

# JURIS PRUDENTIE

## Waar moet je op letten?

# HET VOORLEGGEN VAN EEN

Voor bepaalde besluiten die het bevoegd gezag wil nemen, heeft de mr adviesrecht. Of de raad nu een positief of negatief advies geeft, het bevoegd gezag heeft de keuze het op te volgen of niet. Wel kan de mr een adviesgeschil aan de geschillencommissie voorleggen. Aan de hand van uitspraken van de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS kunnen we zien welke zaken daarbij van belang zijn.

**Hilde Mertens**

**A**ls het bevoegd gezag het advies van de mr niet op wil volgen, moet het de mr in de gelegenheid stellen nader overleg met hem te voeren voordat het besluit definitief genomen wordt. Dat staat in artikel 17 onder d WMS. Neemt het bevoegd gezag vervolgens een besluit waarbij het afwijkt van het advies, kan de mr daarover binnen zes weken een adviesgeschil aan de geschillencommissie voorleggen (artikel 34 lid 2 WMS). In die tijd mag het bevoegd gezag het besluit niet uitvoeren, tenzij de mr geen bedenkingen heeft tegen onmiddellijke uitvoering (artikel 34 lid 1 WMS). Daarna mag het besluit wel uitgevoerd worden. Het bevoegd gezag is dan op de hoogte van de aanmelding van het adviesgeschil en kan het risico inschatten of de geschillencommissie het besluit onderuit haalt en bepalen of hij het risico neemt het besluit toch uit te voeren. De geschillencommissie beoordeelt of het bevoegd gezag bij het niet of niet geheel volgen van het advies van de mr, alle belangen daarbij afwegende, in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Vervolgens spreekt de geschillencommissie uit of het betrokken besluit al dan niet in stand kan blijven. De uitspraak is bindend voor het bevoegd gezag en de mr. Wel kan het bevoegd gezag en/of de mr nog beroep tegen de uit-

spraak instellen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam.

### Geen advies gevraagd

Voor de aanmelding van een adviesgeschil is niet alleen vereist dat de mr in een concreet geval adviesrecht heeft, maar ook dat hij advies over het voorgenomen besluit heeft uitgebracht. Als het bevoegd gezag in strijd met de WMS heeft nagelaten om advies te vragen, kan de mr daarover geen adviesgeschil aan de geschillencommissie voorleggen. De geschillencommissie kan dan immers niet beoordelen of het bevoegd gezag bij het niet volgen van het advies in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. In zo'n geval moet de mr zich wenden tot de Ondernemingskamer met een vordering tot naleving door het bevoegd gezag van de WMS. De Ondernemingskamer is met uitsluiting van de geschillencommissie bevoegd uitspraak te doen over vorderingen tot naleving door het bevoegd gezag van de verplichtingen jegens de mr (artikel 36 lid 1 WMS).

### Geen besluit

De geschillencommissie behandelt voorts alleen adviesgeschillen als er sprake is van een 'genomen' besluit, waarbij het bevoegd gezag het advies van de mr niet of niet geheel opvolgt (artikel 34 onder c



# ADVIESGESCHIL

WMS). Het is mogelijk dat het bevoegd gezag advies vraagt over een voorgenomen besluit en vervolgens, nadat de mr advies heeft uitgebracht, hiervan afziet. Het terugkomen op dit voorgenomen besluit behoort volgens de geschillencommissie tot de discretionaire bevoegdheid (vrije beslissingsruimte) van het bevoegd gezag en betekent niet 'het niet volgen van het advies van de mr'. De mr die daarover een adviesgeskil had aangemeld, werd niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek aan de geschillencommissie (uitspraak 11.07 d.d. 4 november 2010 inzake 104821).

## Intrekking van een besluit

Hetzelfde geldt voor de intrekking van een definitief besluit waarbij van het advies van de mr was afgeweken. In een geval waarin de mr negatief advies had uitgebracht over het voorgenomen besluit om de directeur te ontslaan, besloot het bevoegd gezag de directeur toch te ontslaan. Maar het bevoegd gezag kwam vervolgens terug op het ontslagbesluit. De geschillencommissie oordeelde dat het tot de discretionaire bevoegdheden van het bevoegd gezag behoort terug te komen op het ontslagbesluit. Door de intrekking van het ontslagbesluit was er geen sprake meer van een genomen besluit waarover de mr een adviesgeskil aan de geschillencommissie voor kon leggen. Het verzoek van de mr aan de geschillencommissie was om die reden niet-ontvankelijk (uitspraak 11.11 d.d. 29 juni 2011 inzake 104917).

## Achteraf ongevraagd uitgebracht advies

Als het bevoegd gezag een besluit heeft genomen zonder eerst het vereiste advies van de mr te vragen, kan de mr niet een

adviesgeskil creëren door achteraf ongevraagd advies uit te brengen (uitspraak 08.11 d.d. 3 juli 2008). Als het bevoegd gezag en de mr van mening verschillen over de vraag of de mr adviesrecht heeft, kunnen ze daarover wel een interpretatiegeskil aan de geschillencommissie voorleggen. Ook kan de mr bij de Ondernemingskamer een vordering tot naleving van de WMS instellen.

## Termijn van zes weken

De termijn van zes weken waarbinnen de mr een adviesgeskil aan de commissie voor kan leggen, loopt vanaf de schriftelijke mededeling van het bevoegd gezag aan de mr over de wijze waarop aan het uitgebrachte advies van de mr gevolg wordt gegeven. Als het bevoegd gezag het besluit al eerder heeft uitgevoerd, loopt de termijn van zes weken toch eerst vanaf de schriftelijke mededeling van het bevoegd gezag. De mr die het adviesgeskil binnen zes weken na de schriftelijke mededeling had ingediend, was op tijd (uitspraak 12.01 d.d. 25 januari 2012 inzake 105174). Maar de mr die meende dat een schoolvakantie niet meetelde in de termijn was te laat. De termijn is genoemd in de WMS en loopt door gedurende de schoolvakanties. De geschillencommissie verklaarde het ingediende geskil van deze mr niet-ontvankelijk vanwege niet-verschoonbare overschrijding van de termijn (uitspraak 10.03 d.d. 25 maart 2010 inzake 104437).

## Zorgplicht rond adviesrecht

Artikel 17 WMS bevat een aantal voorschriften die het bevoegd gezag in acht moet nemen rond de uitoefening van het adviesrecht van de mr. Het advies moet gevraagd worden op een tijdstip dat het

van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. De mr moet in de gelegenheid gesteld worden overleg te voeren met het bevoegd gezag voordat hij advies uitbrengt. Het bevoegd gezag moet de mr schriftelijk in kennis stellen van de wijze waarop aan het uitgebrachte advies gevolg wordt gegeven en de mr moet, nog voordat het besluit definitief wordt genomen, in de gelegenheid gesteld worden met het bevoegd gezag te overleggen over de afwijking van het advies. De geschillencommissie oordeelde dat de voorschriften van artikel 17 WMS ook gelden als het bevoegd gezag, in afwijking van de WMS, het adviesplichtig besluit reeds heeft genomen op het moment dat hij advies vroeg aan de mr (uitspraak 19 november 2009 inzake 104268).

## INFO

Voor meer informatie over de Landelijke Commissie voor Geschillen WMS en haar uitspraken: [www.onderwijsgeschillen.nl](http://www.onderwijsgeschillen.nl).

## OVER DE AUTEUR



Mr. Hilde Mertens is directeur/bestuurder van de Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht.