

# Hebben de Commissies van Beroep nog toekomst?

In dit artikel zal worden ingegaan op de Commissies van Beroep in het onderwijs. Allereerst geven wij een kort overzicht van de totstandkoming en de historie van de Commissies van Beroep. Daarna zal worden ingegaan op de huidige taken van de Commissies van Beroep, gebaseerd op recente jurisprudentie. Tot slot zal aandacht worden besteed aan de toekomst van de Commissies van Beroep in het onderwijs. Is er nog een toekomst voor de Commissies en wat is daarbij het belang van de mogelijke gelijktrekking van ambtenarenrecht en regulier arbeidsrecht en een wijziging in het ontslagrecht waarin de preventieve toetsing bij het ontslagrecht komt te vervallen? In het kader hiervan zal met name worden ingegaan op een tweetal rapporten die recent zijn verschenen over de Commissies van Beroep en hun toekomst.

Mr. H.J.A. Jansen\* en Mr. W. Lindeboom\*

## 1. De geschiedenis van de Commissie van Beroep

De Commissies van Beroep bestaan sinds 1905. In dat jaar werd voor het toenmalig Lager onderwijs als bekostigingsvoorwaarde opgenomen dat een door de overheid bekostigde school aangesloten diende te zijn bij een Commissie van Beroep. In eerste instantie was het voor docenten mogelijk om op te komen tegen een ontslag anders dan op eigen verzoek en vanaf 1920 kon ook beroep worden aangetekend tegen besluiten tot schorsing en tegen waarschuwingen.

In eerste instantie was het instellen van de Commissie van Beroep bedoeld om de werknemers in het bijzonder onderwijs een alternatieve vorm van rechtsbescherming te bieden tegen een willekeurig ontslag. Deze bescherming diende vergelijkbaar te zijn met de bescherming die een onderwijzer in het openbaar onderwijs had en die tot op dat moment ontbrak.

De rechtsbescherming door middel van de Commissie van beroep kwam tegemoet aan

de wens van de onderwijsinstellingen om 'in eigen kring' te kunnen oordelen over ontslagen in het bijzonder onderwijs. Een Commissie van Beroep bestaat uit afgevaardigden van zowel werkgevers- als werknemerszijde, meestal van beide zijden twee. Deze vier leden kiezen dan een vijfde lid als voorzitter. Deze vorm van geschillenbeslechting wordt kringenrechtspraak genoemd, omdat de beslechting van het geschil plaatsvindt binnen de kring van betrokken partijen.

In 1945 is het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) tot stand gekomen, dat de ontslagprocedure regelt in het reguliere arbeidsrecht. Op basis hiervan heeft een werkgever voor een ontslag van een werknemer voorafgaande toestemming nodig van (inmiddels) UWV WERKbedrijf. In artikel 2 lid 1 onder a en b wordt bepaald dat onderwijspersoneel niet onder de werking van het BBA valt. In artikel 2 lid 1 sub a worden werknemers bij een publiekrechtelijk orgaan van de werking van het BBA uitgesloten en daarmee dus ook docenten op een openbare school/instelling. In artikel 2 lid 1 sub b wordt "onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen, staande onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon" van de werking van het BBA uitgesloten. In lagere regelgeving<sup>1</sup> is vastgelegd dat een werkgever ook voor ander (met name ondersteunend) personeel in dienst van het bekostigd bijzonder onderwijs geen ontslagvergunning hoeft te hebben (merkwaardig genoeg met als enige uitzondering het ondersteunend personeel in het hoger beroeps- en wetenschappelijk onderwijs), een en ander onder de voorwaarde dat dit personeel tegen een ontslag in beroep moet kunnen komen bij een Commissie van Beroep. Een ontslag in het bijzonder onderwijs is dus (vrijwel) nooit vernietigbaar op de grond dat UWV WERKbedrijf geen ontslagvergunning heeft verleend.

De grondslag van de Commissies van Beroep is vastgelegd in diverse onderwijswetten (artikelen 60 WPO, 52 WVO, 4.1.5 WEB en 4.7 WHW). De aansluiting bij de Commissies van Beroep is nog steeds een voorwaarde om bekostiging uit de overheidskas te ontvangen. De onderwijswetten bepalen ook hoe de samenstelling van de Commissie van Beroep is en tegen welke beslissingen beroep mogelijk is.

## 2. Welke Commissies van Beroep zijn er?

Er zijn diverse Commissies van Beroep, zowel op gebied van soort onderwijs, als op gebied van richting. De Commissies van Beroep zijn onder te verdelen in 4 clusters:

1. De Stichting Onderwijsgeschillen, met Commissies van Beroep voor PO, VO, BVE, HBO en Islamitisch onderwijs (PO en VO).

\* Mr. H.J.A. Jansen is advocaat bij Boels Zanders Advocaten

\* Mr. W. Lindeboom is lid van de redactie

2. De Commissie van Beroep voor het katholiek PO, Centrale Commissie van Beroep voor het Katholiek VO en de Commissie van Beroep voor het confessioneel MBO.
3. De Commissie van Beroep Basisonderwijs en Speciaal VO en de Commissie van Beroep VO en HBO van de Besturenraad, Centrum voor Christelijk Onderwijs.
4. Overige Commissies, waaronder de Commissie van Beroep van de VBS (Vereniging voor Bijzondere Scholen). Het betreft ongeveer 500 veelal kleinere schoolbesturen voor bijzonder primair en voortgezet algemeen bijzonder onderwijs. Daarnaast zijn er voor het reformatorisch onderwijs nog afzonderlijke Commissies actief.

Uit dit overzicht blijkt dat nog steeds sprake is van verzuiling binnen de Commissies van Beroep. Elke geloofsrichting heeft zijn eigen Commissie van Beroep. Gezien de verzuiling in Nederland, vooral in de periode voor WO II, maar eigenlijk nog tot en met de jaren '50, is het ontstaan van deze verzuiling te verklaren.

### 3. Waarover beslist de Commissie van Beroep?

Tot 1992 was de bevoegdheid van de Commissie van Beroep beperkt tot ontslag anders dan op eigen verzoek, schorsingen en waarschuwingen. In 1992 zijn de bevoegdheden van de Commissie van Beroep uitgebreid. Sinds die tijd kan ook van beslissingen van het bevoegd gezag ter zake vermindering van de omvang van de betrekkingsovang, plaatsing in het risicodragend deel van de formatie (rddf), overplaatsing en het onthouden van promotie beroep worden aangekend door de werknemer bij de Commissie van Beroep.

### 4. Rechtskracht van beslissing van Commissie van Beroep

Tot 1996 was de heersende leer dat een oordeel van de Commissie van Beroep als een 'bindend advies' moest worden beschouwd. Dit zou tot gevolg hebben dat de kantonrechter aan het oordeel van de beroepscommissie omtrent de reden van ontslag gebonden is, tenzij die uitspraak hetzij door haar inhoud, hetzij door haar wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Als een rechter dan ook had te oordelen over een ontslag waarover door de Commissie van Beroep reeds was beslist, betrachtte hij daarbij een grote mate van terughoudendheid.<sup>1</sup> Deze zienswijze veranderde echter met het arrest van de Hoge Raad in de zaak 'Amghane' uit 1996.<sup>2</sup>

In het arrest kwam de vraag aan de orde of uitspraken van een Commissie van Beroep kunnen worden aangemerkt als bindend advies, of dat het geschil na de procedure bij de Commissie van beroep nog in volle omvang aan de burgerlijke rechter kon worden voorgelegd. De Hoge Raad overwoog dat uit de wettelijke bepalingen niet voortvloeit dat de leerkracht in enig opzicht aan de beslissing van de Commissie gebonden is, ook niet als hij zich vrijwillig tot die Commissie wendt. De rechter moet daarom, ook als hij na een besluit van de Commissie van Beroep wordt ingeschakeld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal toetsen. Dit wordt slechts anders, aldus de Hoge Raad, in geval tussen het bevoegd gezag en de leerkracht wordt overeengekomen dat de uitspraak van de

Commissie voor beide partijen zal gelden als bindend advies (art. 7:900 e.v. BW) Daartoe is echter vereist dat van een dergelijk overeenkomst "ondubbelzinnig" blijkt.

Dit betekent dat de werknemer in het bijzonder onderwijs de mogelijkheid heeft om, naar eigen keuze, eerst de Commissie van Beroep en vervolgens de kantonrechter om een oordeel te vragen, dan wel zich rechtstreeks tot de kantonrechter te wenden. Ook als de werknemer eerst naar de Commissie van Beroep is geweest, zal de kantonrechter het geschil in beginsel in volle omvang moeten beoordelen. Het oordeel van de Commissie van Beroep zal natuurlijk wel een belangrijke invloed hebben op de uitkomst van de procedure bij de kantonrechter.

Dit betekent dat de werknemer in het bijzonder onderwijs de mogelijkheid heeft om, naar eigen keuze, eerst de Commissie van Beroep en vervolgens de kantonrechter om een oordeel te vragen, dan wel zich rechtstreeks tot de kantonrechter te wenden. Ook als de werknemer eerst naar de Commissie van Beroep is geweest, zal de kantonrechter het geschil in beginsel in volle omvang moeten beoordelen.

De enige cao waarin is getracht aan de eisen van het Amghane-arrest tegemoet te komen is de CAO HBO.<sup>3</sup> De vraag is of de in art. S-5 van de CAO HBO opgenomen bepaling voldoende is om de rechtskracht van de Commissie van Beroep onherroepelijk te maken. In de jurisprudentie blijkt hierover verschillend te worden gedacht. De rechtbank Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam heeft hierover in een uitspraak uit 2010 bepaald dat de bepaling in de cao is te beschouwen als een 'ondubbelzinnige overeenkomst' zoals bedoeld in het Amghane arrest.<sup>4</sup> De kantonrechter verwees in zijn uitspraak naar het ABN/AMRO arrest.<sup>5</sup> Hierin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het arbitraal beding in de cao (voor het Bankbedrijf) was aan te merken als een geldige overeenkomst tot arbitrage, zoals bedoeld in art. 1020 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), tenzij een andere wettelijke bepaling hieraan in de weg mocht staan. Artikel 17 van de Grondwet, dat bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent, staat in de opvatting van de Hoge Raad in het ABN/AMRO-arrest niet in de weg aan de regeling die in artikel 1020 e.v. Rv is gegeven voor het overeenkomen van arbitrage.

Tegenover deze uitspraak van de kantonrechter staat echter een uitspraak van de voorzieningenrechter van (eveneens) de rechtbank Amsterdam, die bepaalde dat deze bepaling in de CAO HBO niet als een zodanige ondubbelzinnige overeenkomst is aan te merken.<sup>6</sup> Onder verwijzing naar het Amghane-arrest oordeelde de voorzieningenrechter dat de bepaling in de CAO HBO nog expliciet dient te worden bevestigd in de individuele arbeidsovereenkomst tussen partijen, vooraleer van een bindend advies van de Commissie van Beroep kan worden gesproken. Door deze bevestiging in de arbeidsovereenkomst moet het voor de werknemer duidelijk zijn welke rechten hij hierdoor opgeeft.

Wij menen met de voorzieningenrechter Amsterdam dat de bepaling zoals opgenomen in de CAO HBO niet is te beschouwen als een ondubbelzinnige overeenkomst tussen werkgever en werknemer. Een bepaling in een cao is dat in onze optiek niet, omdat deze niet individu-

eel tussen werkgever en werknemer is overeengekomen maar tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. In ieder geval dient deze overeenstemming nog te worden bevestigd in de individuele arbeids-overeenkomst tussen partijen, waarbij tevens wordt opgenomen dat het voor de werknemer duidelijk is welke rechten hij daarmee prijsgeeft. Dit geldt temeer omdat het voor de werknemer niet verplicht is om zijn zaak aan de Commissie van Beroep voor te leggen. Hij kan zich ook direct wenden tot de rechter. Overigens zonder dat dit uitvoerig wordt gemotiveerd blijkt dit standpunt inmiddels ook inge-nomen te worden door de Kantonrechter in Almelo.<sup>8</sup>

Op grond van bepalingen in de diverse onderwijswetten is de uitspraak van een Commissie van Beroep overigens wel bindend voor het bevoegd gezag. Letterlijk zeggen de eerder geciteerde wetsbepalingen dat dit zich dient te onderwerpen aan de uitspraak van de Commissie. Maar de vernietiging van een ontslagbesluit dwingt de betrokken school nog niet om de ontslagen leerkracht weer terug te nemen. Dit zou anders in strijd zijn met het wettelijk systeem. De rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak uit 1998<sup>9</sup> een oordeel gegeven dat hier ook op neerkomt. De kern van deze uitspraak is dat een wettelijk voorschrift dat uitsluitend het karakter van een bekostigingsvoorwaarde draagt, strikt genomen niet behoeft te worden opgevolgd. De vraag is dan uiteraard wel of de Minister van OCW geen sanctie in de bekostigingsfeer kan nemen. Als in strijd met de uitspraak van de Commissie van Beroep een ontslag wordt gehandhaafd zouden bijvoorbeeld de kosten van de ontslaguitkering voor rekening van de werkgever kunnen worden gelaten. Maar die komen in de huidige constellatie in beginsel voor rekening van de school zelf.<sup>10</sup> De uitspraak van de rechtbank Rotterdam komt er dus op neer dat het de school vrijstond na de uitspraak door de Commissie van Beroep de zaak (alsnog), en in volle omvang, aan de burgerlijke rechter voor te leggen, zij het met het risico van inhouding van de rijksbijdrage. Het fundamentele recht op toegang tot de rechter en het opheffen van rechtsongelijkheid wegen dus zwaarder dan een mogelijk nadelig gevolg voor de werknemer, ongeacht de beslissing van de Commissie van Beroep. Wij merken daarbij wel op dat het Reglement Participatiefonds voor het primair onderwijs sinds 1 augustus 2012 bepaalt, dat de kosten van ontslaguitkering, die voortvloeien uit een ontslag, in weerwil van de uitspraak van de Commissie van Beroep wordt gehandhaafd in beginsel voor rekening van het bevoegd gezag blijven. Gezien de strekking van art. 60 WPO - die zoals gezegd is dat het bevoegd gezag dat zich niet onderwerpt aan de uitspraak van de Commissie van beroep te maken kan krijgen met sancties in de bekostiging - is dit niet inconsequent te noemen.

##### 5. Verhouding beslissing van Commissies van Beroep en uitspraak rechter

Niet altijd is duidelijk hoe de uitspraken van de Commissies van Beroep zich verhouden tot uitspraken van de kantonrechter (en eventueel het gerechtshof in hoger beroep). Dit omdat veel oudere rechtspraak van kantonrechters op dit punt niet zijn gepubliceerd en het dus vaak niet duidelijk was of er naar aanleiding van een uitspraak van de Commissie van Beroep nog een procedure werd gestart bij de rechter. Ook is niet altijd duidelijk of partijen na een uitspraak van de Commissie van Beroep nog nader in overleg treden en/of dat een bevoegd gezag een besluit heroverweegt als de Commissie van Beroep een beroep 'gegrond' heeft verklaard.

De uitspraken die wel bekend zijn laten zien dat de rechter in ieder geval tot 2010 in het algemeen inhoudelijk de bevindingen van de Commissie van Beroep deelt en tot hetzelfde oordeel komt als de Commissie van Beroep.<sup>11</sup> Slechts in een beperkt aantal gevallen werd door de kantonrechter afgeweken van de beslissing van de Commissie van Beroep.

Niet altijd is duidelijk hoe de uitspraken van de Commissies van Beroep zich verhouden tot uitspraken van de kantonrechter (en eventueel het gerechtshof in hoger beroep). Dit omdat veelal uitspraken van de kantonrechter niet worden gepubliceerd en het dus vaak niet duidelijk is of er naar aanleiding van een uitspraak van de Commissie van Beroep nog een procedure wordt gestart bij de rechter.

In een artikel dat in 2010 in School en Wet is verschenen,<sup>12</sup> werd op basis van de toen beschikbare rechtspraak vastgesteld dat de werkgever dan weliswaar formeel niet gebonden mocht zijn aan een uitspraak van de Commissie van Beroep, maar dat als een Commissie van Beroep oordeelde dat sprake was van een gegrond beroep tegen een ontslagbesluit en het ontslag toch werd gehandhaafd door het bevoegd gezag, een ontslag door de kantonrechter alleen al uit dien hoofde als kennelijk onredelijk zou worden beoordeeld. Dit volgde met name uit een uitspraak van de kantonrechter Zwolle-Lelystad d.d. 25 oktober 2006.<sup>13</sup> Uit verschillende uitspraken in de afgelopen twee jaar blijkt echter dat de burgerlijke rechter zich inmiddels ook bij een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag niet altijd veel gelegen laat liggen aan de opvatting van de Commissie van Beroep ter zake.

In dit kader kan in de eerste plaats gewezen worden op de uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 12 oktober 2010.<sup>14</sup> Een lerares in het voortgezet onderwijs, die gedurende een verlengde arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd op grond van een - veronderstelde - dringende reden was ontslagen, was door de Commissie van Beroep in het gelijk gesteld met de enigszins cryptische overweging dat het gegeven ontslag op staande voet onder de gegeven omstandigheden niet de juiste wijze van beëindiging was. Toen de werkgever de arbeidsovereenkomst niet bleek te willen herstellen stelde ze een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag in. In de uitspraak bevestigt het Hof in de eerste plaats, dat uit artikel 52 lid 3 van de WVO en artikel 13 lid 4 van de cao, waarin is bepaald dat het bevoegd gezag zich onderwerpt aan uitspraken van de Commissie, niet volgt dat een ontslag op staande voet, waarvoor volgens de Commissie geen dringende reden aanwezig was, vernietigbaar is.<sup>15</sup> Dit zou in strijd zijn met het gesloten systeem van opzeggings- en beëindigingsmogelijkheden en het bovendien in de genoemde artikelen voor wat betreft het bijzonder onderwijs gaat om een bekostigingsvoorwaarde en niet om een arbeidsvoorwaarde.<sup>16</sup>

Nieuw aan de uitspraak is echter de overweging van het Hof dat het "niet intrekken van een ontslag op staande voet nadat de Commissie tot het oordeel was gekomen dat daarvoor geen dringende reden aanwezig was, ertoe kan leiden dat het ontslag onregelmatig en/of kennelijk onredelijk is." De benadering dat een ontslag, waarbij de werkgever zich niet aan het oordeel van de Commissie van Beroep onderwerpt, per definitie kennelijk onredelijk is wordt hier dus niet langer gevolgd.

Dat dit geen incident was blijkt uit een uitspraak van hetzelfde Hof Amsterdam d.d. 19 juli 2011.<sup>17</sup> Ook hier ging het om een lerares - ditmaal in het primair onderwijs - met wie de arbeidsovereenkomst na een door de Commissie van Beroep gegrond verklaard beroep door de werkgever niet was hersteld. Het Hof overwoog hier opnieuw dat een ontslag niet nietig of vernietigbaar is doordat de Commissie van Beroep het daartegen gerichte beroep gegrond verklaart. Zonder nog te overwegen dat het niet volgen van de uitspraak van de Commissie het beroep ook niet per definitie kennelijk onredelijk maakt gaat het Hof vervolgens meteen over tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak. Daarbij is overigens weer wel opvallend dat het Hof aan het oordeel, dat het ontslag wel kennelijk onredelijk was, mede ten grondslag legt enkele bevindingen van de Commissie van Beroep ter zake.

Dat de benadering van het Hof Amsterdam op dit moment de heersende visie is, is later nog bevestigd in de uitspraak van de Kantonrechter in Hilversum d.d. 23 december 2011<sup>18</sup> en zeer recent nog in de uitspraak van de Kantonrechter in Arnhem d.d. 17 september 2012.<sup>19</sup> De juridisch relevante casus in de Arnhemse zaak was gelijk aan die in de twee Amsterdamse uitspraken die hiervoor werden behandeld. De Kantonrechter stelt in overweging 4.1 als volgt vast.

De Stichting heeft, kort gezegd, als verweer aangevoerd dat de uitspraak van de Commissie van 25 oktober 2011 niet tot de conclusie leidt dat het dienstverband niet rechtsgeldig is geëindigd. De kantonrechter volgt De Stichting in deze stelling. Immers, uit jurisprudentie blijkt, kort samengevat, dat een uitspraak van de Commissie niet kan worden aangemerkt als bindend advies, tenzij zulks ondubbelzinnig is overeengekomen. Dit laatste is niet gesteld of gebleken. Bovendien bestaat in het arbeidsrecht een gesloten stelsel van opzeggings- en beëindigingsmogelijkheden. Dit betekent dat een uitspraak van de Commissie niet de sanctie van vernietigbaarheid danwel nietigheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kent. Daar komt nog bij dat de gegrondverklaring van het bezwaar door de Commissie van 25 oktober 2011 is gebaseerd op de omstandigheid dat, kort gezegd, de werkgever niet aan zijn inspanningsverplichtingen heeft voldaan om te onderzoeken of [werkneemster] via een andere weg in de functie van conciërge zou kunnen worden geplaatst. Deze uitspraak kan van betekenis zijn bij de beoordeling van een mogelijk kennelijk onredelijk ontslag (hierna te beoordelen), maar leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat het gegeven ontslag nietig danwel vernietigbaar is.

De laatste volzin is om twee redenen van belang. In de eerste plaats legt het een inhoudelijke grond onder de stelling dat een gegrondverklaring door de Commissie niet kan leiden tot een nietig ontslag. De strekking van de uitspraken van de Commissie van Beroep zijn namelijk meer dan eens voor discussie vatbaar. In de Arnhemse casus had de Commissie kennelijk niet zozeer geoordeeld dat de werknemer niet uit zijn oorspronkelijke functie kon worden ontslagen, maar meer dat de werkgever onvoldoende had gedaan om ervoor te zorgen dat werknemer op een andere manier in dienst kon blijven. In de tweede plaats blijkt dat de uitspraak van de

Commissie - in ieder geval in de benadering van de Kantonrechter in Arnhem - wel van betekenis kan zijn bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is.

## 6. Wetsvoorstel Normalisering Rechtspositie Ambtenaren

Het initiatiefwetsvoorstel *Normalisering rechtspositie ambtenaren* dat momenteel bij het parlement aanhangig is, beoogt per 1 januari 2015 de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst in te voeren voor de meeste ambtenaren, inclusief personeel in het openbaar onderwijs. Dit betekent dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing worden op de arbeidsrelatie tussen het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs en het bevoegd gezag van de school waarbij zij in dienst zijn. De kantonrechter wordt in dat geval in plaats van de bestuursrechter bevoegd om over de geschillen voortvloeiend uit de arbeidsrelatie te beslissen.

Als het wetsvoorstel daadwerkelijk in werking treedt zullen ook (voormalig) ambtenaren die dan ook op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, onder de preventieve ontslagtoets van het BBA vallen. De vraag is gerechtvaardigd of dit ook gaat gelden voor onderwijspersoneel, of dat zij uitgezonderd zullen blijven van het BBA.

Het wetsvoorstel behelst niet de mogelijkheid om het personeel van openbare scholen toegang tot de Commissie van Beroep te geven. Dit is niet consequent. Niet goed valt immers in te zien waarom een gelijktrekking tussen rechtsposities van ambtenaren en werknemers zou moeten worden doorgevoerd terwijl dan toch nog een onderscheid zou worden gecreëerd ter zake rechtsbescherming. Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer is over dit onderwerp uitvoerig gesproken, waarbij door CDA en VVD een amendement is ingediend om de Commissies van Beroep 'af te schaffen' en ook voor onderwijspersoneel de preventieve ontslagtoets in te voeren.<sup>20</sup>

Het wetsvoorstel behelst niet het personeel van openbare scholen toegang tot de Commissie van Beroep te geven. Dit is niet consequent. Niet goed valt immers in te zien waarom een gelijktrekking tussen rechtsposities van ambtenaren en werknemers zou moeten worden doorgevoerd terwijl dan toch nog een onderscheid zou worden gecreëerd ter zake rechtsbescherming.

Inmiddels wordt de discussie ook nog weer beïnvloed door de Hoofdlinjennotitie die de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 18 juni 2012 publiceerde. Daarin wordt juist voorgesteld de preventieve ontslagtoets in zijn geheel te schrappen.

## 7. De toekomst van de Commissie van Beroep

Over de toekomst van de Commissie van Beroep wordt veel geschreven. Zo zijn er twee rapporten verschenen waarin de toekomst van de Commissie van Beroep centraal staat, dan wel een prominente rol speelt. Het eerste rapport is "Ontslagpraktijk en harmonisatie in het onderwijs" van F.A. Reijenga en verscheen in november 2011.<sup>21</sup> Het tweede rapport is in februari 2012 verschenen in opdracht van het Expertisecentrum van de Stichting

Onderwijsgeschillen en wordt hierna aangeduid als het Rapport Brekelmans c.s.<sup>23</sup>

Het rapport van Reijenga c.s. bevat vooral een schat aan gegevens over de ontslagpraktijk in alle onderwijssectoren en over de kosten van de daaruit voortvloeiende ontslaguitkeringen. Voor wat betreft de toekomst van de Commissies van Beroep gaat het rapport vooral in op de gevolgen van beperkte, respectievelijk volledige harmonisatie van de rechtspositie van onderwijswerknemers. Onder beperkte harmonisatie wordt dan verstaan de gelijkstelling van werknemers in het bijzonder onderwijs enerzijds en ambtenaren in het openbaar onderwijs anderzijds. Onder volledige harmonisatie verstaat het rapport de volledige gelijkstelling van alle onderwijswerknemers aan die van de werknemer in het algemeen. Het grootste verschil tussen beperkte en volledige harmonisatie is dat bij een beperkte harmonisatie nog altijd geen toestemming van UWV Werkbedrijf nodig is voor het ontslag van een onderwijswerknemer en bij een volledige harmonisatie wel. De conclusie is dan dat er bij een beperkte harmonisatie nog wel een zinvolle rol voor de Commissies kan zijn, maar bij volledige harmonisatie – in ieder geval waar het gaat om ontslagzaken – eigenlijk niet meer. De Commissie zou dan immers slechts het werk van UWV Werkbedrijf “over gaan doen”.

Ter zake dit laatste punt merken wij op dat een beslissing van de Commissie van Beroep niet een zelfde mate van rechtskracht heeft als de uitspraak van UWV WERKbedrijf. Een uitspraak van UWV WERKbedrijf is bindend voor werkgever en werknemer. Als UWV WERKbedrijf een verzoek van de werkgever om toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen weigert, blijft de arbeidsovereenkomst in stand. Als de Commissie van Beroep echter een beroep van de werknemer gegrond verklaart, staat het de werkgever vrij om deze beslissing ‘aan zijn laars te lappen’ en het ontslagbesluit te handhaven.

Het is jammer dat het rapport van Reijenga c.s. de ontwikkeling sinds medio 2010 miskent. De aan het artikel van Jansen en Van de Laar<sup>23</sup> ontleende conclusie “dat een ontslag dat de werkgever na grondverklaring van het beroep door de CvB toch handhaaft, per definitie kennelijk onredelijk is”<sup>24</sup> klopte – zoals wij hiervoor zagen – in 2010 nog wel, maar in november 2011 niet meer.

Brekelmans c.s. signaleren deze ontwikkeling wel, maar verbinden er op het eerste gezicht ook geen erg urgente conclusie aan. “In beide zaken is de inhoudelijke beoordeling van het ontslagbesluit door het Hof in wezen in overeenstemming met die van de Commissies van Beroep”<sup>25</sup> stelt het rapport met betrekking tot de beide uitspraken van het Hof Amsterdam die hiervoor werden besproken. Afgezien van de vraag of die conclusie juist is, blijft met deze conclusie ook onderbelicht dat na 2011 niet alleen niemand (meer) formeel gebonden is aan het oordeel van de Commissie, maar ook dat zeker niet bij voorbaat vaststaat dat de burgerlijke rechter tot hetzelfde oordeel zal komen als de Commissie. Dat de burgerlijke rechter ook best tot een hele andere conclusie kan komen bleek kort voor het verschijnen van het rapport van Brekelmans c.s. uit de hiervoor genoemde uitspraak van de Kantonrechter in Hilversum d.d. 23 december 2011. Uit het laatste hoofdstuk van het rapport blijkt overigens dat Brekelmans c.s. er wel degelijk van overtuigd zijn dat er iets moet gebeuren. Niet alleen vanwege de gebrekkige gebondenheid van partijen, maar

ook vanwege de procedure bij de Commissies van Beroep, die “op een aantal onderdelen niet in overeenstemming is met de beginselen van behoorlijke rechtsbescherming”.<sup>26</sup>

Conclusies van de rapporten is dat de Commissies van Beroep nog toekomst hebben. De Commissies van Beroep hebben namelijk wel degelijk een toegevoegde waarde voor de rechtsbescherming van docenten. Uit de rapporten komt naar voren dat het feit dat de Commissies laagdrempelig zijn en een specifieke kennis hebben van onderwijs gerelateerde onderwerpen toegevoegde waarde heeft. Tevens bieden de Commissies van Beroep een toegevoegde waarde/compensatie voor het feit dat voor docenten en andere medewerkers van onderwijsinstellingen op grond van het BBA niet een preventieve ontslagtoets bestaat bij UWV WERKbedrijf. In de derde plaats kunnen de Commissies nog steeds een belangrijke rol vervullen waar het gaat om het beoordelen van andere kwesties dan ontslag, zoals bijvoorbeeld schorsingen en beslissingen om een personeelslid in het risicodragende deel van de formatie te plaatsen.

In het rapport Brekelmans c.s. worden vijf opties genoemd voor de toekomst van de Commissie van Beroep. Deze vijf opties zijn onder te verdelen in drie wetgevingsscenario's:

- A. Ongewijzigde handhaving van de huidige onderwijswetgeving;
- B. Afschaffing van de huidige onderwijswetgeving;
- C. Uitbreiding van de huidige onderwijswetgeving.

Bij scenario A verandert er formeel niets, maar wordt de procedure wel verbeterd, hetzij door de sociale partners (A1) hetzij door de instandhouders van de Commissie van Beroep (A2).

Bij scenario B schaft de wetgever de onderwijswetgeving met betrekking tot de Commissies van Beroep af, maar cao-partijen kunnen er in die situatie voor kiezen om de rechtsgang van de Commissies in stand te laten door deze rechtsgang tot in detail te regelen in de cao's. Als de cao-partijen daar niet voor kiezen, zullen de Commissies verdwijnen en zal voor werknemers in het onderwijs slechts de rechtsgang naar de kantonrechter over blijven. Aan de wetgever wordt dan overgelaten om een oplossing voor deze situatie te vinden, waarbij te denken valt aan het van toepassing verklaren van het BBA op onderwijspersoneel.

Uit de rapporten komt naar voren dat het feit dat de Commissies laagdrempelig zijn en een specifieke kennis hebben van onderwijs gerelateerde onderwerpen toegevoegde waarde heeft. Tevens bieden de Commissies van Beroep een toegevoegde waarde/compensatie voor het feit dat voor docenten en andere medewerkers van onderwijsinstellingen op grond van het BBA niet een preventieve ontslagtoets bestaat bij UWV WERKbedrijf.

Voor beide situaties achten Brekelmans c.s. het naar onze opvatting terecht noodzakelijk dat de gebondenheid van uitspraken van de Commissie van Beroep wordt verbeterd. Hierbij valt te denken aan regelingen in de cao op basis waarvan de procedure bij de Commissie van Beroep als arbitrage wordt benoemd. Aanvullend zou dan in de individuele arbeidsovereenkomst (akte van benoeming) kunnen worden geregeld dat werkgever en werknemer kie-

zen voor bindend advies of arbitrage bij de Commissie van Beroep. Daarmee zou ook een einde komen aan de merkwaardige situatie dat de werknemer ervoor kan kiezen om de Commissie al dan niet om een bindend advies te vragen.

Bij scenario C wordt de onderwijswetgeving verbeterd en zorgt de wetgever dat de procedure bij de Commissie van Beroep een volwaardig alternatief wordt voor de rechtsbescherming in de private sector.

De Commissie spreekt geen voorkeur uit voor een van de opties, maar stelt slechts dat de optie waarbij de Commissie van Beroep komt te vervallen voor haar geen optie is.

## 8. Conclusie

Idealiter zou het naar onze opvatting de voorkeur hebben de status van de Commissie van Beroep niet meer te grondvesten in de bekostigingsvoorwaarden, maar op een rechtstreekse wettelijke grondslag. Het is aan de wetgever om hiervoor te zorgen. Hierbij zou dan tevens tegemoet kunnen worden gekomen aan bezwaren tegen de huidige procedure bij de Commissie van Beroep.

Brekelmans c.s. constateren dat het niet aannemelijk is dat de wetgever deze stap zal willen zetten. Als dat niet gebeurt dienen sociale partners naar onze opvatting in ieder geval een keuze te maken tussen ofwel het verbeteren van met name de gebondenheid van partijen aan de uitspraak van de Commissie, ofwel het afschaffen van de Commissies.<sup>7</sup> Het zou daarbij aanbeveling verdienen wanneer cao-partijen hierin een principiële keuze maken die vervolgens door specialisten op dit terrein in cao-teksten wordt vertaald. Zoals uit het voorafgaande blijkt is het niet verstandig om dit onderdeel uit te laten maken van het reguliere cao-overleg. Het risico op onnauwkeurige of onvolledige teksten wordt dan te groot en dat doet afbreuk aan een goede rechtsbescherming. Doormodderen met de huidige situatie is achteraf gezien al sinds Amghane geen goede optie gebleken, maar leidt sinds de uitspraken van het Hof Amsterdam in ieder geval tot zeer onbevredigende situaties.

## Noten

1. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 11 maart 2008, *Staatscourant* 2008, 53, pagina 16.
2. Ktr. Eindhoven 14 april 1978, AB 1979,76.; Ktr. Amsterdam 11 febr. 1983, AB 1983, 277.
3. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 693.
4. De bepaling zoals opgenomen in art. 5-5 van de CAO HBO luidt: "De uitspraak van de commissie is bindend voor zowel de werkgever als de werknemer".
5. Rechtbank Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 26 mei 2010; rolnummer

1082335 CV EXPL 09-31054

6. Hoge Raad 17 januari 2003; NJ 2004, 280 (ABN AMRO/Teisman)
7. Rechtbank Amsterdam, voorzieningenrechter, 18 augustus 2011, rolnummer 497167/KG ZA 11-1272
8. Rechtbank Almelo, sector kanton, locatie Enschede, 3 januari 2012, LJN BV0155.
9. Rechtbank Rotterdam 8 januari 1998, rolnr. 68 371/HA ZA 96-3549.
10. In het PO bestaat wel het Participatiefonds dat de WW-lasten van de werkgever voor haar rekening neemt als de reden van ontslag en de inspanningen van de werkgever om ontslag te voorkomen ervoor zorgen dat de instroomtoets met goed gevolg wordt doorlopen. In het VO is het aandeel voor de individuele werkgever 25%, de overige 75% wordt collectief 'omgeslagen'.
11. Rb. Haarlem 3 maart 2010, LJN: BL7760, Rb. Maastricht 19 februari 2009, Rb. Maastricht 29 oktober 2008, LJN: BG4362 en Rb. Amsterdam 25 september 2008, LJN: BG 4494
12. Mr. H.J.A. Jansen en mr. drs. M.L.M. van de Laar: "Ontslagprocedures in het bijzonder onderwijs: de kantonrechter en de Commissie van Beroep", *School en Wet* 2010, nr. 3, p. 8.
13. *JAR* 2006,275, LJN AZ1837.
14. LJN BP0651
15. Tenzij uiteraard sprake is van een ontslag waarbij de werknemer zich kon beroepen op een nietigheidsgrond zoals bijvoorbeeld ziekte. De werknemer zal zich daar overigens binnen de verjaringstermijn jegens de werkgever op moeten beroepen en niet (uitsluitend) in de procedure bij de Commissie van Beroep. Een nietigheid op de grond dat een ontslagvergunning ontbreekt is echter in het onderwijs vrijwel nooit aan de orde omdat het BBA op onderwijzend personeel in alle en op onderwijsondersteunend personeel in vrijwel alle onderwijssectoren niet van toepassing is.
16. Voor wat betreft de WVO gaat dat uiteraard op. Voor de cao strikt genomen niet. Het Hof gaat daar wellicht wat makkelijk aan voorbij.
17. LJN: BR4254, RAR 2011, 147
18. *JAR* 2012,26.
19. LJN 8X7884.
20. *Tweede Kamer* 2011/2012, 32 550, nummer 25.
21. "Ontslagpraktijk en harmonisatie in het onderwijs", auteurs: F.A. Reijenga (Astril beleidsonderzoek en- advies), C.V. van Vuuren (Loyalis Kennis en Consult), B. Cuelenaere (Astril beleidsonderzoek en- advies) en J.A.L. van Kampen (Loyalis Kennis en Consult)
22. "De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep" auteurs: mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans, mr. dr. J. Sperling, prof. Mr. L.C.J. Sprengers en mr. drs. W.G.A.M. Veugelers
23. Mr. H.J.A. Jansen en mr. drs. M.L.M. van de Laar: "Ontslagprocedures in het bijzonder onderwijs: de kantonrechter en de Commissie van Beroep", *School en Wet* 2010, nr. 3, p. 8.
24. Reijenga c.s., t.a.p., p. 63.
25. Brekelmans c.s., t.a.p., p. 18.
26. Brekelmans c.s., t.a.p., p. 39.
27. Zie in gelijke zin W. Lindeboom, Commissies van beroep: keerpunt bereikt in het *Liber Amicorum* voor Prof. L.H. van den Heuvel, De Commissies van beroep, snel en rechtvaardig, pagina 30.