wel volgt uit de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 31 828, p, 20 dat een aanwijzing bij openbare scholen waarvan het college van B&W het bevoegd gezag is, een aantoonbare toegevoegde waarde zal moeten hebben ten opzichte van de toepassing van generieke interventie-instrumenten in het kader van de interbestuurlijke verhoudingen binnen de overheid. Openbare scholen zijn echter tegenwoordig (vrijwel) allemaal verzelfstandigd.

Jurisprudentie

De Rechtbank Amsterdam vernietigde op 20 januari 2020 een door de minister aan het Haga Lyceum gegeven aanwijzing tot vervanging van het bestuur. De aanwijzing tot vervanging van het bestuur achtte de Rechtbank Amsterdam niet evenredig. De uitspraak is onder andere van belang omdat hierin een uitleg naar voren komt van artikel 103g, tweede lid, onder b, van de Wvo.

De rechtbank oordeelt dat voor het aannemen van de vorm van wanbeheer zoals in artikel 103g, tweede lid, onder b, van de Wvo vereist is dat door het nalaten van het bevoegd gezag de kwaliteit van het stelsel van het voortgezet onderwijs in gevaar komt. De rechtbank overweegt daarover:

"De rechtbank overweegt dat in het midden kan blijven of de intern toezichthouder onafhankelijk functioneert van het dagelijks bestuur en of de intern toezichthouder bepaalde wettelijke taken wel of

niet uitvoert. Ook als het interne toezicht niet of niet geheel zou voldoen aan de daaraan te stellen eisen, betekent dat nog niet dat sprake is van de vorm van wanbeheer die is genoemd in artikel 103g, tweede lid, onder b, van de Wvo. Voor het aannemen van deze vorm van wanbeheer is namelijk ook vereist dat door het nalaten van het bevoegd gezag de kwaliteit van het stelsel van het voortgezet onderwijs in gevaar komt. De minister heeft onvoldoende onderbouwd dat dit het geval is. Zonder nadere uitleg is niet duidelijk waarom de vermeende nalatigheid bij SIO zodanige negatieve consequenties heeft op het niveau van de kwaliteit van het (gehele) voortgezet onderwijsstelsel dat de kwaliteit van dat stelsel in gevaar komt. Daarom is naar het oordeel van de rechtbank niet komen vast te staan dat op dit punt sprake is van wanbeheer. De aanwijzing kan daarom ook niet op dit verwijt gebaseerd worden.”

Deze lezing van de rechtbank doet mijns inziens recht aan de tekst van de huidige wet, maar niet geheel aan de ambitie van de wetgever om een effectieve maatregel te introduceren. Via wanbeheer, hoe ernstig ook, op één school, zal zelden de kwaliteit van het gehele (voorgezet) onderwijsstelsel in gevaar komen. Hoewel dat bij diplomafraude niet ondenkbaar is, kan ik mij bij het niet naleven van de Wms daarvan geen voorbeeld voorstellen. In ieder geval geeft de interpretatie van de wet door de rechtbank Amsterdam alleen een aanwijzingsbevoegdheid bij heel grote schoolbesturen.

De wetgever onderkent dit ook in de concept-memorie van toelichting bij de internetconsultatie op het meer recente Voorstel van Wet tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met onder andere de uitbreiding van het bestuurlijk handhavingsinstrumentarium(W11157.K-2):

‘Bij de tweede grond voor wanbeheer is vereist dat de kwaliteit van het stelsel in gevaar komt. Dat leidt er met name in het funderend onderwijs toe dat er slechts in een beperkt aantal gevallen kan worden ingegrepen omdat scholen in deze sectoren maar een beperkte grootte hebben en daardoor weinig invloed op het stelsel als geheel zullen hebben. Ook wanneer duidelijk sprake is van ernstige nalatigheid van een bestuur om maatregelen te nemen om de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs te borgen is volgens de wet geen sprake van wanbeheer.’

In het definitieve wetsvoorstel luidt het kortweg dat het stelselvereiste een horde was voor het geven van een aanwijzing. De regering is van mening dat de verantwoordelijkheid van de Minister om specifieke maatregelen voor te schrijven, verder zou moeten gaan dan alleen de gevallen waarin de ernstige nalatigheid ook het stelsel in gevaar brengt. (Memorie van toelichting 35920, p. 4)

In ieder geval is bij de huidige formulering van de wettekst en de huidige stand van de jurisprudentie mijn conclusie dat het niet in acht nemen van wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap niet op grond van artikel 103g, tweede lid, onder b, van de Wvo tot een aanwijzing kan leiden, tenzij een schoolbestuur zo groot is dat er sprake is van een ‘systeembestuur’, om maar een woord uit de bankwereld te gebruiken.

Dan blijft nog over artikel 103g, tweede lid, onder e, van de Wvo en de parallelle artikelen in de sectorwetgeving. Op grond van dat artikel kan de minister een aanwijzing geven als een bevoegd gezag de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie, in ernstige mate verwaarloost, *waaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.*

Mijns inziens geeft de tekst van de wet geen reden om het door een bestuurder of toezichthouder welbewust achterwege laten van medezeggenschap niet te laten vallen onder een ernstige verwaarlozing van de zorg van het schoolbestuur. Uit de

wetsgeschiedenis blijkt echter, dat deze omschrijving limitatief bedoeld is.¹ Volgens de minister had er anders moeten staan: 'Wordt onder meer verstaan' of 'wordt in elk geval verstaan'.

Het is mij niet duidelijk waarom de bepaling dan niet luidt:

"het in ernstige mate verwaarlozen van de zorg voor wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie, *door middel van intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.*"

Dat neemt niet weg dat het heel goed mogelijk is dat de rechter de interpretatie van de Minister in de Memorie van antwoord² volgt. Daaruit volgt dan dat slechts enkele overtredingen van de Wms onder deze aanwijzingsbevoegdheid kunnen vallen.

Dat is mijns inziens spijtig.

Een aanwijzing is immers in het licht van andere, meer verstrekkende bevoegdheden van de minister, zoals bijvoorbeeld een bekostigingssanctie, mijns inziens eerder proportioneel en evenredig met het te bereiken doel. Ik ga er daarbij vanuit dat de inspectie in zijn toezicht en in zijn herstelopdrachten reeds eerder opdracht gaf om te komen tot een passende medezeggenschapsstructuur, dan wel de Minister in een bestuurlijk overleg tussen de minister en het bevoegd gezag het bevoegd gezag heeft geprobeerd te bewegen om de Wms na te komen. Als een verbetertraject niet leidt tot passende maatregelen van het bevoegd gezag om te komen tot een passende medezeggenschapsstructuur, dan is een aanwijzing een goede manier.

Óf de minister vervolgens overgaat tot een aanwijzing toetst de rechter terughoudend, nu het in eerste instantie aan de minister is om '*af te wegen of hij een aanwijzing geeft*'.³ Vervolgens toetst de rechter zonder terughoudendheid of de aanwijzing evenredig is aan het doel waarvoor de minister deze geeft.⁴ Hiermee volgt de rechtbank Amsterdam de wetsgeschiedenis.

Nu moet ik zeggen dat mij het exacte verschil in feitelijk gewicht tussen een herstelopdracht van de inspectie en een aanwijzing van de minister niet helemaal duidelijk is. De aanwijzing is bedoeld als een stap hoger op de escalatieladder, maar feitelijk heb ik nog geen verschil in zwaarte ontdekt tussen de twee verschillende mogelijkheden.

In zijn algemeenheid zal een bevoegd gezag aan herstelopdrachten van de inspectie gehoor geven. Mocht dat echter niet het geval zijn, dan lijkt een ministeriele aanwijzing mij de voorkeur verdienen bóven een bekostigingssanctie. Een bekostigingssanctie gaat immers in beginsel ten koste van de leerlingen van de school. Terwijl de zorg voor de leerlingen van de school nu juist het uitgangspunt is bij en het doel is van het toezicht op de kwaliteit van het onderwijs.⁵

¹ Memorie van antwoord 31828, C, p. 6.

² Memorie van antwoord 31828, C, p. 6.

³ Rechtbank Amsterdam 20 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:226, r.o. 59.

⁴ Rechtbank Amsterdam 20 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:226, r.o. 59.

⁵ Zie Kamerstukken II 2008/09, 31828, nr. 3, p. 5.

In concrete gevallen kan vervolgens de rechter de evenredigheid van de opgedragen maatregel(en) zonder terughoudendheid toetsen.⁶

De redelijkheids- en billijkheidsclausule heeft betrekking op de inhoud van de feitelijke aanwijzingsmaatregel en dus niet op de afweging of één of meer van de limitatieve gronden aan de orde is om tot de principebeslissing van een aanwijzing te komen. De invulling en vertaling van de clausule in een concrete aanwijzing berust dus uitsluitend en geheel bij de minister. Uiteraard weegt hij de opvattingen en adviezen van anderen, zoals de inspectie en andere direct betrokken partijen. Maar dat hoort bij een zorgvuldige besluitvorming. De clausule dat de aanwijzing evenredig moet zijn aan het doel dat wordt beoogd, is juist een extra zekerheid dat de minister zich daarbij (onbedoeld) niet te veel ruimte toe-eigent. Dit kan leiden tot een te forse of – dat kan ook – een te slappe maatregel. Een extra zekerheid omdat in tweede aanleg partijen de mogelijkheid hebben de rechter in te schakelen. Deze zal de aanwijzing (zoals de beslissing om de aanwijzing in te zetten als de inhoud van de aanwijzing) toetsen aan algemene beginselen zoals zorgvuldigheid, motiveringsvereiste en evenredigheid. p. 7 memorie van antwoord wetsvoorstel 31828

Zo beschouwd is de maatregel van de aanwijzing minder ingrijpend van aard dan de al sinds jaar en dag in de wetgeving geregelde bekostigingsmaatregel. Principieel kan de aanwijzing daarom niet in strijd worden genoemd met de Grondwet.

Memorie van toelichting 31828 p. 5/6.

Wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs

Naar aanleiding van de problemen met de afgifte van diploma's op het VMBO Maastricht en de problemen op het hiervoor al genoemde Cornelius Haga Lyceum, kondigden de Minister van OCW en de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media in de kamerbrief van 7 juni 2019 aan dat zij het toepassingsbereik voor de Ministeriele aanwijzing willen uitbreiden.⁷ Inmiddels heeft de regering het wetsvoorstel uitbreiding bestuurlijk instrumentarium onderwijs bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt.⁸ In het voorstel vervalt de eis dat bij wanbeheer in de zin van lid 2 onder b van artikel 163b Wpo, 103g Wvo, 145a WEC de kwaliteit van het stelsel in gevaar komt. Volgens de Minister kan ook als niet aan de 'stelsel-eis' is voldaan sprake zijn van grote tekortkomingen in de naleving van de wet die voortkomen uit nalatigheid van het bevoegd gezag, zodat een aanwijzing in die situaties gerechtvaardigd is.⁹

In de toelichting op de in het voorstel geïntroduceerde spoedaanwijzing verwijst de Minister naar de problemen op het Rotterdamse Avicenna College, waar ook de medezeggenschapsraad bij betrokken was.¹⁰ Vanwege onder meer de problemen tussen het personeel, de medezeggenschapsraad en het bevoegd gezag werd er geen onderwijs meer verzorgd. Voorstelbaar is dus dat, indien een schending van voorschriften uit de Wms direct dan wel indirect leidt tot ernstige gevolgen voor de kwaliteit van het

⁶ Rechtbank Amsterdam 20 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:226, r.o. 59.

⁷ *Kamerstukken II*, 2018/19, 33905, nr. 14.

⁸ *Kamerstukken II*, 2021/22, 35920, nr. 2.

⁹ *Kamerstukken II*, 2021/22, 35920, nr. 3, p. 4.

¹⁰ Ook de LCG WMS en de Ondernemingskamer van gerechtshof Amsterdam hebben uitspraken gedaan over geschillen tussen het bevoegd gezag en de (P)MR. Zie o.m. LCG WMS 21 januari 2019, nr. 108524, LCG WMS 25 februari 2019, nr. 108585/108586, LCG WMS 16 mei 2019, nr. 108477/108497 en hof Amsterdam (OK) 23 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3866.

onderwijs en aan alle overige eisen voor het geven van een aanwijzing is voldaan, de minister overgaat tot het opleggen van een (spoed)aanwijzing.

De Raad van State adviseerde in zijn advies op het voorstel om bij de reguliere aanwijzing op te nemen de passage "dat het bevoegd gezag tekortschiet in de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet" bij de definitie van wanbeheer. Door deze aanvulling zou uit de wettekst duidelijker blijken dat voor wanbeheer de niet-naleving van een of meer deugdelijkheidseisen een noodzakelijke voorwaarde is. De regering acht deze toevoeging echter niet noodzakelijk, omdat in de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie is bevestigd dat het begrip wanbeheer een overtreding van een wettelijk voorschrift impliceert.¹¹

Als in de wet komt te staan bij of krachtens deze wet, vervalt daarmee de mogelijkheid om ook de deugdelijkheidseisen uit de Wms te betrekken.

De Raad van State licht niet toe of zij er met deze passage bewust voor kiest dat alleen de niet-naleving van een bij of krachtens de Wpo, Wvo of WEC gegeven deugdelijkheidseis kan leiden tot een aanwijzing, en waarom niet ook de niet-naleving van een of meerdere deugdelijkheidseisen uit de Wms¹² kan leiden tot een aanwijzing van de minister. Ook de reactie van de regering zwijgt hierover en spreekt over 'overtreding van een wettelijk voorschrift', maar de regering is, zoals gezegd, niet voornemens om de passage in de wettekst over te nemen. Dat voor het aannemen van wanbeheer ook niet-naleving van een of meer deugdelijkheidseisen uit de Wms voldoende is, is op basis van het voorgaande niet uit te sluiten.

Vraag 2c

Kan door de LCG WMS ook een dwangsom worden opgelegd aan de medezeggenschapsraad? Zo ja, bij welke typen geschillen?

Om de naleving van uitspraken van de LCG WMS te kunnen bevorderen, achtte de wetgever het van belang een mogelijkheid te creëren om een executoriale titel te verbinden aan een uitspraak van de LCG WMS. Als dwangmiddel is gekozen voor een dwangsom.¹³

De executoriale titel in combinatie met de dwangsom, die op grond van artikel 31, vierde lid, Wms aan het bevoegd gezag zal kunnen worden opgelegd, maakt dat de MR nakoming van de uitspraak door het bevoegd gezag kan afdwingen. De bevoegdheid wordt bewust niet toegekend aan het bevoegd gezag. De enige uitspraak die de LCG WMS jegens de MR kan doen is immers het ontbinden van de MR indien de MR zijn verplichtingen niet naleeft. De ontbinding van de MR is als gevolg van de uitspraak van de LCG WMS een rechtsfeit waaraan een executoriale titel niets toevoegt.¹⁴

Indien het bevoegd gezag een geschil aanhangig maakt jegens de MR, zal de LCG WMS daaraan geen dwangsom kunnen verbinden. De MR heeft immers geen vermogen waaruit een dergelijke dwangsom zou kunnen worden voldaan. Als sanctie op het niet naleven van verplichtingen door de MR kan de LCG WMS de MR daarom ontbinden, onder oplegging van de verplichting tot het doen verkiezen van een nieuwe MR.¹⁵

¹¹ Kamerstukken II, 2021/22, 35920, nr. 4, p. 7 en 8.

¹² Zie voor een overzicht de bijlage bij kamerstukken II 2019/20, 35102, nr. 9.

¹³ Kamerstukken II, 2014/15, 34 251, nr. 3, p. 20-21.

¹⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 34 251, nr. 3, p. 47.

¹⁵ Kamerstukken II, 2014/15, 34 251, nr. 3, p. 21.

De LCG WMS heeft, voor zover bekend, nog geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen aan het bevoegd gezag, ondanks dat al wel een aantal keer daarom is verzocht.¹⁶ In twee nalevingsgeschillen over de vergoeding van redelijkerwijs noodzakelijk kosten voor deskundige bijstand aan de MR zag de commissie geen aanleiding voor het opleggen van een dwangsom.¹⁷ In een geschil over het verstrekken van informatie zegde het bevoegd gezag toe de informatie alsnog te verstrekken. Dit was voor de commissie voldoende om geen dwangsom op te leggen.¹⁸ Nu de commissie terughoudend gebruik lijkt te maken met de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom aan het bevoegd gezag, ligt het wel opleggen van een dwangsom aan de medezeggenschapsraad niet meteen voor de hand. Gelet op het in de wetsgeschiedenis aangehaalde argument dat de medezeggenschapsraad niet over een eigen vermogen beschikt en een dwangsom daarom niet voor de hand ligt, en omdat de commissie met de bevoegdheid van artikel 35 lid 3 Wms de medezeggenschapsraad kan ontbinden indien de raad een verplichting uit een uitspraak niet nakomt, is er binnen het huidige wettelijk kader en de toepassing daarvan weinig tot geen ruimte voor het opleggen van een dwangsom aan de medezeggenschapsraad.

Dik Berkhout

¹⁶ Gezocht via https://www.onderwijsgeschillen.nl/uitspraken-zoeken?sort_by=created&sort_order=DESC op het trefwoord 'dwangsom'. In totaal vond ik elf uitspraken. In geen van deze gepubliceerde uitspraken werd het verzoek om een dwangsom op te leggen toegewezen. De Ondernemingskamer heeft, in een zaak over de Wms, nog geen uitspraak gedaan over het opleggen van een dwangsom.

¹⁷ LCG WMS 17 februari 2020, nr. 108846 en LCG WMS 19 november 2019, nr. 108866.

¹⁸ LCG WMS 16 mei 2019, nr. 108477/108497.

Berenschot Groep BV
T.a.v. de heer mr. drs. M. Stigter
Postbus 8039
3503 RA UTRECHT

uitsluitend per e-mail: m.stigter@berenschot.nl

Advocaat Mr. W. Lindeboom
e-mail w.lindeboom@bl-advocaten.nl
Inzake Naleving en handhaving uitspraken
uw kenmerk ---
Dossier D105618
briefnummer WL/103284/565557
Datum 4 oktober 2021

Beste Maarten,

In dit advies tref je mijn bevindingen aan met betrekking tot de twee vragen die in het kader van jullie onderzoek "Naleving en handhaving uitspraken" voor de Stichting Onderwijsgeschieden aan Dik Berkhout en mij zijn voorgelegd. De bevindingen zijn nog enigszins aangepast naar aanleiding van de expertmeeting die wij op 30 september 2021 hadden.

De eerste vraag is of de ministeriële aanwijzing als bedoeld in de onderwijswetgeving een rol kan spelen als het bevoegd gezag de wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap niet naleeft.

Gezien de strekking van het onderzoek beperk ik mij tot de onderwijssectoren waarop de Wet medezeggenschap op scholen (WMS) van toepassing is. Dan hebben we het dus over het (speciaal) basisonderwijs, het speciaal onderwijs en het voortgezet onderwijs. De aanwijzingsbevoegdheid is voor die sectoren geregeld in respectievelijk [artikel 163b van de Wet op het primair onderwijs](#) (WPO), [artikel 145a van de Wet op de expertisecentra](#) (WEC) en [artikel 103g van de Wet op het voortgezet onderwijs](#) (WVO). De drie artikelen – voor zover in het kader van dit onderzoek van belang – gelijk. Ze zijn in de WPO, de WEC en de WVO opgenomen bij de [Wet van 4 februari 2010](#), waarmee onder meer "een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht" werd beoogd. Op grond van het eerste lid van de drie genoemde artikelen kan de Minister de rechtspersoon die de school in stand houdt een aanwijzing geven, indien sprake is van wanbeheer van een of meer bestuurders of toezichthouders.

Bij het beantwoorden van de vraag of de aanwijzing een rol kan spelen als het bevoegd gezag de wettelijke voorschriften inzake medezeggenschap niet naleeft is in de eerste plaats van belang of de wet aan de Minister überhaupt een grond geeft om een aanwijzing te geven. Het eerste lid van de respectievelijke



artikelen uit de WPO, de WEC en de WVO formuleert dat dan sprake moet zijn van wanbeheer. Het tweede lid geeft echter een limitatieve opsomming van wat onder dat begrip wordt verstaan. Er moet sprake zijn van (a) financieel wanbeleid, (b) ernstige nalatigheid om de maatregelen te treffen die in het kader van onderdeel (b) noodzakelijk worden geacht, (c) ongerechtvaardigde verrijking, (d) onrechtmatig handelen waarmee financieel voordeel wordt behaald of (e) ernstige verwaarlozing van wat in redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de omgang met betrokkenen in de schoolorganisatie. Blijkens de Memorie van Toelichting kan de aanwijzing alleen “in ernstige gevallen” worden ingezet. Het moet gaan om “wezenlijke problemen”. Daar moet bovendien “een proces van hoor en wederhoor” aan voorafgaan.

In de parlementaire behandeling is het begrip wanbeheer niet nader ingevuld, maar in de Nota naar aanleiding van het verslag¹ valt wel een aanwijzing te vinden voor de stelling dat in ieder geval niet in de eerste plaats aan situaties als het niet naleven van de WMS is gedacht. De indieners zeggen daar namelijk het volgende:

Naast de per definitie ernstige gevallen van bestuurlijk wanbeheer, kan de inspectie in het kader van het toezien op naleving van de wettelijke voorschriften, er de vinger op leggen wanneer aspecten die verband houden met de kwaliteit van bestuur niet worden nageleefd. Bijvoorbeeld wanneer een bestuur de in dit voorstel neergelegde functiescheiding van intern toezicht-bestuur niet realiseert of daarbij de medezeggenschap niet betreft. In dergelijke gevallen kan de inspectie het bestuur opdragen alsnog in overeenstemming met de voorschriften te handelen. (...) Deze elementen vallen dus buiten het bereik van onderhavig wetsvoorstel.

De indieners lijken er hier van uit te gaan, dat een gebrekkige naleving van wettelijke voorschriften op het terrein van governance in de eerste plaats via het Inspectietoezicht dient te worden hersteld. Maar wetgeving is geen exacte wetenschap. Bovendien is het natuurlijk heel goed denkbaar dat een bevoegd gezag dat de wettelijke medezeggenschapsregels niet (voldoende) naleeft, ook niet onder de indruk is van kritiek van de Inspectie. Het is daarom naar mijn opvatting toch wel denkbaar dat de Minister de aanwijzingsbevoegdheid voor die situatie gebruikt. Als aangrijpingspunt zou dan naar mijn mening het meest voor de hand liggen de b-grond uit het tweede lid van de artikelen met betrekking tot de aanwijzingsbevoegdheid. Te weten de ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk voor het waarborgen van de kwaliteit en de goede voortgang van het onderwijs aan de school en om te voorkomen dat de kwaliteit van het stelsel van voortgezet onderwijs in gevaar komt. Bij de totstandkoming van de WMS werd namelijk ook een nadrukkelijk verband gelegd tussen een goed functionerende medezeggenschap en de kwaliteit van het onderwijs. Ik citeer de Memorie van Toelichting²:

Medezeggenschap vormt een onmisbaar element van besluitvormingsprocessen door bevoegd gezag en management. Het draagvlak en de kwaliteit van de besluitvorming is gediend met een goed functionerende medezeggenschap.

Ook hier wordt het vraagstuk overigens wel weer benaderd vanuit governance-aspecten, waardoor het eens te meer voor de hand ligt om pas tot een aanwijzing over te gaan als een interventie van de Inspectie vruchteloos is gebleken.

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 828, nr. 9, pagina 9.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 414, nr. 3, pagina 18.



Dat de b-grond echt niet zomaar kan worden gebruikt blijkt ook wel uit de uitspraak van de [Rechtbank Amsterdam d.d. 20 januari 2020](#). In rechtsoverweging 41 van die uitspraak bevestigt de rechtbank dat voor een aanwijzing op de b-grond niet alleen vereist is dat de kwaliteit en de goede voortgang van het onderwijs aan de school in het geding zijn, maar óók dat voorkomen moet worden dat de kwaliteit van het stelsel van voortgezet onderwijs in gevaar komt. Dat zal natuurlijk niet snel het geval zijn, al is denkbaar dat de Minister zich in gevallen als die waarop dit onderzoek betrekking heeft op het standpunt zal stellen dat het niet handhaven van de medezeggenschapsbepalingen een uitstralingseffect heeft op (de kwaliteit van) de hele onderwijssector. De uitspraak d.d. 20 januari 2020 bevestigt ook (zie rechtsoverweging 61) dat de aanwijzing alleen als ultimum remedium gebruikt kan worden. Dat aan die eis ook niet voldaan was lijkt bijgedragen te hebben aan de kritiek die de rechtbank voor het overige had op het handelen van de Minister.

Een in dit geval minder voor de hand liggende basis voor een aanwijzing is de e-grond van lid 2 van de genoemde artikelen uit de onderwijswetgeving. Op het eerste gezicht lijkt dat een bruikbare restgrond, maar de e-grond beperkt die zelf al tot “intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder”. Dat woorden als “onder meer” niet toevallig ontbreken wordt bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag³:

De leden van de SP-fractie vragen wanneer er sprake is van ernstige verwaarlozing van de omgang met betrokken en wie dat uiteindelijk beoordeelt.

In artikel 163b, tweede lid, onderdeel d, van de WPO (en vergelijkbare artikelen in WEC en WVO) is aangegeven dat daaronder wordt verstaan intimidatie of bedreiging van personeel, leerlingen of ouders door een bestuurder of toezichthouder.

Vervolgens rijst de vraag in welke gevallen een aanwijzing aan de orde zou kunnen zijn. Mede gegeven het voorafgaande moet er naar mijn mening sprake zijn van een zeer evidente schending van de medezeggenschapsregels, waarbij – zoals ook al uit het voorafgaande voortvloeit – tussenkomst van de Inspectie van het onderwijs geen soelaas heeft geboden. Te denken valt dus aan situaties waarin het bevoegd gezag in strijd met [artikel 3 WMS](#) in het geheel geen medezeggenschapsraad in het leven roept, de algemene bevoegdheden van de medezeggenschapsraad van [artikel 6 WMS](#) volledig worden genegeerd of stelselmatig niet om advies of instemming wordt verzocht. Zodra de gedraging voor interpretatie vatbaar wordt (bijvoorbeeld in de situatie waarin wel steeds advies wordt gevraagd, maar dit advies in de opvatting van de medezeggenschapsraad steeds niet serieus wordt genomen), is de aanwijzing eigenlijk al niet meer bruikbaar.

In het kader van dit advies is uiteraard met name van belang of het feit, dat het bevoegd gezag een uitspraak van de geschillencommissie niet nakomt, aanleiding kan zijn voor een aanwijzing. Naar mijn mening zal dat niet snel het geval zijn, al was het maar omdat andere middelen daarvoor eenvoudigweg meer geëigend zijn. [Artikel 31, derde lid, WMS](#) bepaalt immers dat uitspraken van de geschillencommissie voor het bevoegd gezag bindend zijn. De medezeggenschapsraad kan bovendien verzoeken om aan de uitspraak van

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 828, nr. 9, pagina 45.



geschillencommissie een dwangsom te verbinden (zie het vierde lid van [artikel 31 WMS](#)). [Artikel 35a WMS](#) bevat voorts de nodige nadere waarborgen voor de naleving van de uitspraak voor het geval daar een dwangsom aan verbonden is. Alvorens aan een aanwijzing toe te komen zou de medezeggenschapsraad toch tenminste deze wegen bewandeld moeten hebben. Anders kan naar mijn mening bezwaarlijk van wanbeleid in de zin van de drie onderwijswetten worden gesproken.

Resteert nog de vraag wat een aanwijzing zou kunnen inhouden. Blijkens de Memorie van Toelichting⁴ bij de Wet uit 2010 dient sprake te zijn van maatwerk. Als er geen medezeggenschapsraad in het leven is geroepen, zou het dus een opdracht kunnen inhouden om alsnog een medezeggenschapsraad te doen verkiezen. Alle andere overtredingen zouden naar mijn opvatting – zoals hierboven beargumenteerd – eerst door de medezeggenschapsraad aan de geschillencommissie moeten zijn voorgelegd voordat een aanwijzing in beeld komt. De geschillencommissie kan aan het bevoegd gezag blijkens [artikel 35 WMS](#) (vierde lid) de verplichting opleggen bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. Helpt ook dit niet, dan is de uiterste consequentie dat de Minister een aanwijzing geeft waarin het ontslag van één of alle bestuursleden en/of toezichthouders wordt opgelegd. Een inhoudelijke aanwijzing lijkt dan immers weinig zin meer te hebben.

De tweede onderzoeksvraag is of de Geschillencommissie aan de medezeggenschapsraad een dwangsom kan opleggen.

In de bijlage bij de onderzoeksopdracht “Naleving en handhaving van de uitspraken van de LCG WMS” d.d. 19 mei 2021 wordt de vraag opgeworpen of “bij andere geschillen dan de nalevingsgeschillen, waarover art. 35 Wms gaat, de beperking van de dwangsombevoegdheid tot alleen het bevoegd gezag niet geldt”. Gezien de tekst van [artikel 31 \(vierde lid\) WMS](#) is dit in beginsel inderdaad het geval. Dat artikel bepaalt immers dat op de gehele geschillenbeslechting door de geschillencommissie de bepalingen over de dwangsom uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zijn. Uitsluitend voor wat betreft nalevingsgeschillen in de zin van [artikel 35 WMS](#) wordt een uitzondering gemaakt in die zin, dat aan de medezeggenschapsraad in dat geval geen dwangsom kan worden opgelegd. Toch is dit naar mijn mening geen reële discussie omdat niet goed voorstelbaar is dat in het kader van andere geschillen dan nalevingsgeschillen een rechtens afdwingbare verplichting aan de medezeggenschapsraad zou kunnen worden opgelegd. Het dichtstbij komen nog de laatste volzinnen van [artikel 32](#) (vierde lid) en [artikel 33](#) (vijfde lid) WMS. Maar daar gaat het toch ook eerder om een soort “verklaringen voor recht” dan om een aan de medezeggenschapsraad op te leggen verplichting om iets te doen en/of na te laten.

Ik ga er dus eenvoudigheidshalve van uit dat de vraag toch alleen aan de orde is bij nalevingsgeschillen in de zin van [artikel 35 WMS](#) die door bevoegd gezag aanhangig worden gemaakt jegens de medezeggenschapsraad. De vraag is dan eenvoudig te beantwoorden. Uit [artikel 31 \(vierde lid\) WMS](#) volgt namelijk dat een dwangsom uitsluitend aan het bevoegd gezag kan worden opgelegd. Nu kan het dus in elk geval niet.

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 828, nr. 3, pagina 20.




Vervolgvraag is of het wenselijk is om het wettelijk mogelijk te maken om de dwangsom ook aan de medezeggenschapsraad op te leggen. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet versterking bestuurskracht⁵ in 2015 (waarbij de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom aan [artikel 31 WMS](#) is toegevoegd) blijkt dat hier welbewust voor gekozen is:

De MR heeft immers geen vermogen waaruit een dergelijke dwangsom zou kunnen worden voldaan. Als sanctie op het niet naleven van verplichtingen door de MR kan de LCG WMS de MR daarom ontbinden, onder oplegging van de verplichting tot het doen verkiezen van een nieuwe MR.

Op dit uitgangspunt is in de hele verdere parlementaire behandeling niet teruggekomen, zodat ervan uit moet worden gegaan dat het algemeen gedeeld werd. Er lijkt zes jaar later geen reden om daar anders over te denken. Een eventuele dwangsom zal ofwel niet geëffectueerd kunnen worden, ofwel zal ten laste van het vermogen van het bevoegd gezag zelf gaan⁶. Ik heb die toevoeging meteen mee geciteerd, omdat daaruit volgt dat er een beter alternatief was en is. Als de medezeggenschapsraad de WMS niet naleeft lijkt het effectiever een andere medezeggenschapsraad te kiezen dan de zittende raad met een dwangsom te bedreigen.

Tot zover.

Met vriendelijke groet,



Willem Lindeboom

⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 34 251, nr. 3, pagina 21.

⁶ Terzijde: de discussie over de effectiviteit van de dwangsom in dit soort kwesties blijkt verrassend actueel. Zie [voormalig AG Spier in NRC 3 juli 2021](#): Bedenk iets anders dan dwangsommen.