

# ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1685

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	17-07-2012
Datum publicatie	17-07-2012
Zaaknummer	200.107.415
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	uitspraak Ondernemingskamer d.d. 17 juli 2012 Deelraad van de OBS De Zwanenburcht / Stichting voor Openbaar Primair Onderwijs Regio Alphen aan den Rijn
Wetsverwijzingen	Wet medezeggenschap op scholen Wet medezeggenschap op scholen 20 Wet medezeggenschap op scholen 21 Wet medezeggenschap op scholen 22 Wet medezeggenschap op scholen 36
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl ARO 2012/118 TRA 2012/79 met annotatie van I. Zaal JONDR 2012/1016 Onderwijs Totaal 2012/6 ROR 2012/4 JIN 2012/152 met annotatie van E. van Vliet AR-Updates.nl 2012-0687 OR-Updates.nl 2012-0156 VAAN-AR-Updates.nl 2012-0687

## Uitspraak

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM  
ONDERNEMINGSKAMER

ARREST in de zaak met nummer 200.107.415/01 OK van

1. DE DEELRAAD VAN DE OBS DE ZWANENBURCHT,
2. DE PERSONEELSGELEDING VAN DE DEELRAAD VAN DE OBS DE ZWANENBURCHT
3. DE OUDERGELEDING VAN DE DEELRAAD VAN DE OBS DE ZWANENBURCHT

alle gevestigd te Zwammerdam, gemeente Alphen aan den Rijn,

EISERS,

advocaat: mr. W.H. Hogerzeil, kantoorhoudende te Amsterdam,

t e g e n

de stichting

STICHTING VOOR OPENBAAR PRIMAIR ONDERWIJS REGIO ALPHEN AAN DEN RIJN,

gevestigd te Alphen aan den Rijn,  
GEDAAGDE,  
advocaat: mr. J. Schutter, kantoorhoudende te Almere.

## 1. Het verloop van het geding

1.1 Eisers zullen hierna afzonderlijk de deelraad, de personeelsgeleding en de oudergeleding worden genoemd en gezamenlijk de deelraad c.s. Gedaagde zal worden aangeduid als de stichting.

1.2 Bij inleidende dagvaarding van 21 mei 2012 hebben de deelraad c.s. gevorderd dat de Ondernemingskamer bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 Wet medezeggenschap op scholen (WMS)

primair:

a. voor recht verklaart dat de stichting op 7 november 2011 een nietig besluit heeft genomen tot sluiting van de OBS De Zwanenburcht per 1 augustus 2012 wegens het niet in acht nemen van de bij wet gestelde eisen en de stichting te gelasten het besluit tot sluiting van de OBS De Zwanenburcht in te trekken.

b. de stichting gelast bij het opnieuw te nemen sluitingsbesluit als bedoeld onder a ten opzichte van de deelraad c.s. binnen vijf werkdagen na de datum van dit arrest, althans binnen een nader door de Ondernemingskamer te bepalen termijn, de artikelen 8, 11c, 12 lid 1 a, 13a, 15, 17 WMS na te leven, op straffe van een dwangsom van 1.000 per dag dat zij nalaat een of meer van de genoemde artikelen na te leven, met een maximum van 25.000;

c. voor recht verklaart dat de stichting verplicht is aan de deelraad c.s. te vergoeden alle redelijkerwijs noodzakelijke kosten nader op te maken bij staat, doch in ieder geval omvattende de kosten blijkend uit de declaraties van mr. W.H. Hogerzeil van 10 januari 2012, 16 februari 2012 en 22 maart 2012, verbonden aan de door mr. Hogerzeil verrichte werkzaamheden ten aanzien van de advisering van de deelraad c.s. over hun medezeggenschapsrechten ter zake van het geschil over de sluiting van De Zwanenburcht;

d. voor recht te verklaren dat de stichting verplicht is aan de deelraad c.s. te vergoeden alle kosten verbonden aan de door mr. Hogerzeil verrichte en nog te verrichten werkzaamheden met betrekking tot de onderhavige procedure;

en subsidiair, voor zover zou blijken dat geen geldig vastgesteld medezeggenschapsstatuut bestaat:

a. zelf recht doende op de voet van artikel 22 e WMS een kostenregeling treft met betrekking tot de terzake redelijkerwijs noodzakelijke advieskosten en de kosten van de onderhavige procedure in het kader van artikel 28 lid 2 WMS;

b. dan wel, voor het geval de Ondernemingskamer niet bevoegd is de onder a bedoelde regeling te treffen, de stichting gelast de artikelen 21 en 22 WMS (vaststellen statuut en faciliteitenregeling) na te leven;

c. a en b subsidiair met instandhouding van de primaire vorderingen sub a en b;

een en ander met veroordeling van de stichting in de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten.

1.3 Bij conclusie van antwoord heeft de stichting verweer gevoerd en geconcludeerd dat de deelraad c.s. in hun vorderingen niet ontvankelijk zijn althans dat hun vorderingen dienen te worden afgewezen.

1.4 De deelraad c.s. hebben bij akte nadere producties in het geding gebracht.

1.5 Op 5 juli 2012 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben zowel de stichting als de deelraad c.s. nadere, tevoren aan de Ondernemingskamer en aan de wederpartij toegezonden producties in het geding gebracht. Beide partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

1.6 Partijen hebben arrest gevraagd.

## 2. De feiten

Op grond van hetgeen partijen enerzijds hebben gesteld en anderzijds niet of onvoldoende gemotiveerd hebben betwist en hetgeen zij hebben verklaard bij gelegenheid van de comparitie van partijen staat tussen hen het volgende vast.

2.1 De stichting houdt, als uitvloeisel van een gemeenschappelijke regeling van zes gemeenten in de regio Alphen aan den Rijn, 20 basisscholen gelegen in deze regio in stand en vormt daarvan het bevoegd gezag. De stichting kent een bestuur, waarvan J. de Roode als directeur deel uitmaakt en een toezichthoudend orgaan waarin vertegenwoordigers van de desbetreffende gemeenten zitting hebben, het gemeenschappelijk orgaan (hierna het GO). Een van de door de stichting in stand gehouden scholen is basisschool De Wereldwijzer. De Wereldwijzer heeft naast een gelijknamige locatie in Alphen aan den Rijn onder meer een locatie te Zwammerdam, genaamd De Zwanenburcht. Tot (in elk geval) 1 augustus 2012 heeft De Zwanenburcht de status van nevenvestiging als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs (WPO). Tot 2004 was De Zwanenburcht een zelfstandige school en heette de Julianaschool.

2.2 Artikel 85 WPO bepaalt voor zover hier van belang dat de bekostiging van een nevenvestiging van een school een aanvang neemt met ingang van 1 augustus indien de nevenvestiging overeenkomstig artikel 158 WPO voldoet aan één van de normen voor bekostiging genoemd in dat artikel. Artikel 158 WPO bepaalt voor zover hier van belang dat een nevenvestiging wordt opgeheven indien de nevenvestiging gedurende drie achtereenvolgende schooljaren op de teldatum 1 oktober niet heeft voldaan aan de voorwaarde dat het aantal leerlingen van de nevenvestiging ten minste 50 bedraagt. De Zwanenburcht voldeed op 1 oktober 2011 voor het derde achtereenvolgende jaar niet aan deze voorwaarde.

2.3 Het bestuur van de stichting heeft tijdens een overleg met het GO op 31 oktober 2011 te kennen gegeven voornemens te zijn twee schoollocaties (waaronder De Zwanenburcht) te sluiten. Bij brief van 7 november 2011 hebben B&W van de gemeente Alphen aan den Rijn de gemeenteraad naar aanleiding van dit overleg onder meer als volgt geïnformeerd:

“Met ingang van augustus 2012 stoot [de stichting] twee locaties af. Eén van deze locaties is () De Zwanenburcht (). Deze locatie verkeert voor het derde achtereenvolgende jaar onder de opheffingsnorm. () De rijksbekostiging komt hiermee per augustus 2012 te vervallen. Behoud van deze locatie binnen [de stichting] zou de financiële problematiek verergeren. Het college ervaart deze keuze als pijnlijk, gezien ons beleid op ondersteuning van kleine kernen. Het is ons echter bekend dat het bestuur van [de stichting] alle opties heeft onderzocht om deze keuze niet te hoeven maken. Wij zien evenmin een realistisch alternatief.”

2.4 De notulen van de “MR vergadering OBS De Zwanenburcht” van 7 november 2011 houden onder meer in:

“De Roode deelt mede, dat het hem spijt te moeten zeggen, maar geen andere mogelijkheid ziet: De Zwanenburcht zal miv augustus 2012 worden gesloten.

Als reden wordt hiervoor aangegeven, dat het leerlingen aantal al geruime tijd onder de grens van 50 ligt. Het is daardoor niet mogelijk voor de Stichting om de kwaliteit van onderwijs te garanderen op de manier zoals de leerlingen van De Zwanenburcht gewend zijn om te ontvangen.

() De Roode geeft aan dat de MR heeft hierin geen instemmingsrecht/adviesrecht.

De Roode stelt dat er niets meer aan het Besluit gedaan kan worden.

() De Roode heeft uitgelegd dat, de school in 3 opeenvolgende jaren het leerlingen aantal van minder dan 50 leerlingen heeft gehad, de volledige rijksfinanciering komt te vervallen voor alle leerlingen van deze school. Daardoor is [de stichting] niet meer in staat de financiering van de school te bekostigen.”

2.5 Bij brief van 8 november 2011 heeft de stichting de ouders van de leerlingen van De Zwanenburcht medegedeeld dat de school met ingang van 1 augustus 2012 zal sluiten en de ouders uitgenodigd voor een ouderavond op 9 november 2011.

2.6 Bij brief van 13 november 2011 heeft S.W.J. Puister (hierna Puister) namens "de MR OBS De Zwanenburcht", aan de stichting onder meer geschreven:

"Naar aanleiding van de ( ) MR-vergadering van ( ) 7 november 2011, waarin u ons mededeelde dat ( ) de stichting ( ) heeft besloten de Zwanenburcht te gaan sluiten per 1 augustus 2012, wil ik u er op wijzen dat wij als MR adviesrecht hadden op het voorgenomen besluit.

Wij als MR geven een negatief advies op het besluit ( ). Er is geen enkele onderbouwing van dit besluit aan ons verstrekt anders dan een mondelinge toelichting ( ) op 7 november 2011.

We zullen zo spoedig mogelijk het geschil met u, met betrekking tot het onthouden van adviesrecht van de MR, aan de geschillencommissie voorleggen.

Wij verzoeken u dan ook de volgende zaken binnen 5 werkdagen ( ) aan ons te verstrekken ( ):

Een onderbouwing van het besluit en alle daaraan ten grondslag liggende stukken ( ).

Een financiële onderbouwing/begroting schooljaar 2012-2013 van OBS de Zwanenburcht.

Informatie over de financiën die het bestuur ontvangt van de minister voor het jaar 2012/ 2013 voor OBS de Zwanenburcht.

Een onderzoek waaruit blijkt dat gekeken is naar de gevolgen van het besluit voor de leerkrachten, leerlingen en ouders.

( ) volgens u [kan] de kwaliteit van het onderwijs op een locatie met minder dan 40 leerlingen niet worden gegarandeerd. Graag ontvangen we een kopie van het onderzoek waarop u deze stelling baseert.

De begrotingen van de Zwanenburcht schooljaar 2010-2011 en 2011-2012

( )

Voorts verzoeken wij u de bekostiging te regelen van de kosten voor inhuur van een of meerdere externe deskundige(n) conform Artikel 28 lid 2 (WMS). Tevens verzoek ik u alle wettelijke verplichtingen conform artikel 8 van de WMS na te komen (met terug werkende kracht)."

2.7 Bij brief van 23 november 2011 hebben B&W van de gemeente Alphen aan den Rijn de gemeenteraad nader geïnformeerd over het besluit van de stichting tot sluiting van De Zwanenburcht. De brief houdt onder meer in:

"Het bestuur van [de stichting] heeft het besluit om de Zwanenburcht te sluiten weloverwogen en niet lichtzinnig genomen. ( ) Helaas hebben alle inspanningen om de Zwanenburcht open te houden geen ander besluit als gevolg. ( )

Voor rijksbekostiging ( ) geldt specifieke wet- en regelgeving die het onmogelijk maakt de bekostiging te behouden. ( ) Ook voor verschillende uitstel- en uitzonderingsregelingen binnen de onderwijswetgeving komt OBS De Zwanenburcht niet in aanmerking.( )

[De stichting] heeft verschillende mogelijkheden onderzocht om de bekostiging van het rijk te behouden. Bijvoorbeeld een bestuurlijke samenwerking om te komen tot een samenwerkingschool met SCOPE scholengroep, die ook een locatie heeft in Zwammerdam. Het resultaat van deze gesprekken was uiteindelijk niet succesvol, beide besturen hebben vanuit hun denominatie een andere visie op onderwijs die niet verenigbaar bleek."

2.8 Bij brief van 28 november 2011 aan de stichting heeft Puister "namens de MR OBS De Zwanenburcht" geklaagd over het uitblijven van een reactie op zijn brief van 13 november 2011. De brief houdt voorts in

dat de deelraad mr. W.H. Hogerzeil zal inschakelen als externe deskundige en dat diens uurtarief 265 exclusief 8% bureaunkosten en BTW bedraagt en dat hij schat tien uur nodig te hebben om zich in te lezen.

2.9 Bij e-mail van 2 december 2011 heeft De Roode namens de stichting aan Puister onder meer geschreven:

"Wij betreuren het zeer dat wij niet langer in staat zijn basisschool De Zwanenburcht () open te houden. () De stichting () is overgegaan tot het voorgenomen besluit () omdat het niet langer financieel verantwoord was een locatie met 36 leerlingen per 1 augustus 2012 open te houden. () Onderwijskundig is het niet wenselijk met 1 ½ groep te gaan werken. Daarnaast is het zo dat de stichting voor de exploitatie van een dislocatie geen gelden ontvangt. ()

Voor de leerkrachten in vaste dienst is er een baangarantie binnen de stichting. () Voor de leerlingen zal in overleg met de schoolleiding, de interne begeleider van de school, de leerkrachten en schoolleiding van andere scholen gezocht worden naar de beste plekken voor de kinderen op andere scholen. ()

Hierbij verzoek ik de MR van de Zwanenburcht advies uit te brengen over het voorgenomen besluit om de dislocatie De Zwanenburcht () per 1 augustus 2012 te sluiten."

2.10 Bij brief van 15 december 2011 aan de stichting heeft mr. Hogerzeil namens de deelraad (a) gesommeerd alle uitvoeringshandelingen met betrekking tot sluiting van De Zwanenburcht te staken totdat "volgens de WMS uitvoering gegeven mag worden" aan het besluit, (b) gesteld dat ten onrechte geen advies is gevraagd aan de deelraad en ten onrechte geen instemming is gevraagd aan de personeelsgeleding en de oudergeleding op grond van de artikelen 12 lid 1 sub a en 13 sub a WMS, (c) gevraagd om toezending van het medezeggenschapsstatuut en het medezeggenschapsreglement en (d) een indicatie gegeven van de kosten verbonden aan zijn werkzaamheden.

2.11 Bij e-mail van 23 december 2011 heeft De Roode aan Puister medegedeeld dat de deelraad ten behoeve van "juridische ondersteuning gebruik kan maken van een bedrag [van] 927,- conform de regelingen die hiervoor gelden" en dat de stichting niet eerder dan medio januari 2012 zal bekijken welke informatie zij aan de deelraad kan verschaffen.

2.12 Bij brief van 13 januari 2012 aan de stichting heeft mr. Hogerzeil onder meer geconstateerd dat de stichting (a) niet heeft voldaan aan het verzoek van de deelraad om de adviesaanvraag van 2 december 2011 naar behoren te documenteren, (b) geweigerd heeft tijdig te bevestigen dat de kosten voor het inschakelen van een deskundige ten laste komen van de stichting en (c) ondanks herhaald verzoek heeft nagelaten een geldig medezeggenschapsstatuut en medezeggenschapsreglement toe te zenden. De brief houdt voorts in dat de deelraad "onder deze omstandigheden" negatief adviseert op het voorgenomen besluit en dat mr. Hogerzeil de deelraad zal adviseren een vordering op grond van artikel 36 WMS in te stellen "bij gebreke van een relevante reactie" van de stichting vóór 16 januari 2012. Bij e-mail van 16 januari 2012 heeft mr. Hogerzeil aan de stichting te kennen gegeven dat hij zich namens de deelraad en zijn geledingen tot de Ondernemingskamer zal wenden en dat de daaraan verbonden kosten naar schatting 25 tot 35 maal zijn eerder aan de stichting opgegeven uurtarief zullen bedragen.

2.13 Op 7 februari 2012, 16 februari 2012 en 22 maart 2012 heeft mr. Hogerzeil declaraties ten bedrage van respectievelijk 4.904,32, 5.653,59 en 68,12 inclusief BTW (totaal 10.626,03), voorzien van urenspecificaties, toegezonden aan de stichting.

2.14 Op 1 maart 2012 heeft de gemeenteraad van Alphen aan den Rijn unaniem een motie aangenomen waarin het college van B&W onder meer wordt opgedragen onderzoek te doen naar het handelen van de stichting met betrekking tot de voorgenomen sluiting van De Zwanenburcht. Ter uitvoering van deze motie heeft het college van B&W bij brief van 2 april 2012 de stichting verzocht om schriftelijke documentatie over onder meer de afwegingen die hebben geleid tot "het voorgenomen besluit" om de Zwanenburcht te sluiten. In reactie daarop heeft het bestuur van de stichting aan de gemeente in april 2012 schriftelijk informatie verschaft onder meer over (a) de verlieslatende exploitatie van de stichting in de jaren 2005 tot

en met 2010, (b) het door de stichting vanaf 2010 gevoerde beleid, (c) het in de toekomst te verwachten leerlingenaantal in Zwammerdam, (d) het systeem van rijksbekostiging, (e) een berekening van de extra te maken kosten bij het open houden van De Zwanenburcht na 1 augustus 2012, uitkomend op 92.250 per jaar, (f) de inspanningen van de stichting om het aantal leerlingen op De Zwanenburcht te verhogen en (g) de communicatie over de sluiting van De Zwanenburcht.

2.15 Op 3 april 2012 heeft mr. Hogerzeil aan de stichting een betalingsherinnering gestuurd. In reactie daarop heeft de stichting op 11 april 2012 aan mr Hogerzeil laten weten niet gehouden te zijn tot enige betaling.

2.16 Bij brief van 17 april 2012 heeft de minister van OCW aan de stichting medegedeeld dat hij besloten heeft dat De Zwanenburcht gedurende drie achtereenvolgende schooljaren niet heeft voldaan aan een van de voorwaarden genoemd in artikel 158 lid 1 WPO "zodat de openbare nevenvestiging dient te worden opgeheven".

2.17 Bij brief van 18 april 2012 heeft Puister zich gewend tot de voorzitter van het GO en onder meer aan de orde gesteld dat het bestuur van de stichting in strijd handelt met het advies- en instemmingsrecht en het recht op informatie van de deelraad en ten onrechte heeft geweigerd om de kosten van juridische bijstand aan de deelraad te vergoeden. In de brief heeft de deelraad het GO verzocht het bestuur van de stichting ter verantwoording te roepen en enige suggesties gedaan gericht op het behoud van openbaar basisonderwijs in Zwammerdam.

2.18 De stichting heeft bij brief van 6 juni 2012 aan de deelraad c.s. onder meer medegedeeld:

"Het Ministerie heeft bij besluit van 17 april 2012 ons formeel medegedeeld dat de nevenvestiging () niet meer zal worden bekostigd per 1 augustus 2012. Het bestuur van [de stichting] heeft op 23 mei 2012 besloten om niet tegen dat besluit in bezwaar te komen, en definitief tot sluiting van De Zwanenburcht over te gaan.

Zoals bekend geldt er ten aanzien van de medewerkers met een vaste aanstelling een zogenaamde werkgelegenheidsgarantie. Voor deze medewerkers is in overleg een andere werkplek binnen [de stichting] gevonden. De leerlingen kunnen allen worden overgeplaatst op één van de andere scholen van [de stichting].

Voor zoveel nodig verzoek ik de respectievelijke geledingen mij mede te delen, dat de gevolgen van het besluit daarmee naar behoren zijn geregeld en in te stemmen met het besluit () om de dislocatie niet voort te zetten per 1 augustus 2012.

() Over de kosten van de rechtsbijstand hebben we nog intern beraad."

2.19 Mr. Hogerzeil heeft bij brief van 29 juni 2012 aan de stichting laten weten dat de personeelsgeleding en de oudergeleding hun instemming onthouden aan het in de brief van 6 juni 2012 genoemde besluit, onder meer omdat het besluit tot sluiting reeds op 7 november 2011 genomen is en onvoldoende gegevens voorhanden zijn om tot een afgewogen oordeel te komen ten aanzien van de instemming met de gevolgen van een besluit tot sluiting van De Zwanenburcht.

### 3. De beoordeling

3.1 De Ondernemingskamer stelt voorop dat uit de eigen stellingen van de stichting volgt:

- dat de stichting heeft nagelaten om een medezeggenschapsstatuut als bedoeld in artikel 21 WMS vast te stellen;
- dat het medezeggenschapsreglement dat in gebruik is bij De Wereldwijzer niet voldoet aan de WMS;

- dat De Zwanenburcht "formeel" een nevenvestiging is van De Wereldwijzer, maar "een autonoom draaiende eenheid" is, en
- dat de stichting de afgelopen jaren de deelraad van De Zwanenburg heeft aangemerkt als een medezeggenschapsraad in de zin van de WMS, hoewel de deelraad niet in overeenstemming met artikel 20 lid 1 WMS is ingesteld.

Gelet op deze omstandigheden en in aanmerking genomen dat de stichting als bevoegd gezag primair verantwoordelijk is voor de organisatie van de medezeggenschap in overeenstemming met de WMS, dient in het kader van de onderhavige procedure de deelraad te worden aangemerkt als een deelraad in de zin van artikel 20 lid 1 WMS. De deelraad kan mitsdien geacht worden te zijn getreden in de bevoegdheden van de medezeggenschapsraad van De Wereldwijzer voor zover die bevoegdheden betrekking hebben op De Zwanenburcht.

3.2 Bij conclusie van antwoord heeft de stichting aangevoerd dat het besluit tot sluiting van De Zwanenburcht "strikt genomen" niet ter advisering aan de deelraad behoefde te worden voorgelegd, omdat het "per 1 augustus 2012 niet verzorgen van lessen op de dislocatie van De Wereldwijzer niet kan worden aangemerkt als een beëindiging of belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de school of van een belangrijk onderdeel daarvan" als bedoeld in artikel 11 sub c WMS. Dit standpunt is onjuist reeds omdat De Zwanenburcht een nevenvestiging is (en niet slechts een dislocatie) en bovendien, zo heeft de stichting gesteld, "telkens een autonoom draaiende eenheid" is geweest. De stichting heeft daarom terecht haar standpunt dat zij niet verplicht was tot het vragen van advies aan de deelraad niet gehandhaafd ter comparitie.

3.3 Aldus staat vast dat de stichting ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de deelraad voordat zij besloot tot sluiting van De Zwanenburcht per 1 augustus 2012 en op 7 november 2011 dit besluit aan de deelraad bekendmaakte. Voorts is op grond van de hierboven onder 2.3, 2.5 en 2.7 genoemde feiten aannemelijk dat toen de stichting alsnog advies vroeg aan de deelraad, op 2 december 2011 (zie 2.9), het advies niet meer van wezenlijke invloed kon zijn op de besluitvorming.

3.4 Zoals is besproken tijdens de comparitie van partijen heeft de stichting, zoals de deelraad heeft aangevoerd, ook voor het overige in verschillende opzichten in strijd gehandeld met de WMS. Naast het hierboven reeds geconstateerde ontbreken van een medezeggenschaps-statuut en van een medezeggenschapsreglement dat aan de WMS voldoet en het feit dat de stichting tijdens de overlegvergadering op 7 november 2011 ten onrechte heeft gesteld dat het besluit niet valt onder de adviesbevoegdheid van de deelraad, wijst de Ondernemingskamer op het volgende.

- De stichting heeft in strijd met artikel 8 WMS de deelraad niet (tijdig) alle inlichtingen verschaft die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft, ook niet nadat de deelraad (bij herhaling) om nadere informatie had verzocht (zie 2.6, 2.8 en 2.11). Daarbij komt dat is gebleken (zie 2.7 en 2.14) dat de stichting de gemeente eerder en uitgebreider heeft geïnformeerd dan de deelraad, zodat aangenomen moet worden dat de stichting wel over de benodigde informatie beschikte.

- Nadat de stichting op 2 december 2011 alsnog advies aan de deelraad had gevraagd over de sluiting van De Zwanenburcht en de deelraad op 13 januari 2012 (opnieuw) negatief had geadviseerd, heeft de stichting, in strijd met artikel 17 sub c WMS nagelaten de deelraad zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van de wijze waarop aan het advies gevolg wordt gegeven. Eerst bij brief van 6 juni 2012 (na aanvang van de onderhavige procedure) heeft de stichting aan de deelraad laten weten "definitief" tot sluiting van de school over te gaan. De door de stichting in dit verband aangevoerde omstandigheid dat in de gemeenteraad van Alphen aan den Rijn onrust was ontstaan over de sluiting van De Zwanenburcht (zie 2.14), vormt geen rechtvaardiging voor dit tijdsverloop.

- De stichting heeft niet, althans niet tijdig aan de oudergeleding instemming gevraagd voor een op de voet van artikel 15 lid 1 WMS te nemen besluit ter regeling van de gevolgen van de sluiting van De Zwanenburcht voor de ouders en de leerlingen (artikel 13 sub a WMS). Die instemming is eerst bij brief

van 6 juni 2012 verzocht. In het midden kan blijven of, zoals de stichting heeft aangevoerd, de stichting in verband met het bepaalde in artikel 18 lid 2 WMS niet verplicht was om een besluit ter regeling van de gevolgen van de sluiting van De Zwanenburcht voor het personeel ter goedkeuring voor te leggen aan de personeelsgeleding.

- De stichting heeft zich op 23 december 2011 ten onrechte op het standpunt gesteld slechts gehouden te zijn tot een bijdrage van 927 in de door de deelraad te maken kosten van juridische bijstand. De stichting heeft bij conclusie van antwoord erkend dat dit standpunt op een misvatting berustte.

3.5 Anders dan de deelraad c.s. aan hun primaire vorderingen onder a en b ten grondslag hebben gelegd, is het gevolg van de hierboven besproken (en de overige door de deelraad c.s. gestelde) tekortkomingen van de stichting in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de WMS, niet dat de Ondernemingskamer op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS kan vaststellen dat het besluit tot sluiting van De Zwanenburcht nietig is. De structuur van de WMS behelst dat geschillen tussen het bevoegd gezag (hier de stichting) enerzijds en de medezeggenschapsraad (in dit geval de deelraad), de personeelsgeleding en/of de oudergeleding anderzijds over een besluit ten aanzien waarvan de wet aan laatstgenoemden een advies- of instemmingsbevoegdheid toekent, behoren tot de competentie van de landelijke commissie voor geschillen. In geval van een adviesplichtig besluit (zoals het besluit tot sluiting van De Zwanenburcht) kan de commissie op de voet van artikel 34 lid 3 WMS beslissen of het betrokken besluit al dan niet in stand kan blijven. Van een dergelijke beslissing staat op de voet van artikel 36 lid 3 WMS beroep open bij de Ondernemingskamer, maar in die procedure kan, ingevolge artikel 36 lid 4 WMS, slechts worden getoetst of de commissie de bepalingen van de WMS op een juiste wijze heeft toegepast. De in artikel 36 lid 1 en 2 WMS aan de medezeggenschapsraad (en in dit geval aan de deelraad) geboden mogelijkheid om bij de Ondernemingskamer een vordering in te stellen strekkende tot naleving door het bevoegd gezag van de verplichtingen jegens de medezeggenschapsraad (respectievelijk jegens de deelraad) voortvloeiend uit de WMS, biedt geen ruimte om, met doorkruising van de geschetste bevoegdheid van de commissie, adviesplichtige of instemmingsplichtige besluiten van het bevoegd gezag nietig te doen verklaren. De primaire vorderingen sub a en b zijn daarom niet toewijsbaar.

3.6 De primaire vorderingen sub c en d strekken ertoe vast te doen stellen dat de stichting verplicht is tot vergoeding van de door de deelraad c.s. gemaakte kosten voor juridische bijstand. De onder 2.13 genoemde declaraties en de door de deelraad c.s. overgelegde concept-declaratie van 29 juni 2012 (betrekking hebbende op werkzaamheden tot en met 27 juni 2012) belopen tezamen een bedrag van 40.528,78 inclusief BTW. Bij gelegenheid van de comparitie van partijen heeft de stichting verklaard dat zij zich gehouden acht tot betaling van de aan de deelraad c.s. verleende rechtsbijstand in verband met de onderhavige procedure.

3.7 In een geval als het onderhavige, waarin het bevoegd gezag heeft nagelaten het medezeggenschapsstatuut vast te stellen (waarvan een regeling als bedoeld in artikel 28 lid 2 WMS deel moet uitmaken) en weigert om de door de deelraad gemaakte kosten te vergoeden, brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde wetstoepassing mee dat de Ondernemingskamer op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS het bedrag van de door het bevoegd gezag verschuldigde kosten van medezeggenschapsactiviteiten kan vaststellen, indien daarvoor toereikende gegevens over die kosten voorhanden zijn. In een zodanig geval zou het onverkort vasthouden aan het wettelijk uitgangspunt dat een zodanige vaststelling berust op de faciliteitenregeling waarvan de inhoud door partijen zelf moet worden bepaald op de wijze als voorzien in artikel 21 lid 2 WMS, leiden tot onwenselijk complicaties. De medezeggenschapsraad zou dan eerst op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS een vordering moeten instellen bij de Ondernemingskamer strekkende tot nakoming door het bevoegd gezag van de verplichting tot het overeenkomstig artikel 21 lid 1 WMS vaststellen van het medezeggenschapsstatuut (eventueel gevolgd door een procedure bij de commissie op de voet van artikel 31 sub b WMS indien het door het bevoegd gezag voorgestelde statuut niet de op grond van artikel 21 lid 2 WMS vereiste instemming heeft verworven), waarna de medezeggenschapsraad c.q. deelraad (indien het geschil over de kosten dan nog bestaat) alsnog op de voet van artikel 36 lid 1 en 2 WMS een vordering tot vaststelling van die kosten zou moeten instellen bij de Ondernemingskamer. Deze complicaties zijn bovendien onredelijk omdat aldus als



gevolg van een tekortkoming van het bevoegd gezag (het niet vaststellen van een faciliteitenregeling als onderdeel van het statuut) de medezeggenschapsraad c.q. de deelraad in aanzienlijke mate wordt belemmerd in de verwezenlijking van zijn wettelijke rechten. De Ondernemingskamer ziet aldus aanleiding om in zoverre terug te komen van haar arrest van 17 juli 2008, ARO 2008, 129. Hierbij heeft zij mede nog in aanmerking genomen dat in de praktijk slechts gering gewicht toekomt aan het wettelijk uitgangspunt dat de vaststelling van de hier bedoelde kosten berust op een in het statuut vastgelegde regeling in de zin van artikel 28 lid 2 WMS, omdat die regeling veelal niet meer inhoudt dan dat de kosten voor de medezeggenschapsactiviteiten worden gedragen door het bevoegd gezag op voorwaarde dat het bevoegd gezag vooraf in kennis wordt gesteld van het activiteitenplan of het concrete voornemen van de medezeggenschapsraad c.q. deelraad.

3.8 Bij de vaststelling van het door de stichting verschuldigde bedrag aan kosten komt het, overeenkomstig artikel 28 lid 2 WMS, aan op de vraag of de gemaakte kosten kunnen worden aangemerkt als redelijkerwijs noodzakelijke kosten van medezeggenschaps-activiteiten. Deze maatstaf biedt aan de deelraad een zekere beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de te ontplooiën activiteiten.

3.9 Het verweer van de stichting dat de deelraad c.s. en hun advocaat geweigerd hebben in overleg te treden over de kosten treft geen doel. Artikel 28 lid 2 WMS maakt de aanspraak op vergoeding van de redelijkerwijs noodzakelijke kosten niet afhankelijk van voorafgaand overleg met het bevoegd gezag over (de aard en omvang) van de te maken kosten (zie OK 1 april 2011, ARO 2011, 69). De deelraad heeft reeds bij brief van 13 november 2011 te kennen gegeven een deskundige in te schakelen en bij brief van 28 november 2011 mededeling gedaan van de op dat moment bekende kosten verbonden aan de werkzaamheden van mr. Hogerzeil.

3.10 De Ondernemingskamer acht het uurtarief van mr. Hogerzeil niet onredelijk, in aanmerking genomen dat hij deskundig is op het gebied van de WMS. De omstandigheid dat mr. Hogerzeil een aanzienlijk aantal uren aan zijn werkzaamheden voor de deelraad c.s. heeft besteed en dat de kosten als gevolg daarvan zijn opgelopen tot een aanzienlijk bedrag, moet in overwegende mate worden toegeschreven aan de hierboven besproken nalatigheden van de stichting ten aanzien van haar verplichtingen uit hoofde van de WMS jegens de deelraad c.s.

3.11 De stichting heeft haar bewering ter comparitie dat de werkzaamheden van mr. Hogerzeil mede betrekking hebben gehad op het mobiliseren door de deelraad c.s. van de gemeenteraad van Alphen aan den Rijn en/of andere activiteiten van de deelraad c.s. die niet behoren tot hun wettelijke activiteiten, niet nader toegelicht en die bewering is door mr. Hogerzeil gemotiveerd weersproken. De Ondernemingskamer gaat aan die bewering daarom voorbij.

3.12 Uit het voorafgaande volgt dat de stichting gehouden is om de door de deelraad c.s. gemaakte kosten verbonden aan de werkzaamheden van mr. Hogerzeil te vergoeden op de wijze als hierna in het dictum te bepalen. Daartoe behoren de door de deelraad c.s. te maken kosten van rechtsbijstand in de onderhavige procedure. Een afzonderlijke proceskosten-veroordeling is daarnaast niet toewijsbaar.

3.13 De subsidiaire vordering onder a strekt ertoe dat de Ondernemingskamer zelf een kostenregeling als bedoeld in artikel 28 lid 2 WMS treft. Die vordering is niet toewijsbaar reeds omdat de Ondernemingskamer daartoe niet bevoegd is.

3.14 De subsidiaire vordering onder b strekt ertoe dat de Ondernemingskamer de stichting gelast de artikelen 21 en 22 sub e WMS na te leven door een medezeggenschapsstatuut vast te stellen, waarin (onder meer) wordt geregeld de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de beschikbaarstelling van faciliteiten aan ouders, leerlingen en personeel, die deelnemen in de medezeggenschapsraad, de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad, de geledingen dan wel de deelraden. Deze vordering is toewijsbaar. Hierboven is reeds vastgesteld dat de stichting ten onrechte heeft nagelaten om een medezeggenschapsstatuut vast te stellen. De omstandigheid dat de stichting, zoals zij ter comparitie heeft verklaard, inmiddels een conceptstatuut heeft opgesteld dat, na interne bestuurlijke goedkeuring, ter

instemming zal worden voorgelegd aan de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad, doet aan de toewijsbaarheid van deze vordering niet af.

3.15 De Ondernemingskamer gaat voorbij aan het aanbod van partijen tot het leveren van nader bewijs omdat geen bewijs is aangeboden van voldoende concrete stellingen die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere uitkomst.

3.16 De slotsom is dat de primaire vorderingen onder c en d en de subsidiaire vordering onder b zullen worden toegewezen als in het dictum vermeld en dat de overige vorderingen zullen worden afgewezen.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verklaart voor recht dat de stichting verplicht is om de kosten verbonden aan de door mr. W.H. Hogerzeil verrichte werkzaamheden ten behoeve van de deelraad c.s. te vergoeden tot een bedrag van 40.528,78 inclusief BTW, te vermeerderen met de door de deelraad c.s. te maken kosten van rechtsbijstand in de onderhavige procedure, voor zover die kosten betrekking hebben op werkzaamheden verricht na 27 juni 2012;

gelast de stichting om, met inachtneming van de voorschriften bij of krachtens de WMS, een medezeggenschapsstatuut vast te stellen;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mr. G.C. Makkink, voorzitter, mr. E.F. Faase en mr. A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, raadsheren, en drs. G. Izeboud RA en drs. J van den Belt, raden, in tegenwoordigheid van mr. B.E. Meerdink-Schenau, griffier, en uitgesproken door de rolraadsheer op 17 juli 2012.