



Medezeggenschap bij holdings in het onderwijs

Casus, knelpunten en oplossingen voor de regeling in de Wms



Medezeggenschap

bij holdings in het onderwijs

Casus, knelpunten en oplossingen voor de regeling in de Wms

Mr. dr. F.H.J.G Brekelmans

Prof. mr.. P.W.A. Huisman

Mr. dr. L.C.J. Sprengers

Colofon

Eerder uitgegeven in deze reeks:

1. Handreikingen voor functiewaardering in het Primair- en Voortgezet onderwijs. Een overzicht van relevante uitspraken en adviezen, februari 2010
2. 'Een geschil is geen ruzie' – onderzoek naar de doorwerking van medezeggenschaps-geschillen in primair- en voortgezet onderwijs, juni 2010
3. De Commissie van Beroep in het onderwijs: Snel en rechtvaardig, mei 2011, ISBN 976-90-817231-1-4
4. Doeltreffender en meer effect. Bijdrage evaluatie WMS, augustus 2011, ISBN 978-90817231-0-7
5. Klagen kan verbeteren. Onderzoek naar de doorwerking van adviezen van de Landelijke Klachtencommissie Onderwijs, oktober 2011, ISBN 978-90-817231-2-1
6. De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: Toekomst Commissies van Beroep, juni 2012, ISBN 978-90-817231-3-8
7. Zakboek medezeggenschap Wms, augustus 2013, 4e druk (herdruk), januari 2014, 5e druk, september 2014, bewerkte 6e druk, november 2015 7e druk, herziene 7e druk, oktober 2016, 8e herziene druk, februari 2018 ISBN 978-90-824256-6-6
8. De Wet medezeggenschap op scholen toegelicht, oktober 2013, 2e herziene druk, september 2015, 3e herziene druk, oktober 2016, 4e herziene druk, ISBN: 978-90-824256-8-0, september 2020 5e herziene druk ISBN 978-90-831002-0-3
9. Verbetering van de positie van de Commissies van Beroep, maart 2014, ISBN 978-90-817231-7-6
10. Mediation in het onderwijs. Evaluatierapport van de pilot mediation bij klachten en medezeggenschaps-geschillen bij Onderwijsgeschillen, november 2014, ISBN 978-90-817231-9-0
11. Advies medezeggenschap in integrale kindcentra, juni 2017, ISBN 978-90-824256-4-2
12. Doet de Geschillencommissie passend onderwijs ertoe? september 2017, ISBN 978-90-824256-5-9
13. De medezeggenschapsketen in passend onderwijs, september 2018, ISBN 978-90-824256-7-3
14. Enerzijds, anderzijds. Scenario's voor de regulering van medezeggenschap vmbo-mbo, januari 2020, ISBN 978-90-824526-9-7

Officiële publicaties van het Expertisecentrum (zonder ISBN nummer)

1. Handreiking aan de MR voor het voorstellen van alternatieven bij fusie of sluiting van een school, januari 2016, herzien in april 2017
2. Op weg naar één arbeidsrecht voor de gehele onderwijssector, maart 2019

Uitgave nr. 15 van het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, Utrecht, 1e druk, november 2020

Auteurs: mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans, prof. mr. P.W.A. Huisman en mr. dr. L.C.J. Sprengers

Vormgeving en digitale opmaak: Lokaal 3 - Reclamestudio, Amsterdam

©2020 Expertisecentrum Onderwijsgeschillen te Utrecht

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

ISBN: 978-90-831002-1-0 | NUR: 825

Woord vooraf

De laatste jaren besluiten schoolbesturen in het funderend onderwijs in toenemende mate samen te werken, wat heeft geleid tot nieuwe vormen van bestuurlijke schaalvergroting. De meest recente ontwikkeling betreft de constructie van de zogeheten holding.

Binnen deze holdingconstructie treedt een verschuiving op van verantwoordelijkheden en beleidsvorming van de deelnemende onderwijsbesturen (dochterstichtingen) naar het bestuur van de bovenbestuurlijke koepelstichting. Deze verschuiving kan inhouden dat het strategisch beleid dat op het niveau van de holding wordt vastgesteld in hoge mate de beleidsruimte bepaalt van elke binnen de holding participerende dochterstichtingen.

Voor Onderwijsgeschillen is medezeggenschap bij holdings een belangrijk thema. Het Expertisecentrum van Onderwijsgeschillen heeft daarom begin 2020 mr. dr. Frans Brekelmans, prof. mr. Pieter Huisman en mr. dr. Loe Sprengers gevraagd advies uit te brengen over de vraag of de Wms en met name de bepalingen over bovenbestuurlijke medezeggenschap (art. 20 lid 5 en art. 25 lid 1 Wms) toereikend zijn voor de nieuwe bestuurlijke samenwerkingsvormen in het funderend onderwijs. De centrale vraag van het onderzoek was: welke knelpunten doen zich voor bij de organisatie van medezeggenschap bij de holding in het funderend onderwijs?

Deze uitgave van het Expertisecentrum bevat het eindadvies Medezeggenschap bij holdings in het onderwijs. Het advies is op 28 september 2020 besproken met het onderwijsveld. Voor u ligt het eindresultaat van het onderzoek dat is afgerond in november 2020.

Onderwijsgeschillen dankt de auteurs en verwacht met dit advies een bruikbare bijdrage te leveren aan dit vraagstuk.

Tijdens de discussie met het onderwijsveld werd door de aanwezigen aandacht gevraagd voor het begrip bevoegd gezag en school. Een holding wordt in de onderwijswetten niet als bevoegd gezag aangemerkt. Evenmin is in art. 1 sub e Wms de holding in de definitie van het begrip bevoegd gezag opgenomen. Het huidige advies kan gezien worden als een opmaat voor een vervolgonderzoek naar de definitie van de begrippen, bevoegd gezag' en 'school' in de Wms, nu is gebleken dat het onderwijsveld behoefte heeft aan een vervolgdiscours. Het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen neemt dit vervolgonderzoek graag op in zijn programmering.

mr. Cécile de Vos
directeur-bestuurder Onderwijsgeschillen

prof.mr. Dick Mentink
voorzitter Expertisecentrum

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	7
1. Inleiding en adviesvragen	8
1.2 Samenwerking in bestuurlijke constructen en het effect op medezeggenschap	8
1.3 Doel onderzoek, centrale vraag en deelvragen	10
1.4 Methode en activiteiten	11
1.5 Leeswijzer	12
2. Model van de holding in het onderwijs en casus	14
2.1 Juridische vormen van samenwerking in het onderwijs	14
2.2 Het model van de holding in het onderwijs en aantallen	16
2.3 Casusbeschrijvingen	19
2.4 Conclusie en antwoorden	26
3. Knelpunten in de wettelijke regeling van medezeggenschap op bovenbestuurlijk- en holding niveau	29
3.1. De grondstructuur van de Wms	29
3.2 Nadere inrichting medezeggenschap	31
3.3 Het medezeggenschapsreglement en het medezeggenschapsstatuut	33
3.4 Bevoegdheden	34
3.5 Geschillenprocedures	35
3.6 Bovenbestuurlijke medezeggenschap	36
3.7 Bevoegdheden die een rol spelen in het geval er sprake is van een holding	41
3.8 Een verwant probleem: de regeling van de medezeggenschap bij (gezamenlijke) vestigingen en doorlopende leerlijn po-vo	43
3.9 Knelpunten	44
4. Vergelijking met de Wet op ondernemingsraden	46
4.1 Kernbegrippen WOR	46
4.2 Medezeggenschapstructuren	49
4.3 Medezeggenschapsbevoegdheden bij bepaalde besluiten	53
4.4 Geschillenprocedures	59
4.5 Conclusie	61
5. Aanbevelingen voor aanpassingen in de Wms	63
5.1 Inleiding	63

5.2	Instellen BBMR	64
5.3	Criterium tot instellen BBMR	65
5.4	Bevoegdheidsverdeling	68
5.5	Termijn instelling BBMR	70
5.6	Geschillenregeling BBMR	71
5.7	Geschil over medezeggenschapstructuur	72
5.8	Leden van de BBMR	73
5.9	Toerekening/medeondernemerschap	74
5.10	Instellen GMR en groepsmedezeggenschapsraad	77
5.11	Bevoegdheidsverdeling GMR en groepsmedezeggenschapsraad	79
5.12	Het begrip school in de Wms	81
5.13	Logische volgende stap?	82
5.14	Samenvatting van de aanbevelingen	83
	Literatuurlijst	86
	Bijlage 1: Verschillen tussen Wms en WOR	88
	Bijlage 2: Voorgestelde aanpassingen wettekst Wms	92
	Bijlage 3: Deelnemers Expertmeeting	96

Afkortingen

ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
Art.	Artikel
BBMR	Bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad
BRIN	Basisregistratie Instellingen
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
COR	Centrale Ondernemingsraad
CMR	Centrale medezeggenschapsraad
GemOR	Gemeenschappelijke ondernemingsraad
GMR	Gemeenschappelijke medezeggenschapsraad
GOR	Groepsondernemingsraad
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
LCG WMS	Landelijke commissie voor geschillen WMS
mbo	middelbaar beroepsonderwijs
MR	Medezeggenschapsraad
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTOR	Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid
OC	Onderdeelcommissie
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
OK	Ondernemingskamer
OR	Ondernemingsraad
PMR	Personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad
ROC	Regionaal Opleidingencentrum
RvC	Raad van Commissarissen
RvT	Raad van Toezicht
vo	voortgezet onderwijs
WEB	Wet educatie en beroepsonderwijs
WEC	Wet op de expertisecentra
Wms	Wet medezeggenschap op scholen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPO	Wet op het primair onderwijs
WSNS	Weer Samen Naar School
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs

1. Inleiding en adviesvragen

1.1 De bovenbestuurlijke medezeggenschap

Bij de totstandkoming van de Wet medezeggenschap op scholen (Wms) in 2006 heeft de wetgever ruimte geboden voor een specifieke inrichting van de medezeggenschap. Binnen de basisstructuur van de medezeggenschapsraad (MR) op schoolniveau en de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR) op bovenscholniveau kan onder meer besloten worden tot instelling van een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (BBMR) als alle deelnemende schoolbesturen en alle betrokken (G)MR's daarmee instemmen (art. 20 lid 5 Wms). Bij het aanreiken van deze ruimte in de structurering van de medezeggenschap liet de wetgever zich leiden door de omstandigheid dat bevoegde gezagsorganen in toenemende mate participeren in bestuurlijke verbanden, bijvoorbeeld op het terrein van de leerlingenzorg.¹ Daarbij is sprake van een tijdelijke regeling met een beperkte geldigheidsduur van ten hoogste twee jaar, die telkens weer met twee jaar verlengd kan worden (art. 25 lid 1 Wms). Voor deze beperkte geldigheidsduur is gekozen om reden dat regelmatig bewust stilgestaan moet worden bij de vraag wat de meerwaarde van de gekozen bovenbestuurlijke medezeggenschap is.²

1.2 Samenwerking in bestuurlijke constructen en het effect op medezeggenschap

Voor de laatste jaren tekent zich een versnelde ontwikkeling van nieuwe bestuurlijke samenwerkingsvormen in het funderend onderwijs af. Al dan niet gestimuleerd door de problematiek van krimp in het onderwijs besluiten schoolbesturen in toenemende mate samen te werken, hetgeen heeft geleid tot nieuwe vormen van bestuurlijke schaalvergroting.³ Samenwerking tussen onderwijsinstellingen kan juridisch verschillende vormen aannemen. Er kan sprake zijn van een overeenkomst, een personele unie, of samenwerking in een rechtspersoon.⁴ Een species binnen de categorie samenwerking in een rechtspersoon is de constructie van de zogeheten holding. Daarvan is sprake wanneer twee of meer bevoegde gezagsorganen van scholen een koepelrechtspersoon ('de holding') oprichten en zich daaraan juridisch ondergeschikt maken door zichzelf dochterstichtingen van deze holding te maken.⁵

¹ Kamerstukken II 2005/06, 30144, nr. 3, p. 26.

² Kamerstukken II 2005/06, 30144, nr. 3, p. 27.

³ Zie voor een overzicht Van Brakel e.a. (2016). Dit onderzoek werd herhaald in 2020, zie Bijman e.a. (2020).

⁴ Vgl. Van Brakel e.a (2016), p. 22.

⁵ Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 31293, nr. 345, p. 3.

De figuur van een dochterrechtspersoon kan ook ontstaan als een zelfstandig bevoegd gezag van een of meer scholen onderdeel gaat uitmaken van een bestaande koepelrechtspersoon.

In onze optiek is voor dit onderzoek het kenmerkende element dat de ‘moeder’ leidend wordt voor de bepaling van het beleid van de ‘dochters’, met andere woorden dat er een afhankelijkheidsrelatie ontstaat. Dat zeggenschap (geheel of gedeeltelijk) verschuift naar de top, waardoor de onderliggende rechtspersoon (bevoegd gezag) die niet meer heeft en dus kwalificeert als dochter. Vormen waar die afhankelijkheid door verschuiving van de zeggenschap niet aan de orde is, voldoen daarmee niet aan deze kenmerken en zijn – in het kader van dit rapport- niet als holding te beschouwen.⁶

Binnen de holdingconstructie verschuiven de verantwoordelijkheden en beleidsvorming van de deelnemende onderwijsbesturen (dochterstichtingen) naar het bestuur van de bovenbestuurlijke koepelstichting. Deze verschuiving kan inhouden dat het strategisch beleid dat op het niveau van de holding wordt vastgesteld in hoge mate de beleidsruimte bepaalt van elke binnen de holding participerende dochterstichtingen. In november 2016 heeft de toenmalige staatssecretaris van OCW in een reactie op een inventariserend rapport gesteld dat hij constructies, zoals holdings in het onderwijs, niet wil ontmoedigen. Hij wil wel in de gaten houden dat het bevoegd gezag ook daadwerkelijk verantwoordelijk blijft voor (de kwaliteit van) het onderwijs: ‘[...] die verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag [is] een kernpunt bij het beoordelen van bestuurlijke samenwerkingsvormen. Het kan niet zo zijn dat besturen bevoegdheden overdragen aan een holding- of topstichting en daardoor niet meer in staat zijn hun verantwoordelijkheden uit hoofde van de onderwijswetten voluit in te vullen. [...] Een samenwerkingsvorm waarbij de deelnemende onderwijsbesturen per definitie zijn gebonden aan besluiten van een koepelstichting is dus niet mogelijk en niet wenselijk’.⁷

Ook in een casus over de bestuurlijke samenwerking tussen ROC Amsterdam en ROC Flevoland waarbij een koepelstichting in het leven was geroepen (2015) stelde de minister in antwoord op Kamervragen dat ‘er overwegende bezwaren zijn tegen de onheldere vorm van samenwerking tussen de roc’s en de bijbehorende governance. De samenwerking is zo ingericht dat er de facto sprake is van handelen in strijd met art. 9.1.4, tweede lid, laatste volzin van de [WEB]’.⁸

De regeling van de medezeggenschap werd in bovenstaande casus niet genoemd als

⁶ In het volgende hoofdstuk zullen we kort nog een aantal andere juridische samenwerkingsvormen bespreken. Daarbij kan uiteraard ook door middel van een rechtspersoon samenwerking worden gerealiseerd, bijvoorbeeld in een coöperatie die diensten inkoop of huisvesting beheert.

⁷ *Kamerstukken II 2016/17*, 31293, 345, p. 2.

⁸ *Aanhangsel Handelingen II 2014/15*, 1265. Het betreffende artikel stelt in de tweede volzin: ‘Een lid van het college van bestuur kan niet tevens lid zijn van het college van bestuur van een andere instelling’.

klemmend met de regelgeving. Dat werd wel benoemd in de bovengenoemde reactie op het inventarisatieonderzoek naar bestuurlijke constructen in het onderwijs. De staatssecretaris wees op het voorbeeld waarbij drie besturen bij meerderheid van stemmen belangrijke besluiten nemen, en de vraag wat dit betekent voor de positie van de afzonderlijke medezeggenschapsraden.⁹

De huidige Wms regelt wel e.e.a. als het gaat om besluiten waarbij wordt samengewerkt. Volgens art. 11 lid 1, aanhef en onder d Wms moet de (G)MR adviseren bij 'het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere instelling, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake'. De personeelsgeleding beschikt via art. 12 lid 1, aanhef en onder a Wms over instemmingsrecht op de voorgenomen regeling van de gevolgen van het samenwerkingsbesluit voor het personeel. Gedacht kan worden aan afspraken over taakbelasting, nascholing, functiegroepen en meer. In een enkel geval is ook uitspraak gedaan door een bezwarencommissie, waarbij een BBMR en koepelstichting betrokken waren.¹⁰ Art. 13 lid 1, aanhef en onder a Wms en art. 14 lid 2, aanhef en onder a Wms geven de ouder- en leerlinggeleding een instemmingsrecht op de regeling van de gevolgen van het samenwerkingsbesluit. Art. 15 lid 1 Wms bepaalt dat de personeels-, ouder- en leerlinggeledingen eerst instemming moeten geven over de regeling van de gevolgen voordat het bevoegd gezag het samenwerkingsbesluit ten uitvoer mag leggen, tenzij dringende redenen in het belang van de school een andere tenuitvoerlegging noodzakelijk maken.

De Wms kent bepalingen over de (in tijd gebonden) instelling van een BBMR (art. 20 lid 5 en art. 25 lid 1 Wms), maar de vraag is evenwel of deze toereikend zijn voor de holding als bestuurlijke samenwerkingsvorm.

1.3 Doel onderzoek, centrale vraag en deelvragen

Dit verkennende onderzoek kent een primair juridische, en op verbetering van de wetgeving gerichte focus. Het doel is de lacunes in de wetgeving te duiden, de beschikbare rechtspraak te analyseren en indien aangewezen concrete aanpassingen voor te stellen van de wetgeving inzake medezeggenschap.

Centrale vraag van het onderzoek is: *welke knelpunten doen zich voor bij de organisatie van medezeggenschap bij de holding in het funderend onderwijs?*

⁹ Kamerstukken II 2016/17, 31293, 345, p. 2.

¹⁰ Zie Bezwarencommissie CAO VO 31 januari 2019, nr.108461. Hier speelde onder de meer de verhouding tussen de BBMR en de personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad (PMR), die ook een vertegenwoordiging had in de BBMR.

Deelvragen betreffen:

1. Wat valt op basis van een aantal relevante te analyseren casus, door bestudering van statuten en andere relevante juridische documenten van deze holdings, te zeggen over de mate waarin de besluitvorming van de holdingbesturen van invloed is op de besluitvorming van de bevoegde gezagsorganen en van de dochterstichtingen met hun scholen?
2. Daarop aansluitend: wanneer wordt als gevolg van de holdingstatuten zeggenschap bij de individuele gezagen weggenomen, en daarmee bestaande medezeggenschap?
3. In hoeverre levert de analyse juridische knelpunten op over de medezeggenschap op bovenbestuurlijk/holding niveau? In dat kader: wat is de positie van de (G)MR bij de totstandkoming van een holdingconstructie?
4. Kunnen deze knelpunten onder de Wms, met name de regeling van art. 20 lid 5 Wms, worden weggenomen? Zo ja, hoe? Zo nee, op welke onderdelen zou de wetgeving aanpassing of aanvulling behoeven om deze knelpunten weg te nemen?
5. In welke mate kan het model van de vormgeving van medezeggenschap in concernverband krachtens de WOR, met name het model van toerekening¹¹, als model dienen voor de Wms?

Het onderzoek is afgebakend tot de onderwijssectoren die onder de Wms vallen. Samenwerkingsconstructies waarbij bijvoorbeeld kinderopvang en onderwijs onder een koepelstichting vallen worden niet meegenomen.¹²

1.4 Methode en activiteiten

Het onderzoek is uitgevoerd door middel van desk research met als doel het in kaart brengen van de bevoegdheden van de medezeggenschap, het schetsen van de verschillende varianten van de holding/koepel-rechtspersonen en het schetsen van het kader van de systematiek in de WOR. Dit aan de hand van analyse van Kamerstukken, vakliteratuur, relevante jurisprudentie en bekende onderzoeken, zoals met name inventarisatieonderzoeken naar bestuurlijke constructen in het onderwijs uit 2016 en 2020.

Ten behoeve van de tweede en derde deelvraag is - exploratief- een tweetal holdingconstructies onderzocht. Op basis van de statuten en ander relevant juridisch bronnenmateriaal wordt er met name gekeken naar de verdeling van de bevoegdheden en de verschuiving van de zeggenschap naar het holding/koepelniveau. De selectie van deze casus heeft plaatsgevonden aan de hand van een search op internet en is uitdrukkelijk niet bedoeld als omvattend beeld van de mogelijke

¹¹ Zie Zaal (2014) en Dissel en Zaal (2019), p. 71-89.

¹² Zie Brekelmans & Sperling, (2017).

verschijningsvormen van holdings in het onderwijs, maar louter als illustratie voor het in beeld brengen van de juridische knelpunten bij de regeling van medezeggenschap bij koepelstichtingen. Daarbij is ook casuïstiek uit het rapport over bestuurlijke constructen van 2016 betrokken.

Ter toetsing van de uitkomsten van het onderzoek en de verkenning naar knelpunten is een (telefonische) expertmeeting georganiseerd waarin met enkele juridische experts betrokken bij de ondersteuning van medezeggenschap, adviseurs en bestuurders¹³ de conceptbevindingen zijn gedeeld. Aan de hand van de uitkomsten van de discussie is het rapport nader aangescherpt tot een eindrapport.

1.5 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 bevat een beknopte beschrijving van een aantal juridische mogelijkheden tot samenwerking in het onderwijs, in het bijzonder de figuur van de holding. Voorts zijn twee casus beschreven van holdings in het funderend onderwijs, waarbij is nagegaan aan de hand van documenten in hoeverre bevoegdheden van het bevoegd gezag worden geconcentreerd bij de holding en hoe de medezeggenschap is geregeld. Het hoofdstuk sluit af met enkele conclusies waarbij de eerste twee deelvragen worden beantwoord.

Hoofdstuk 3 beschrijft de systematiek van de Wms en de positie van de BBMR. De huidige Wms bevat een aantal knelpunten, zoals de medezeggenschap bij gezamenlijke vestigingen. Dit hoofdstuk sluit af met een beschrijving van genoemde knelpunten.

Hoofdstuk 4 gaat in op de systematiek van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Geschetst worden de mogelijkheden die de WOR biedt om een medezeggenschapsstructuur vorm te geven, ook bij holdingconstructies. De WOR hanteert een andere, meer open norm, voor de beantwoording van de vraag of het vereist is om op een bepaald niveau een medezeggenschapsorgaan in te stellen. Verder wordt bekeken hoe de bevoegdheden van een ondernemingsraad (OR) geregeld zijn bij het aangaan van een duurzame samenwerking en bij besluiten die op een hoger niveau worden genomen en gevolgen hebben voor de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld. In de rechtspraak van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer zijn daartoe leerstukken als medeondernemerschap en toerekening ontwikkeld. Hoofdstuk 5 is het slothoofdstuk en bevat aanbevelingen om de Wms op een aantal onderdelen te wijzigen. Allereerst aanbevelingen over aanpassingen van de Wms ten behoeve van de bovenbestuurlijke medezeggenschap bij holdings- en samenwerkingsverbanden. Vervolgens gaan we in op mogelijk andere te overwegen aanpassingen van de Wms die logisch zijn indien de aanbevelingen over aanpassingen

¹³ Zie bijlage 3 voor de deelnemers.

met betrekking tot de bovenbestuurlijke medezeggenschap worden overgenomen. Als laatste onderdeel stippen we de vraag aan of een verdere vereenvoudiging van het aantal en soort medezeggenschapsorganen die de Wms kent niet voor de hand zou liggen, indien de aanbevelingen in dit advies opgevolgd worden. Bijlage 1 zet de bepalingen uit de Wms en WOR naast elkaar. Bijlage 2 bevat concrete wijzigingen voor aanpassingen van de tekst van de Wms. Bijlage 3 bevat de namen van de deelnemers aan de Expertmeeting van 19 maart 2020.

2. Model van de holding in het onderwijs en casus

In dit hoofdstuk beschrijven we eerst in par. 2.1 globaal een aantal juridische samenwerkingsvormen in het onderwijs. Samenwerking kan op verschillende manieren vorm krijgen, onder meer door het oprichten van een rechtspersoon, een holding. Par. 2.2 werkt de figuur van de holding verder uit en beschrijft de mate waarin deze samenwerkingsvorm in de praktijk van het onderwijs voorkomt. Par. 2.3 bevat twee casus waarin is te zien dat het bestuur van de holding belangrijke bevoegdheden uitoefent ten aanzien van de rechtspersonen die de scholen in stand houden. Ook beschrijven we in welke mate de medezeggenschap hier wordt vormgegeven. Par. 2.4 rond af met enkele conclusies.

2.1 Juridische vormen van samenwerking in het onderwijs

Samenwerking kan juridisch in vele gedifferentieerde vormen gegoten worden, afhankelijk van de mate waarin besturen willen samenwerken en op welke terreinen (personeel, materieel) samenwerking beoogd wordt. Er zijn 'lichte' en 'zware' samenwerkingsvormen, al naar gelang het juridisch commitment. In de praktijk zijn vele mengvormen gangbaar. Het is goed mogelijk dat binnen een samenwerkingsovereenkomst meer gezamenlijke sturing en onderlinge binding wordt bereikt, dan in een federatie waar misschien slechts op enkele specifieke terreinen wordt samengewerkt.¹⁴ Het onderzoek van Van Brakel e.a. (2016) naar verschillende vormen in de praktijk onderscheidt een grove driedeling:

1. Een *lichte vorm van samenwerking*, waarbij er sprake is van afzonderlijke bevoegde gezagsorganen (rechtspersonen) en de individuele scholen duidelijk herkenbaar in stand worden gehouden door de afzonderlijke bevoegd gezagsorganen.
2. Een *inniger vorm van samenwerking*, waarbij op deelgebieden beslissingen worden genomen door gezamenlijke afstemming door statutaire verbinding, of in een rechtspersoon.
3. Een *verschuiving van bevoegdheden* naar een andere, of een overkoepelende rechtspersoon. Dit kan bijvoorbeeld zo zijn wanneer uit de statuten blijkt dat een koepelstichting verantwoordelijk is voor verschillende rechtspersonen die scholen in stand houden ('moeder-dochterverhouding').

¹⁴ Neijzen, (1993), p. 177.

Voordat de figuur van de holding aan de orde komt, beschrijven we hieronder kort verschillende andere vormen¹⁵ waarin samenwerking juridisch vorm kan krijgen. We beperken ons tot de overeenkomst, de personele unie en de samenwerking in een rechtspersoon. De mate waarin medezeggenschap betrokken moet of kan zijn bij de totstandkoming, maar ook lopende de samenwerking, is afhankelijk van de invulling van de samenwerking en de mate waarin zeggenschap over de school wordt ingebracht in de samenwerking.

Privaatrechtelijke overeenkomst

Bij samenwerking door overeenkomst wordt geen aparte rechtspersoon opgericht. Dit betekent dat bijvoorbeeld voor de financiën aparte volmachten nodig zijn. Soms biedt de sectorwet een grondslag voor samenwerking door middel van een overeenkomst en randvoorwaarden. Zo bevat art. 25a WVO een bepaling over de samenwerkingsovereenkomst tussen een vo- en mbo-instelling met daarin het doel van de samenwerking, de doelgroep, de wijze waarop wordt getoetst of het doel bereikt wordt, het onderwijsprogramma, de mogelijke overdracht van financiële middelen en een regeling voor de beslechting van eventuele geschillen.

Personele unie

Het Ecorysrapport uit 2016 (Van Brakel e.a., 2016), omschrijft deze vorm als volgt: 'Bij een personele unie maken een of meer bestuurders tevens deel uit van het bestuur of de raad van toezicht van een andere rechtspersoon, of meerdere rechtspersonen. Als sprake is van een gedeeltelijke overlap spreken we van een partiële personele unie en als dezelfde personen zitting hebben in het bestuur spreken we van een volledige personele unie. De personele unie geeft feitelijke invloed of zeggenschap aan de bestuurders van de betrokken rechtspersonen, bijvoorbeeld de bestuurder van de stichting voor onderwijs is statutair ook bestuurder van de stichting voor instandhouding kinderopvang. De personele unie dient om het beleid af te stemmen, dan wel te coördineren of zelfs te harmoniseren. In principe blijven de besturen wel autonoom: er ontstaan in beginsel geen vermogensrechtelijke of contractuele betrekkingen tussen de rechtspersonen. Sterker nog: vaak zal het juist de bedoeling zijn om een personele unie aan te gaan om daarmee wel een zekere concentratie van macht te bevorderen, zonder dat geldstromen uit publieke en private bronnen worden gemengd. Er kunnen verschillende varianten bedacht worden van personele unies, waarbij er ook sprake kan zijn van 'koepelvorming' of 'holdingstichtingen'. Op die laatste vorm gaan we hierna verder in.

¹⁵ Deze tekst is afgeleid uit Van Brakel e.a. (2016), p. 19-21.

Samenwerking in rechtspersoon¹⁶

Van Brakel e.a. (2016) gaan ook in op de federatie en coöperatie als juridische samenwerkingsvorm. Een federatie is als zodanig niet opgenomen in boek 2 BW. Het kan zijn een vereniging met leden-rechtspersonen (bevoegde gezagsorganen). Er ontstaat een lidmaatschapsverhouding tussen de leden en de federatie. Bij een stichting ontstaat geen lidmaatschapsverhouding; de verhouding tussen de stichting en de aangesloten rechtspersonen is in beginsel contractueel van aard. De aansluitingsovereenkomst is bepalend voor de gebondenheid. De coöperatie is een vereniging die als coöperatie door middel van een notariële akte wordt opgericht. In de statuten van de coöperatie moet worden aangegeven dat de vereniging in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden dient te voorzien (art. 2:53 BW). Het begrip 'stoffelijke behoeften' is een economisch begrip, waaronder ook het verstrekken van diensten valt. Coöperaties in het onderwijs zijn actief in bijvoorbeeld bij het collectief aanbesteden van leermiddelen of het beheren van onderwijshuisvesting na doordecentralisatie. Op de samenwerking in een holding gaan we hierna in.

2.2 Het model van de holding in het onderwijs en aantallen

In deze organisatievorm blijven de oorspronkelijke schoolbesturen bestaan. De scholen houden hun eigen BRIN-nummer en recht op bekostiging, de bevoegd gezagsorganen (rechtspersonen) blijven in stand, maar geven de aansturing van de hoofdlijnen en kaders van het onderwijs (waarbinnen de vast te stellen schoolplannen zich moeten richten), inclusief de financiële middelen, over aan het niveau van de overkoepelende rechtspersoon. De holding bestaat als zodanig niet in het Nederlandse rechtspersonenrecht als zelfstandige rechtspersoon. Wel wordt in het vennootschapsrecht en belastingrecht gesproken over de 'houdstermaatschappij'. Er wordt wel gesproken van een 'zuivere' holding wanneer de vennootschap zich enkel bezighoudt met het houden van aandelen en daarmee samenhangende activiteiten. Er is bijvoorbeeld in het kader van de omzetbelasting sprake van een 'top holding' wanneer een houdstermaatschappij 'als beleidsbepalend en sturend orgaan en zij zich in sterke mate bezighoudt met de besluitvorming binnen het concern, volledig in dienst van het totaal van de bedrijfsvoering van de gelieerde werkmaatschappijen en [...] als zodanig worden geacht een voor de instandhouding daarvan belangrijke factor [vormen]'.¹⁷

In het onderwijs is vaak sprake van een stichting. De vorming van een holding wordt

¹⁶ We laten buiten beschouwing de wettelijke vormen van het samenwerkingsverband passend onderwijs (art. 18a WPO, art. 28a WEC en art. 17a WVO) en de centrale dienst ex art. 68 WPO, art. 69 WEC en artikel 53d WVO. De medezeggenschap is hier expliciet geregeld in de Wms.

¹⁷ Zie de zgn. *Holdingresolutie* van 1991, 'Heffing van omzetbelasting met betrekking tot zgn. houdstermaatschappijen en het houden van aandelen in het algemeen', VB91/347.

door schoolbesturen veelal gekozen als niet-vrijblijvende regierol ten aanzien van het onderwijsaanbod in een regio.¹⁸ Besturen zien bijvoorbeeld in krimpregio's de leerlingaantallen dalen en zoeken afstemming met elkaar over de leerlingstromen. Dit gebeurt tevens in de zgn. regionale plannen voor onderwijsvoorzieningen (art. 74a WVO). In een rechtspersoon worden dan gezamenlijke activiteiten ondernomen zoals het instandhouden van een vervangingspool.¹⁹

In ons onderzoek staat - zoals in hoofdstuk 1 geschetst - de figuur centraal van een overkoepelende rechtspersoon waarin belangrijke bevoegdheden ten aanzien van financiën en (personeels)beleid zijn gecentraliseerd. De samenwerking wordt op bestuurlijk niveau vaak gecombineerd met een personele unie, waarbij uiteindelijk de samenwerkende onderwijsorganisaties worden bestuurd door dezelfde personen en door dezelfde personen het intern toezicht wordt uitgeoefend, hetzij doordat dezelfde personen bij de samenwerkende onderwijsorganisaties tot bestuurders respectievelijk toezichthouders worden benoemd, hetzij doordat in een aparte bovenliggende rechtspersoon bestuur en intern toezicht gezamenlijk wordt ingericht. Deze rechtspersoon wordt tot statutair bestuurder benoemd van de rechtspersonen die de onderwijsinstellingen in stand houden c.q. het bevoegd gezag.

Via statutaire goedkeuringsbevoegdheden in de holding en de onderliggende rechtspersonen die worden toegekend aan de raad van toezicht, wordt de raad van toezicht van de holding in staat gesteld gezamenlijk intern toezicht uit te oefenen over de onderwijsorganisaties en de door hen in stand gehouden scholen c.q. onderwijsinstellingen.²⁰ Hoewel het schoolbestuur formeel verantwoordelijk blijft, kunnen de statuten bijvoorbeeld vastleggen dat elk besluit voorafgaande goedkeuring moet hebben van de holding. Dit zou betekenen dat het bevoegd gezag niet meer onafhankelijk en zelfstandig een besluit kan nemen. De holdingstructuur gaat uit van een 'moederorganisatie' waaronder een aantal organisaties dan wel rechtspersonen 'hangen'.

Bron: Hamers, Schwarz, Zaman²¹

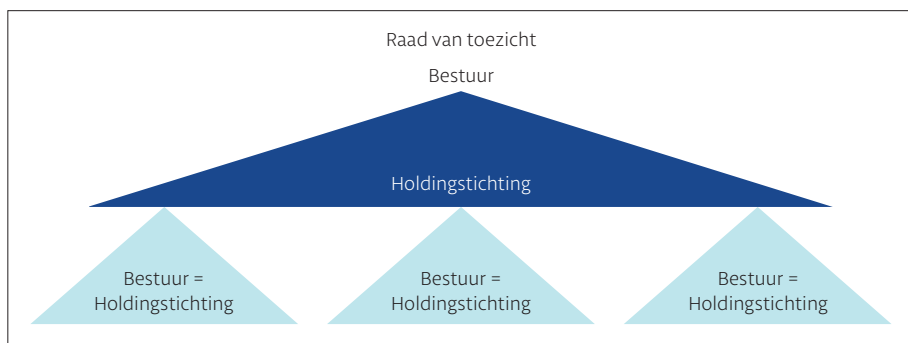
¹⁸ Van Brakel e.a. (2016), Bijman e.a. (2020).

¹⁹ Zie b.v. <https://www.veluwezoomenijsseelstreek.nl/Over-ons/Missie-en-visie-Federatie>

²⁰ Een vraag die wij hier laten rusten is de kwestie van het onafhankelijk intern toezicht volgens de wettelijke vereisten. Zie daarover Inspectie van het Onderwijs (2018).

²¹ Hamers, Schwarz, Zaman (2018), p.486.

Holdingstichting



Kenmerkend voor een aanduiding als (top) holding is dat de moederorganisatie zeggenschap heeft over de dochterorganisaties. Waar in het bedrijfsleven deze zeggenschap veelal geregeld is door benoemingsrechten en aandelenbezit, is dit bij een holdingstructuur in het onderwijs vaak op basis van individuele eisen vormgegeven. Oftewel: bij een holding fuseren de betrokken partners op bestuurlijk niveau en faciliteren het gemeenschappelijke bestuur met de benodigde staf en middelen. Hoeveel holdings er momenteel zijn in het onderwijs is moeilijk te zeggen; de populariteit van deze vorm van bestuurlijke samenwerking fluctueert. Bij onderzoek door Regioplan (Bijman, e.a. 2020) wordt bij een search van alle jaarverslagen van onderwijsinstellingen in het po en vo in totaal bij 16 jaarverslagen gerefereerd aan een holding waar het bestuur op dit moment deel van uitmaakt, dat is 1,2 procent van alle geanalyseerde jaarverslagen. Het gaat om 12 jaarverslagen van een po-bestuur, 1,2 procent van de totaal geanalyseerde po-verslagen en 4 jaarverslagen van een vo-bestuur, 1,1 procent van de totaal geanalyseerde vo-verslagen. In het onderzoek door Ecorys (Van Brakel, e.a., 2016) werd verhoudingsgewijs in meer jaarverslagen gerefereerd aan een holding waar een bestuur op dat moment deel van uitmaakte, namelijk in 4,7 procent van de bestudeerde jaarverslagen. Het aantal holdings lijkt daarmee af te nemen.²² Wat hiervan de precieze reden is, is moeilijk te zeggen. Wellicht dat de verandering van de bepalingen rond de fusietoets of het feit dat het werken met verschillende losstaande rechtspersonen toch een complexe aangelegenheid is,²³ als oorzaken worden geduid. Of de verwerping van de afschaffing van de fusietoets in de Eerste Kamer²⁴, het model van de holding toch weer aantrekkelijker kan maken is op voorhand ook niet te zeggen.

²² Dit hangt vermoedelijk samen met het feit dat de fusietoets is verlicht. In hoeverre het aantal schoolbesturen/ rechtspersonen onder bestaande holdings is vergroot is echter niet te zeggen.

²³ Mondelinge toelichting tijdens expertbijeenkomst.

²⁴ *Handelingen I 2019/20*, nr. 32.

Besluitvorming

Een holding in de vorm van een stichting kent geen ledenstructuur maar enkel een bestuur. Naast het bestuur kan er ook een toezichthoudend orgaan worden ingesteld waarin toezichthouders van de verschillende schoolbesturen of andere stakeholders zitting nemen. Afhankelijk van de mate van autonomie van de dochterorganisaties worden de schoolbesturen benoemd, ofwel door de dochterorganisaties zelf gekozen. Het bestuur van de moederorganisatie wordt veelal intern benoemd, bijvoorbeeld door de raad van toezicht. Ook zijn er holdings mogelijk waarin de dochterorganisaties gezamenlijk het bestuur van de moederorganisatie kiezen.

De holding zoals wij deze hier omschrijven veronderstelt een bepaalde mate van doorzettingsmacht en kracht. Daarbij bestaat de mogelijkheid dat een schoolbestuur tegen zijn wil gebonden kan zijn aan besluiten van het holdingbestuur op basis van de instemming van anderen.²⁵

2.3 Casusbeschrijvingen

Hieronder volgen twee voorbeelden waarin de koepelstichting vergaande bevoegdheden heeft ten aanzien van het beleid van de rechtspersonen die verbonden zijn met de holding. De rechtspersoonrechtelijke structuur is dus grotendeels gelijk, maar de wijze waarop de medezeggenschap wordt ingericht (of hoe daarover van gedachten wordt gewisseld) verschilt, vandaar dat we deze twee voorbeelden gebruiken.

2.3.1 Almeerse scholengroep (ASG)²⁶

Statutaire regeling en doelstelling

De ASG bestaat uit veertig basisscholen, twee scholen voor speciaal basisonderwijs en acht middelbare scholen. De koepelstichting ASG staat boven de Stichting Openbaar Onderwijs Almere ('OOA'), Stichting Openbaar Onderwijs Almere 'Nieuwe Wijken', Stichting Algemeen Bijzonder Onderwijs Flevoland ('ABO Flevoland'), en Stichting IKC+ Almere ('IKC+').²⁷ Art. 3 van de statuten stelt dat de doelstelling van de

²⁵ Zie ook eerder Van Brakel e.a. (2016), p.48.

²⁶ Bron: statuten ASG, verleden d.d. 11 mei 2017.

²⁷ In de uitspraak van 19 november 2019 nr. 108866 overweegt de LCG WMS: 'Het bevoegd gezag heeft in het verweerschrift gesteld dat het College van Bestuur van de koepelstichting Almeerse Scholen Groep het bevoegd gezag van de school is. Op grond van artikel 1 aanhef en onder e 1 Wms wordt onder bevoegd gezag van een school verstaan: het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het voortgezet onderwijs. Op grond van artikel 1 juncto artikel 42 b Wet op het voortgezet onderwijs is de stichting die de openbare school in stand houdt het bevoegd gezag. Aldus is de Stichting Openbaar Onderwijs Almere het bevoegd gezag van de school, en niet (het college van bestuur van) ASG.' Deze uitspraak betekent volgens ons niet dat de koepelstichting de onderliggende rechtspersonen niet kan aansturen.

koepelstichting is het 'bevorderen van gezamenlijk overleg, afstemming, kennisuitwisseling en (bestuurlijk) initiatief, waaronder begrepen het (gezamenlijk) inkopen en verwerven van administratieve systemen en andere goederen, alsmede het verzorgen en onderhouden van administraties, alles in de ruimste zin van het woord en in het belang van het onderwijs in de gemeente Almere'. Om de doelstelling te verwezenlijken is er een breed takenpakket, zoals 'het oprichten en in stand houden van rechtspersonen die scholen in stand houden en die behoren of gaan behoren tot de Almeerse Scholen Groep, dan wel het deelnemen hierin en/of het voeren van de directie hierover' en daarbij 'het behartigen van de belangen van de stichtingen behorende tot de Almeerse Scholen Groep waarover de stichting het beheer voert dan wel waaraan de stichting diensten verleent'. Voorts het 'verlenen van diensten op het gebied van financiën, administratie, personeelszaken, informatie- en communicatietechnologie, onderhoud, en het verlenen van andere ondersteunende diensten ten behoeve van de tot de Almeerse Scholen Groep behorende stichtingen in stand gehouden scholen; het bevorderen van de bestuurlijke afstemming tussen de tot de Almeerse Scholen Groep behorende stichtingen en in stand gehouden scholen; het houden van toezicht op de binnen de Almeerse Scholen Groep in stand gehouden scholen (met een rechtmatig bestuur en beheer), alsmede op de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden door het college van bestuur binnen de Almeerse Scholen Groep, [overeenkomstig de wet]; het (doen) oprichten, verwerven en exploiteren van, het deelnemen in, het samenwerken met, het voeren van de directie over, alsmede het (doen) financieren van andere instellingen en ondernemingen, in welke rechtsvorm ook, mits passend binnen het doel van de stichting; het (doen) opnemen van geldeningen en/of kredieten, alsmede het stellen van zekerheden (zoals garanties en hypotheek), voor zover dit bijdraagt aan de doelstelling; het (doen) huren, verhuren, vervaardigen, exploiteren, beheren en beschikken en al hetgeen met vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord'.

Governance

Bij de governance worden ten aanzien van de benoeming van de leden van de raad van toezicht de GMR's in de gelegenheid gesteld om gezamenlijk een bindende voordracht te doen voor twee zetels (wanneer de raad bestaat uit vijf leden), waarbij geldt dat bij het opmaken van die voordrachten de oudergeledingen van de GMR's telkens (ieder afzonderlijk) in meerderheid met die voordrachten dienen in te stemmen. De algemene profielschets wordt voor vaststelling ter advies voorgelegd aan de gezamenlijke GMR's. Art. 13 lid 3 van de statuten stelt voorts dat - kort gezegd - bij een personele unie van bestuurders van de ASG en de verbonden stichtingen, 'de raad van toezicht belast [is] met het houden van toezicht op alle stichtingen beho-

rende tot de Almeerse Scholen Groep, in het bijzonder op de algemene gang van zaken binnen de stichtingen behorende tot de Almeerse Scholen Groep en de door deze stichtingen in stand gehouden scholen’.

Uit de statuten van de verbonden stichtingen blijkt dat het bestuur van de ASG feitelijk leidinggevend is. Zo is er een personele unie tussen de bestuurders van de ASG en de stichtingen: slechts (Koepel)Stichting ASG of personen belast met een bestuurlijke functie bij (Koepel)Stichting ASG kunnen tot bestuurder worden benoemd.²⁸ Voorts zijn goedkeuringsbesluiten opgenomen voor het ASG bestuur ten aanzien van besluiten zoals het vaststellen van de bestuursvisie, het koersplan en de bijbehorende (meerjaren)begroting.²⁹ Gesteld zou kunnen worden dat dus in deze situatie de ASG als feitelijk bevoegd gezag functioneert voor de scholen in stand gehouden door de verbonden bevoegde gezagsorganen (ASG houdt zelf geen scholen in stand).

Regeling van de medezeggenschap

Als het beleid en de financiën feitelijk vanuit de holding worden georganiseerd, hoe is dan de medezeggenschap?³⁰ De Almeerse Scholen Groep heeft een GMR-PO (primair onderwijs) en een BBMR-VO (boven bestuurlijke medezeggenschapsraad voortgezet onderwijs) en een MR Entrada (bedrijfsbureau). Zowel de GMR-PO, de BBMR-VO als de MR Entrada voeren overleg met het College van Bestuur over schooloverstijgende zaken, zoals de jaarrekening, begroting, functiebouwwerk, cao, Arbocontract en personele zaken. Vanuit de scholen kunnen er onderwerpen op de agenda geplaatst worden. Het College van Bestuur moet ieder belangrijk besluit voorleggen aan de drie MR's. De drie raden kunnen ook ongevraagd een standpunt kenbaar maken aan het bestuur. Tevens hebben de raden initiatiefrecht.

Uit notulen van de BBMR³¹ bleek dat de medezeggenschap op koepelniveau nader doordacht moest worden. Uitgangspunt in die discussie was dat aangesloten moest worden bij de praktijk, de inrichting van de organisatie en de eigenheid van de sectoren PO en VO. De verschillende grondslagen van de stichtingen moeten gerespecteerd worden. 'Uiteraard moet de medezeggenschap passen binnen de kaders van de WMS. Dat laatste is lastig vanwege het bestaan van verschillende sectoren en stichtingen binnen ASG.' Geconcentreerd op de inrichting van de medezeggenschap op het niveau van de koepelstichting zou een BBMR moeten komen: 'Er is sprake van een gezamenlijk overleg (PO, VO en Bestuursbureau) over koepelbrede zaken. Mocht sprake zijn van onderwerpen die alleen PO, VO, één stichting of het bestuursbureau

²⁸ Art. 7 lid 2 statuten Stichting openbaar onderwijs Almere.

²⁹ Art. 8 lid 4 onder a statuten Stichting openbaar onderwijs Almere.

³⁰ Bron: <https://www.asg.nl/medezeggenschap>

³¹ Verslag van de BBMR 19 november 2018, https://www.asg.nl/sites/asg.asg-almere.nl/files/20181119_verslag_raadsvergadering_incl_besluitvormend_deel.pdf (geraadpleegd 20 februari 2020).

aangaan dan zal de besluitvorming plaatsvinden door die sector/stichting binnen de BBMR en wordt dat gerespecteerd door de andere sectoren. [...] Gedacht wordt in ieder geval aan bijvoorbeeld strategische zaken als koersplan, organisatie- en personeelsbeleid, meerjarenbegroting bestuursformatieplan, personele zaken (niet cao), maar ook praktische zaken als overleg RvT, aansluiting geschillen-klachtencommissie en veiligheids- en privacybeleid’.

De vervolgvragen in de BBMR-vergadering geven goed weer waar de knelpunten en kwesties zich voordoen bij organisatie van medezeggenschap op niveau van de koepelstichting: ‘Wie heeft feitelijk instemming op de meerjarenbegroting? Dat recht komt op de derde laag (koepel). Er is sprake van een koepelbrede meerjarenbegroting, op stichtingsniveau wordt geen zelfstandig meerjarenbeleid gevoerd. Uiteraard is er wel een financiële verantwoording per stichting en per sector, maar er is ook nu geen meerjarenbegroting per stichting. De uitvoering van besluiten wordt op schoolniveau gevoeld. Wanneer er nog ruimte is voor beleid, dan zal er ook medezeggenschap zijn op het eerste niveau, zoals bijv. bij de uitwerking van het bestuursformatieplan in een schoolformatieplan. Op sectorniveau is er overigens weer wel een begroting voor de sector PO en een voor de sector VO.

De BBMR-VO heeft vaak het gevoel gehad dat de medezeggenschap tegen elkaar uit werd gespeeld. Er was geen inzicht in en invloed op de beslissingen op de derde laag. Medezeggenschap kan in de voorgestelde structuur op de derde laag plaatsvinden vanuit integrale kennis en informatie. Uitgangspunt is, dat wanneer sprake is van zeggenschap op koepelniveau er ook sprake is van medezeggenschap op koepelniveau.’ Eind 2019 werd besloten tot het instellen van een CMR, een Centrale Medezeggenschapsraad. In een bericht op de website legt de bestuurder van ASG dit als volgt uit: ‘Als wij als College van Bestuur willen overleggen met de medezeggenschap over bijvoorbeeld de ASG-brede begroting, dan gebeurt dit met 3 medezeggenschapsraden. Zij reageren voornamelijk op hun stukje van de begroting, maar niet op het totaal’. ‘Naast de begroting geldt dit ook voor bijvoorbeeld Koers 22 en andere overkoepelende thema’s. Als CvB hebben wij behoefte aan een sparring-partner, die net als wij naar de gehele organisatie kijkt.’³²

De CMR van ASG moet gaan bestaan uit achttien leden die zijn gekozen door de MR’s op sectorniveau en door de MR van het bureau. In de CMR zitten vier ouders en vier medewerkers uit het PO, twee ouders, twee leerlingen en vier medewerkers uit het VO en twee medewerkers van het bureau. Het lidmaatschap van de CMR staat alleen open voor GMR-leden en leden van de MR-bureau. Voor de GMR betekent de komst van de CMR dat hun werk verandert: de GMR zal minder vaak gaan vergaderen en een belangrijk deel van de bevoegdheden moet verschuiven naar de CMR.³³ De GMR

³² <https://www.asg.nl/op-weg-naar-asg-brede-medezeggenschap> (geraadpleegd 20 februari 2020).

³³ De onderzoekers hadden niet de beschikking over het medezeggenschapsstatuut/reglement in wording.

kan overlegpartner zijn voor de leden in de CMR. Uit de GMR worden de leden van de CMR gekozen. De CMR zou voorjaar 2020 van start moeten gaan.

Conclusie

De zeggenschap over de scholen die in stand worden gehouden door de bevoegde gezagsorganen (rechtspersonen) is in handen van de holding. Dat betekent dat op dat niveau ook de medezeggenschap geregeld moet worden over belangrijke zaken zoals de begroting. ASG denkt nu aan de figuur van een CMR³⁴, een figuur die de Wms niet kent, maar lijkt geënt op de COR, de Centrale Ondernemingsraad in de WOR. Het is nog niet duidelijk uit de informatie die beschikbaar is welke bevoegdheden de CMR gaat krijgen.

2.3.2 Veluwse onderwijsgroep

Statutaire regeling en doelstelling

Bij deze groep van scholen zijn 10.000 leerlingen ingeschreven. Het gaat om vijftien katholieke basisscholen, een school voor speciaal basisonderwijs, vier katholieke scholen voor voortgezet onderwijs, drie scholen voor christelijk voortgezet onderwijs en drie scholen voor openbaar voortgezet onderwijs. De stichting Veluwse Onderwijsgroep (VOG)³⁵ heeft tot doel 'het optreden als belangenbehartiger van en bindend element tussen verschillende stichtingen (Stichting Katholiek Primair Onderwijs Oost-Veluwe; Stichting Christelijk Voortgezet Onderwijs Apeldoorn en omgeving; Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs Apeldoorn en omgeving; en Stichting Apeldoorns Voortgezet Openbaar Onderwijs) en het optreden als woordvoerder voor die stichtingen in aangelegenheden die meerdere stichtingen aangaan, het leveren van ondersteunende diensten om die stichtingen te faciliteren om op optimale wijze onderwijs te verzorgen en het verrichten van alle andere werkzaamheden die direct of indirect kunnen bijdragen aan het vorenstaande [doelen]'. Aan het college van bestuur komen in de stichting alle taken en bevoegdheden toe die tot het bevoegd gezag behoren en die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn opgedragen.

Governance

De Veluwse Onderwijsgroep kent een eenhoofdig college van bestuur en een raad

³⁴ Juridisch zal dit dat nu toch een BBMR moeten zijn.

³⁵ Statuten d.d. 1 januari 2019.

van toezicht. Daarnaast kent de organisatie een centraal managementteam (CMT) dat onder voorzitterschap staat van het college van bestuur en van waaruit de algemeen directeuren PO en VO en de directeur bedrijfsvoering leidinggeven aan respectievelijk de stichting SKPOOV, de stichting CVO Apeldoorn, de stichting SKVOAO en het servicebureau.³⁶ Er is dus ook hier een centrale aansturing vanuit de koepelstichting; hoewel het instandhouden van scholen niet expliciet is genoemd, wordt wel gerept van 'bevoegd gezag'. Het bevoegd gezag is volgens de onderwijswetten die instantie (rechtspersoon) die met het besturen en instandhouden van scholen is belast. Art. 9 lid 7 van de statuten schrijft voor dat de (BB)MR in de gelegenheid wordt gesteld om, met inachtneming van de profielschetsen, 'een bindende voordracht te doen voor één zetel in de raad van toezicht - met instemming van de afgevaardigden uit de oudergeleding van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad van Stichting Apeldoorns Voortgezet Openbaar Onderwijs, voornoemd - tenzij met de medezeggenschapsraad bij convenant anders wordt overeengekomen'.

Regeling medezeggenschap

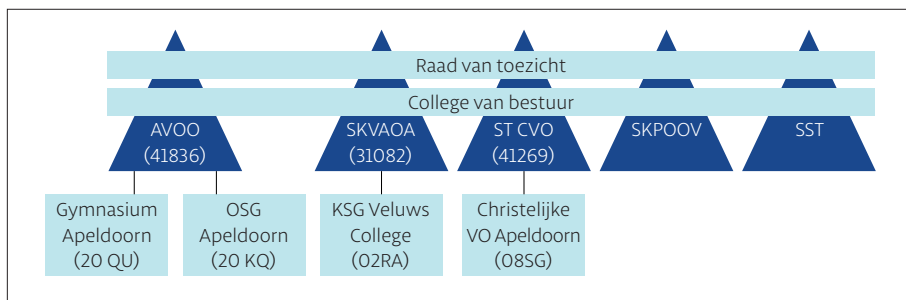
Als MR definiëren de statuten 'de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad van de Veluwse Onderwijsgroep, bestaande uit de stichting en [verbonden] stichtingen, waarin afgevaardigden van de medezeggenschapsraad van de stichting ook zitting hebben, dan wel de gezamenlijke (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad(en) van de stichting en van de scholen die door de aan de stichting gelieerde stichtingen [...] in stand worden gehouden.' Ook in deze constructie is er een personele unie tussen de leden van bestuur van de VOG en de verbonden stichtingen, idem voor de leden van de raad van toezicht. De (G)MR behorend bij de verbonden stichtingen hebben geen eigenstandige governancebevoegdheden meer, deze zijn getransponeerd naar de BBMR. Dit wordt als volgt omschreven: 'De bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad wordt in de gelegenheid gesteld om, [...], een bindende voordracht te doen voor één zetel in de raad van toezicht, tenzij met de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad bij convenant anders wordt overeengekomen'.³⁷ Ten aanzien van de medezeggenschap wordt dus in de statuten gerept van een BBMR, maar op basis van de bestuursverslag is alleen te zien dat er per cluster (po, vo en het servicebureau) medezeggenschap actief is. Elke stichting heeft zijn eigen medezeggenschapsorgaan. Vertegenwoordigers van de afzonderlijke medezeggenschapsorganen overleggen jaarlijks met de raad van toezicht. In deze BMR zitten twee leden namens de MR CVO en verder twee leden vanuit MR Veluws College, twee leden van de MR-servicebureau en twee leden vanuit GMR PO VOG. In de prak-

³⁶ Bron: website VOG, geraadpleegd 20 februari 2020.

³⁷ Artikel 9 lid 7 statuten Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs Apeldoorn en omgeving.

tijk functioneert dit kennelijk als aparte bovenbestuurlijke medezeggenschap. Uit het bestuursverslag 2018 blijkt verder dat VOG zich in een verdere personele unie heeft verenigd met een stichting voor openbaar onderwijs (AVOO). Dit is dus per 1 januari 2019 geëffectueerd in de bovengenoemde statuten.

Veluwse Onderwijsgroep



Het bestuursverslag over 2018 vermeldt: 'De stichtingen blijven zelfstandige stichtingen, met eigen inkleuring en eigen fasering in ontwikkelingen. Op deze manier is het bijzonder en openbaar onderwijs geborgd. Wanneer AVOO aansluit bij de personele unie van de Veluwse Onderwijsgroep verandert er voor de medezeggenschap voor de stichting AVOO niets en wordt tevens voldaan aan alle wettelijke vereisten, die gelden voor het openbaar onderwijs'.

Conclusie

Ook in dit geval geldt dat de holding feitelijk de zeggenschap heeft over de onderliggende rechtspersonen en dat per onderdeel (ook op holding-niveau) een MR functioneert, maar dat onduidelijk is hoe de BBMR (die statutair wel moet bestaan) in de praktijk functioneert of medezeggenschap uitoefent.

In het onderzoek uitgevoerd door Regioplan (Bijman, e.a., 2020) wordt door een geïnterviewde die zeggenschap heeft over de holding het volgende gesteld over de inrichting van medezeggenschap: 'Onze dochters hebben ieder een eigen gmr; voor het centraal bureau is een mr ingericht en statutair hebben we een gemeenschappelijk medezeggenschapsorgaan. We liepen er bij de nieuwe structuur tegenaan dat dat laatste nog niet is ingericht, nu we functioneren merken we dat. Democratie wat je bij wie belegt weten we nog niet. Het is geregeld op papier, maar het moet in de praktijk nog worden uitgewerkt.'

Dat er gaandeweg nog zaken geregeld moeten worden, overigens niet uniek voor

dit geval, blijkt ook uit andere gevallen die in het genoemde onderzoek in kaart zijn gebracht.

2.4 Conclusie en antwoorden

De eerste deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is wat op basis van de literatuur en onderzochte casus te zeggen valt over de besluitvorming of verschuiving van de zeggenschap van de bevoegde gezagsorganen van de dochterstichtingen en de daarin in standgehouden scholen.

Het onderzoek van Regioplan uit 2020 komt op basis van onderzoek in jaarverslagen uit op zo'n zestien constructen onder de benaming holding waarin po of vo scholen, of een combinatie van po en vo scholen, zijn ondergebracht. Regioplan heeft geen casusonderzoek gedaan, het inventarisatieonderzoek uit 2016 deed dat wel.³⁸ De holding werd toen als 'zware' samenwerkingsvorm gekenmerkt, waarbij de koepelorganisatie 'een dermate sterke bestuurlijke rol [krijgt] dat de onderliggende organisaties een deel van de autonomie inleveren. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als er besluitvorming plaatsvindt bij meerderheid van stemmen: degenen die het niet eens zijn met de beslissing worden in dat geval wel geacht het besluit uit te voeren'.³⁹ Uit de twee hier beschreven casus blijkt eveneens dat de zeggenschap feitelijk verschuift naar het holding-niveau, en dat de financieel-bestuurlijke autonomie van de onderliggende rechtspersonen beperkt is. Maar ook de strategische beleidsvorming voor wat betreft het onderwijs is gecentraliseerd vanwege de personele unie die statutair is verankerd, en de beleidsruimte is in de koersbepaling daarom ook gereduceerd.

Het inventarisatierapport over bestuurlijke constructen in het onderwijs in 2016 constateerde echter ook dat er op basis van de casuïstiek en het feit dat veel holdings nog in de planfase verkeerden, niet in zijn algemeenheid was te concluderen dat een rechtspersoon waarin wordt samengewerkt altijd leidt tot aantasting van de autonome positie van het bevoegd gezag. Dit moet per geval beoordeeld worden. Er kunnen ook rechtspersonen functioneren waarin door bevoegde gezagsorganen wordt samengewerkt, maar waarin geen doelstellingen in de statuten zijn opgenomen die behelzen het 'in standhouden van rechtspersonen die scholen in stand houden' of die strategische afstemming van beleid nastreven.⁴⁰ Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk geschetst zijn er ook constructen zoals coöperaties actief die bijvoorbeeld geen afstemming van onderwijsbeleid nastreven, maar bijvoorbeeld wel gezamenlij-

³⁸ Van Brakel e.a. (2016), p.53.

³⁹ Van Brakel e.a. (2016), p.56.

⁴⁰ Dat vergt dus een case-by-case benadering om te bepalen of de zeggenschap over bijvoorbeeld de vaststelling van de formatie op holding niveau wordt bepaald.

ke inkoop als doelstelling hebben. Ook zulke constructies kunnen niettemin gevolgen hebben voor het (ondersteunend) personeel op de scholen en daarmee is het van belang dat MR's ook daadwerkelijke invloed kunnen uitoefenen bij het aangaan van een bestuurlijke verbinding. De deelname aan een coöperatie voor leermiddelen of ICT-voorzieningen kan wijzigingen op personeelsvlak met zich meebrengen als bijvoorbeeld de school een ICT-coördinator of inkoper in dienst heeft waarvan de functie of inkleding van de functie wijzigt. Dan dient het personeelsdeel van de MR in te stemmen met de wijziging in personele bezetting op grond van art. 12 lid 1 sub b en mogelijk op grond van sub d van de Wms.⁴¹ Kortom: wellicht zou niet zozeer de juridische *rechtsvorm* ijkpunt moeten zijn voor de beoordeling of de medezeggenschap voldoende is gepositioneerd, maar de *inhoud van de samenwerking*, de mate waarin feitelijk de zeggenschap van bevoegde gezagsorganen over personeelsbeleid etc. verschuift naar een bovenbestuurlijke 'samenwerkingsentiteit' (een rechtspersoon, al dan niet in combinatie met een personele unie tussen de verschillende betrokken besturen en toezichthouders).

We zijn hiermee beland bij de tweede deelvraag: wanneer wordt als gevolg van de holdingstatuten zeggenschap bij de individuele gezagsorganen gezagen weggenomen, en daarmee bestaande medezeggenschap? Kort gezegd en aansluitend op wat hierboven al is gesteld: dit is het geval wanneer de autonomie van het bevoegd gezag omtrent bestuur en financiën, personeelsbeleid en strategievorming, materieel niet meer door de rechtspersoon die de scholen in stand houdt wordt uitgeoefend, maar door een andere (verbonden) rechtspersoon die via een personele unie of instructierechten het beleid kan bepalen en dus de zeggenschap verschuift.⁴²

Het onderzoek van Regioplan (2020) benoemt als risico van bestuurlijke samenwerkingsconstructies dat de medezeggenschap onvoldoende invloed heeft bij de totstandkoming van het bestuurlijk construct en dat bij een bovenbestuurlijk construct geen voldoende (goed geregelde) medezeggenschap aanwezig is.⁴³ De door ons onderzochte casus blijkt dat het in de praktijk moeilijk is om bovenbestuurlijke medezeggenschap of medezeggenschap op het niveau van de holding goed vorm te

⁴¹ Vgl. Handreiking interne besluitvorming t.b.v. deelname aan SIVON (inkoopcoöperatie), <https://www.sivon.nl/app/uploads/2017/12/handreikinginternebesluitvorming1.0.pdf> (geraadpleegd 20 februari 2020).

⁴² Vgl. ook de conclusie van de Inspectie inzake het rapport over de (holding) Onderwijsgroep Noord: 'De autonomie van het bestuur en de onafhankelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de bestuurder (intern), alsook de onafhankelijkheid van het intern toezicht ten opzichte van derden buiten de organisatie, komt door de constructie onder druk te staan', Inspectie (2018), p.16.

⁴³ Als ander risico wordt benoemd is de participatie van het openbaar onderwijs in holdings. Dit met name in holdings waarbij er geen overwegende invloed is van de overheid ten aanzien van het openbaar onderwijs, wanneer de facto dat openbaar onderwijs in stand wordt gehouden door de holding. De vraag is dan of het openbaar onderwijs nog 'van overheidswege' wordt gegeven zoals art. 23 lid 4 Grondwet verondersteld en in concreto of het toezicht van de gemeenteraad ook daadwerkelijk uitgeoefend kan worden. Zie Bijman e.a. (2020), p. 23-24.

geven; het is een voortdurend zoekproces, waarbij (zo lijkt) ook niet altijd juridisch de juiste afslag wordt genomen. Te wijzen is in dit verband ook op recente uitspraken van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS (LGC) waarbij de vormgeving van de BBMR is geproblematiseerd: 'De commissie wenst [...] niet onvermeld te laten dat uit de stukken en het ter zitting behandelde het beeld oprijst dat de vormgeving van de bovenbestuurlijke medezeggenschap actualisering en verbetering behoeft. Zo is in strijd met de art. 25 Wms de geldigheidsduur van de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad nooit verlengd waardoor hun geldigheidsduur inmiddels verstreken is'.⁴⁴ In een andere zaak had de GMR zorgen over de financiële risico's bij het participeren in een construct ten behoeve van aanbesteding, een Raad van Inbesteders. Daarbij werd een samenwerking voor tien jaar aangegaan tot het afnemen van internetdiensten, waarbij de prijs van de dienstverlening alleen voor het eerste jaar was vastgesteld. De LGC toetste of deze zorgen voldoende onderbouwd waren en of het bevoegd gezag de correcte berekening had gemaakt.⁴⁵ De vraag is welke bevoegdheden de GMR na het aangaan van de overeenkomst gedurende die tien jaar nog kan uitoefenen?

Deze bevindingen geven aan dat er inderdaad reden is na te gaan of de huidige bepalingen in de Wms voldoende voorzien in het regelen van medezeggenschap 'in concernverband'. Daarbij gaat het niet alleen om de vraag of bijvoorbeeld het bepaalde over de bovenbestuurlijke medezeggenschap (art. 20 lid 5 Wms) een passend artikel is in het geval bevoegde gezagsorganen zijn verbonden via een holding, maar ook of en hoe bevoegdheden ten aanzien van de governance van toepassing zijn. Het gaat bijvoorbeeld om de afvaardiging uit de MR bij de benoeming van een bestuurder (art. 10 lid 2 Wms) en het adviesrecht op de vaststelling van het competentieprofiel van interne toezichthouders (art. 11 lid 1 onder q Wms). De Wms is niet van toepassing op rechtspersonen, die geen scholen in stand houden (geen bevoegd gezag zijn).

In het volgende hoofdstuk gaan we nader in op de systematiek in de huidige Wms en de mogelijke knelpunten, waarna we in hoofdstuk 4 nagaan of de systematiek van de WOR, die uitgaat van een materiële norm, te weten dat de ondernemer of groep van ondernemers verplicht is een 'concernmedezeggenschapsorgaan' in te stellen indien dit bevorderlijk is voor de goede toepassing van de WOR.

⁴⁴ LCG WMS 19 november 2019 nr. 108866.

⁴⁵ LCG WMS 19 december 2019, nr. 108929.

3. Knelpunten in de wettelijke regeling van medezeggenschap op bovenbestuurlijk en holding niveau

In de par. 1 tot en met 4 gaan we in op de structuur van de Wms.⁴⁶ In par. 1 beschrijven de grondstructuur van de Wet medezeggenschap op scholen (Wms). Om de medezeggenschap beter te laten aansluiten bij de structuur van de onderwijsorganisatie, kent de Wms een aantal keuzemogelijkheden bij de inrichting van medezeggenschap. Deze bespreken we in par. 2. In par. 3 wordt het medezeggenschapsreglement en het medezeggenschapsstatuut besproken. In par. 4 komen de bevoegdheden aan de orde. Par. 5 beschrijft de geschillenprocedures. In par. 6 bespreken we de bovenbestuurlijke medezeggenschap. Par. 7 gaat vervolgens in op de medezeggenschapsbevoegdheden die een rol spelen bij het totstandkomen van de holding. Par. 8 bevat een tweetal voorbeelden waaruit tevens blijkt dat de Wms niet lijkt toegesneden op nieuwe samenwerkingsconstructies, te weten samenwerking in één vestiging of bij experimenten met doorlopende leerlijn tussen po en vo. Tot slot bevat par. 9 een opsomming van de belangrijkste knelpunten.

3.1. De grondstructuur van de Wms

In hoofdstuk 1 van de Wms is de grondstructuur van de Wms neergelegd: de medezeggenschapsraad (MR), de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR) en de ondersteuningsplanraad (OPR).

3.1.1 Medezeggenschapsraad (MR): art. 3 Wms

Dit artikel schrijft voor dat aan een school⁴⁷ een MR is verbonden, waarvan de leden worden gekozen door uit de aan de school verbonden werknemers en ouders (en/of leerlingen) (lid 1 en 3). De Wms garandeert hierdoor medezeggenschap op het

⁴⁶ Zie over de Wet medezeggenschap op scholen: F.H.J.G. Brekelmans, 'De Wet medezeggenschap op scholen. Bevoegdheden, medezeggenschapsstatuut en bovenbestuurlijke medezeggenschap', *School en Wet*, 2007 - 3, p. 11-19. J. Sperling, *De Wet medezeggenschap op scholen toegelicht*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2020, 5e herziene druk (bewerkt door F.H.J.G. Brekelmans).

⁴⁷ De Wms verstaat onder school: een school als bedoeld in de WPO, de WEC, de WVO en de Experimentenwet onderwijs.

niveau van de school, het belangrijkste niveau voor personeel, ouders en leerlingen. Er is geen uitzondering mogelijk op de verplichting om een MR in te stellen. Voor de beoordeling of er ingevolge de Wms sprake is van een school is bepalend of daaraan een BRIN-nummer is toegekend.⁴⁸

In lid 5 wordt tot uitdrukking gebracht dat er ook een MR bestaat bij een centrale dienst⁴⁹ en een samenwerkingsverband.⁵⁰ De MR bestaat hier slechts uit een personeelsgeleding, omdat een centrale dienst en een samenwerkingsverband geen ouders/leerlingen kennen.

3.1.2 Gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR): art. 4 Wms

Wanneer het bevoegd gezag meer scholen in stand houdt, dient het een GMR in te stellen voor alle of een aantal van deze scholen (lid 1).⁵¹ De leden van dit orgaan worden gekozen door de leden van de aangesloten MR's en wel zo, dat het aantal leden, gekozen uit de personeels- respectievelijk de ouders- of leerlingengeleding, elk de helft van het aantal leden van de GMR levert (lid 3).

Het schoolniveau is het exclusieve domein van de MR; het bovenschoolse domein is het domein van de GMR. Het moet gaan om aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen (art. 16 Wms) en dus niet om het gemeenschappelijk belang van de verschillende MR's, de personeelsleden, de ouders dan wel de leerlingen

Volgens de laatste volzin van art. 4 lid 1 kan het bevoegd gezag ten behoeve van scholen als bedoeld in de WPO en de WEC één GMR instellen, indien de instemming van twee derden van de leden van de desbetreffende MR's is verkregen. Bedoeld wordt twee derden van de leden van de afzonderlijke MR's. Volgens de memorie van toelichting vertoont de regelgeving van de WPO en WEC grote overeenkomsten en komen ook de personele regelingen (zoals cao's) overeen, zodat kan worden volstaan met één GMR. Ressorteren onder hetzelfde bevoegd gezag ook scholen als be-

⁴⁸ BRIN (Basisregistratie Instellingen) is een register dat door het Ministerie van OCW wordt uitgegeven en alle scholen en aanverwante instellingen bevat. Elke onderwijsinstelling wordt hierin geïdentificeerd aan de hand van een BRIN-nummer. In de rechtspraak wordt de definitie van 'school' door de Ondernemingskamer en de LCG WMS verschillend uitgelegd. Volgens de Ondernemingskamer is doorslaggevend bij welke aangesloten instellingen de desbetreffende leerlingen staan ingeschreven, bij wie de meeste medewerkers in dienst zijn en welke besturen van deze instellingen afzonderlijk verantwoording afleggen aan de Onderwijsinspectie en het Ministerie van OCW (Ondernemingskamer 2011: ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1771). Volgens de LCG WMS is daarentegen het hebben van een BRIN-nummer doorslaggevend LCG WMS 19 december 2007, nr. G753).

⁴⁹ Centrale dienst: een centrale dienst als bedoeld in art. 68 WPO, art. 69 WEC en art. 53b WVO.

⁵⁰ Samenwerkingsverband: een samenwerkingsverband als bedoeld in art. 1 WPO en art. 1 WVO.

⁵¹ LCG WMS 11 november 2011, nr. 104527: Het meerderheidsbesluit om de GMR op te heffen c.q. collectief terug te treden vindt geen basis in de Wms. Opgevat als besluit om de GMR op te heffen, komt de gang van zaken in strijd met art. 4 lid 1 Wms.

doeld in de WVO, dan moet - in verband met de afwijkende regelgeving en eigen cao in het voortgezet onderwijs - voor deze scholen een aparte GMR worden ingesteld.

3.1.3 Ondersteuningsplanraad (OPR): art. 4a Wms

De OPR is ingevoerd met de wet Passend Onderwijs. Deze wet verplicht het bevoegd gezag om zich bij een samenwerkingsverband aan te sluiten. Het samenwerkingsverband moet een OPR instellen. De OPR kent geen wettelijk minimum of maximumaantal leden. Lid 2 stelt als enige voorwaarde dat het aantal leden, gekozen uit personeel onderscheidenlijk uit ouders of leerlingen, elk de helft van het aantal leden van de OPR bedraagt. De leden van de OPR worden afgevaardigd door de leden van de afzonderlijke MR's.

3.2. Nadere inrichting medezeggenschap

Om de medezeggenschap beter te laten aansluiten bij de structuur van de onderwijsorganisatie, kent de WMS een aantal keuzemogelijkheden bij de inrichting van medezeggenschap. Daarbij blijft het uitgangspunt dat elke school een MR heeft én elk bestuur met meer dan één school een GMR heeft. Vanuit deze basisstructuur kan de medezeggenschapsstructuur verder worden ingericht, waarbij de volgende medezeggenschapsorganen kunnen worden onderscheiden:

1. MR voor bovenschools personeel;
2. deelraad;
3. groepsmedezeggenschapsraad;
4. themaraad;
5. bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (BBMR) (zie: 3.6).

Indien van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt, moet dat uitdrukkelijk in het medezeggenschapsstatuut (art. 22) en het medezeggenschapsreglement worden vermeld (art. 24 lid 1, onderdeel h). In paragraaf 3.3 bespreken we het medezeggenschapsstatuut en het medezeggenschapsreglement.

Ad 1. Bovenschools personeel: art. 3 lid 6 Wms

Dit artikellid bepaalt dat voor bovenschools personeel, bijvoorbeeld een door het bevoegd gezag in standgehouden bestuursbureau, een MR kan worden gevormd bestaande uit alleen leden van dat personeel. Als van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt, wordt de medezeggenschap van dit personeel geregeld door 'toedeling' van het personeel aan een school.

Ad 2. Deelraad: art. 20 lid 1 Wms

Op verzoek van de MR en met instemming van het bevoegd gezag kunnen één of meer deelraden worden ingesteld voor één of meer afzonderlijke onderdelen van de school. Verder moet twee derden van het aantal MR-leden instemmen met het instellen van een deelraad. Zo kan er bijvoorbeeld worden gekozen voor het instellen van een deelraad indien een school op verschillende locaties (nevenvestigingen) is gehuisvest. De deelraad oefent dan de bevoegdheden van de MR uit die betrekking hebben op de betreffende nevenvestiging. De deelraad heeft dezelfde bevoegdheden als de MR, maar alleen voor zover dit andere delen (locaties/organisatieonderdelen) van de school niet raakt (art. 20 lid 1, tweede volzin). Zo zal de vaststelling of wijziging van het aanstellings- of ontslagbeleid altijd ook de andere locaties raken, zodat een dergelijke bevoegdheid niet kan worden uitgeoefend door een deelraad.

Ad 3. Groepsmedezeggenschapsraad: art. 20 lid 2 Wms

Een groepsmedezeggenschapsraad is een voorziening die kan worden gecreëerd tussen de MR en de GMR in. Een groepsmedezeggenschapsraad wordt ingesteld voor een groep van scholen die onder het schoolbestuur ressorteert. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een bestuur met 45 scholen verspreid over enkele gemeenten. De bovenschoolse medezeggenschap zou dan geclusterd kunnen worden in drie clusters van elk 15 scholen die dan als groepsmedezeggenschapsraden gaan functioneren als ware het GMR's. Het is niet mogelijk om één groepsmedezeggenschapsraad voor po, wec en vo-scholen in te stellen. Het verzoek tot instelling van een groepsmedezeggenschapsraad behoeft de instemming van het bestuur. De tweede voorwaarde is dat twee derden van de leden van de GMR moet instemmen met het instellen van een groepsmedezeggenschapsraad. Deze groepsmedezeggenschapsraad heeft dezelfde bevoegdheden als de oorspronkelijke GMR met dien verstande dat deze alleen bevoegd is ten aanzien van zaken die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of voor een meerderheid van de scholen die in deze groepsmedezeggenschapsraad zijn vertegenwoordigd. In de praktijk komt de groepsmedezeggenschapsraad niet vaak voor.

Ad 4. Themaraad: art. 20 lid 4 Wms

Voor één of meer onderwerpen, bedoeld in art. 10 en art. 11 dan wel art. 16 Wms (instemmings- en adviesbevoegdheden) kan de (G)MR met instemming van het bestuur een themaraad instellen. Zo kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een themaraad voor de veiligheid. Naast de instemming van het bestuur dient twee derden van de leden van de (G)MR in te stemmen. Het bevoegd gezag en de (G)MR zijn vrij in de wijze waarop de themaraad wordt samengesteld.

3.3. Het medezeggenschapsreglement en het medezeggenschapsstatuut

3.3.1. Medezeggenschapsstatuut: art. 21 en 22 Wms

De Wms laat ten aanzien van de inrichting van de medezeggenschap veel ruimte aan de MR's, management en bestuur. Om te voorkomen dat de gemaakte keuzes niet altijd voor iedereen even inzichtelijk zijn, dient er een medezeggenschapsstatuut te worden vastgesteld. In het statuut wordt vastgelegd hoe de 'kaart van medezeggenschapsorganen' bij het schoolbestuur eruitziet. Het medezeggenschapsstatuut is in feite het organogram van medezeggenschapsorganen.

De bevoegdheden van elk van de in het statuut opgenomen medezeggenschapsorganen zijn verankerd in het medezeggenschapsreglement van het desbetreffende medezeggenschapsorgaan. De bevoegdheden zijn, met andere woorden, in regulerende zin vervat in het medezeggenschapsreglement van het medezeggenschapsorgaan; in informatieve zin worden ze ook opgenomen in het medezeggenschapsstatuut.

Verder vervult het statuut ook een regulerende functie. In het statuut wordt namelijk ook vastgelegd hoe het bevoegd gezag in algemene zin informatie verstrekt, de wijze waarop de medezeggenschapsorganen elkaar informatie verstrekken en de wijze waarop de facilitering van ouders, leerlingen en personeelsleden die participeren in de medezeggenschapsorganen is geregeld.

Het medezeggenschapsstatuut strekt zich uit over het totaal van de medezeggenschapsverhoudingen bij het bevoegd gezag. Daarom dient de GMR tenminste eenmaal in de twee jaar in te stemmen met het medezeggenschapsstatuut en niet de afzonderlijke MR's.

3.3.2. Medezeggenschapsreglement: art. 23 en 24 Wms

Naast het medezeggenschapsstatuut stelt het bevoegd gezag een medezeggenschapsreglement (MR-reglement) voor de MR, de GMR en de OPR vast. Het bevoegd gezag legt het reglement voor aan de betreffende raad. Ten minste twee derden van het aantal leden van de (G)MR moet instemmen met het reglement. Art. 24 Wms bepaalt welke aangelegenheden in ieder geval in het MR-reglement moeten worden geregeld. Zo moet het reglement een procedure bevatten voor de beslechting van geschillen waarin de WMS niet voorziet. Als er een specifieke inrichting van de medezeggenschap is, zoals bedoeld in art. 20 Wms, bijvoorbeeld een themaraad, dan geldt het medezeggenschapsreglement ook voor die themaraad. Als de (G)MR van mening is dat bepaalde zaken, bijvoorbeeld voor een themaraad, anders moeten worden geregeld dan voor de (G)MR, dan dient die 'andere regeling' eveneens te worden opgenomen in het desbetreffende medezeggenschapsreglement.

3.4. Bevoegdheden

De Wms maakt onderscheid tussen algemene en bijzondere bevoegdheden.

Algemene bevoegdheden

De algemene medezeggenschapsbevoegdheden zijn geregeld in hoofdstuk 2 van de WMS en zijn bevoegdheden ten aanzien van elementen die essentieel zijn voor het behoorlijk functioneren van de MR. Hierbij kan gedacht worden aan het recht op bespreking van aangelegenheden die de school betreffen met een vertegenwoordiger van het bevoegd gezag (bijvoorbeeld met een lid van de schoolleiding), zoals geregeld in art. 6 Wms. In art. 7 Wms staan de algemene taken. Art. 8 van de Wms regelt welke informatierechten de MR heeft. Het schoolbestuur geeft de MR alle informatie en inlichtingen die voor de invulling van de medezeggenschapstaak nodig zijn.

De artikelen 6 (algemene bevoegdheden), 7 (algemene taken) en 8 (algemeen informatierecht) Wms regelen de aangelegenheden die specifiek de MR betreffen. Zij zijn op grond van art. 9 Wms van overeenkomstige toepassing op de GMR en de OPR. De deelraad en de groepsmedezeggenschapsraad treden, op grond van art. 20, leden 1 en 2 Wms in de algemene bevoegdheden van de (G)MR, en dus ook in de bevoegdheden van art. 6, 7 en 8 Wms.

Bijzondere bevoegdheden

De bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden kunnen worden onderverdeeld in instemmings- en adviesbevoegdheden. Een instemmingsbevoegdheid is de bevoegdheid tot het verlenen van voorafgaande instemming met een door het bevoegd gezag voorgenomen besluit. In art. 10 Wms is de instemmingsbevoegdheid van de MR geregeld; in art. 11 is de adviesbevoegdheid van de MR geregeld. In art. 12 Wms staan de aangelegenheden waarover het bevoegd gezag de instemming van het personeelsdeel van de medezeggenschapsraad (PMR) behoeft. De instemmingsbevoegdheden betreffen aangelegenheden die specifiek betrekking hebben op de rechtspositie van het personeel. De bevoegdheden van de personeelsgeleding zijn daarmee vergelijkbaar met de aangelegenheden die worden genoemd in art. 27 WOR. Art. 13 en 14 Wms bevatten de aangelegenheden waarover het bevoegd gezag de instemming behoeft van het ouders/leerlingen-deel van de MR. Het betreft aangelegenheden die specifiek betrekking hebben op de positie van de ouders en leerlingen. In art. 16, lid 1, Wms staat dat de GMR van rechtswege in de plaats treedt van de MR's van de afzonderlijke scholen, 'indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen.' De GMR oefent dan de bevoegdheden uit van de MR. De leden 2 en 3 van art. 16 Wms kennen de GMR extra bevoegdheden toe; bevoegdheden die uitsluitend door de GMR worden uitgeoefend.

De deelraad (art. 20 lid 1) heeft dezelfde bevoegdheden als de MR van de school, maar alleen voor zover dit andere locaties of organisatieonderdelen niet raakt (lid 1, tweede volzin)

De themaraad (art. 20 lid 4) kan worden ingesteld om een of meer specifieke onderwerpen over te nemen van de (G)MR. Het betreft dus aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gehele (G)MR behoren. De themaraad kan instemmings- of adviesrecht toebedeeld krijgen en treedt daarmee voor dat onderwerp in de plaats van de (G)MR als geheel. De themaraad kan echter niet treden in de algemene bevoegdheden van de (G)MR.

In het MR-reglement moet worden vermeld welke bevoegdheden van de MR de deelraad of themaraad heeft (art. 24 lid 1 onderdeel h Wms).

De groepsmedezeggenschapsraad (art. 20 lid 2) heeft dezelfde bevoegdheden als de oorspronkelijke GMR, met dien verstande dat deze alleen zaken bespreekt die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of voor een meerderheid van de scholen die in deze groepsmedezeggenschapsraad zijn vertegenwoordigd.

3.5. Geschillenprocedures

In hoofdstuk 5 van de Wms is de geschillenregeling opgenomen.

In art. 30 Wms is bepaald dat er een geschillencommissie is, de LCG WMS (Landelijke Commissie voor Geschillen Wms), die is ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen in Utrecht.

Art. 31 Wms regelt de competenties van de LCG WMS.

In lid 1 wordt de competentie van de LCG WMS opgesomd. De commissie is bevoegd in geschillen over: (a) instemmingsaangelegenheden (art. 32 Wms), (b) de inhoud van het MR-reglement en het medezeggenschapsstatuut (art. 33 Wms), (c) adviesaangelegenheden (art. 34 Wms), en (d) de naleving van de bepalingen van de Wms (art. 35 Wms). Daarnaast kan de commissie bevoegd zijn in geschillen waarvoor de Wms niet in een geschillenregeling voorziet, maar waarvoor in het MR-reglement van de (G)MR een procedure is geregeld.⁵² Deze bevoegdheid staat in art. 2, lid 2, van het reglement van de LCG WMS: 'De Commissie neemt op verzoek van de raad, het bevoegd gezag dan wel op verzoek van de raad en het bevoegd gezag gezamenlijk, kennis van andere medezeggenschapsgeschillen dan die omschreven in art. 31 van de Wms, tussen het bevoegd gezag en de raad, indien en voor zover in het medezeggenschapsreglement van de raad in het aanhangig maken van die geschillen door

⁵² Zie art. 24 lid 1, onderdeel k, Wms. In het MR-reglement hoeft niet specifiek te worden omschreven om welke geschillen het gaat.

hetzij één der partijen, hetzij beide partijen tezamen, is voorzien.’

Lid 2 geeft de LCG WMS de bevoegdheid om een bemiddelingsvoorstel voor te leggen aan het bevoegd gezag en de MR.⁵³

Lid 3 bepaalt dat de uitspraken van de LCG WMS bindend zijn voor partijen. Dat geldt ook als er tussen partijen een schikking tot stand is gekomen door de bemiddeling van de LCG WMS.

In lid 4 is bepaald dat de MR de commissie kan vragen om een dwangsom op te leggen als drukmiddel om de uitspraak van de commissie daadwerkelijk na te leven. Vraagt de MR daar niet om, dan kan de LCG WMS geen dwangsom opleggen.

Wat betreft de rechtsingang kunnen geschillen over het instemmingsrecht aanhangig worden gemaakt door bevoegd gezag⁵⁴ (art. 32 Wms), over inhoud medezeggenschapsreglement en medezeggenschapsstatuut door bevoegd gezag⁵⁵ (art. 33 Wms), over adviesrecht door de MR (art. 34 Wms) en over naleving Wms en onderwijswetten door MR en bevoegd gezag (art. 35 Wms).

Art. 36 lid 1 Wms (beroep) bepaalt dat zowel de MR als het bevoegd gezag hoger beroep kan instellen van een uitspraak van de LCG WMS bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Lid 4 bepaalt dat er geen mogelijkheid tot cassatie is.

De bepalingen over de bevoegdheden van de MR ten aanzien van het aanhangig maken van geschillen zijn van overeenkomstige toepassing op de GMR, de geledingen, de deelraad en groepsmedezeggenschapsraad en de themaraad (art. 37 Wms). De BBMR wordt hierbij niet genoemd. De rechtsingang is niet gekoppeld aan belanghebbenden (bv. vakbonden of personeelsleden of ouders) zoals dat in de WOR is gedaan ten aanzien van geschillen over de vormgeving van de medezeggenschapstructuur (zie par. 4.4)

3.6 Bovenbestuurlijke medezeggenschap

3.6.1. Vooraf

In 2001 verrichtten Brekelmans en Noorlander, in opdracht van het Ministerie van OCW, een juridisch onderzoek naar de mogelijkheid van bovenbestuurlijke medezeggenschap per convenant.⁵⁶ De reden van het onderzoek was dat in begin jaren

⁵³ Uit de tekst van lid 2 kan worden afgeleid dat de LCG WMS de bemiddelende bevoegdheid pas heeft nadat het geschil formeel door middel van een gemotiveerd verzoekschrift aan de LCG WMS is voorgelegd en nadat LCG WMS de wederpartij in de gelegenheid heeft gesteld om haar argumenten bij de LCG WMS naar voren te brengen.

⁵⁴ Het bevoegd gezag kan zich, binnen zes weken na het weigeren van de instemming van de MR, wenden tot de LCG WMS voor vervangende instemming. Doet het bevoegd gezag dat niet en neemt toch het besluit, dan is het aan de MR om te bepalen of het al dan niet een beroep op de nietigheid van het besluit doet.

⁵⁵ De in artikel 32 opgenomen bepalingen inzake de nietigheid zijn van overeenkomstige toepassing.

⁵⁶ Brekelmans & Noorlander (2001).

negentig in het onderwijs een proces in gang gezet was, dat ervan uitging dat een aantal onderwijskundige problemen uitsluitend kan worden aangepakt door samenwerking van bevoegde gezagsorganen. Eén van deze problemen betrof de systeem-scheiding tussen het regulier en speciaal onderwijs. De oplossing werd gezocht in de verplichting voor alle bevoegde gezagsorganen van basisscholen en speciale scholen voor basisonderwijs, om deel te nemen aan een samenwerkingsverband. De regeling van samenwerkingsverbanden in de onderwijswetgeving heeft echter niet geleid tot een medezeggenschapslaag in de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 (hierna: Wmo). Dit leverde een spanning op met het beginsel, dat de 'inrichting van de medezeggenschap de zeggenschap volgt'. Parallel aan deze ontwikkeling verliep een proces, dat resulteert in een groeiende betekenis van bovenbestuurlijke verbanden. Deze ontwikkeling ging ervan uit, dat maatschappelijke vraagstukken niet door de school of het bestuur kunnen worden opgelost, maar dat dit alleen mogelijk is wanneer scholen en besturen samenwerken.⁵⁷

Brekelmans en Noorlander kwamen tot de conclusie dat het binnen het systeem van de Wmo niet mogelijk was om bij convenant aan een medezeggenschapsplatform bevoegdheden over te dragen. Het wettelijk stelsel van bevoegdhedenverdeling in de Wmo diende te worden opgevat als een dwingendrechtelijk systeem. De bepalingen van dit stelsel zijn van openbare orde. Wel hebben zij onderzocht in hoeverre het binnen het systeem van de Wmo mogelijk was om tot een verbetering van de medezeggenschap op het bovenbestuurlijk niveau te komen. Binnen dit kader hebben de auteurs twee modellen ontwikkeld, te weten het informatieplatform en het overlegplatform.

3.6.2. *Parlementaire behandeling*

In de parlementaire behandeling van de Wms⁵⁸ wordt geconstateerd dat het ontbreken van een voorziening van bovenbestuurlijke medezeggenschap in het onderwijsveld regelmatig als een lacune wordt aangemerkt. Dit speelt onder meer bij sommige bestuurlijke samenwerkingsverbanden bijvoorbeeld WSNS of leerlingenzorg in het vmbo en praktijkonderwijs. In het wetsvoorstel werd hieraan tegemoetgekomen. Er werd een voorziening voorgesteld waarmee bevoegde gezagsorganen een BBMR kunnen inrichten. Dit onder de voorwaarde dat alle aan het samenwerkingsver-

⁵⁷ Er verschenen verschillende publicaties over de bovenbestuurlijke medezeggenschap. C.A.M. van Vught, 'Wmo 1992 aanpassen aan ontwikkelingen', *School en Wet*, 1998-1, p. 7-14. Volgens Van Vught moet de Wmo worden aangepast aan de algemene ontwikkeling van school- naar bestuursniveau. Hij stelt voor een wettelijke constructie van een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad ('super-GMR'). De in een samenwerkingsverband participerende bevoegde gezagsorganen dienen de bevoegdheid te hebben om een 'super-GMR' in het leven te roepen. Zie ook: N.L.P. te Bos, 'Het dichten van een medezeggenschapsgat bij bovenbestuurlijke besluitvorming', *School en Wet*, 1997-8, p. 2-6; A. Cluitmans-Souren en M. de Bont, 'Bovenbestuurlijke besluitvorming en medezeggenschap', *Medezeggenschap in het onderwijs*, Samsom, Alphen aan den Rijn (losbladig).

⁵⁸ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30414, nr. 3, p. 14, 25-27, nr. 7, p. 8, 9 en 20, nr. 43, p. 16.

band deelnemende bevoegde gezagsorganen en alle betrokken GMR's hiermee instemmen. Als een bevoegd gezag slechts één school onder zich heeft, berust deze bevoegdheid bij de MR.

Deze instemming betreft zowel de instelling van deze BBMR als ook het pakket van bevoegdheden. Deze raad dient minimaal eens in de twee jaar door de betrokken (G)MR's en schoolbesturen te worden heroverwogen. De reden om geldigheidsduur te beperken was dat regelmatig bewust stil gestaan moet worden of de (G)MR nog steeds van oordeel is dat de overdracht van bevoegdheden gehandhaafd moet blijven. Ook moet bewust worden stilgestaan bij de vraag of bovenbestuurlijke medezeggenschap de voorkeur verdient boven de medezeggenschap op het niveau van de school respectievelijk het bevoegd gezag. Zodra de termijn is verstreken geldt weer de 'oude' situatie. De medezeggenschap kan – het is dus zeker geen verplichting – dichter en directer bij de voorgenomen besluitvorming van het bovenbestuurlijke verband worden gebracht.

Ook minder vergaande voorzieningen dan een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad zijn mogelijk, bijvoorbeeld het inrichten van een informatieplatform. Tot zover de parlementaire behandeling. Hieruit blijkt duidelijk dat de wetgever heeft willen volstaan met een zeer summiere regeling.

3.6.3. Art. 20 lid 3 en 5, art. 25 lid 1 en art. 37 Wms

Art. 20 lid 5 Wms bepaalt dat indien van elk bevoegd gezag van scholen de GMR's of, bij het ontbreken van een GMR, alle MR's, daarmee instemmen, kan een BBMR worden ingesteld. Uit het bepaalde van art. 20 lid 3 Wms blijkt dat de artikelen 3 (medezeggenschapsraad), 23 (medezeggenschapsreglement) en 24 (inhoud medezeggenschapsreglement medezeggenschapsraad) niet van toepassing zijn op de BBMR. Partijen zijn dus vrij in de wijze waarop de BBMR wordt samengesteld. Art. 16 Wms bepaalt dat de GMR in de bevoegdheden van de MR treedt indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn. De artikelen die betrekking hebben op de BBMR kennen deze bepaling niet. Met andere woorden, niet wettelijk is geregeld dat de bevoegdheden van de GMR komen te vervallen indien de BBMR bevoegd is.

Volgens de laatste volzin van art. 4 lid 1 Wms kan ten behoeve van de scholen als bedoeld in de WPO en de WEC die onder één bevoegd gezag vallen één GMR worden ingesteld. Ressorteren onder hetzelfde bevoegd gezag ook vo-scholen, dan moet voor deze scholen een aparte GMR worden ingesteld. Deze bepaling is niet opgenomen in de artikelen over de BBMR. Dit betekent dat de BBMR wel kan bestaan uit WPO, WEC en WVO-scholen.

Art. 25 lid 1 Wms bepaalt dat de geldigheidsduur van de BBMR ten hoogste twee jaar bedraagt. Deze termijn kan telkens met twee jaar worden verlengd, indien alle GMR's

daarmee instemmen dan wel bij het ontbreken van een GMR alle MR's.⁵⁹ Dan geldt weer de 'oude' situatie (anders gezegd: er is dan geen BBMR meer en de bevoegdheden zijn weer zoals ze in de artikelen 12 tot en met 14 Wms zijn neergelegd). De geschillenregeling is op grond van art. 37 Wms niet van toepassing, wat betekent dat de BBMR geen geschil aan de LCG WMS kan voorleggen.

3.6.4. Kamerstukken over de BBMR

De brief van de staatssecretaris van OCW uit 2016⁶⁰

In deze brief, die als onderwerp heeft 'Nieuwe bestuurlijke samenwerkingsvormen in het funderend onderwijs' gaat de staatssecretaris in op de medezeggenschap. Ook wanneer een onderwijsinstelling deel uitmaakt van een bestuurlijke samenwerkingsvorm, blijven de verplichting om een medezeggenschapsorgaan te hebben en de advies- en instemmingsrechten van dat orgaan volledig van kracht. Het (met instemming van de betrokken MR's) instellen van een medezeggenschap op bovenbestuurlijk niveau kan enkel tijdelijk en doet niets af aan de verplichte (G)MR op instellingsniveau. Samenwerkingsvormen moeten deze wettelijke eisen ten volle eerbiedigen en borgen.

In het voorbeeld (uit de brief) waarbij drie besturen bij meerderheid van stemmen belangrijke besluiten nemen, komt ook de vraag naar voren wat dit betekent voor de positie van de afzonderlijke MR's. Zelfs wanneer de zaken formeel netjes zijn geregeld, bestaat het risico dat leraren, ouders en leerlingen in de praktijk buitenspel staan bij belangrijke beslissingen over hun scholen. Het is de taak van het bestuur om zorg te dragen voor een goed functionerende medezeggenschap. Tot zover de brief. Het instellen van een BBMR is in de Wms geregeld. Aan deze raad kunnen, onder voorwaarden, bevoegdheden worden overgedragen. Hiermee komen de (G)MR's niet buiten spel te staan. Zij behouden, behalve de overgedragen bevoegdheden, hun wettelijke bevoegdheden. Zo kan bij het overdragen van bevoegdheden aan de BBMR worden afgesproken dat deze raad pas een besluit neemt nadat de (G)MR's zijn geraadpleegd.

⁵⁹ LCG WMS, 2 december 2014, nr.106553 - 14.12. Twee schoolbesturen hebben voor drie van hun vmbo-scholen een gezamenlijke bovenbouw (leerjaren 3 en 4) geformeerd. Met instemming van de medezeggenschapsorganen van de betrokken scholen hebben de bevoegd gezagsorganen voor deze gezamenlijke bovenbouw een BBMR ingesteld. De Inspectie van het Onderwijs heeft geoordeeld dat in de getroffen constructie een BBMR niet mogelijk is. De schoolbesturen en de medezeggenschapsorganen zijn van mening dat de inrichting van de medezeggenschap volkomen in lijn is met de intentie van de Wms. De medezeggenschap vindt immers plaats zo dicht als mogelijk bij de plaats waar de zeggenschap berust, te weten de directie. Partijen verzoeken de Commissie vast te stellen dat de inrichting van de BBMR in overeenstemming is met art. 20 Wms. De LCG WMS oordeelt dat anders dan op de andere in art. 20 Wms genoemde medezeggenschapsorganen art. 31 Wms niet mede van toepassing is verklaard op de BBMR (artikel 37 Wms). Het verzoek aan de Commissie is dan ook kennelijk niet-ontvankelijk.

⁶⁰ Kamerstukken II 2016/17, 31293, nr. 245.

Debat over de pseudofusies

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afschaffen van de fusietoets in het funderend onderwijs reageert de minister op pseudofusies en de motie van mevrouw Van den Hul:

‘Wat betreft de pseudofusies en de motie van mevrouw Van den Hul op dat punt wil ik vragen om die aan te houden, om de volgende reden. Allereerst is er al een adviesverplichting. De medezeggenschapsraad heeft een adviesrecht, en dus niet een instemmingsrecht, als het gaat om andere samenwerkingsvormen dan een fusie. Daar is een instemmingsrecht voor. Het tweede is dat er op dit moment ook nog een onderzoek loopt naar wat grotere bestuurlijke constructies. Dat komt nog in dit kalenderjaar. Daarin zit misschien ook wel informatie om met elkaar eens te kijken welke constructies in het land in de loop van de tijd zijn ontstaan. Dan kunnen wij ook de vraag onder ogen zien of het nodig is om de medezeggenschapsraad nog meer in handen te geven dan hij nu heeft om zich te kunnen uitspreken. Ik zou u dus willen vragen om de motie nog even aan te houden tot die evaluatie er ligt. Dat is een inventarisatie van bestuurlijke constructies die voorkomen in het funderend onderwijs. Misschien goed dat ik het even voorlees. In 2016 is er een onderzoek gedaan en nu komt er weer een onderzoek dat eind 2019 klaar is (*onderzoek van regioplan, Bijman e.a.2020*)’⁶¹ (...)

‘Je kunt ook via samenwerkingsovereenkomsten allerlei samenwerkingen aangaan en je kunt een personele unie aangaan. Dit zijn voorbeelden van wat we ‘pseudofusies’ zijn gaan noemen [...]. Men zet daarmee niet de hele grote stap van een fusie, maar men maakt wel op allerlei andere manieren afspraken. Soms schuift men zaken van verschillende scholen en met verschillende BRIN-nummers in elkaar, die later heel moeilijk uit elkaar te halen zijn als je dat zou willen. Heel vaak was de MR daar niet bij betrokken. Daarom is het zo goed om de MR in die positie te zetten, zodat het bevoegd gezag hen erbij moet betrekken en hen mee moet nemen op het moment dat men stappen gaat nemen’⁶²

Uit bovenstaande passages blijkt dat de minister het probleem van de medezeggenschap erkent in het geval van grote(re) bestuurlijke constructies, maar wil pas na het vervolgonderzoek betreffende grotere bestuurlijke constructies besluiten of de bevoegdheden van de MR moeten worden uitgebreid.

⁶¹ *Handelingen II* 2018/19, 35104, nr.105, item 10, p. 15.

⁶² *Handelingen II* 2018/19, 35104, nr.105, item 10, p. 7.

3.7. Bevoegdheden die een rol spelen in het geval er sprake is van een holding.

Bevoegdheden voordat de holding tot stand komt

Bij het totstandkomen van de holding heeft de (G)MR adviesrecht met betrekking tot het te nemen besluit over het aangaan, verbreken of belangrijk wijzigen van een duurzame samenwerking met een andere instelling, dan wel vaststelling of wijziging van het beleid ter zake (art. 11 lid 1 onder d Wms).

De wetgever heeft niet toegelicht wat onder 'instelling' moet worden verstaan. Daar valt in ieder geval onder de samenwerking met een internationale school.⁶³ De bepaling komt overeen met het adviesrecht van de OR in art. 25 lid 1 onderdeel b WOR, zij het dat in dat artikel niet wordt gesproken van 'instelling', maar van 'onderneming'. De wetgever heeft niet toegelicht wat onder 'duurzame samenwerking' moet worden verstaan. Met betrekking tot de WOR geldt de volgende omschrijving: een overeenkomst of een afspraak met een of meer andere ondernemingen, waarbij de samenwerkende ondernemingen, met behoud van hun eigen zelfstandigheid, een onderlinge regeling tot samenwerking voor langere tijd hebben gesloten met betrekking tot bepaalde activiteiten die van ingrijpende betekenis zijn voor de onderneming.⁶⁴ Daarbij zijn de (nauwe) aard en de beoogde duur van de samenwerking, de (gedetailleerd) juridische vorm die aan de samenwerking is gegeven, de beweegredenen en de te voorziene gevolgen op de langere termijn doorslaggevend voor het adviesrecht.

Op het moment dat een duurzame samenwerking wordt aangegaan moet daarover advies worden gevraagd aan de (G)MR alsook bij een belangrijke wijziging daarvan of het verbreken van die duurzame samenwerking.

Bevoegdheden nadat de holding tot stand gekomen is

Stel dat er geen BBMR is, dan is de vraag of de LCG WMS dan de WOR-rechtspraak volgt. Op basis van de rechtspraak in de WOR is de mogelijkheid gecreëerd bij besluiten, los van de vraag of er al dan niet een formele overkoepelende medezeggenschapsstructuur tot stand gekomen is, om via begrippen als toerekening, vereenzelviging en mede-ondernemerschap te realiseren dat besluiten die ingrijpen in de onderneming of gevolgen hebben voor de daarin werkzame personen met het oog

⁶³ LCG WMS, 4 november 2011, nr. 104699. Zie ook: LCG WMS, 19 december 2019, nr. 108929: het voorgenomen besluit gaat over samenwerking van het bevoegd gezag met drie andere onderwijspartijen in de Raad van Inbesteders. Dit is een besluit over duurzame samenwerking met andere onderwijsinstellingen. Daarom is de GMR instemmingsbevoegd (volgens het MR-reglement heeft de GMR instemmingsrecht). LCG WMS, 30 mei 2018, nr. 107952 - 18.07. De uitspraak betrof een adviesgeschil over het besluit van een bevoegd gezag tot wijziging van zijn beleid over de duurzame samenwerking tussen de school en andere scholen van het bevoegd gezag. Tegen deze uitspraak stelde het bevoegd gezag beroep in bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer bevestigde op 10 januari 2019 de uitspraak van de LCG WMS (ECLI:NL:GHAMS:2019:303).

⁶⁴ R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, editie 2019, p. 175.

op een goede toepassing van de WOR toch tijdig voorgelegd worden aan de OR die het personeel vertegenwoordigt dat in die onderneming werkzaam is (zie verder hoofdstuk 4.3.2).

Kijkend naar de rechtspraak dan is het beeld wisselend over de mate waarin bij de uitleg van de bepalingen in de Wms betekenis wordt toegekend aan (vergelijkbare) bepalingen en de uitleg daarvan in de WOR.

We zien dat de LCG WMS inzake de geschillen 104485 en 107381 expliciet naar de WOR heeft gekeken. Voorts hebben we de indruk dat de LCG WMS de WOR, zowel de wettekst als de jurisprudentie, betreft bij de behandeling van de geschillen.

In LCG WMS, 19 mei 2010⁶⁵ had het bevoegd gezag het contract met de Arbodienst verlengd. Volgens de GMR had dit ter instemming voorgelegd moeten worden. De commissie overweegt: 'Art. 12 lid 1 onder k WMS is gelijkkluidend aan de betreffende bepaling uit de Wet op de Ondernemingsraden (art. 27 lid 1 onder d WOR). Uit de wetsgeschiedenis bij die wet blijkt dat instemming van de ondernemingsraad met betrekking tot regelingen op Arbo-gebied alleen vereist is indien de daarop betrekking hebbende wetten en besluiten (Arbo-wet, Arbo-besluiten, Arbo-regelingen) de ondernemer nog enige invullingsruimte laten. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als er een keuze voor een bepaalde Arbodienst wordt gemaakt. De Minister van Sociale Zaken heeft ook uitdrukkelijk gezegd dat de aanwijzing van een Arbodienst onder het instemmingsrecht van art. 27 lid 1 onder d WOR valt. Nu er sprake was van beleidsruimte viel het besluit om het contract met de Arbodienst te verlengen voor drie jaar onder de aangelegenheid van art. 12 lid 1 onder k WMS.'

In LCG WMS 31 oktober 2016⁶⁶ meent het bevoegd gezag dat het aantal aaneengesloten zittingsperiodes van MR-leden een limiet moet hebben. De MR meent dat deze limieten in strijd zijn met de Wms. De Commissie oordeelt dat de Wms geen ruimte biedt om in het MR-reglement de verkiesbaarheid tot lid van de MR verder te beperken dan in de Wms is bepaald. Deze uitspraak is vernietigd door de Ondernemingskamer.⁶⁷

'Dat de WOR in art. 12 lid 2 de mogelijkheid biedt bij reglement de herkiesbaarheid van OR-leden te regelen en de WMS een dergelijk expliciete bepaling niet kent, betekent naar het oordeel van de Ondernemingskamer daarom niet dat de wetgever bewust een dergelijke bepaling buiten de WMS heeft gehouden. Met de WMS heeft de wetgever nu eenmaal een van de WOR losstaande regeling beoogd.'

Stel dat er een BBMR is ingesteld. In dat geval moet het bestuur van de holding de voorgenomen besluiten voorleggen aan de BBMR.

⁶⁵ LCG WMS, 19 mei 2010, nr. 104485.

⁶⁶ LCG WMS 31 oktober 2016, zaaknummer 107381.

⁶⁷ Beschikking Ondernemingskamer 22 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:563.

3.8 Een verwant probleem: de regeling van de medezeggenschap bij (gezamenlijke) vestigingen en doorlopende leerlijn po-vo

Het inventarisatierapport over de bestuurlijke constructen (Bijman e.a., 2020) gaat ook in op de wijze hoe gezamenlijke vestigingen en samenwerking binnen besturen wordt georganiseerd. Daarbij wordt door verschillende bevoegde gezagsorganen samengewerkt in de vorm van één gezamenlijke locatie, waarin bijvoorbeeld bepaalde profielen techniek uit het vmbo worden aangeboden. De regeling van de medezeggenschap op dat soort vestigingen kan ook complex worden, vanwege het vereiste dat de instelling van de medezeggenschap is verbonden aan het begrip school en het BRIN-nummer. We lichten dat hieronder toe aan de hand van twee voorbeelden.⁶⁸

Onder de Stichting X vallen twee vmbo-scholen, onder de stichting Y valt een vmbo-school. Aan iedere vmbo-school is een MR. Deze twee stichtingen hebben de bovenbouw van deze drie vmbo-scholen samengevoegd. Deze samenvoeging draagt de naam College Z. Het College functioneert in de praktijk als één school en heeft een eigen directeur. Omdat het College geen BRIN-nummer heeft, kan er geen MR worden ingesteld. De beide besturen willen één deelraad instellen voor het College. Deze mogelijkheid biedt de Wms niet, want de structuur van de Wms is van dwingend recht, hetgeen betekent dat er niet één deelraad kan worden ingesteld. De deelraad is in art. 20 Wms vastgelegd. Een deelraad is een onderdeel van een school. Op verzoek van de MR en met instemming van het bevoegd gezag kan met instemming van twee derde van de leden van de MR een deelraad worden verbonden aan een deel van een school. Op de deelraad kunnen alleen de medezeggenschapsbevoegdheden van de MR overgaan die specifiek verband houden met het directe reilen en zeilen van in dit geval het betreffende deel van de moederschool dat deel uitmaakt van het van het College. Dat betekent dat aan het College drie deelraden moeten worden ingesteld. Natuurlijk is de behoefte om deze als één deelraad te laten functioneren. Maar als er een geschil komt dan moet als aparte deelraden worden opgetreden en moet duidelijk zijn dat de deelraad van bijvoorbeeld het bestuur van stichting X uitsluitend een geschil heeft met dat bestuur. Het tweede voorbeeld betreft de zogenoemde 10-14-school.⁶⁹ Het kabinet wil dat de overstap van de basisschool naar de middelbare school voor alle leerlingen makkelijk is. Soms kan een school met 10-tot-14-onderwijs voor leerlingen een oplossing zijn. De leerlingen stappen niet na groep 8

⁶⁸ Zie ook de voorbeelden in: K. Jansen, 'Medezeggenschap in diversiteit', NTOR 2020, nr. 2, p. 48-67.

⁶⁹ Deze scholen vallen onder art. 2 van de Experimentenwet onderwijs. 10-14-onderwijs wordt gedefinieerd als: onderwijs dat wordt aangeboden door samenwerkende bevoegde gezagsorganen in de laatste twee leerjaren van een school voor primair onderwijs en in de eerste twee leerjaren van een school voor voortgezet onderwijs en waarin sprake is van een doorlopende leerlijn, niet zijnde zintuiglijke oefening en lichamelijke oefening of lichamelijke opvoeding.

of op hun 12e jaar over. In plaats daarvan blijven ze tot hun 14e jaar op de school. Pas daarna gaan ze naar het vmbo, de havo of het vwo. De scholen zijn altijd een samenwerking tussen een basisschool en een middelbare school. Zo werken er leraren van beide scholen. Het werken met het BRIN-nummer maakt het niet mogelijk dat voor deze school een MR wordt ingesteld. Ingevolge de Wms moeten er twee deelraden worden ingesteld, die samen een soort bovenschoolse MR vormen. Maar wanneer er een geschil ontstaat, moet duidelijk zijn welke deelraad een geschil heeft.

3.9. Knelpunten

In dit hoofdstuk hebben we de regeling van de medezeggenschap op basis van de Wms uiteengezet en hoe holdings daarin in te passen zijn op dit moment. We hebben een aantal knelpunten geconstateerd, te weten:

Instelling en termijn van functioneren

- De bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (BBMR) kan alleen worden ingesteld indien van elk bevoegd gezag de GMR's of, bij het ontbreken van een GMR, alle MR's daarmee instemmen. De geldigheidsduur van de BBMR bedraagt ten hoogste twee jaar.
- Deze termijn kan telkens met twee jaar worden verlengd, indien (weer) alle GMR's daarmee instemmen dan wel bij het ontbreken van een GMR alle MR's. Dit moet dus iedere twee jaar opnieuw expliciet besloten worden ongeacht of er sprake is van een tijdelijke samenwerkingsstructuur of een permanente (holding)structuur.

Bevoegdheidsverdeling en toegang tot de geschillenregeling

- Over de wijze waarop de bevoegdheidsverdeling plaats moet vinden tussen (G)MR's en de BBMR is niets geregeld. Krijgt de BBMR zelfstandig uit te oefenen bevoegdheden toebedeeld, dan is bij geschillen die daarbij ontstaan de geschillenregeling Wms niet van toepassing.

Medezeggenschap bij bestuurlijke combinatie po-vo

- In de Wms zijn er verschillen in de bepalingen over wanneer instelling van een medezeggenschapsorgaan verplicht is als ook op welk niveau en de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om tot instelling over te (moeten) gaan. Zo blijkt uit paragraaf 3.2.1. (GMR) dat er wel een GMR, bestaande uit po- en wec-scholen, maar geen GMR voor po, wec- en vo-scholen kan worden ingesteld. De vraag is of dit leidt tot een voldoende samenhangend wettelijk stelsel over het instellen van medezeggenschapsorganen.

Medezeggenschap bij (gezamenlijke) vestigingen

Het BRIN-nummer en het instellen van een MR vallen samen. In par 3.8 hebben we aan de hand van een tweetal voorbeelden laten zien dat deze combinatie in de praktijk tot problemen leidt.

Het organiseren van bovenbestuurlijke medezeggenschap vormt ook in praktische zin een uitdaging. Wanneer in de medezeggenschapsstructuur op bovenbestuurlijk niveau een apart medezeggenschapsorgaan wordt ingesteld, kan dit ook een extra belasting betekenen voor de deelnemers aan het overleg. Aan bestuurderszijde kan het, zeker als er sprake is van een eenhoofdig bestuur met een personele unie, betekenen dat één persoon met meer medezeggenschapsorganen het overleg moet voeren. Aan de kant van de medezeggenschap is de vraag of dezelfde personen op de verschillende niveaus moeten participeren of niet. En in dat laatste geval is de vraag hoe dan de communicatie tussen de verschillende medezeggenschapsorganen geborgd moet worden.

Op deze knelpunten zullen we in hoofdstuk 5 ingaan en onze ideeën over hoe deze aangepakt kunnen worden uitwerken. Voordat we daaraan toekomen zullen we eerst in hoofdstuk 4 nagaan hoe de medezeggenschap op basis van de Wet op de ondernemingsraden is geregeld, met name bij concern- en holdingstructuren.

4. Vergelijking met de Wet op ondernemingsraden

Bij het zoeken naar mogelijke oplossingen voor de vormgeving van de medezeggenschap op bovenbestuurlijk/ holding-niveau in het onderwijs, zullen we in dit hoofdstuk bekijken hoe de medezeggenschap op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is vormgegeven. Allereerst zullen we stilstaan bij de kernbegrippen die de WOR hanteert die anders zijn dan het begrippenkader van de Wms (par. 1). Vervolgens komt aan de orde de mogelijkheden die de WOR kent om een permanente medezeggenschapsstructuur vorm te geven (par. 2). En dan zal worden nagegaan welke oplossingen met name in de medezeggenschapsrechtspraak zijn ontwikkeld ten aanzien van besluiten die op een ander niveau worden genomen dan daar waar de ondernemingsraad (OR) is ingesteld maar die wel betrekking hebben op en gevolgen hebben voor de onderneming waarvoor de OR is ingesteld (par. 3). Vervolgens wordt geschetst welke geschillenregelingen de WOR kent en wie een geschil aanhangig kan maken (par. 4). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een aantal conclusies (par. 5).

4.1. Kernbegrippen WOR

Vergelijking met begrippenkader WMS

De WOR kent een ander begrippenkader dan de Wms. Een medezeggenschapsraad (MR) wordt ingesteld voor een 'school' waarbij in de definitiebepalingen van de Wms verwezen wordt naar het begrip school in de verschillende onderwijswetten. In bijvoorbeeld de Wet op het primair onderwijs (WPO) wordt school omschreven als 'een basisschool of een speciale school voor basisonderwijs tenzij het tegendeel blijkt'. Als 'bevoegd gezag' wordt gedefinieerd het bevoegde gezag van een school zoals bedoeld in specifieke onderwijswetten. Als bevoegd gezag wordt in bijvoorbeeld de WPO een onderscheid gemaakt tussen openbare school, waarbij het college van B&W of het krachtens de gemeenschappelijke regeling bevoegde orgaan, dan wel de openbare rechtspersoon of de stichting kan optreden als bevoegd gezag. Dus het kan zowel gaan om een bestuursorgaan of een rechtspersoon. Voor een bijzondere school is het de rechtspersoon die de school in stand houdt en voor een samenwerkingschool de stichting. Vervolgens wordt als 'schoolleiding' omschreven de directeur zoals ook bedoeld in de onderwijswetgeving dan wel de rector of leden van de centrale directie alsmede conrectoren of adjunct-directeuren in de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO).

Als gekeken wordt naar de verplichting zoals die omschreven wordt in art. 11 Wms

over het vragen van advies dan staat daar dat de MR vooraf in de gelegenheid gesteld wordt om advies uit te brengen 'over elk door het bevoegd gezag te nemen besluit met betrekking tot' de in art. 11 vervolgens genoemde onderwerpen.

De WOR hanteert een ander begrippenkader. Daar waar de 'school' wordt gehanteerd in de Wms gaat het in de WOR om de 'onderneming'. Het 'bevoegd gezag' wordt in de WOR als 'ondernemer' aangeduid en de 'schoolleiding' die in het medezeggenschapsstatuut in veel gevallen wordt opgedragen met de taak om namens het bevoegd gezag het overleg te voeren met de MR wordt in de WOR aangeduid als de 'bestuurder'. In bijlage 1 zijn de verschillen tussen de Wms en de WOR schematisch weergegeven. Dit schema gaat in op de verschillen in de kernbegrippen en medezeggenschapsorganen.

Hierna worden de kernbegrippen van de WOR toegelicht.

Onderneming

Onderneming (art. 1 sub c WOR) is gedefinieerd als: *'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'*.

Het begrip bevat drie kenmerken:

- Het extern element: in maatschappelijk verkeer opererend
- Het intern element: het organisatorisch verband
- Het juridisch element: er moet gewerkt worden op basis van een arbeidsovereenkomst of een aanstelling

Het begrip onderneming is specifiek voor de WOR gedefinieerd, waarbij de begrenzing niet via juridische lijnen van het rechtspersonenrecht loopt, maar de arbeidsorganisatorische benadering centraal staat. Het begrip onderneming is een ander begrip dan het begrip 'bedrijfsvestiging' dat in het kader van de ontslagregeling door het UWV wordt gehanteerd. Uit de toelichting bij het begrip bedrijfsvestiging blijkt echter wel dat dit voor een groot deel aansluit bij het begrip onderneming van de WOR. Sinds de Wwz (Wet werk en zekerheid) en de WNRA (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren) heeft de gehele onderwijssector ook te maken met het van toepassing zijn van het begrip bedrijfsvestiging in het geval van bedrijfseconomische ontslagen.

Ondernemer

Ondernemer (art. 1 sub d WOR) is gedefinieerd als: *‘De natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt.’*

Natuurlijke persoon komt in de praktijk niet of nauwelijks voor, zeker niet als het gaat om ondernemingsraadplichtige ondernemers (meer dan 50 werknemers). Het gaat dan om rechtspersonen. Toen de WOR ook van toepassing werd op de overheidssectoren (1995) is ervoor gekozen om de van oudsher op het privaatrecht geënte terminologie in de WOR niet aan te passen. Vanaf dat moment is ook in de publieke sector als ondernemer aangemerkt de publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals bijv. de gemeente, de Staat der Nederlanden en niet het bestuursorgaan, het College van B&W of de minister. Het heeft in het begin nog wel enige gewenning geleverd. Zo is het voorgekomen dat in een procedure tot aan de Hoge Raad geprocedeerd is tegen het College van B&W, zijnde het bestuursorgaan, terwijl dat op grond van de WOR de rechtspersoon, te weten de gemeente, had moeten zijn.

Een ondernemer, de rechtspersoon, houdt de onderneming in stand. Het begrip rechtspersoon en onderneming vallen dus niet één op één op elkaar. In het OR-reglement dient de omschrijving van de ondernemer en onderneming opgenomen te worden.

Bestuurder

Bestuurder (art. 1 sub e WOR) is gedefinieerd als: *‘Hij die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid.’*

In deze omschrijving zitten twee elementen die van belang zijn, te weten dat de bestuurder de hoogste zeggenschap moet uitoefenen en als tweede het vereiste dat deze zeggenschap wordt uitgeoefend in het kader van de leiding van de arbeid. Bijvoorbeeld binnen een groot concern komt het voor dat de voorzitter van de Raad van Bestuur wel de hoogste zeggenschap heeft maar zich niet met de dagelijkse leiding van de arbeid bemoeit omdat dit op werkmaatschappijniveau plaatsvindt. In de holding waar de voorzitter van de Raad van Bestuur bevoegd is, zitten vaak geen of nauwelijks personeelsleden die een arbeidsovereenkomst met de holding hebben. Bij het creëren van medezeggenschapstructuren wordt toch de voorzitter van de Raad van Bestuur als bestuurder aangemerkt, omdat voor een goede toepassing van de WOR met name van belang is dat een medezeggenschapsorgaan in overleg kan treden met de bestuurder, te weten degene die er aan zeggenschapskant over gaat. Dit element weegt dan ook het zwaarst in de omschrijving.

4.2 Medezeggenschapstructuren

Ondernemingsraad (OR)

In art. 2 WOR staat het uitgangspunt: wanneer in een onderneming in de regel meer dan 50 mensen werkzaam zijn, dient er een OR ingesteld te worden. Het kan echter ook zijn dat één ondernemer niet één maar meer ondernemingen in stand houdt. Er kan ook sprake zijn van een moederonderneming die een aantal dochterondernemingen in stand houdt, waarbij zowel de moeder als de dochters aparte rechtspersoonlijkheid hebben. En het kan zijn dat er sprake is van in groep verbonden ondernemers die een of meer ondernemingen gezamenlijk in stand houden waarbij dan ook inhoud gegeven moet worden aan de verplichtingen op grond van de WOR. In de WOR zijn verschillende mogelijkheden opgenomen tot vormgeving van de medezeggenschapsstructuur:

Centrale ondernemingsraad (COR) en groepsondernemingsraad (GOR)

In art. 33 lid 1 WOR is als basisregel opgenomen: de ondernemer die twee of meer ondernemingsraden heeft ingesteld stelt voor de door hem in stand gehouden ondernemingen een COR in, indien dit bevorderlijk is voor de goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze ondernemingen.

Dit toetsingscriterium komt op meer plekken terug. Hierin zit een verwoording van verschillende aspecten die bij de beoordeling of een bepaalde structuur passend is een rol spelen. Er worden vaak twee uitgangspunten gehanteerd ter uitwerking van dit toetsingscriterium:

- medezeggenschap volgt zeggenschap: dit wil zeggen indien er voor de WOR relevante zeggenschap – bijvoorbeeld de bevoegdheid om advies- en instemmingsplichtige besluiten te nemen of voor een belangrijk deel te bepalen – op een bepaald niveau aanwezig is dient daar ook een medezeggenschapsorgaan te komen;
- medezeggenschap dient zo dicht mogelijk bij de werkvloer vormgegeven te worden. Uitgangspunt is dat degenen die in de onderneming, het arbeidsorganisatorisch verband, werkzaam zijn zo direct mogelijk betrokken moeten worden bij besluiten die hen raken.

Deze twee uitgangspunten worden bij het creëren van een medezeggenschapsstructuur vaak gecombineerd. Door te kiezen voor een gelaagde medezeggenschapsstructuur

tuur zowel op centraal niveau als op decentraal niveau wordt het mogelijk om beide uitgangspunten tegemoet te komen.

In art. 33 lid 2 WOR wordt nog een variant genoemd, namelijk de *groepsondernemingsraad* (GOR). De ondernemer die meer dan twee OR'en heeft ingesteld, stelt voor een aantal voor de door hem in stand gehouden ondernemingen een GOR in, ook weer als dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet. Het verschil is dat een COR ingesteld wordt voor alle ondernemingen die door een rechtspersoon in stand worden gehouden en een GOR voor een deel daarvan. Dit is bijvoorbeeld de reden waarom er bij de rijksoverheid een GOR Rijk is ingesteld waarin in alle OR'en van de verschillende departementen vertegenwoordigd zijn. De ondernemer is de Staat der Nederlanden. Omdat de Staat meer ondernemingen in stand houdt (zoals de Raad van State, Algemene Rekenkamer, Ombudsman) die niet vertegenwoordigd zijn in het overkoepelend medezeggenschapsorgaan kon er geen sprake zijn van een COR, maar wel van een GOR.

Art. 33 lid 3 WOR heeft betrekking op de situatie dat twee of meer OR'en ingesteld zijn niet door één ondernemer maar door 'in een groep verbonden ondernemers'. Ook daarvoor kan een COR of een GOR ingesteld worden, als dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR. Van groepsverbondenheid kan sprake zijn wanneer bijvoorbeeld er in Nederland een aantal dochterondernemingen zijn van een buitenlandse moeder waar ten aanzien van het HR-beleid een gemeenschappelijk beleid wordt gevoerd. Dan is er de mogelijkheid om een COR in te stellen voor al die Nederlandse dochters zonder dat de buitenlandse moeder als ondernemer in de zin van de WOR aangemerkt hoeft te worden. Bij duurzame samenwerkingsverbanden kan het zijn dat meerdere ondernemers dochterondernemingen in stand houden die gezamenlijk intensief samenwerken. Dan kan er sprake zijn van in groep verbonden ondernemers en kan er gekozen worden voor een COR als dat bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet. Dit houdt onder meer in dat bekeken moet worden of de (potentiële) agenda van zo een COR voldoende onderwerpen kan (gaan) bevatten om een overleg zinvol te maken.

Gemeenschappelijke ondernemingsraad (GemOR)

In art. 3 WOR is de mogelijkheid gecreëerd dat één ondernemer die twee of meer ondernemingen in standhoudt waarvoor OR'en ingesteld moeten worden een GemOR instelt, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet in de betrokken ondernemingen. Op grond van art. 2 WOR zouden er eigenlijk meer OR'en ingesteld moeten worden, omdat er meer ondernemingen zijn waar meer dan 50 mensen werkzaam zijn. Maar op basis van art. 3 WOR is het mogelijk om voor deze

ondernemingen tezamen een gemeenschappelijke OR (gemOR) in te stellen die vervolgens ook in het kader van de wet als één OR beschouwd wordt. In art. 3 lid 2 WOR is een vergelijkbare mogelijkheid gecreëerd, zoals we ook al zagen bij de COR--, namelijk dat in groep verbonden ondernemers, die meer dan twee ondernemingen in standhouden waar in de regel tenminste 50 werknemers werkzaam zijn, overgaan tot het instellen van één GemOR. En ook hier is het toetsingscriterium dat dit bevorderlijk moet zijn voor een goede toepassing van de wet. De in groep verbonden ondernemers wijzen een tot de groep behorende ondernemer aan die voor de toepassing van deze wet als ondernemer optreedt ten opzichte van die GemOR

Onderdeelcommissie (OC)

Art. 15 lid 3 WOR kent vervolgens ook nog de mogelijkheid om onder een OR-onderdeelcommissies in te stellen. Deze wordt ingesteld voor een onderdeel van de onderneming. De OR dient dan een instellingsbesluit te nemen waarin hij de omvang van de delegatie van zijn bevoegdheden omschrijft. De OC kan alle bevoegdheden uitoefenen die ook een OR uitoefent met uitzondering van het beroepsrecht. Een OC kan net als de OR rechtstreeks gekozen worden uit de in het onderdeel werkzame personen, maar de leden kunnen ook benoemd worden door de OR.

Keuze tussen verschillende modellen

Indien het duidelijk is dat er op twee niveaus medezeggenschapsorganen ingesteld moeten worden zal een afweging moeten plaatsvinden tussen een COR met ondernemingsraden of een OR met onderdeelcommissies.

Voor een COR wordt vaak gekozen in situaties waarbij het zwaartepunt van de besluitvorming en de zeggenschap op decentraal niveau ligt. Daar sluit het best bij aan om dan op het decentraal niveau de OR te positioneren, die in de WOR centraal staat. Voor aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor de meerderheid van de ondernemingen (de bevoegdheidsverdelingsnorm in art. 35 WOR) kan vervolgens de COR bevoegdheden uitoefenen. Vaak ligt het zwaartepunt van de bevoegdheden van de COR bij het informatierecht en het overleg over het strategisch beleid en soms ook op het vlak van een aantal instemmingsplichtige onderwerpen. Bijvoorbeeld als er voor de hele groep één contract met een arbodienst wordt afgesloten dan zal daarover instemming aan de COR gevraagd moet worden.

Is er echter sprake van een sterk gecentraliseerde zeggenschap binnen een groep dan wordt er eerder gekozen voor een model met één (gemeenschappelijke) OR. Decentraal vindt dan vooral uitvoering plaats van hetgeen op centraal niveau besloten is. Dan worden de besluiten met betrekking tot investeringen, reorganisaties, secundaire arbeidsvoorwaardelijke regelingen en dergelijke centraal vastgesteld. Dan past het

het best om het medezeggenschapsorgaan dat centraal staat in de WOR, te weten de OR, op het hoogste niveau te positioneren. Wel worden er dan vaak onderdeelcommissies ingesteld, voor het overleg over de uitvoeringsaangelegenheden. Bijvoorbeeld bij de gemeente Amsterdam, die tot voor enkele jaren terug een model had met een COR met daaronder meer dan 30 OR'en, is nu gekozen voor een model met één OR met daaronder onderdeelcommissies. De vraag of dit model bevorderlijk was voor een goede toepassing van de wet is onderwerp geweest van een juridische procedure. Daarbij vond de rechter dat met name vanwege de wijzigingen die hadden plaatsgevonden aan de zeggenschapskant, te weten centralisering van bevoegdheden op het niveau van de gemeentesecretaris/algemeen directeur, het ook beter passend is om dan te werken met een model van één OR met onderdeelcommissies.⁷⁰ Dit is een uitwerking van het uitgangspunt: medezeggenschap volgt de zeggenschap.

Wanneer er sprake is van een duurzame samenwerking tussen meerdere partijen kan er dus reden zijn om te voorzien in een overkoepelende medezeggenschapsstructuur afhankelijk van de vraag of dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet. De volgende criteria zijn daarbij van belang:

- de mate van gezamenlijke activiteiten/afhankelijkheden.
- de mate waarin er sprake is van het vallen onder één zeggenschap.
- de mate waarin er sprake is van uitwisseling van personeelsleden.
- de mate waarin er sprake is van eenheid in het personeels- en/of arbeidsvoorwaardenbeleid.

Te hoog of te laag?

Iedere keer zal aan de hand van het criterium of het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet bekeken moeten worden of het creëren van een geformaliseerde structuur voordelen heeft. Indien over een en hetzelfde onderwerp op meer plekken overleg gevoerd moet worden dan wel indien een en dezelfde persoon op meer plekken als bestuurder moet optreden zijn dat indicaties dat de medezeggenschapsstructuur onvoldoende passend is. Het kan dan bevorderlijk zijn om de medezeggenschapsstructuur aan te passen.

Van de andere kant wanneer met regelmaat besluiten aan de orde zijn die voor de

⁷⁰ Gerechtshof Amsterdam (OK) 25 april 2017, zknr. 200.178.072/01.

OR op grond van de WOR relevant zijn, maar die op het niveau waar de besluitvorming formeel of materieel genomen wordt niet aan een medezeggenschapsorgaan voorgelegd kunnen worden omdat dat op dat niveau er geen medezeggenschapsorgaan is ingesteld, kan dat ook reden zijn voor aanpassing van de structuur. Dan worden op het niveau waar de OR is ingesteld de besluiten niet genomen. De zeggenschap ligt dan op een hoger niveau.

Hetgeen bij de rijksoverheid heeft plaatsgevonden kan dit goed illustreren. Oorspronkelijk was de medezeggenschap bij de rijksoverheid per departement georganiseerd en op centraal niveau was er geen medezeggenschapsorgaan. In de loop van de tijd, mede ingegeven door de noodzaak om te bezuinigen en de bedrijfsvoering efficiënter te maken, kwam er binnen de rijksoverheid steeds vaker besluitvorming aan de orde die over de departementen heen werd voorbereid en ook materieel werd besloten. Besluitvorming kon plaatsvinden op het hoogste ambtelijk niveau (bij de directeur-generaal bedrijfsvoering dan wel bij het overleg van de secretarissen-generaal) dan wel doordat er binnen het kabinet over werd besloten. De formele besluitvorming vond daarna dan vaak nog plaats binnen het ministerie door de minister dan wel de ambtelijke top, maar materieel hadden zij zich in de voorfase zo gecommitteerd aan de besluitvorming op centraal niveau dat het vereiste van de WOR dat een advies van de OR nog wezenlijke invloed op de besluitvorming moet kunnen hebben (art. 25 lid 2 WOR) steeds meer onder druk kwam te staan. Besluitvorming over het introduceren van een rijkskas, een P-direct systeem voor alle rijksambtenaren, de rijkskantorenhuisvesting waar steeds meer op centrale locaties verschillende departementen gehuisvest werden en dergelijke, werd op een boven departementaal niveau geïnitieerd en besloten. Dit heeft geleid tot het instellen van een GOR Rijk omdat het bevorderlijk was voor een goede toepassing van de wet om dergelijke besluitvorming toch ook op het niveau waar de besluitvorming werd voorbereid en vaak materieel werd genomen, voor te kunnen leggen aan een medezeggenschapsorgaan.⁷¹ Dit leidt tot een efficiënter medezeggenschapsoverleg omdat dit voorkomt dat een en hetzelfde onderwerp op ieder departement aan een departementale OR voorgelegd moet worden.

4.3. Medezeggenschapsbevoegdheden bij bepaalde besluiten

Inleiding

In paragraaf 4.2 is ingegaan op de mogelijkheden die de wet kent om structureel de medezeggenschapsstructuur zo vorm te geven dat op het niveau waar besluitvorming plaatsvindt die voor de WOR relevant is er ook een medezeggenschapsorgaan

⁷¹ Gerechtshof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:17

aanwezig kan zijn. In deze paragraaf komt aan de orde hoe op grond van de WOR en/of de rechtspraak bepaalde besluiten aan de medezeggenschap moeten worden voorgelegd. Ingegaan zal worden op achtereenvolgens:

- besluiten m.b.t. een duurzame samenwerking (par. 4.3.1)
- toerekening, vereenzelviging en mede ondernemerschap (par. 4.3.2)

4.3.1 Duurzame samenwerking

Eén van de onderwerpen die op grond van art. 25 lid 1 sub b WOR ter advies aan de OR moet worden voorgelegd heeft betrekking op voorgenomen besluiten tot het vestigen, dan wel tot het overnemen of afstoten van zeggenschap over een andere onderneming alsmede het aangaan, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in het verbreken van een duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder ook een financiële deelneming valt.

Dit betekent dat op het moment dat een duurzame samenwerking wordt aangegaan daarover advies moet worden gevraagd aan de OR alsook bij een belangrijke wijziging in of het verbreken van die duurzame samenwerking. Maar is de duurzame samenwerking eenmaal tot stand gekomen dan hoeft besluitvorming die in het kader van het uitvoeren van de duurzame samenwerking plaatsvindt niet ter advies voorgelegd te worden aan de OR. Dit is zeker niet het geval indien de duurzame samenwerking gepaard gegaan is met bijvoorbeeld het creëren van een joint venture in de vorm van een aparte rechtspersoon waarin aandelen worden gehouden. Die zal dan ook vaak zelfstandig als werkgever optreden voor het personeel dat bij de duurzame samenwerking is betrokken. Alleen als de basis waarop de duurzame samenwerking is vormgegeven belangrijk wijzigt of wanneer ermee wordt gestopt, zal de OR weer geraadpleegd moeten worden door middel van een adviesaanvraag. Een vergelijkbare bepaling, iets anders geformuleerd, is ook terug te vinden in art. 11 lid 1 sub d Wms. Op dit punt is er geen wezenlijk verschil tussen de regeling in de WOR en in de Wms.

4.3.2 Toerekening, vereenzelviging of mede-ondernemerschap

In de praktijk blijkt dat met het begrippenkader in de WOR niet in alle gevallen tot een bevredigend resultaat kon worden gekomen. Geregeld doen zich vragen voor ten aanzien van besluiten die op een andere plek/ander niveau worden genomen, die gevolgen hebben of kunnen gaan hebben voor de onderneming en de daarin werkzame personen waarvoor de OR is ingesteld. Het gaat dan met name om besluiten waarover de ondernemer zelf geen besluit neemt of op een bepaald moment nog geen besluit neemt. In de afgelopen 40 jaar, sinds de invoering van de wetwijziging van de WOR in 1979, is er in de rechtspraak van de Ondernemingskamer van het Ge-

rechtshof te Amsterdam over het adviesrecht hieraan de nodige aandacht besteed. In de loop van de tijd zijn in de rechtspraak hiervoor een aantal nieuwe begrippen ontwikkeld die hierna toegelicht zullen worden.

Toerekening

De eerste keer dat dit begrip in de rechtspraak van de Ondernemingskamer werd gehanteerd had betrekking op een geschil in het Shell concern. Shell International Research Maatschappij (SIRM) had op enig moment besloten dat binnen Shell Research in Nederland waarvoor de OR was ingesteld, het budget voor het laboratorium met 20% teruggebracht moest worden en dat de bezetting met 10% moest inkrimpen. Het formele besluit tot reductie van het budget leidde direct tot een materieel besluit tot krimp van de onderneming Shell Research. Er was materieel geen beslissingsruimte meer voor bestuur van de dochteronderneming Shell Research. De bestuurder van Shell Research was ook lid van de Raad van Bestuur op het hogere niveau bij SIRM. De Ondernemingskamer komt tot de conclusie dat voor een goede toepassing van de WOR het besluit dat op het hogere niveau werd genomen toegerekend diende te worden aan de (Nederlandse) ondernemer. Het effect hiervan was dat het besluit op internationaal niveau binnen het Shell concern wel als voornemen geformuleerd kan worden, maar nog niet als een definitief besluit waaraan de Nederlandse ondernemer ook in die fase al te houden is. Bij toerekening gaat het om besluiten die uiteindelijk wel binnen de onderneming waarvoor de OR is ingesteld geëffectueerd worden door een (opvolgings)besluit van de 'eigen' ondernemer. Bijvoorbeeld in dit voorbeeld het besluit om de personeelsorganisatie met 10% te reduceren. Daar zal een reorganisatieplan voor ontwikkeld worden dat de ondernemer die ook als werkgever optreedt, zelf zal moeten maken. Maar uit art. 25 lid 2 WOR volgt dat het advies van de OR wezenlijke invloed moet kunnen hebben: niet alleen op de vraag hoe gereorganiseerd gaat worden, maar ook op de vraag of gereorganiseerd moet worden. En dat aspect van de besluitvorming was reeds op dat hogere niveau, door SIRM, genomen en dat maakt dat voor een goede toepassing van de WOR het besluit toegerekend dient te worden aan de ondernemer (i.c. Shell Research).⁷²

Op basis van de rechtspraak van de Ondernemingskamer over toerekening kunnen een aantal criteria worden onderscheiden, die een belangrijke rol spelen, zoals:

- de zeggenschapsverhoudingen;
- of het besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld;

⁷² Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988/382 (*Shell Research*).

- of het bestuur van de ondernemer bij het besluit betrokken is;
- of de bevoegdheid om het besluit zelf te nemen (formeel of materieel) nog aanwezig is.

Vereenzelviging

Het kan voorkomen dat toerekening alleen niet voldoende is omdat het besluit dat het betreft binnen de onderneming niet te effectueren is. Zie bijvoorbeeld een oude uitspraak van de Ondernemingskamer uit 1993 waarin in de zorgsector de ondernemer Vereniging Maatschappij Zandbergen het onroerend goed, de panden, had ondergebracht in een aparte Stichting: Stichting Pandenbeheer. De OR was ingesteld voor Zandbergen maar niet voor de Stichting Pandenbeheer. Er was sprake van een personele unie tussen bestuur van de vereniging en de stichting. Op enig moment is het voornemen aan de orde om de doelstellingen van de stichting te wijzigen. Deze wijziging hield in dat daardoor de stichting ook meer activiteiten zou kunnen gaan verrichten die tot dan toe alleen binnen de vereniging, de ondernemer, plaatsvonden. (Naast Stichting Pandenbeheer was er ook nog een Stichting Vermogensbeheer waarin het vermogen van Zandbergen was ondergebracht, die in de procedure verder geen rol speelde.) Dergelijke stichtingen worden ook wel aangeduid als satellietstichtingen. De Ondernemingskamer oordeelt dat deze constructie met satellietstichtingen zo doorzichtig is dat daarmee niet verhuld wordt dat die activa uitsluitend ten dienste van de door de vereniging in stand gehouden onderneming staan en dat activiteiten, ook die binnenkort van start zouden gaan, passen in de doelstelling van de vereniging bij de bestaande activiteiten van de onderneming. Met andere woorden, in ieder geval voor de toepassing van de WOR gaat het bij dit alles om één onderneming, en wel die waarvoor de OR is ingesteld.⁷³

Het begrip vereenzelvigen werd in deze uitspraak nog niet gehanteerd, wel in een latere uitspraak van de Hoge Raad inzake Heuga. Het ging daar om de wijziging van de statuten van de holding om de Raad van Commissarissen die was ingesteld op basis van het vrijwillig toegepast structuurregime, af te schaffen. Dit wil zeggen dat de Raad van Commissarissen, waarbij de OR van de enige werkmaatschappij bevoegdheden had m.b.t. de samenstelling, kwam te vervallen. Omdat het hier ging om een besluit van de holding, de moedermaatschappij, op het niveau waar de OR niet was ingesteld heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze holding voor een goede toepassing van de WOR vereenzelvigd diende te worden tezamen met de dochterondernemer, die de onderneming in stand hield waarvoor de OR was ingesteld. Hierbij speelde

⁷³ Gerechtshof Amsterdam (OK) 25 februari 1993, JAR 1993/61, (*Zandbergen*).

een rol dat de vertegenwoordiger vanuit de aandeelhouder op alle niveaus dezelfde persoon was (personele unie), de moeder tevens lid was van de statutaire directie van de dochterondernemer en dat het besluit dat het betrof - het afschaffen van de RvC - direct gevolgen had voor de medezeggenschapsbevoegdheden van de OR van de dochtermaatschappij.⁷⁴

In dit geval was toerekening niet toereikend omdat het besluit dat het betrof niet door de eigen ondernemer genomen kan worden, omdat het wijzigen van de statuten van de moeder niet tot de bevoegdheden van de dochter behoort.

Mede-ondernemerschap

Het begrip vereenzelviging wordt in de medezeggenschapsrechtspraak tegenwoordig niet meer (zo snel) gebruikt. Het later ontwikkelde begrip mede-ondernemerschap is naast toerekening het begrip dat wel frequent wordt gehanteerd. Mede-ondernemerschap is in de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad voor het eerst aan de orde gekomen, nadat de WOR bij de overheid was ingevoerd. De vraag werd voorgelegd of een besluit van de provincie over een gemeentelijke herindeling van een deel van de gemeente Rijswijk en Nootdorp dat zou overgegaan naar de gemeente Den Haag ter advies voorgelegd diende te worden aan de OR'en van de gemeente Nootdorp en Rijswijk.

De Hoge Raad komt om verschillende redenen tot de conclusie dat er geen verplichting is om advies te vragen, onder meer omdat de provincie ten opzichte van de OR van de gemeente Nootdorp en Rijswijk niet als mede-ondernemer is te beschouwen.⁷⁵ De Hoge Raad oordeelt dat er van mede-ondernemerschap wel sprake kan zijn, maar dan is vereist:

- dat een ander dan de ondernemer die de OR heeft ingesteld naast die ondernemer als mede-ondernemer aangemerkt kan worden wanneer die ander ten opzichte van de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden;
- en het besluit moet vallen binnen de sfeer van de bevoegdheden van de organen van onderneming.

⁷⁴ HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545; JAR 1994/32, (OR Heuga Nederland BV).

⁷⁵ HR 26 januari 200, JAR 2000/30.

Over het laatste criterium wordt overigens in de literatuur getwist of dit specifiek betrekking heeft op de publiekrechtelijke setting waarin het geschil speelde, namelijk de bevoegdheid tot het gemeentelijk herindelen. Deze bevoegdheid komt bij wet niet aan een gemeente zelf toe maar wel aan de provincie of de Staat.

Uit deze rechtspraak werd dus duidelijk dat stelselmatige betrokkenheid een vereiste was om tot mede-ondernemerschap te kunnen concluderen. In de juridische literatuur is debat ontstaan over de vraag of 'stelselmatige betrokkenheid' inhoudt dat de mede-ondernemer zich regelmatig met de gang van zaken binnen de dochteronderneming dient te bemoeien. Uit de rechtspraak van Ondernemingskamer blijkt dat voldoende is dat in het stelsel voorzien is in de bevoegdheden voor de mede-ondernemer om met een besluit in te kunnen grijpen en dat het niet van belang is of dit geregeld of incidenteel gebeurt. Ook in het geval er sprake is van een gelaagde medezeggenschapstructuur met een COR en OR'en kan er toch nog sprake zijn van mede-ondernemerschap. Dat werd bijvoorbeeld duidelijk bij de Nederlandse Spoorwegen, toen NS Reizigers besloot om niet mee te dingen op de concessie van een spoorlijn die tot op dat moment nog steeds door NS Reizigers werd geëxploiteerd. NS Holding stond echter haar dochteronderneming niet toe om mee te dingen naar deze concessie, omdat NS met een andere samenwerkingspartner deze concessie wenste binnen te halen. De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat in deze omstandigheden NS Holding te beschouwen is als mede-ondernemer en derhalve ook mede gehouden was ervoor zorg te dragen dat de OR tijdig en op een juiste wijze hierover om advies gevraagd zou kunnen worden door de ondernemer.⁷⁶

Mede-ondernemerschap is dus in het leven geroepen in situaties waarbij de eigen ondernemer niet tot besluitvorming bevoegd is en de OR de behoefte heeft om de mede-ondernemer in een juridische procedure te betrekken. Bijvoorbeeld bij besluiten tot het overdragen van de aandelen wordt er geregeld door de Ondernemingskamer geconcludeerd dat er sprake is van mede-ondernemerschap. Het is niet het bestuur van de dochteronderneming die besluit de aandelen over te dragen, maar het is de rechtspersoon die de aandelen houdt die dat besluit neemt. Deze dient dan ook als mede-ondernemer er voor zorg te dragen dat de dochter tijdig met inachtneming van de voorschriften van de WOR haar OR hierover om advies vraagt. Dit kan ook betrekking hebben op de besluiten tot het inschakelen van externe deskundigen die door de moederonderneming ingeschakeld worden om trajecten tot verkoop van de dochteronderneming te begeleiden.⁷⁷

⁷⁶ Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 oktober 2002, ARO 2002/171; JOR 2003/10 (*NS Reizigers BV*).

⁷⁷ Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 (*SHL*); Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, JAR 2017/385 (*Uniface*).

Een voorbeeld van een situatie waarbij geen sprake was van vennootschappen en dus geen sprake was van aandeelhouderschap heeft zich voorgedaan in de zaak van FNV Ledenservice. Zeven vakbonden besloten met elkaar om de vereniging FNV Ledenservice op te richten waarin de rechtshulpverlening aan hun gezamenlijke leden werd ondergebracht. Voor FNV Ledenservice werd een aparte OR opgericht. Er is twee keer geprocedeerd over de vraag of besluiten van de leden van FNV Ledenservice (dit wil zeggen de aangesloten vakbonden) konden leiden tot een adviesplichtig besluit jegens de OR van FNV Ledenservice. De Ondernemingskamer oordeelde dat het opzeggen van de SLA, de samenwerkingsovereenkomst, door één vakbond met FNV Ledenservice nog niet gezien kon worden als een besluit dat door een mede-ondernemer voorgelegd diende te worden ter advies aan de OR van FNV Ledenservice.⁷⁸ Echter toen een jaar later twee leden (FNV Bondgenoten en de Bouw- en Houtbond FNV) besloten om hun lidmaatschap van FNV Ledenservice op te zeggen oordeelde de Ondernemingskamer anders. De Ondernemingskamer concludeerde dat mede rekening houdend met de aard van het besluit er sprake is van een situatie waarbij de vakbonden die als lid hun lidmaatschap van FNV Ledenservice opzeggen als mede-ondernemer de medezeggenschapsrechten van de OR FNV Ledenservice hebben te respecteren. Hierbij speelde een rol dat deze twee vakbonden het overgrote deel van de werkzaamheden van FNV Ledenservice afnam. Dit betekent dat ook de aard van het aan de orde zijnde besluit een rol kan spelen bij de vraag of er sprake is van mede-ondernemerschap.⁷⁹

4.4 Geschillenprocedures

De WOR kent in grote lijnen twee geschillenregelingen.

Ondernemingskamer

Ten eerste de beroepsgang bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 26 WOR). De Ondernemingskamer oordeelt over geschillen met betrekking tot het adviesrecht zoals dat is geregeld in art. 25 WOR. Het geschil kan betrekking hebben op de vraag of een besluit dat is genomen zonder advies te vragen onder het adviesrecht valt of in het geval een besluit wordt genomen dat afwijkt van het advies van de OR. Dan zal worden beoordeeld of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen het besluit heeft mogen nemen.

⁷⁸ Gerechtshof Amsterdam (OK) 13 februari 2003, JOR 2003/88, (*FNV ledenservice I*).

⁷⁹ Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 april 2004, JAR 2004/147, (*FNV ledenservice II*).

Kantonrechter

De tweede proceduremogelijkheid betreft een procedure bij de kantonrechter;⁸⁰ deze wordt aangeduid als de ‘algemene geschillenregeling’ (art. 36 WOR). Voor alle overige geschillen op grond van de WOR is deze procedure van toepassing: over informatierecht, instemmingsrecht, faciliteiten, afspraken en medezeggenschapsstructuren. De algemene geschillenregeling kent twee verschillende regels voor wie een procedure aanhangig kan maken:

1e: voor alle geschillen tussen ondernemer en OR over hetgeen bij of krachtens de WOR is geregeld kunnen zowel de OR als de ondernemer een geschil aan de kantonrechter voorleggen (art. 36 lid 2 WOR).

2e: voor een aantal limitatief opgesomde geschillen (instellen of instandhouden OR, (voorlopig) reglement ondernemingsraad, verkiezingen OR-leden, informatievoorziening over agenda’s en verslagen vergaderingen) kan ‘iedere belanghebbende’ een procedure bij de kantonrechter opstarten (art. 36 lid 1 WOR). Dit betekent onder meer dat geschillen over de vormgeving van de medezeggenschapsstructuur en wijzigingen die daarin worden aangebracht, ter toetsing door iedere belanghebbende aan de kantonrechter kunnen worden voorgelegd, voor zover dat betrekking heeft op de vraag op welk niveau de OR ingesteld gaat worden. Over de instelling van een overkoepelend medezeggenschapsorgaan hebben belanghebbenden geen toegang tot de rechter. Maar vaak gaat het om de discussie of er een keuze gemaakt moet worden tussen een COR-OR model of een OR-OC model. Voor zover daarbij het OR-reglement wijzigt is wel een rechtsingang voor belanghebbenden aanwezig. De rechter zal dan moeten beoordelen of de gemaakte keuze bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR binnen de onderneming of het concern. Als belanghebbenden worden onder meer aangemerkt: in de onderneming werkzame personen, vakbonden, medezeggenschapsorganen die door het besluit geraakt worden. Deze ruime rechtsingang waarborgt dat ook wanneer ondernemer en OR het eens zijn over de vormgeving van een wijziging van de medezeggenschapsstructuur, het mogelijk is voor degenen die het besluit kan gaan raken (degenen die in de onderneming werkzaam zijn, kandidatenlijsten kunnen indienen, als medezeggenschapsorgaan gevolgen ondervinden) de mogelijkheid hebben om de kantonrechter te laten oordelen over de vraag of de gemaakte keuze inderdaad bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR.

⁸⁰ Voorheen kon een procedure bij de kantonrechter alleen gevoerd worden als eerst bemiddeling en advies bij een bedrijfscommissie werd ingewonnen. Deze verplichte bemiddeling bij de bedrijfscommissie is komen te vervallen. Sindsdien spelen de bedrijfscommissies alleen nog een rol bij bemiddeling op vrijwillige basis.

4.5 Conclusie

Uit dit uitstapje naar de WOR blijkt een aantal zaken die ook van belang kunnen zijn om mee te nemen in deze verdere studie naar medezeggenschap op bovenbestuurlijk/holdingniveau op grond van de Wms.

Zowel in de wettelijke criteria als ook in de rechtspraak is een belangrijke norm om de oplossingen te vinden bij het vorm geven of functioneren van een medezeggenschapsstructuur: wat is bevorderlijk voor een goede toepassing van de WOR binnen die onderneming(en). Daarbij moet gerealiseerd worden dat de WOR, net als de Wms, een wettelijke verplichting bevat voor ondernemers om bij bepaalde besluiten vooraf de OR te raadplegen. Dit gaat om besluiten die gevolgen (kunnen) hebben op de in de onderneming werkzame personen of kunnen ingrijpen binnen de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. Doel van de wetgever is immers geweest dat op dergelijke besluiten medezeggenschapsrechten uitgeoefend kunnen worden door een vertegenwoordiging van het betrokken personeel op een moment dat die inbreng ook nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming.

De WOR kent verschillende mogelijkheden om medezeggenschapstructuren vorm te geven. Zowel in situaties waar de zeggenschap geconcentreerd is bij één ondernemer die verschillende ondernemingen in stand houdt alsook in situaties waarbij de zeggenschap belegd is bij verschillende ondernemers die gezamenlijk meerdere ondernemingen in stand houden, mits dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR. Naarmate een samenwerkingsverband of bepaalde vorm van groepsverbandenheid tussen ondernemingen structureel van aard is en derhalve er ook met regelmaat besluiten aan de orde zullen komen die voor het geheel of de meerderheid van belang zijn, kan het bevorderlijk zijn voor een goede toepassing van de wet om over te gaan tot het instellen van een overkoepelend medezeggenschapsorgaan. Bijvoorbeeld om te voorkomen dat één en hetzelfde besluit op verschillende niveaus voorgelegd moet worden of dat één bestuurder op verschillende niveaus als overlegpartner met verschillende medezeggenschapsorganen over hetzelfde besluit dient te overleggen. Dit is niet efficiënt en niet bevorderlijk voor een goede toepassing van de wet. Tevens kan een belangrijke factor zijn dat het niet instellen van een overkoepelend medezeggenschapsorgaan tot gevolg heeft dat er medezeggenschapsrechten 'weglekken', in de zin dat deze niet uitgeoefend worden, of dat medezeggenschapsrechten in een later stadium niet meer effectief zijn in de zin dat er geen wezenlijke invloed meer is uit te oefenen, omdat het besluit materieel al in eerder stadium op een ander niveau is genomen. Dit kunnen redenen zijn om een formele medezeggenschapsstructuur in het leven te gaan roepen op grond van de WOR. In de rechtspraak is de mogelijkheid gecreëerd bij besluiten, los van de vraag of er

al dan niet een formele overkoepelende medezeggenschapsstructuur tot stand is gekomen, om via begrippen als toerekening, vereenzelviging en mede-ondernemerschap te realiseren dat besluiten die ingrijpen in de onderneming of gevolgen hebben voor de daarin werkzame personen met het oog op een goede toepassing van de WOR toch tijdig voorgelegd worden aan de OR die het personeel vertegenwoordigt dat in die onderneming werkzaam is. Wanneer dergelijke besluiten sporadisch aan de orde zijn zal minder snel sprake zijn van het kiezen voor de optie om daarvoor een apart medezeggenschapsorgaan in te stellen, maar zal per besluit met toepassing van deze in de rechtspraak ontwikkelde begrippen bekeken moeten worden of met het oog op een goede toepassing van de WOR een andere rechtspersoon, meestal de moedermaatschappij, toch rekening te houden heeft met de bevoegdheden en de positie van de OR, die is ingesteld voor de onderneming waar het besluit (mede) op gericht is. Dit zal per besluit met toepassing van deze in de rechtspraak ontwikkelde begrippen beoordeeld moeten worden.

Bij geschillen over de vormgeving van de medezeggenschapstructuur kent de WOR een rechtsingang toe aan iedere belanghebbende, toegekend om de kantonrechter te laten toetsen of de gemaakte keuze bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR, voor zover het betrekking heeft op het reglement van de OR.

5. Aanbevelingen voor aanpassingen in de Wms

5.1 Inleiding

Uit ons onderzoek, zowel het bronnenonderzoek als gesprekken met experts uit de praktijk, is ons gebleken dat een aangepaste wettelijke regeling van de medezeggenschap op bovenbestuurlijk niveau gewenst is. Het onderzoek is gericht op vormgeving van de medezeggenschap wanneer er gewerkt wordt met een holdingconstructie. Veelal wordt bij de holdingconstructie ook tevens gewerkt met een personele unie (zie par. 2.1), hetgeen wil zeggen dat het College van Bestuur als ook de Raad van Toezicht binnen het samenwerkingsverband van verbonden rechtspersonen elk uit dezelfde personen bestaan. Ook zonder dat er een aparte rechtspersoon als holding opgericht wordt, kan door middel van personele unies feitelijk gerealiseerd worden dat binnen een samenwerkingsverband tussen (zuster)rechtspersonen er sprake is van eenheid van beleid en aansturing.

We hebben geconstateerd in ons onderzoek dat zich een aantal knelpunten voordoen (zie par. 3.9) waar we in dit hoofdstuk op in zullen gaan. In de vergelijking die we gemaakt hebben tussen de Wms en de WOR is naar voren gekomen dat de Wms meer sturend en dwingend wettelijk voorschrijft wanneer er een MR en GMR moet worden ingesteld in vergelijking met de WOR. De bepalingen over de BBMR zijn pas relatief recent in de Wms opgenomen en zeer vrijblijvend van aard. In de twee voorafgaande medezeggenschapswetten waren deze bepalingen niet opgenomen. Dit heeft er ook mee te maken dat in de onderwijssector het ontstaan van holdings pas van recente datum is en wisselend gedacht wordt of deze wel wenselijk zijn en onder welke voorwaarden. De WOR legt een dwingend wettelijke verplichting op ten aanzien van het instellen van een OR, maar ten aanzien van de overige vormgeving van de medezeggenschapstructuur wordt dit via meer open normen geregeld. Achtergrond daarvan is dat de WOR de medezeggenschap regelt van zeer uiteenlopende ondernemingen zowel qua omvang als structuur die in nagenoeg alle sectoren in onze maatschappij kunnen opereren. In de Wms is aangesloten bij het begrippenkader van de specifieke onderwijswetten waarmee de vormgeving van het onderwijs wordt geregeld.

Wij denken dat de onderwijssector gebaat kan zijn bij het opnemen van enkele meer open normen om beter maatwerk te kunnen leveren bij de vormgeving van de medezeggenschap binnen holdingstructuren en andere bestuurlijke constructies waarin duurzame samenwerking tussen bevoegde gezagsorganen tot stand komt, zoals personele unies.

We zullen in dit hoofdstuk onze aanbevelingen in drie delen weergeven, die respectievelijk betrekking hebben op:

- A. De bovenbestuurlijke medezeggenschap
- B. Andere aanpassingen in de Wms
- C. Vermindering van verschillende medezeggenschapsorganen in Wms

We zullen per paragraaf een deelonderwerp bespreken en afsluiten met een samenvatting van onze aanbevelingen (par. 5.14).

A. De bovenbestuurlijke medezeggenschap

5.2 Instellen BBMR

De Wms kent de mogelijkheid voor het instellen van een BBMR hetgeen voor het thema van dit onderzoek, de medezeggenschap bij holdings, met name van belang is. Vereiste daarvoor is dat elk bevoegd gezag van de scholen en de GMR's, of bij het ontbreken van een GMR alle MR's, daarmee instemmen (zie 3.6.3).

In geval van een holdingstructuur zal aan de kant van het bevoegd gezag meestal wel eensluidendheid over de wens bestaan om over te gaan tot instelling van een BBMR. De verschillende bevoegde gezagsorganen worden immers meestal vertegenwoordigd door dezelfde persoon/personen. Aan de kant van de medezeggenschap kan dit diverser liggen. Hieronder zal in verschillende aanbevelingen op deelaspecten van deze thematiek worden ingegaan.

In de WOR wordt de mogelijkheid geboden tot het instellen van overkoepelende medezeggenschapsraden (centrale ondernemingsraad en/of groepsondernemingsraad) in twee onderscheiden situaties wanneer:

- één ondernemer één of meer ondernemingsraden heeft ingesteld voor de door hem in stand gehouden ondernemingen (art. 33 lid 1 en 2 WOR); of
- een groep verbonden ondernemers, die tezamen twee of meer ondernemingsraden hebben ingesteld (art. 33 lid 3 WOR).

De laatste variant van de groepsverbonden ondernemers komt in de Wms als zodanig niet voor. Wel wordt in het huidige art. 20 lid 5 Wms over de instelling van de BBMR als voorwaarde gesteld dat van elk bevoegd gezag de GMR's, of bij het ontbreken van een GMR, alle MR's met de instelling van de BBMR moeten instemmen. Daarbij wordt echter geen criterium opgenomen als groepsverbondheid, terwijl dit

impliciet daarbij wel een rol speelt. Met name bij de verschillende vormen van samenwerking die voorkomen, zowel met een holding als in geval van personele unies tussen (zuster)stichtingen of een combinatie daarvan, kan er op vergelijkbare wijze behoefte zijn aan instelling van een medezeggenschapsorgaan. Het is daarom aan te raden ook in de Wms de verschillende situaties te onderscheiden in het geval één bevoegd gezag meerdere scholen in standhoudt, dan wel wanneer in groep verbonden bevoegde gezagsorganen deze scholen(vestigingen) gezamenlijk in standhouden.

5.3 Criterium tot instellen BBMR

In de WMS is er een wettelijke verplichting om een MR en een GMR in te stellen als aan de vereisten van art. 3 resp. art. 4 Wms is voldaan. Bij de vraag of er nog andere medezeggenschapsorganen ingesteld moeten worden wordt een getalscriterium gehanteerd:

- een deelraad vereist instemming 2/3 meerderheid van de leden van de MR, art. 20 lid 1 Wms;
- een groepsmedezeggenschapsraad vereist instemming van 2/3 van de leden van de GMR, art. 20 lid 2 Wms,
- de instelling van een BBMR instemming van elk bevoegd gezag en van alle GMR's of bij ontbreken daarvan de MR's (art. 20 lid 5 Wms).

In de WOR is gekozen voor een andere systematiek. De verplichting aan de basis, het instellen van een ondernemingsraad, is dwingend voorgeschreven als er binnen de onderneming meer dan 50 werkzame personen zijn. Voor medezeggenschapsorganen die daarboven geplaatst worden is het criterium dat dit verplicht is indien het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet; een objectiveerbaar criterium. Dit criterium biedt meer ruimte om afhankelijk van de wijze waarop een concern of een groep is gestructureerd te beslissen of er een overkoepelend medezeggenschapsorgaan moet komen of niet (zie 4.3). In de Wms is de vraag of er een overkoepelend medezeggenschapsorgaan moet komen niet afhankelijk gemaakt van de vraag of dit zinvol is, maar wordt bij wet afhankelijk gemaakt van het aantal medezeggenschapsorganen dat dit ondersteunt. Bij het instellen van een BBMR is het zo vormgegeven dat wanneer één GMR of één MR er niet mee akkoord is deze er niet kan komen. Tevens dient om de twee jaar opnieuw hiertoe besloten te worden.

In de WOR is gekozen voor een meer open norm die ook op verschillende plekken in de WOR als criterium is opgenomen om ruimte te bieden voor maatwerk afhankelijk van de omstandigheden binnen een concern/groep. Anders gezegd: het moet voldoende functioneel zijn om op een bepaald niveau ook een medezeggenschaps-

orgaan in te stellen. Het uitgangspunt in de WOR betekent dat er voldoende zeggenschap op dat niveau aanwezig moet zijn en gemeenschappelijke onderwerpen te behandelen zijn, die het instellen van een medezeggenschapsorgaan op dat niveau rechtvaardigen. Ook blijkt uit de rechtspraak op grond van de WOR, dat wanneer aan ondernemerszijde over één en hetzelfde onderwerp op veel verschillende plekken overleg gevoerd zou moeten worden, het bevorderlijk wordt geacht voor een goede toepassing van de wet om een overkoepelend medezeggenschapsorgaan met bevoegdheden in te stellen. Bijvoorbeeld wanneer er een contract afgesloten gaat worden met één arbodienst dat betrekking heeft op alle ondernemingen kan het zijn dat er instemming gevraagd moet worden aan alle onderliggende OR'en wanneer er geen overkoepelend medezeggenschapsorgaan aanwezig is. Wanneer het gaat om besluiten die uniform zijn voor alle ondernemingen of een groot deel van de ondernemingen dan kan het bevorderlijk voor een goede toepassing van de wet zijn om dan ook een overkoepelend medezeggenschapsorgaan in te stellen. Ook wanneer een bestuurder, vanwege de verschillende petten die hij draagt ingeval van een personele unie, over dezelfde onderwerpen met verschillende medezeggenschaporganen overleg moet voeren, kan dit aan de orde zijn. Ook dan ligt het instellen van een overkoepelend medezeggenschapsorgaan in de rede, zodat het overleg daarover door de bestuurder maar op een plek gevoerd hoeft te worden.

Wij zijn van mening dat het zinvol is om de mogelijkheid tot meer maatwerk bij de vormgeving van de medezeggenschapsstructuur boven het MR-niveau niet alleen voor de BBMR op te nemen in de Wms, maar ook voor de GMR en groepsmedezeggenschapsraad (zie hierna 5.10 en 5.11).

Hetgeen in 5.2 en 5.3 aan wijziging wordt voorgesteld, leidt tot het voorstel tot een volgende aanpassing van de tekst van art. 20 Wms:⁸¹

Art. 20 lid 5 Wms vervangen door:

Het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet onderwijs dat twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden, groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden heeft ingesteld, stelt tevens voor de door hem in standgehouden scholen een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

⁸¹ Zie bijlage 2 voor een overzicht van alle voorgestelde aanpassingen van de Wms.

Nieuw art. 20 lid 7 Wms:

Het vijfde lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen die tezamen twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden, groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad.

Tijdens de presentatie van het concept van dit rapport werd in de discussie aandacht gevraagd voor het begrip 'bevoegd gezag'. Een holding is in de onderwijswetten niet als bevoegd gezag aangemerkt. Evenmin is in art. 1 sub e Wms de holding in de definitie van het begrip bevoegd gezag, zoals dat in het kader van de Wms wordt gehanteerd, opgenomen. De uitkomsten van deze discussie waren voor ons aanleiding bovenstaande voorstellen nog nader te bezien. Het voorgestelde art. 20 lid 5 Wms gaat uit van de situatie dat er één bevoegd gezag is dat direct of indirect de bevoegde gezagsorganen van andere scholen aanstuurt. Er is dan materieel sprake van zeggenschap op holding niveau. In die situatie vinden we dat een holding ook over zou moeten kunnen gaan tot instelling van een BBMR, omdat deze dan in ieder geval materieel de (nodige) zeggenschap uitoefent. Maar dan dient ook het begrip bevoegd gezag in de definitie van art. 1 sub e Wms uitgebreid te worden, zodat holdings die direct of indirect bevoegde gezagsorganen van andere scholen aansturen daar onder kunnen vallen. Een andere optie is om in plaats van 'bevoegd gezag' het begrip rechtspersoon te gaan hanteren die de school in stand houdt, waarbij dan aangesloten wordt bij de formele zeggenschapsstructuur, zoals in de WOR is gedaan bij de definitie van het begrip ondernemer. Dit heeft mogelijk verdergaande consequenties voor de Wms. Daarom hebben we besloten hierover geen concreet tekstvoorstel te doen. Dat zou meegenomen kunnen worden, indien besloten zou worden om nader te onderzoeken of de definitie van het begrip 'school' in de Wms aangepast zou moeten worden in lijn met het begrip onderneming in de WOR (zie par. 5.12).

Het hiervoor voorgestelde art. 20 lid 7 Wms sluit aan bij hetgeen nu geregeld is in het huidige 20 lid 5 Wms. De mogelijkheid dat meerdere bevoegde gezagsorganen gezamenlijk besluiten een BBMR in te stellen. Daarbij is in het tekstvoorstel wel in het wettelijk criterium opgenomen dat er sprake moet zijn van groepsverbondenheid van deze bevoegde gezagsorganen. Wil daarbij ook het bevoegd gezag van de holding als een van de bevoegde gezagsorganen aangemerkt kunnen worden die tot de groepsverbanden bevoegde gezagsorganen hoort, dan zal ook hiervoor de definitie van art. 1 sub e Wms aangepast moeten worden. Zeker als het bevoegd gezag van de

holding wordt aangewezen als het bevoegd gezag dat het overleg met de BBMR gaat voeren namens de in groep verbonden bevoegde gezagsorganen, is dit vereist.

5.4 Bevoegdheidsverdeling

Art. 16 Wms bepaalt dat de GMR indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen treedt in de bevoegdheden van de MR. Dit is een vergelijkbare norm als in de WOR in art. 35 is opgenomen met betrekking tot de COR en GOR in relatie tot de ondernemingsraden.

Hiermee wordt gewaarborgd dat over een en dezelfde aangelegenheid niet op twee niveaus de bevoegdheden liggen. Voor een groepsmedezeggenschapsraad geldt deze norm ook, omdat deze treedt in de bevoegdheden van de GMR, met uitzondering van de in art. 16 lid 2 en 3 Wms genoemde bevoegdheden die bij de GMR blijven. Voor de BBMR is niets geregeld ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling. Het is dus afhankelijk van wat hierover wordt afgesproken bij de instelling. Niet wettelijk is geregeld dat de bevoegdheden van de GMR komen te vervallen indien de BBMR bevoegd zou zijn.

Ons is gebleken dat er in bepaalde gevallen behoefte is aan het vormgeven van de medezeggenschap op het hoogste niveau bij holdingconstructies en daarmee vergelijkbare vormen zoals personele unies, namelijk in die omstandigheden dat wezenlijke zeggenschap over de kaders van het financiële, bestuurlijke en onderwijs-inhoudelijke (strategische) beleid worden vastgesteld op het niveau van de holding (rechtspersoon) of in een door middel van een personele unie met elkaar verbonden samenwerkingsconstructie van bevoegde gezagsorganen. Gezien het uitgangspunt dat 'de medezeggenschap de zeggenschap volgt' is het ook logisch dat op dat niveau een medezeggenschapsorgaan wordt ingesteld, in het geval de zeggenschap centraal wordt vormgegeven gericht op eenheid van beleid. Wij bevelen dan aan om in de wet een norm op te nemen waarbij ook de bevoegdheden van de BBMR worden geregeld.

Het ligt voor de hand om daarbij aan te sluiten bij de norm zoals in art. 16 Wms is opgenomen.

Wij stellen daarom voor om aan art. 20 lid 5 Wms, in aanvulling op hetgeen hiervoor al als aanpassing is voorgesteld, ten aanzien de bevoegdheidsverdeling op te nemen:

De bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad treedt, indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen waarvoor de bovenbestuurlijke medezeggen-

schapsraad is ingesteld, in plaats van de groepsmedezeggenschapsraad, gemeenschappelijke medezeggenschapsraad en/of medezeggenschapsraden.

En tevens stellen we voor om een nieuw art. 20 lid 6 Wms toe te voegen met de navolgende tekst

Van de in lid 5 opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de BBMR wordt ingesteld, worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsorganen.

We hebben in vergelijking met art. 16 Wms toegevoegd een suggestie voor een nieuw lid 6, dat het mogelijk maakt andere afspraken te maken over de bevoegdheidsverdeling in vergelijking met de in lid 5 opgenomen norm. Omdat er verschillen kunnen zijn in de bevoegdheidsverdeling en structuur binnen een groep, kan er reden zijn om meer ruimte te creëren voor maatwerk. In het algemeen zal de wettelijke norm ‘van gemeenschappelijk belang voor de meerderheid van de scholen’ een voldoende onderscheidend criterium zijn. Indien op holdingniveau voornemens aan de orde zijn die de hele groep raken en de bevoegdheden tot besluitvorming daarover ook op dat niveau liggen, is het logisch en wenselijk dat bij het medezeggenschapsorgaan dat op dat niveau functioneert, de BBMR, dan ook de medezeggenschapsbevoegdheden komen te liggen. Indien het aangelegenheden betreft die slechts een minderheid raakt is het ook logisch dat de bevoegdheden dan op MR of GMR niveau rusten. Het kan echter zijn dat er specifieke onderwerpen zijn waarvan alle betrokkenen wensen dat die toch bijvoorbeeld op het niveau van de GMR blijven, worden uitgeoefend en niet overgedragen worden naar de BBMR. Die mogelijkheid tot maatwerk wordt in bovengenoemd tekstvoorstel geboden. We hebben daarbij wel een drempel van 2/3 meerderheid opgenomen om tot afwijkende afspraken te kunnen komen. Enerzijds omdat het gaat om het mogelijk aanbrengen van een verschuiving van bevoegdheden van (G)MR's naar de BBMR in andere gevallen dan de wet voorschrijft. Een gekwalificeerde meerderheid dient als waarborg dat de belangen van de betrokken (G)MR's geborgd worden, omdat hier niet lichtvaardig toe besloten kan worden. Anderzijds hebben we niet ervoor gekozen dat afwijking alleen zou kunnen als alle betrokken bevoegde gezagen en medezeggenschapsorganen voor zijn. Indien er een breed draagvlak voor afwijkende afspraken is, moet het niet zo zijn dat een kleine minderheid dit vervolgens zou kunnen blokkeren.

In art. 20 lid 2 Wms over de bevoegdheidsverdeling tussen GMR en groepsmedezeggenschapsraad wordt bepaald dat bevoegdheden van de GMR overgaan naar groepsondernemingsraad met uitzondering van de bevoegdheden als bedoeld in

art. 16 lid 2 en 3 Wms. We hebben er niet voor gekozen om een vergelijkbaar voorbehoud op te nemen in de bevoegdheidsverdeling ten aanzien van de BBMR. Indien bij wijze van voorbeeld de holding de financiële kaders vaststelt, waarover de BBMR adviesrecht heeft en waarover tussen bevoegd gezag en de BBMR overeenstemming wordt bereikt, dan heeft dat tot gevolg dat de GMR uitsluitend nog adviesrecht heeft met betrekking tot de ruimte die er voor het bevoegd gezag is om binnen de financiële kaders accenten/eigen invulling te geven. Voor lid 3 geldt hetzelfde. Stel dat de holding en de BBMR overeenkomen dat er een bestuursbureau komt dat onder de holding valt en voor alle bevoegde gezagsorganen werkzaamheden verricht. Het uitgangspunt medezeggenschap volgt zeggenschap brengt dan ook met zich mee dat de bevoegdheden aan medezeggenschapskant dan ook belegd moeten worden op het niveau waar aan de kant van het bevoegd gezag de zeggenschap ligt.

5.5 Termijn instelling BBMR

In beginsel worden medezeggenschapsorganen voor onbepaalde tijd ingesteld tenzij dat anders is geregeld. Dat is in de Wms hetzelfde als in de WOR.

In de Wms is wel geregeld dat elke twee jaar een medezeggenschapsstatuut moet worden vastgesteld, maar dat betekent niet dat een MR die is ingesteld per definitie maar voor twee jaar bestaat. Art. 3 Wms verplicht immers dat er (permanent) een MR is op een school. Het medezeggenschapsstatuut toont in feite het organogram van de medezeggenschapsorganen en beschrijft deze op een voor ieder inzichtelijke wijze. Hiermee vervult het medezeggenschapsstatuut een informatieve functie. Meer ruimte in de structurering van medezeggenschap betekent dat waar die ruimte wordt benut, de kans toeneemt dat niet meer iedereen direct overzicht heeft welk onderwerp in welk gremium wordt besproken. Om dat te voorkomen, stelt het bevoegd gezag een medezeggenschapsstatuut op waarin wordt vastgelegd welke medezeggenschapsorganen er functioneren.⁸² Kortom het statuut heeft een informatieve functie, maar creëert op zichzelf geen nieuwe rechten of bevoegdheden. De instelling van organen moet voortvloeien uit de wet.

De BBMR wordt echter niet voor onbepaalde tijd ingesteld. In art. 25 lid 1 Wms staat dat de geldigheidsduur van de instelling van een BBMR ten hoogste twee jaar bedraagt. De termijn kan telkens met ten hoogste twee jaar worden verlengd indien alle GMR's daarmee instemmen dan wel de MR's als er geen GMR is.

Dit brengt onzekerheden met zich mee. Indien vergeten wordt om een verlengingsbesluit door alle gremia vastgesteld te krijgen of wanneer dit niet tijdig binnen een periode van twee jaar is gedaan, is onduidelijk of de BBMR zijn bevoegdheden dan nog rechtsgeldig kan uitoefenen of niet. Uit de tekst van art. 25 Wms volgt dat dat

⁸² *Kamerstukken II 2005/06, 30414, nr. 3, p. 14.*

niet het geval zal zijn. Een verlengingsbesluit is immers een vereiste.

Uit ons onderzoek is gebleken dat in gevallen waar gewerkt wordt met een holdingstructuur een dergelijke structuur niet per definitie bedoeld is om tijdelijk te zijn; sterker nog, in een aantal gevallen is de holding bedoeld en ingericht als voorfase voor een bestuurlijke fusie. Wanneer er sprake is van een structurele vormgeving van de zeggenschap is het de vraag waarom daartegenover dan alleen een tijdelijke vormgeving van de medezeggenschap zou kunnen plaatsvinden? Wij zien daar geen goede reden voor. Wij zijn dan ook van mening dat art. 25 lid 1 Wms zou moeten komen te vervallen. Zeker indien ervoor wordt gekozen zoals in par. 5.3 is voorgesteld om het toetsingscriterium over de instelling van een BBMR te objectiveren, namelijk indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet. Dan is er ook geen noodzaak meer om de tijdsbeperking op te nemen. Indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden die maken dat gesteld kan worden dat het continueren van de BBMR niet meer bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet dan kan dat aan de orde worden gesteld en kan dat reden zijn om te komen tot een beëindiging van de BBMR. Indien daar geen overeenstemming over bereikt kan worden dan kan dat eventueel in een geschillenprocedure aan de orde worden gesteld. Zie hierna par. 5.7.

5.6 Geschillenregeling BBMR

In art. 37 is de geschillenregeling van de Wms van overeenkomstige toepassing verklaard op de GMR alsook op de deelraad en de groepsmedezeggenschapsraad. Echter, deze is niet van toepassing verklaard op de BBMR. Uit ons onderzoek blijkt dat dit als een gemis wordt ervaren. Indien er wordt gekozen voor een structurele vormgeving van de medezeggenschap op het niveau van de holding, is het ook van belang dat dit medezeggenschapsorgaan niet-vrijblijvend wordt vormgegeven en ook met de gebruikelijke juridische rechtsbeschermingsmogelijkheden wordt voorzien, zoals dat ook geldt voor andere medezeggenschapsraden op grond van de Wms. Wij bevelen dan ook aan om in art. 37 Wms op te nemen dat de Wms-geschillenregeling van overeenkomstige toepassing is op de BBMR. Dit houdt in dat de BBMR ook de bevoegdheid krijgt geschillen voor te leggen aan de Landelijke Commissie Geschillen en de mogelijkheid van beroep bij de Ondernemingskamer.

We stellen daarom voor om toe te voegen aan het slot van art 37 Wms :
en de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad als bedoeld in art. 20 lid 5.

5.7 Geschil over medezeggenschapstructuur

In de geschillenregeling opgenomen in de Wms wordt de bevoegdheid om een geschil aanhangig te maken bij de Landelijke Commissie Geschillen neergelegd bij het bevoegd gezag en de MR. Dat kan op grond van art. 37 Wms ook de GMR, deelraad of groepsmedezeggenschapsraad zijn.

In de WOR zijn twee rechtsingangen aan te treffen. Een voor belanghebbenden (art. 36 lid 1 WOR) over de instelling en vormgeving van een ondernemingsraad, verkiezingen en informatievoorziening en de andere op grond van art. 36 lid 2 WOR voor geschillen tussen ondernemer en OR (zie par. 4.4).

Indien ervoor wordt gekozen om de instelling van een BBMR afhankelijk te maken van de open norm of dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet, vinden wij het - in het verlengde daarvan - ook aan te raden om de rechtsingang om geschillen hierover te laten toetsen te verruimen. Hetzelfde geldt ook als deze norm ook van toepassing gaat zijn op de instelling van de GMR en de groepsmedezeggenschapsraad (zie hierna par. 5.10).

Vanuit de gedachte dat medezeggenschap een grondrecht is (zie art. 19 lid 2 Gw) en de wijze waarop dit uitgeoefend wordt niet alleen de belangen raakt van de bestaande medezeggenschapsorganen, maar ook van andere belanghebbenden zoals het personeel, ouders, leerlingen of vakbonden, valt te overwegen om voor een aantal geschillen de kring van gerechtigden om een geschil aanhangig te maken bij de Landelijke Commissie Geschillen te verruimen. Geschillen over de vraag of het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de Wms om een BBMR in te stellen zou daar onder kunnen vallen. Dit geldt eveneens ook indien deze norm niet alleen geïntroduceerd zou worden voor de instelling van de BBMR, maar ook voor de andere overkoepelende medezeggenschapsorganen zoals hierna aan de orde komt. Juist vanwege de betrokkenheid van de belanghebbenden in het onderwijs zien wij aanleiding om deze bevoegdheid ook ten aanzien van de instelling van overkoepelende medezeggenschapsorganen aan belanghebbenden te doen toekomen. Met het oog op de rechtszekerheid willen we deze bevoegdheid koppelen aan het moment dat een besluit over de medezeggenschapstructuur wordt genomen. De gelegenheid wordt dan geboden om binnen 6 weken daarna een geschil aanhangig te maken.

We stellen voor om toe te voegen aan art. 35 Wms als nieuw lid 3:

Iedere belanghebbende kan de commissie verzoeken te bepalen dat een besluit van het bevoegd gezag om over te gaan tot instelling of opheffing van een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (art. 4, eerste lid), een groepsmedezeggenschapsraad (art. 20, tweede lid) of bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (art. 20, vijfde lid) strijdig is met hetgeen daarover is bepaald in deze Wet.

De belanghebbende dient dit geschil binnen zes weken nadat het besluit door het bevoegd gezag is opgenomen aan de commissie voor te leggen.

Onder het begrip belanghebbenden vallen naast de reeds bestaande medezeggenschapsorganen het personeel, ouders, leerlingen of vakbonden. Voor de uitleg van dit begrip kan aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak op grond van art. 36 lid 1 WOR.

Indien dit voorstel wordt overgenomen, kan het ook raadzaam zijn de andere onderwerpen die in art. 36 lid 1 WOR worden genoemd m.b.t. de verkiezingen en informatievoorziening hierin mee te nemen.

Omdat onze opdracht betrekking heeft op de medezeggenschapsstructuur hebben we het in ons voorstel daartoe beperkt.

5.8 Leden van de BBMR

Het verzwaren van de positie van de BBMR zowel wat betreft de bevoegdheden alsook met betrekking tot de wijze van instelling, zal het belang van dit medezeggenschapsorgaan aan de top van het medezeggenschapsgebouw doen toenemen. Wil dit medezeggenschapsorgaan goed kunnen functioneren is het van belang dat er enerzijds voldoende belangstelling is vanuit de onderliggende medezeggenschapsorganen om hierin te participeren en anderzijds dat er voldoende deskundigheid is kijkend naar de onderwerpen die op holdingniveau spelen.

In veel gevallen zal er sprake zijn van een gelaagde medezeggenschapsstructuur met tenminste medezeggenschapsorganen op drie niveaus: MR, GMR en BBMR. Met de wijzigingen zoals hier voorgesteld kan het zijn dat in gevallen waar er nu een GMR aanwezig is deze komt te vervallen, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Met name in die gevallen waarin aan zeggenschapskant er ook voldoende bevoegdheden neergelegd zijn bij de directeur op het niveau van de GMR, dan kan het raadzaam zijn dat daar ook een GMR als overlegpartner optreedt.

De samenstelling van de BBMR is getrapd. Dit wil zeggen dat de onderliggende medezeggenschapsorganen daarin vertegenwoordigd moeten zijn. Wij stellen voor bij de samenstelling van de BBMR hetgeen geregeld is ten aanzien van de GMR grotendeels te volgen. Niet is vereist dat iemand die GMR-lid is tevens lid is van een MR van een van de afzonderlijke scholen. Desgewenst kunnen ook andere ouders, leerlingen en personeel actief zijn in de GMR, waarmee de medezeggenschap een bredere inbedding krijgt, stelt de wetgever. Er kan dan beter met expertise rekening worden gehouden. In een GMR is elke MR van de betrokken scholen vertegenwoordigd. Dat betekent niet dat van elke school een afgevaardigde in de GMR moet zitten. Voor de BBMR lijkt het ons aan te bevelen dat van elke GMR een afgevaardigde in de BBMR moet zitten. We stellen echter niet voor om dit verplicht voor te schrijven om de

mogelijkheid open te houden dat bijvoorbeeld vanwege kwaliteiten die in de BBMR van belang kunnen zijn dat hier toch van kan worden afgeweken door een niet GMR-lid te kiezen als BBMR-lid. Of dit mogelijk te maken in geval er geen of onvoldoende belangstelling vanuit GMR-leden zou zijn om zitting te nemen in de BBMR. Maar voor het goed functioneren van de medezeggenschapsstructuur heeft het de voorkeur dat er een 'linking-pin' is tussen BBMR en GMR door een lid dat in beide organen is opgenomen.

Willen de leden van de BBMR hun taak goed kunnen uitoefenen, is het van belang dat in de faciliteitenregeling voorzien zal moeten worden in voldoende faciliteiten.

Uit onze voorstellen om vast te leggen dat een BBMR wordt ingesteld als dat bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet, om aan de BBMR over bepaalde aangelegenheden bevoegdheden toe te kennen met uitsluiting van de bevoegdheden van de (G)MR's inclusief het beroepsrecht, volgt dat een BBMR op het centrale niveau een eigen positie inneemt en taak te vervullen heeft. Dat brengt ook met zich mee dat de leden van de BBMR bij de uitoefening van hun taak het belang van het geheel voor ogen moeten hebben staan. Zij zijn niet een 'loopjongen' van het orgaan van waaruit ze zijn gekozen. Het is natuurlijk wel logisch en zinvol dat er over en weer goede afstemming is tussen de verschillende medezeggenschapsorganen en dat een BBMR-lid zijn input ophaalt binnen het medezeggenschapsorgaan waaruit hij afkomstig is of die hij vertegenwoordigt. Maar omdat de BBMR eigen bevoegdheden heeft, zit een BBMR lid zonder last of ruggenspraak. Dit komt in de meeste gevallen tot uiting in het reglement waarbij dan sprake is van een verkiezing van een lid in de BBMR voor de duur van de zittingstermijn van de BBMR. Daarbij wordt aan het orgaan waarvan een (G)MR-lid afkomstig is, geen bevoegdheid tot (tussentijds) ontslag toegekend. Dat biedt zekerheid voor het BBMR-lid dat hij niet uit de BBMR tussentijds ontslagen zou kunnen worden door zijn (G)MR.

5.9 Toerekening/medeondernemerschap

Hiervoor hebben wij het met name gehad over hoe de medezeggenschapsstructuur vormgegeven zou moeten worden en hoe de positie van de BBMR in de Wms ingevuld zou kunnen worden. Deze aanbevelingen gaan over de wijze waarop de structuur van de medezeggenschap in de Wms wordt uitgewerkt.

In hoofdstuk 3 en 4 zijn wij daarnaast ook ingegaan op de wijze waarop medezeggenschapsorganen hun bevoegdheden ten aanzien van concrete besluiten kunnen uitoefenen bijvoorbeeld ten aanzien van het aangaan van een duurzame samenwerking. Daarbij is in hoofdstuk 4.3.2 uitgebreid aandacht besteed aan de begrippen die

in de medezeggenschapsrechtspraak op grond van de WOR zijn ontwikkeld, te weten toerekening en medeondernemerschap. In de rechtspraak zijn deze begrippen ontwikkeld in situaties waarbij er besluiten op een hoger niveau worden genomen zonder dat daarover enig medezeggenschapsorgaan wordt betrokken dan wel niet op een tijdstip voorafgaand aan het moment dat het besluit op dat hogere niveau wordt genomen. Met het oog op een goede toepassing van hetgeen de WOR beoogt, werd het noodzakelijk geacht om bepaalde (voorgenomen) besluiten, die op een hoger/ander niveau binnen de groep/het concern worden genomen, onder het bereik van de bevoegdheden van de OR te brengen. Dat kan via toerekening waarbij het besluit dat op een ander niveau wordt genomen aan de ondernemer wordt toegerekend, waardoor de vraag of dat besluit (over)genomen moet worden nog volledig onderwerp van advisering door de OR moet kunnen zijn. Het OR-advies moet daar dan nog wezenlijke invloed op kunnen hebben. Of het gaat om een besluit van een andere ondernemer door die andere ondernemer in de hoedanigheid van medeondernemer genomen. In dat geval kan daartoe niet worden besloten zonder dat de OR die is ingesteld voor de onderneming waar binnen de gevolgen van dit besluit merkbaar zullen gaan zijn in de gelegenheid is gesteld daarover zijn bevoegdheden uit te oefenen.

De behoefte aan deze oplossingen is met name ontstaan in situaties waar op het hoogste niveau besluiten worden genomen die een dochteronderneming raken en waar op dat moment geen medezeggenschap over plaatsvindt binnen de bestaande medezeggenschapsstructuur. Dit kan zijn omdat het hogere niveau buiten het bereik van de Nederlandse WOR valt. Maar het kan ook zijn dat op het hogere niveau een besluit wordt genomen dat alleen maar één onderneming raakt en daarmee niet onder de bevoegdheden valt van het centrale medezeggenschapsorgaan dat op het hoogste niveau is ingesteld.

Indien er sprake is van een personele unie en in het medezeggenschapsoverleg geregeld met petten wordt geschermd, in die zin dat de overlegpartner de ondernemingsraad erop wijst dat de OR niet gaat over een bepaald besluit, omdat dat door deze bestuurder is genomen in een andere hoedanigheid met een andere pet, dan kan het ook zijn dat er behoefte bestaat om met het oog op een goede toepassing van de wet daar doorheen te prikken.

In de Wms is dwingend wettelijk geregeld dat er een MR en een GMR moet komen en andere overkoepelende organen moeten ingesteld worden wanneer tenminste 2/3 van de medezeggenschapsorganen daarmee instemt of alle medezeggenschapsorganen.

In holdingstructuren in het onderwijs beschouwt het bevoegd gezag, de bestuurder op het hoogste niveau, het ook als zijn of haar taak om het overleg met een MR op een ander niveau te voeren wanneer het gaat over aangelegenheden waartoe de

bevoegdheden aan zeggenschapskant op het hoogste niveau liggen. In het medezeggenschapsstatuut wordt dit ook tot uiting gebracht. In gevallen waarin er sprake is van personele unies is het op dit moment zo dat bestuurders met hun verschillende petten op bij de verschillende overleggen met de verschillende medezeggenschapsraden betrokken zijn. Zij ervaren dit als inefficiënt. Dat is ook reden waarom er signalen afgegeven worden dat de Wms op dit punt gewijzigd zou moeten worden. Maar daarbij is er geen behoefte of gebruik, zo hebben wij de indruk gekregen, om besluiten dan buiten de bestaande medezeggenschapsorganen om te nemen of om te gaan schermen met de verschillende petten.

Zolang dat het beeld is van de praktijk, zien wij ook geen noodzaak om aan te bevelen om begrippen als toerekening en medeondernemerschap in de Wms in te bedden. Maar het kan zijn, al dan niet als gevolg van structuurwijzigingen, dat in een voorkomende situatie er toch debat ontstaat over de vraag of een besluit dat op een hoger niveau genomen moet worden onder de bevoegdheden van een MR op het niveau van de school ligt of niet. Een voorbeeld om dit te verduidelijken: twee bevoegde gezagsorganen van scholen richten een holding op. De holding geeft sturing aan het onderwijsproces en de financiële middelen van deze twee bevoegde gezagsorganen. De holding neemt een formeel besluit dat direct gevolgen heeft voor de formatie van de scholen bij een van de bevoegde gezagsorganen (en dus niet van gemeenschappelijk belang is voor de meerderheid van de scholen). Er is dus geen beslissingsruimte meer voor het bevoegd gezag. De Ondernemingskamer komt in zo'n geval tot de conclusie dat voor een goede toepassing van de WOR het besluit, dat op het hogere niveau werd genomen (lees: de holding), dient te worden toegerekend aan het bevoegd gezag. Het effect hiervan is dat het besluit van de holding wel als voornemen geformuleerd kan worden, maar het bevoegd gezag moet het voorgenomen besluit voorleggen aan de (G)MR voordat het besluit definitief genomen kan worden.

In dergelijke omstandigheden kan het begrippenkader zoals ontwikkeld op grond van de rechtspraak van de WOR ook relevant zijn voor interpretatie van de Wms. Dit kan dan gezien worden als een correctiemechanisme om met het oog op een goede toepassing van de Wms te waarborgen dat de medezeggenschap tot zijn recht kan komen. Het is dan aan de LCG en/of de Ondernemingskamer om daar in hun uitspraken aandacht aan te besteden en ruimte voor te creëren.

Tot op heden heeft de wetgever het niet nodig geacht om in het kader van de WOR deze in de rechtspraak ontwikkelde begrippen te codificeren. Juist ook omdat in de WOR de behoefte en de noodzaak aan deze leerstukken ogenschijnlijk veel groter is dan in het kader van de Wms, is er daarom eens te meer geen reden om aan te bevelen om deze leerstukken wel in de Wms te laten landen.

B. Andere aanpassingen in Wms

5.10 Instellen GMR en groepsmedezeggenschapsraad

In art. 4 Wms is geregeld dat wanneer het bevoegd gezag meer scholen in stand houdt er een GMR ingesteld moet worden. Er dient dan een GMR ingesteld te worden per soort scholen gerelateerd aan de van toepassing zijnde onderwijssectorwetgeving. Het bevoegd gezag kan één GMR instellen wanneer zowel scholen onder de WPO als de WEC in stand worden gehouden, bij instemming van twee derden van de leden van de desbetreffende MR's.

Er kan sprake zijn dat er een GMR voor de PO-scholen ingesteld moet worden en een GMR voor de VO-scholen als voorbeeld. Ten aanzien van scholen bedoeld in de WPO en de WEC maakt de laatste volzin van art. 4 lid 1 het mogelijk om een GMR in te stellen voor deze scholen (zie par. 3.1.2).

Verder kent de wet de mogelijkheid om een groepsmedezeggenschapsraad in te stellen (art. 20 lid 2 Wms) (zie 3.2). Die kan worden ingesteld voor een groep van scholen die onder één bestuur ressorteren. Voorwaarde hiervoor is dat 2/3 van de leden van de GMR moet instemmen met het instellen van een groepsmedezeggenschapsraad. Het is niet mogelijk om één groepsmedezeggenschapsraad voor po, wec en vo-scholen in te stellen.

We hebben hiervoor ten aanzien van de BBMR voorgesteld om bij de vraag of een BBMR ingesteld moet worden hetzelfde criterium te hanteren dat de WOR hanteert, namelijk indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR. Wij kunnen ons voorstellen dat indien dit criterium voor de BBMR wordt geïntroduceerd in de Wms er ook voor wordt gekozen om dit voor de GMR en de groepsmedezeggenschapsraad te gaan hanteren. Net als in de WOR wordt dan als uitgangspunt genomen dat de basis, de MR, wettelijk verplicht moet worden ingesteld. Voor de overige vormgeving van de medezeggenschapstructuur is er dan sprake van een geclausuleerde verplichting, namelijk indien het bevorderlijk is voor een goede toepassing van de Wms dient een dergelijk medezeggenschapsorgaan ingesteld te worden.

Verder hebben we t.a.v. de BBMR (zie 5.2) voorgesteld om ook bij in groepsverbanden van bevoegde gezagsorganen in een aparte bepaling de mogelijkheid tot het instellen van een BBMR mogelijk te maken. Ook ten aanzien van deze bepaling is het goed voorstelbaar om dit dan ook voor de GMR en de groepsmedezeggenschapsraad op vergelijkbare wijze te regelen.

Dit zou dan t.a.v. de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad leiden tot de volgende aanpassing van de Wms:

Art. 4 lid 1 vervangen door

Het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet dat twee of meer medezeggenschapsraden in stand houdt, stelt tevens voor de door hem in standgehouden scholen een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

Nieuw art. 4 lid 2 Wms:

Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen die tezamen twee of meer medezeggenschapsraden hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad.

T.a.v. groepsmedezeggenschapsraad zou de Wms dan als volgt aangepast kunnen worden:

Art. 20 lid 2 Wms eerste zin vervangen door:

Het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet dat twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden heeft ingesteld stelt tevens voor een door hem in standgehouden groep van scholen een groepsmedezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

Nieuw art. 20 lid 7 Wms:⁸³

Het tweede en vijfde lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen die tezamen twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing

⁸³ Hiervoor is in 5.3 t.a.v. de BBMR een nieuw artikel 20 lid 7 opgenomen. Indien besloten wordt ook voor de groepsmedezeggenschapsraad dezelfde normen van toepassing te laten zijn, dan komt deze tekst daarvoor in de plaats.

van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de groepsmedezeggenschapsraad of de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad

In 5.7 is al opgenomen, dat indien hiervoor wordt gekozen de verruiming van de geschillenregeling ten aanzien het al dan niet instellen van deze medezeggenschapsorganen van overeenkomstige toepassing te laten zijn. Dat houdt in dat belanghebbenden de bevoegdheid krijgen een dergelijk geschil bij de LCG en Ondernemingskamer aanhangig te maken.

Met deze tekstvoorstellen wordt het ook mogelijk in geval zowel PO als VO-scholen onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid van een holding-rechtspersoon vallen, op dat niveau een overkoepelend medezeggenschapsorgaan in te stellen. Omdat beide schooltypen onder de Wms vallen is dit met een dergelijke aanpassing van de Wms te regelen. Dit voorziet in een behoefte in geval er onderwerpen aan de orde zijn vanuit de eenheid van leiding binnen de holdingstructuur die schooltype overstijgend zijn; de strategische, bestuurlijke en financiële aansturing en de voor het onderwijs bepalende beleidskaders worden in zo'n geval door het bestuur van de holding bepaald. Indien de WOR van toepassing is op delen van een groep bijvoorbeeld op MBO-scholen of bij Integrale Kindcentra is het probleem complexer, omdat er dan twee wettelijke medezeggenschapsregelingen van toepassing zijn. Met name omdat voorzien is in verschillende vormen van geschilbeslechting zou er een keuze gemaakt moeten worden door de wetgever voor het van toepassing verklaren van een regiem op het overkoepelende medezeggenschapsorgaan. Wij stippen hier slechts aan dat ook daar behoefte aan bestaat, maar gaan er in dit advies niet verder op in. We verwijzen naar eerder hierover uitgebrachte adviezen.⁸⁴

5.11 Bevoegdheidsverdeling GMR en groepsmedezeggenschapsraad

In 5.4 is voorgesteld om de BBMR bevoegd te maken ten aanzien van aangelegenheden van gemeenschappelijke belang voor alle of de meerderheid van de scholen. Dit is een vertaling van het uitgangspunt dat de medezeggenschap de zeggenschap volgt. Indien de zeggenschap op een hoger niveau dan de MR is belegd, dient het medezeggenschapsorgaan op dat hogere niveau bevoegd te zijn, voor zover het aangelegenheden betreft die op zijn minst de meerderheid van de scholen betreffen. Tevens is voorgesteld om de mogelijkheid te creëren van deze wettelijke bevoegdheidsverdelingsnorm af te kunnen wijken, wanneer tenminste twee derden van de bevoegde gezagsorganen van de scholen en de betrokken medezeggenschapsraden dit ondersteunen.

⁸⁴ Brekelmans & Sperling (2020) en Van Schoonhoven (2020).

Indien deze norm voor de BBMR wordt gehanteerd is het de vraag of deze wijze van bevoegdheidsverdeling dan ook niet elders in de Wms zou moeten worden opgenomen. In art. 16 lid 1 is dezelfde norm reeds aan te treffen. Alleen zou dan de mogelijkheid tot het maken van andere afspraken daaraan toegevoegd moeten worden. Indien die ruimte op het hoogste niveau wordt gecreëerd is het wel vereist om dit ook op andere plekken in de Wms te regelen om te voorkomen dat er een wettelijke regeling bestaat waarbij er sprake is van dubbele bevoegdheden aan de kant van de medezeggenschap. In art. 16 lid 2 en 3 worden aan een GMR boven de uit lid 1 vloeiende bevoegdheden tevens bevoegdheden toegekend ten aanzien van een aantal met name genoemde aangelegenheden.⁸⁵ In lijn met de eerdere voorstellen zou het ook mogelijk gemaakt moeten worden om daarvan afwijkende afspraken te maken, wanneer dat wordt ondersteund door 2/3 van de bevoegde gezagsorganen en betrokken MR's.

Dit leidt dan tot het voorstel om aan art. 16 Wms een nieuw lid 4 toe te voegen dat zou kunnen gaan luiden:

Van de in voorgaande leden opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de GMR wordt ingesteld worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsraden.

Ook voor de groepsmedezeggenschapsraad zou dit op vergelijkbare wijze geregeld kunnen gaan worden. Omdat in art. 20 lid 2 Wms ten aanzien van de groepsmedezeggenschapsraad ervoor gekozen is om de bevoegdheden die op grond van art. 16 lid 1 Wms zijn overgegaan van MR's naar de GMR, om die vervolgens van de GMR over te laten gaan naar de groepsmedezeggenschapsraad. Wij denken dat deze U-bocht constructie het nodeloos ingewikkeld maakt en stellen daarom voor om dezelfde bevoegdheidsverdelingsnorm op te nemen in art. 20 Wms ten aanzien van de groepsmedezeggenschapsraad als voor de BBMR en de GMR.

Dit leidt dan tot het voorstel om aan art. 20 lid 2 (nieuw) na de in 5.11 voorgestelde tekst in plaats van de huidige tweede zin toe te voegen:

De groepsmedezeggenschapsraad treedt, indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen waarvoor de groepsmedezeggenschapsraad is ingesteld in plaats van

⁸⁵ Art. 16 lid 2 Wms over financieel beleid, verdeling middelen op bovenscholen en schoolniveau en benoeming ontslag schoolleiding. Art. 16 lid 3 Wms instemmingsrecht personeelsgeleding ten aanzien personeelsformatie voor werkzaamheden ten behoeve van meer dan een school.

de medezeggenschapsraden en/of de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad

Eveneens zou dan in lijn met het voorafgaande toegevoegd kunnen worden aan art. 20 Wms een bepaling met de mogelijkheid om met een twee derden meerderheid van de bevoegdheidsverdeling af te wijken. Zodat de mogelijk tot maatwerk ook hier wordt geboden.

Dit leidt dan tot het voorstel om aan art. 20 Wms een nieuw lid 8 toe te voegen, dat kan gaan luiden:

Van de in lid 2 opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de groepsmedezeggenschapsraad wordt ingesteld worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsorganen.

Indien deze voorstellen overgenomen worden, komt er meer eenheid in de regels die van toepassing zijn op het instellen van overkoepelende medezeggenschapsorganen boven de MR, als ook in de wijze waarop de bevoegdheden tussen de medezeggenschapsorganen worden verdeeld. Dit leidde bij ons tot de gedachte dat het dan logisch zou kunnen zijn om te komen tot een vereenvoudiging in het aantal overkoepelende medezeggenschapsorganen, die de Wms kent. Daar gaan we hierna in par. 5.13 op in.

5.12 Het begrip school in de Wms

Zoals uit de vorige paragrafen blijkt, kiezen wij voor flexibilisering van het instellen van medezeggenschapsorganen boven de MR, op vergelijkbare wijze als ook in de WOR is geregeld. Als gekeken wordt vanuit de WOR welke aanpassingen in de Wms ook nog zinvol zouden kunnen zijn, liepen we tegen de vraag op of het begrip school, gekoppeld aan het BRIN-nummer, nog wel uitgangspunt moet zijn voor de Wms. Uit de rechtspraak van de LGC WMS blijkt dat bij de beoordeling of er ingevolge van de Wms sprake is van een school bepalend is of daaraan een BRIN-nummer is toegekend. In veel gevallen zal dit niet tot problemen leiden omdat de school tevens de eenheid is waar het BRIN-nummer aan is toegekend. Maar het kan ook tot problemen leiden, zoals blijkt uit de voorbeelden genoemd in 3.8 en in het artikel van Jansen.⁸⁶ Jansen stelt voor deze problematiek op te lossen door in de Wms als definitie

⁸⁶ K. Jansen, 'Medezeggenschap in diversiteit', *NTOR 2020*, nr. 2, p. 48-67.

van school op te nemen: 'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin bekostigd onderwijs wordt gegeven op basis van het bepaalde in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs en de Experimentenwet onderwijs.'

Dit onderzoek concentreert zich op de bovenbestuurlijke problematiek van de inrichting van de medezeggenschap, en we zullen daarom op dit punt ook geen aanbevelingen doen, maar duidelijk is volgens ons wel dat nader onderzoek en door-denking verstandig is om te bezien of het begrip 'school' in de Wms op soortgelijke manier als het begrip 'onderneming' in de WOR moet worden omschreven.

C. Vermindering verschillende medezeggenschapsorganen in Wms

5.13 Logische volgende stap?

In de hiervoor onder a en b opgenomen paragrafen hebben we voorgesteld om op eenzelfde wijze als opgenomen in de WOR de instelling van overkoepelende medezeggenschapsorganen afhankelijk te maken van de vraag of instelling daarvan bevorderlijk is voor een goede toepassing van de wet binnen een holding of groep. Tevens hebben we voorgesteld om de wijze van de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende medezeggenschapsorganen op eenzelfde wijze vorm te geven. In lijn met het uitgangspunt dat de medezeggenschap de zeggenschap volgt, moeten zoveel als mogelijk de bevoegdheden aan de kant van de medezeggenschap komen te liggen op hetzelfde niveau waar de bevoegdheden liggen aan de kant van het bevoegd gezag. Maar dan wel in die gevallen waar het gaat om aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang voor alle scholen zijn of de meerderheid van de scholen. In andere gevallen moeten de bevoegdheden blijven bij de MR verbonden aan de school waar het besluit op betrekking heeft. Om maatwerk mogelijk te maken hebben we ook voorgesteld om afwijking van deze wettelijke bevoegdheidsnorm mogelijk te maken als twee derden van de bevoegde gezagsorganen en de medezeggenschapsorganen daarvoor is. We zijn van mening dat daarmee meer flexibiliteit in de Wms wordt ingebouwd die aansluit bij de diverse ontwikkelingen die binnen de onderwijssector waarneembaar zijn met betrekking tot samenwerkingsverbanden.

Kijkend naar het resultaat van onze voorstellen komen wij tot een vervolgvraag: is het dan ook niet logisch om een van de drie overkoepelende medezeggenschapsorganen die de Wms kent (GMR, groepsmedezeggenschapsraad en BBMR) te laten vervallen? Is niet voldoende om twee organen te onderscheiden? In navolging van de WOR zou dan gekozen kunnen worden voor de benaming: groepsmedezeggenschapsraad en centrale medezeggenschapsraad. Het onderscheidend verschil

tussen die twee is dan dat een centrale medezeggenschapsraad ingesteld dient te worden voor alle scholen die een bevoegd gezag of in groep verbonden bevoegde gezagen in stand houden. Een groepsmedezeggenschapsraad kan ingesteld worden voor een deel van de scholen die door een bevoegd gezag of in groep verbonden bevoegde gezagen in stand wordt gehouden. Dat kan betekenen dat er verschillende groepsmedezeggenschapsraden naast elkaar kunnen bestaan. Daarmee zou de huidige GMR en de groepsmedezeggenschapsraad kunnen worden vervangen door een groepsmedezeggenschapsraad met de bevoegdheden zoals omschreven in deze voorstellen.

Omdat deze volgens ons logische stap wel ruim buiten het bereik van onze opdracht ligt, volstaan met deze suggestie hier op te nemen. We hebben deze niet omgezet in concrete voorstellen voor tekstaanpassing van de Wms. Dat zal dan overigens voornamelijk gaan om het schrappen van enkele bepalingen.

5.14 Samenvatting van de aanbevelingen

In bovenstaande hebben wij als resultaat van het door ons verricht onderzoek aangegeven op welke onderdelen aanpassing van de Wms zou kunnen worden overwogen met betrekking tot vormgeven van de medezeggenschap bij holdings in het onderwijs. Dit komt neer op de navolgende aanbevelingen tot aanpassing van de Wms:

Ten aanzien de boven bestuurlijke medezeggenschap (onderdeel A):

- de mogelijkheid tot het instellen van een BBMR open te stellen voor situaties waarbij één bevoegd gezag meerdere scholen in standhoudt alsook daar waar in groep verbonden bevoegde gezagen gezamenlijk meer scholen in standhouden (zie 5.2);
- de vraag of er een BBMR ingesteld moet worden te koppelen aan het criterium of dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de Wms binnen de groep/samenwerkingsverband (zie 5.3);
- hetzelfde criterium met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheden als ook geldt voor een GMR en een groepsmedezeggenschapsraad van toepassing te verklaren op de BBMR, dit wil zeggen dat deze bevoegd is voor aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle of de meerderheid van de scholen waarvoor de BBMR is ingesteld. Daar zou aan toegevoegd kunnen worden tenzij er bij de instelling van de BBMR andersluidende afspraken over

gemaakt zijn. Dit om meer maatwerk mogelijk te maken gezien het feit dat er verschillen zijn in de bevoegdheidsverdeling en structuur binnen holdingstructuren (zie 5.4);

- de bepaling dat een BBMR voor maximaal twee jaar kan worden ingesteld schrappen (zie 5.5);
- de geschillenregelingen van de Wms van overeenkomstige toepassing op de BBMR verklaren (zie 5.6);
- geschillen over een besluit tot instelling of opheffing van een BBMR zouden door belanghebbenden bij de LCG en Ondernemingskamer aanhangig gemaakt moet kunnen worden (zie 5.7);
- als beginsel dat van elke GMR een afgevaardigde in de BBMR moet zitten, met mogelijkheid van afwijking vanwege kwaliteiten die in de BBMR van belang kunnen zijn of in geval er geen of onvoldoende belangstelling vanuit GMR-leden zou zijn om zitting te nemen in de GMR (zie 5.8).

Andere aanpassingen in Wms (onderdeel B)

- We bevelen vervolgens aan om, wanneer de voorafgaande aanbevelingen worden overgenomen, een aantal bepalingen over de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad en de groepsmedezeggenschapsraad op vergelijkbare wijze aan te passen. Dit komt neer op:
 - de mogelijkheid tot instellen van deze medezeggenschapsorganen open te stellen wanneer één bevoegd gezag meerdere scholen in standhoudt alsook daar waar in groep verbonden bevoegde gezagsorganen gezamenlijk meer scholen in standhouden mogelijk te maken en daarbij als criterium opnemen dat daartoe moet worden overgegaan indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van de betrokken scholen (zie 5.10)
 - de verruiming van de mogelijkheid om een geschil aanhangig maken over een besluit tot het instellen of opheffen van een GMR of groepsondernemingsraad door de rechtsingang open te stellen voor belanghebbenden (zie 5.7)
 - dezelfde norm ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling hanteren voor GMR en groepsmedezeggenschapsraad, waar deels al sprake van is. Dit komt er met name op neer dat op vergelijkbare wijze de mogelijkheid wordt geboden om

andersluidende afspraken te maken (zie 5.11)

- Tijdens het onderzoek zijn we ook aangelopen tegen de problematiek van het begrip school in de Wms en of dit niet zou moeten worden aangepast. We hebben gemeend hierover in dit advies geen uitspraak te doen. Wel bevelen we aan dit vraagstuk nader te laten onderzoeken.

Vermindering van verschillende medezeggenschapsorganen in Wms (onderdeel C)

Aan het slot van ons onderzoek hebben we erop gewezen dat indien de aanbevelingen onder A en B worden overgenomen, het ons dan ook een logische volgende stap lijkt te zijn om het aantal verschillende medezeggenschapsorganen in de Wms terug te brengen. Volstaan zou dan kunnen worden met twee overkoepelende medezeggenschapsorganen, te weten: een groepsmedezeggenschapsraad en een centrale medezeggenschapsraad (zie 5.13).

Wij hebben bovenstaande aanbevelingen (onderdelen A en B) tevens vertaald in mogelijke aanpassingen van bepalingen in de Wms. Deze zijn in dit hoofdstuk opgenomen en in bijlage 2 bij dit advies in een overzicht samengebracht.

Literatuurlijst

Bos, te, School en Wet 1997/8, p. 2-6

N.L.P. te Bos, 'Het dichten van een medezeggenschaps gat bij bovenbestuurlijke besluitvorming', *School en Wet*, 1997-8, p. 2-6.

Brakel e.a., 2016.

J. van Brakel, P. Huisman, J. Kleingeld & S. Stellingwerf, *Bestuurlijke constructen in het funderend onderwijs*, Rotterdam: Ecorys, 2016

Bijman e.a., 2020

D. Bijman, P. Huisman, B. Dekker & K. van Bergen, *Bestuurlijke constructen in het funderend onderwijs*, Amsterdam: Regioplan 2020

Brekelmans & Noorlander, 2001

F.H.J.G. Brekelmans en C.W. Noorlander, *Bovenbestuurlijke medezeggenschap per convenant. Een juridisch onderzoek naar de mogelijkheid van bovenbestuurlijke medezeggenschap per convenant in het kader van de samenwerkingsverbanden-WSNS -en VO-VSO*, Utrecht:AOb, 2001 (Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen).

Brekelmans & Sperling, 2017

F.H.J.G. Brekelmans en J. Sperling, *Advies medezeggenschap in integrale kindcentra*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2017

Brekelmans, School en Wet 2007/3, p. 11-19

F.H.J.G. Brekelmans, 'De Wet medezeggenschap op scholen. Bevoegdheden, medezeggenschapsstatuut en bovenbestuurlijke medezeggenschap', *School en Wet*, 2007-3, p. 11-19.

Cluitmans & de Bont

A. Cluitmans-Souren en M. de Bont, 'Bovenbestuurlijke besluitvorming en medezeggenschap', *Medezeggenschap in het onderwijs*, Samsom, Alphen aan den Rijn (losbladig).

Dissel & Zaal, 2019

Y.H. Dissel en I. Zaal, 'Elders genomen besluiten en het adviesrecht van de OR (toerekening, vereenzelviging, medeondernemerschap)', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra, *40 Jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019

Hamers, Schwarz & Zaman (red.), 2018

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz, D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging - Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Paris, 2018

Inspectie van het Onderwijs, 2018

Inspectie van het Onderwijs, *Rapport van een specifiek onderzoek naar de bestuurlijke samenwerking tussen stichting Dollard College en stichting RSG de Borgen*, Utrecht: Inspectie van het Onderwijs, 2018

Jansen, NTOR 2020/2, p. 48-67

K. Jansen, 'Medezeggenschap in diversiteit', NTOR 2020, nr. 2, p. 48-67.

Kaar, van het, 2019

R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, editie 2019.

Neijzen, School en Wet 1993/9, p. 177-

M. Neijzen, 'Juridisch vormgeven aan samenwerking en fusie', *School en Wet*, 1993-9, p. 177

Schoonhoven, R. van, 2020

Enerzijds, anderzijds. Scenario's voor de regulering van medezeggenschap vmbombo, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2020 (m.m.v. F.H.J.G. Brekelmans).

Sperling, 2018

J. Sperling, *De Wet medezeggenschap op scholen toegelicht*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2020, 5e herziene druk (bewerkt door F.H.J.G. Brekelmans).

Vugt, van, School en Wet 1998/1, p. 7-14

C.A.M. van Vugt, 'Wmo 1992 aanpassen aan ontwikkelingen', *School en Wet*, 1998-1, p. 7-14.

Zaal, 2014

I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014 (Monografieën Sociaal Recht nr. 63). (MSR nr. 63) 2014/4.6.

Bijlage 1:

Verschillen tussen Wms en WOR

Kernbegrippen	Wms	WOR
Op wie rust verplichting medezeggenschapsorgaan in te stellen?	Bevoegd gezag: -openbaar onderwijs: college van B&W/gemeenschappelijke regeling, openbare rechtspersoon/Stichting -bijzonder onderwijs: private rechtspersoon.	De ondernemer: -de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt
Waarvoor wordt medezeggenschapsorgaan ingesteld?	School: Een basisschool of school voor speciaal basis- onderwijs of voor voortgezet onderwijs tenzij het tegendeel uit de wet blijkt.	Onderneming: Elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht
Wie voert het overleg met medezeggenschapsorgaan?	Bevoegd gezag (art. 6 lid 1) In het medezeggenschapsstatuut wordt geregeld wie het bevoegd gezag vertegenwoordigt in het overleg, is meestal de schoolleiding (directeur of rector)	Bestuurder: Hij die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid
Wie is in medezeggenschapsorgaan vertegenwoordigd?	Ouders/leerlingen en personeel	In onderneming werkzame personen

Medezeggenschapsorganen	Wms	WOR
Welke medezeggenschapsorganen kent de wet?	<ul style="list-style-type: none"> -Medezeggenschapsraad (MR, art 4) -Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad (GMR, art. 4) -Ondersteuningsplanraad (OPR, art. 4a) -Deelraden (DR, art. 20 lid 1) -Groepsmedezeggenschapsraad (GroepsMR, art. 20 lid 2) -Themaraad (TR, art. 20 lid 4) -Bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (BBMR, art. 20 lid 5 en 25) 	<ul style="list-style-type: none"> -Ondernemingsraad (OR, art. 2) -Gemeenschappelijke ondernemingsraad (GemOR, art. 3) -Centrale ondernemingsraad (COR, art. 33 lid 1) -Ondernemingsraad ingesteld ogv art.4 WOR voor eenheid die geen onderneming is. -Groepsondernemingsraad (GOR, art. 33 lid 2) -Vaste commissie (VC, art. 15 lid 2) -Onderdeelcommissie (art.15 lid 3) -Centrale ondernemingsraad (COR, art. 33 lid 1)
Wanneer dient medezeggenschapsorgaan ingesteld te worden?	<ul style="list-style-type: none"> -MR per school -GMR: wanneer bevoegd gezag meer scholen in stand houdt. Instellen voor alle scholen -OPR: het samenwerkingsverband dient een OPR in te stellen 	<p>OR: in de regel meer dan 50 werknemers GemOR: een ondernemer of groep ondernemers meer ondernemingen met 50 wkn, en bevorderlijk is voor goede toepassing WOR</p> <p>COR: een ondernemer of groep ondernemers. Instellen voor alle ondernemingen als bevorderlijk is voor goede toepassing WOR</p>

Medezeggenschapsorganen	Wms	WOR
<p>Wanneer dient medezeggenschapsorgaan ingesteld te worden?</p>	<p>-DR: op verzoek MR (2/3 meerderheid) en instemming bevoegd gezag voor een deel van school</p> <p>-GroepsMR, op verzoek GMR (2/3 meerderheid) en instemming bevoegd gezag voor een groep scholen</p> <p>-TR: op verzoek (G)MR (2/3 meerderheid) en instemming bevoegd gezag voor bepaald thema</p> <p>-BBMR: facultatief indien (G)MR's ermee instemmen. Steeds na 2 jaar verlengingsbesluit vereist</p>	<p>-OC: door OR als redelijkerwijs nodig is voor taak OR voor onderdeel onderneming</p> <p>-GOR: een ondernemer of groep ondernemers. Instellen voor ondernemingen in groep als bevorderlijk is voor goede toepassing WOR</p> <p>-VC: door OR als redelijkerwijs nodig is voor taak OR voor bepaald thema</p> <p>-COR: een ondernemer of groep ondernemers. Instellen voor alle ondernemingen als bevorderlijk is voor goede toepassing WOR</p>
<p>Hoe zijn bevoegdheden verdeeld tussen organen?</p>	<p>-MR: bevoegdheden op basis Wms, cao en medezeggenschapsstatuut. Onderscheiden bevoegdheden personeelsgeleding en ouders/leerlingen</p> <p>-GMR: bevoegdheden MR-en gaan van rechtswege over t.a.v aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle scholen of meerderheid van de scholen</p> <p>-DR: alle bevoegdheden MR die betrekking hebben op die nevenvestiging</p>	<p>OR: bevoegdheden op basis wet en evt. cao en ondernemingsovereenkomst GemOR: idem</p> <p>COR: bevoegdheden MR-en gaan van rechtswege over t.a.v aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle ondernemingen of meerderheid van ondernemingen</p> <p>-OC: bevoegdheden die OR delegeert in instellingsbesluit. Meestal alle aangelegenheden onderdeel betreffend. Beroepsrecht valt erbuiten.</p>

Medezeggenschapsorganen	Wms	WOR
<p>Hoe zijn bevoegdheden verdeeld tussen organen?</p>	<p>-GroepsMR: neemt bevoegdheden GMR over t.a.v aangelegenheden groep m.u.v adviesrecht financieel beleid (art. 16 lid 2) en instemmingsrecht formatie (art. 16 lid 3)</p> <p>-TR: bevoegdheden MR t.a.v thema. Omvang te bepalen in medezeggenschapsreglement, kan ook bevoegdheid tot starten geschillenprocedure omvatten.</p> <p>-BBMR: In Wms niet geregeld welke bevoegdheden BBMR overgaan. Afhankelijk van te maken afspraken, die instemming alle (G)MR's en elk bevoegd gezag vereist. Bevoegdheid om geschil bij LCGC aanhangig te maken kan niet worden overgedragen</p>	<p>-GOR: bevoegdheden MR-en gaan van rechtswege over t.a.v aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle ondernemingen of meerderheid van ondernemingen in groep</p> <p>-VC: bevoegdheden die OR delegeert in instellingsbesluit. Kan voorbereidend zijn voor OR of advies/instemmingsbevoegdheid uitoefenen namens OR. Beroepsrecht valt erbuiten.</p> <p>-COR: bevoegdheden MR-en gaan van rechtswege over t.a.v aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle ondernemingen of meerderheid van ondernemingen</p>

Bijlage 2:

Voorgestelde aanpassingen wettekst Wms

T.a.v. Bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad

Art. 20 lid 5 Wms vervangen door:

Het bevoegd gezag⁸⁷ als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet onderwijs dat twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden, groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden heeft ingesteld stelt tevens voor de door hem in standgehouden scholen een bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

De bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad treedt, indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen waarvoor de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad is ingesteld, in plaats van de groepsmedezeggenschapsraad, gemeenschappelijke medezeggenschapsraad en/of medezeggenschapsraden.

Nieuw art. 20 lid 6 Wms:

Van de in lid 5 opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de BBMR wordt ingesteld worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsorganen

Nieuw art. 20 lid 7 Wms:

Het vijfde lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen⁸⁸ die tezamen twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden, groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden

⁸⁷ Zie ook opmerking aan het slot van par. 5.3 dat dit tekstvoorstel het ook nodig maakt om de definitie van het begrip bevoegd gezag in art. 1 sub e Wms aan te passen.

⁸⁸ Zie ook opmerking aan het slot van par. 5.3 dat dit tekstvoorstel het ook wenselijk maakt om de definitie van het begrip bevoegd gezag in art. 1 sub e Wms aan te passen.

hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad.

Laten vervallen van art. 25 lid 1 Wms

Art. 37 Wms

Aan huidige tekst aan slot toevoegen:

en de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad als bedoeld in art. 20 lid 5.

T.a.v. Gemeenschappelijke medezeggenschapsraad

Art. 4 lid 1 vervangen door

Het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet dat twee of meer medezeggenschapsraden in stand houdt stelt tevens voor de door hem in standgehouden scholen een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

Nieuw art. 4 lid 2 Wms:

Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen die tezamen twee of meer medezeggenschapsraden hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad

Nieuw art. 16 lid 4 Wms

Van de in voorgaande leden opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de GMR wordt ingesteld worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsraden.

T.a.v. Groepsmedezeggenschapsraad

Art. 20 lid 2 Wms eerste zin vervangen door:

Het bevoegd gezag als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het Voortgezet onderwijs of de Experimentenwet dat twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden heeft ingesteld stelt tevens voor een door hem in standgehouden groep van scholen een groepsmedezeggenschapsraad in, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van deze wet ten aanzien van deze scholen.

De groepsmedezeggenschapsraad treedt, indien het aangelegenheden betreft die van gemeenschappelijk belang zijn voor alle scholen of voor de meerderheid van de scholen waarvoor de groepsmedezeggenschapsraad is ingesteld in plaats van de medezeggenschapsraden en/of de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad

Nieuw art. 20 lid 7 Wms:⁸⁹

Het tweede en vijfde lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van in groep verbonden bevoegde gezagen die tezamen twee of meer gemeenschappelijke medezeggenschapsraden, groepsmedezeggenschapsraden en/of medezeggenschapsraden hebben ingesteld. De bevoegde gezagen wijzen uit hun midden een tot hun groep behorend bevoegd gezag aan, die voor de toepassing van deze wet namens hen als het bevoegd gezag optreedt ten opzichte van de groepsmedezeggenschapsraad of de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad.

Nieuw art. 20 lid 8 Wms:

Van de in lid 2 opgenomen bevoegdheidsverdeling kan worden afgeweken door afspraken die door tenminste twee derden van de bevoegde gezagen van de scholen waarvoor de groepsmedezeggenschapsraad wordt ingesteld worden onderschreven als ook door tenminste twee derden van de betrokken medezeggenschapsorganen. T.a.v. geschillen over instellen GMR, Groepsmedezeggenschapsraad of BBMR

Toevoegen aan art. 35 Wms als nieuw lid 3

Iedere belanghebbende kan de commissie verzoeken te bepalen dat een besluit van

⁸⁹ Hiervoor is t.a.v. de BBMR een nieuw artikel 20 lid 7 opgenomen. Indien besloten wordt ook voor de groepsmedezeggenschapsraad dezelfde normen van toepassing te laten zijn, dan komt deze tekst daarvoor in de plaats.

het bevoegd gezag om al dan niet over te gaan tot instelling van een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (art. 4, eerste lid), een groepsmedezeggenschapsraad (art. 20, tweede lid) of bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad (art. 20, vijfde lid) strijdig is met hetgeen daarover is bepaald in deze Wet.

De belanghebbende dient dit geschil binnen zes weken nadat het besluit door het bevoegd gezag is genomen aan de commissie voor te leggen.

Bijlage 3: Deelnemers Expertmeeting

mw. I. Janssen	voorzitter CvB Ambion Holding
mw. S. Stokman	adviseur (Stokman juridisch advies)
dhr. W. Hoetmer	voorzitter CvB Veluwse onderwijsgroep
dhr. M. Koning	beleidsadviseur medezeggenschap (AOB)
dhr. K. Janssen	jurist (Verus)
dhr. J. Streefkerk	Advocaat (Van Doorne, apart telefonisch interview)



Postbus 85191
3508 AD Utrecht
www.onderwijsgeschillen.nl



Onderwijsgeschillen