



Onderwijs*geschillen*

Op weg naar één arbeidsrecht voor de gehele onderwijssector

Gevolgen van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) voor ambtenaren in het openbaar primair en voortgezet onderwijs en aandachtspunten en aanbevelingen voor cao-partijen.

mr. dr. L.C.J. Sprengers
mr. dr. G.H.J.G. Brekelmans
mr. W. Lindeboom
mr. dr. E. van Vliet

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 medezeggenschapsgeschillen 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, 4^e herziene druk ISBN: 978-90-824256-8-0
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 medezeggenschapsgeschillen 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

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

Uitgave van het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, Utrecht, maart 2019.

Auteurs: mr. dr. L.C.J. Sprengers, mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans, mr. W. Lindeboom en mr. dr. E. van Vliet

Digitale opmaak: Onderwijsgeschillen, Utrecht

© 2019 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.

Op weg naar één arbeidsrecht voor de gehele onderwijssector

Gevolgen van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) voor ambtenaren in het openbaar primair en voortgezet onderwijs en aandachtspunten en aanbevelingen voor cao-partijen

Utrecht, februari 2019

mr. dr. L.C.J. Sprengers (voorzitter)

mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans

mr. W. Lindeboom

mr. dr. E. van Vliet

Inhoudsopgave

1. Inleiding	6
1.1 Introductie Wnra	6
1.2 De rechtspositie van onderwijspersoneel in het kort	7
1.3 Advies	9
2. Wnra in het onderwijs	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Afzonderlijke aanpassingswetgeving voor de onderwijssector	11
2.3 Inhoud Wnra onderwijs.....	12
3. Huidige positie van de werknemer in het bijzonder onderwijs	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Aangaan van de arbeidsovereenkomst.....	15
3.3 Ontslagrecht	15
3.4 Commissie van beroep	19
3.5 Bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen	20
3.6 Overig	21
3.7 Wet arbeidsmarkt in balans (WAB).....	21
3.8 Conclusie	22
4. Huidige positie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs.....	23
4.1 Inleiding	23
4.2 De ambtenaar in het openbaar onderwijs: wettelijke aspecten.....	23
4.3 De ambtenaar in het openbaar onderwijs: cao-aspecten.....	24
4.4 Rechtsbescherming van ambtenaren in het openbaar onderwijs	28
4.5 Rechtspraakonderzoek.....	29
4.6 Wet openbaarheid van bestuur (WOB).....	30
4.7 Bovenwettelijke uitkering werkloosheid.....	30
4.8 Conclusie	30
5. Gevolgen voor de collectieve rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs	32
5.1 Inleiding	32
5.2 Huidige wettelijke bepalingen inzake de arbeidsvoorwaardenvorming openbaar onderwijs; overleg werkgever/werkgeversorganisaties en werknemers(organisaties)	32
5.3 Wijziging van enige wetten in verband met de Wnra-onderwijs.....	36
5.4 Kanttekeningen bij de voorstellen over het collectief overleg in de Wnra-onderwijs	37
5.5 De binding van de werknemer aan de cao.....	38
5.6 Conclusie.....	41
6. Gevolgen voor de individuele rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs.....	43
6.1 Inleiding	43

6.2	Rechtsbescherming	43
6.3	Ketenregeling	46
6.4	Bovenwettelijke WW-uitkering	47
6.5	Wet openbaarheid van bestuur	48
6.6	Europese regelgeving	49
6.7	Conclusie	50
7.	Conclusie en aanbevelingen	51
7.1	Inleiding	51
7.2	Gelijktrekken rechtspositie in openbaar en bijzonder onderwijs	51
7.3	Overgang naar arbeidsovereenkomst	51
7.4	Rechtsbescherming	52
7.5	Scholing	55
	Bijlage: overzicht uitspraken en vindplaatsen rechtspraakonderzoek	56

1. Inleiding

1.1 Introductie Wnra

Op 3 november 2010 werd door de toenmalige leden van de Tweede Kamer Koşer Kaya en Van Hijum het initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (hierna: Wnra) ingediend.¹ De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel heeft enkele jaren geduurd. Op 8 november 2016 werd het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen, waarna de Wnra op 9 maart 2017 in het Staatsblad werd gepubliceerd.² De implementatie van de Wnra vergt enkele jaren, omdat invoerings- en aanpassingswetgeving tot stand moet worden gebracht waarmee ongeveer honderd wetten in formele zin moeten worden gewijzigd. Bovendien moet er voor de sociale partners voldoende tijd zijn om nieuwe cao's tot stand te brengen die aansluiten bij de nieuwe wetgeving. Voor de zomer van 2018 is de Raad van State gevraagd om advies uit te brengen over de aanpassingswetgeving. De Raad van State had geen opmerkingen bij de aanpassingswet en heeft geadviseerd het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in te dienen.³ Vervolgens is de Aanpassingswet Wnra in november 2018 ingediend bij de Tweede Kamer.⁴ Uitgangspunt bij deze wet is geweest om zoveel als mogelijk alleen technische wijzigingen aan te brengen die nodig zijn om de Wnra te implementeren. Daarbij zijn enkele uitzonderingen gemaakt waarbij een inhoudelijke andere keuze is gemaakt, afwijkend van wat in de Wnra is geregeld. Specifiek voor de onderwijssector is een apart wetsvoorstel ingediend, Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren onderwijs, verder Wnra-onderwijs, dat in hoofdstuk 2 van dit advies verder zal worden besproken.⁵ Het streven van de minister is dat de Wnra (en alle invoerings- en aanpassingswetten) met ingang van 1 januari 2020 in werking treedt.⁶

De Wnra heeft tot doel de rechtspositie van ambtenaren en werknemers die werkzaam zijn in het private bedrijfsleven zoveel mogelijk gelijk te trekken, omdat er geen zwaarwegende redenen zijn voor een verschil in rechtspositie. Om deze gelijkstelling te bewerkstelligen, zal de publiekrechtelijke, eenzijdige aanstelling verdwijnen. Op het moment van inwerkingtreding van de Wnra wordt een publiekrechtelijke aanstelling van rechtswege omgezet in een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. Naast het individuele arbeidsrecht, zal dan ook het collectieve arbeidsrecht (cao-recht) van toepassing worden. Dit betekent dat de collectieve arbeidsvoorwaarden van ambtenaren niet meer worden geregeld in algemeen verbindende voorschriften.⁷

Met de inwerkingtreding van de Wnra en het van toepassing worden van het arbeidsrecht zal de benaming ambtenaar, niet verdwijnen. Hetzelfde geldt voor de Ambtenarenwet (hierna: AW). De AW zal in een nieuwe, afgeslankte vorm blijven bestaan (deze nieuwe versie van de AW wordt hierna aangeduid als: AW 2017). De ambtenaar wordt in de AW 2017 in artikel 1 lid 1 als volgt gedefinieerd: "Ambtenaar in de zin van deze wet is degene die krachtens een arbeidsovereenkomst met een overheidswerkgever werkzaam is." Vervolgens is in artikel 2 de overheidswerkgever nader

¹ *Kamerstukken II 2010/11, 32 550, 2.*

² *Stb. 2017, 123.*

³ *Advies Raad van State W04.18.0176/I.*

⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35 073, 2.*

⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35 089, 2.*

⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 32 550, 60.*

⁷ *Kamerstukken II 2010/11. 32 550, 3, p. 1.*

gedefinieerd (zie hierover hoofdstuk 2). In de AW 2017 zijn bijvoorbeeld bepalingen over integriteit en beperking van grondrechten gehandhaafd. Deze bepalingen zullen na inwerkingtreding van de Wnra van toepassing blijven op ambtenaren (die dan dus werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst). Enkele sectoren zijn van de Wnra uitgezonderd. De ambtenaren in deze sectoren blijven werkzaam op basis van een aanstelling. Het gaat onder andere om personeel werkzaam bij de politie en defensie, rechterlijke ambtenaren en politieke ambtsdragers. Zij vallen niet onder het bereik van de AW 2017, omdat artikel 3 AW 2017 bepaalt dat een overheidswerkgever geen arbeidsovereenkomst met deze ambtenaren sluit.⁸ De rechtspositie van deze groepen blijft na de invoering van de Wnra geregeld bij algemeen verbindend voorschrift.⁹

Voor de onderwijssector is (uiteindelijk) gekozen om de gehele sector onder een wettelijk regime te brengen. Daarom is besloten om de AW 2017 niet van toepassing te laten zijn op het openbaar onderwijs (zie hierna paragraaf 2.2).

De Wnra heeft tot gevolg dat ook de rechtsbescherming van ambtenaren zal veranderen. Na de invoering van de Wnra zal de rechtsbescherming privaatrechtelijk van aard zijn. Dit betekent onder meer dat de bezwaarfase in het kader van geschillen op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zoals die momenteel voor ambtenaren geldt, gaat verdwijnen en dat bijvoorbeeld bij ontslag een preventieve toetsing (vooraf) zal plaatsvinden in plaats van de huidige repressieve toetsing (achteraf).

1.2 De rechtspositie van onderwijspersoneel in het kort

In de onderwijssector werken ruim een half miljoen mensen, waarvan bijna 280.000 in het primair en voortgezet onderwijs.¹⁰ De onderwijssector is vanwege het duale onderwijsbestel voor wat betreft de rechtspositie van het personeel een bijzondere sector. Het duale onderwijsbestel, dat is neergelegd in artikel 23 Grondwet (Gw), houdt in dat openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs van elkaar dienen te worden onderscheiden. Het openbaar onderwijs is levensbeschouwelijk neutraal en gaat uit van de overheid. Het bijzonder onderwijs daarentegen is niet levensbeschouwelijk neutraal, is gegrondvest op de vrijheid van onderwijs en gaat uit van particuliere organisatievorming. Personeel in het openbaar onderwijs is onder het huidige recht ambtenaar, zodat de rechtspositie wordt geregeld door het ambtenarenrecht. Voor personeel in het bijzonder onderwijs is dat anders. Zij zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Hun rechtspositie wordt geregeld door het civiele arbeidsrecht (titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek). Naast het openbaar en bijzonder onderwijs kunnen ook nog een samenwerkingsbestuur en de samenwerkingschool worden onderscheiden. Openbare en bijzondere scholen kunnen onder een gemeenschappelijk bestuur vallen: het samenwerkingsbestuur (artikel 17 Wet op het primair onderwijs (hierna: WPO) en artikel 53c Wet op het voortgezet onderwijs (hierna: WVO)).

⁸ Zie hierover N. Hummel, 'De artikel 3-ambtenaren', in: B. Barentsen (red.), N. Hummel (red.) en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Van Ambtenaar naar ambtenaar. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018, p. 213-241.

⁹ *Kamerstukken II 2018/19*, 350 73, 3, p. 3.

¹⁰ Gebaseerd op cijfers uit 2016: *Trends en cijfers 2017, werken in de overheid- en onderwijssectoren*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, te raadplegen op: <https://kennisopenbaarbestuur.nl/rapporten-publicaties/trends-en-cijfers-2017/>.

Het personeel dat in dienst is van een samenwerkingsbestuur (dus ook het personeel dat werkzaam is op een openbare school), is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Op een samenwerkingschool wordt binnen een school zowel openbaar als bijzonder onderwijs gegeven. Een samenwerkingschool kan door een fusie ontstaan. Het personeel dat werkzaam is op een samenwerkingschool, is eveneens werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

Kortom, voor de arbeidsrechtelijke rechtspositie van onderwijspersoneel is naar huidig recht bepalend of iemand werkzaam is in het openbaar onderwijs, in het bijzonder onderwijs, voor een samenwerkingsbestuur of op een samenwerkingschool. Overigens bestaat het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs alleen in het primair onderwijs, voortgezet onderwijs, en in het wetenschappelijk onderwijs. In het middelbaar beroepsonderwijs en het hoger beroepsonderwijs bestaan namelijk alleen bijzondere onderwijsinstellingen en is het personeel dus uitsluitend werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.¹¹

De arbeidsrechtelijke rechtspositie is voor een belangrijk deel in de collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: cao's) geregeld. Binnen elke onderwijssector is voor zowel het personeel in het openbaar onderwijs als voor personeel in het bijzonder onderwijs zoveel mogelijk geprobeerd de materiële rechtspositie gelijk te trekken. Daarom is gekozen voor één cao, waarbij in een apart deel de formele rechtspositie van de ambtenaren in het openbaar onderwijs is beschreven. Cao's hebben echter betrekking op arbeidsovereenkomsten (artikel 1 lid 1 Wet CAO) en niet op publiekrechtelijke aanstellingen. Om die reden wordt een cao voor personeel in het openbaar onderwijs door de werkgever omgezet in een algemeen verbindend voorschrift, zodat de arbeidsvoorwaarden uit de cao toch van toepassing zijn. De cao's hebben een hybride karakter: de materiële arbeidsvoorwaarden voor personeel in het openbaar en bijzonder onderwijs zijn grotendeels gelijk, maar de cao's bevatten wel hoofdstukken die specifieke bepalingen bevatten voor alleen het personeel in het openbaar onderwijs, dan wel het bijzonder onderwijs. In dit advies zullen de meest actuele cao's worden betrokken:

Cao	Looptijd
Cao po 2018-2019	1 januari 2018 tot 1 maart 2019
Cao vo 2018-2019	1 juni 2018 tot 1 oktober 2019

¹¹ Zie over de rechtspositie van onderwijspersoneel: F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, *Arbeidsrechtelijke Themata - Bijzondere Arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 101-142.

1.3 Advies

Het Expertisecentrum van de Stichting Onderwijsgeschillen heeft een adviesgroep gevraagd een nadere analyse te maken van de arbeidsrechtelijke gevolgen van de Wnra voor personeel in het openbaar onderwijs.

De adviesgroep is gevraagd:

1. de huidige rechtspositie van personeel in het openbaar en bijzonder onderwijs te analyseren;
2. de gevolgen van de Wnra voor personeel in het openbaar onderwijs te analyseren en deze te vergelijken met de huidige rechtspositie van personeel in het bijzonder onderwijs;
3. op basis van deze analyses voorstellen voor de regeling van de rechtsbescherming van onderwijspersoneel na invoering van de Wnra te doen en daarbij aanbevelingen te geven.

Het advies richt zich specifiek op het primair en voortgezet onderwijs. In deze sectoren bestaat openbaar en bijzonder onderwijs en wordt de rechtspositie van het onderwijspersoneel naar huidig recht door zowel het ambtenarenrecht als het arbeidsrecht bepaald. In deze sectoren zal de Wnra belangrijke gevolgen hebben. Ook in het universitair onderwijs kunnen openbare en bijzondere instellingen worden onderscheiden. Deze onderwijssector wijkt zodanig af van het primair en voortgezet onderwijs, dat is besloten deze onderwijssector in dit advies buiten beschouwing te laten.¹² Het middelbaar- en hoger beroepsonderwijs (met enkel bijzonder onderwijs) zullen in dit advies niet worden betrokken, omdat voor het personeel in deze sectoren het civiele arbeidsrecht al van toepassing is.¹³

In de huidige onderwijscao's worden ambtenaren in het openbaar onderwijs aangeduid als werknemer. Om verwarring over de rechtspositie van personeel in het openbaar onderwijs naar huidig en naar nieuw recht te voorkomen, wordt er in dit advies voor gekozen het personeel in het openbaar onderwijs naar huidig recht aan te duiden als ambtenaar en naar toekomstig recht als werknemer.

De adviesgroep bestaat uit de volgende deskundigen op het terrein van het onderwijs- en arbeidsrecht:

- mr. dr. L.C.J. Sprengers (verbonden aan de Erasmus School of Law, advocaat bij Sprengers Advocaten, voorzitter van diverse beroepscommissies, waaronder de Bezwarencommissie OMO en de Commissie van beroep funderend onderwijs);
- mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans (verbonden aan Actis te Rotterdam);
- mr. W. Lindeboom (advocaat bij Brussee Lindeboom advocaten);
- mr. dr. E. van Vliet (universitair docent aan de Erasmus School of Law en lid van de Commissie van beroep funderend onderwijs).

Het advies is door de leden van de adviesgroep onafhankelijk, op persoonlijke titel en op basis van deskundigheid opgesteld.

¹² Zie over de gevolgen van de Wnra voor het universitair onderwijs: L. Jansen, 'De gevolgen van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren voor het personeel van openbare universiteiten', *NTOR* 2017/3, p. 171-190.

¹³ De bijzondere hogescholen en universiteiten zijn in de bijlage bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) opgenomen.

De opbouw van het advies is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt de Wnra in het onderwijs besproken. Vervolgens komen in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 de huidige rechtspositie van personeel in het openbaar en bijzonder onderwijs aan de orde. In de daarop volgende hoofdstukken worden de gevolgen van de Wnra voor de collectieve (hoofdstuk 5) en de individuele rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs (hoofdstuk 6) in kaart gebracht. Het advies wordt afgesloten met conclusies en enkele aanbevelingen in hoofdstuk 7.

2. Wnra in het onderwijs

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de afzonderlijke aanpassingswetgeving voor de onderwijssector (paragraaf 2.2.), waarna de inhoud van de Wnra-onderwijs in hoofdlijnen zal worden geschetst (paragraaf 2.3). In paragraaf 2.4 wordt het overgangsrecht in kaart gebracht. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 2.5).

2.2 Afzonderlijke aanpassingswetgeving voor de onderwijssector

In de inleiding tot dit advies werd al kort gesignaleerd dat de aanpassingswetgeving bij de Wnra¹⁴ in twee afzonderlijke wetsvoorstellen is ondergebracht: de Aanpassingswet Wnra¹⁵ en de Wnra-onderwijs. De eerste vraag is wat de achtergrond voor de aparte behandeling van deze categorie ambtenaren is.

Toepassing van uitsluitend de Aanpassingswet Wnra op de onderwijssector zou ertoe leiden dat binnen de onderwijssector toch nog een klein, maar aanwijsbaar verschil in rechtspositie zou blijven bestaan. Dit komt doordat uitgangspunt van de AW 2017 is dat personeel in dienst van een overheidswerkgever in de zin van die wet in dienst is op basis van een arbeidsovereenkomst, maar dat dit personeel nog wel onder de AW 2017 blijft vallen. De AW wordt weliswaar sterk uitgekleed, maar bevat in de paragrafen 2 en 3 (de artikelen 4 tot en met 11) nog wel steeds opdrachten aan overheidswerkgevers, respectievelijk verplichtingen van ambtenaren zoals een verplicht integriteitsbeleid, bepalingen over nevenwerkzaamheden en de beperking van de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.

Het overgrote deel van het openbaar primair en voortgezet onderwijs is inmiddels ondergebracht in een privaatrechtelijke stichting of vereniging. Voor het personeel dat daar werkzaam is, geldt de AW al niet meer. Er zijn echter enkele gemeenten in Nederland die nog steeds zelf het bevoegd gezag van het openbaar primair en voortgezet onderwijs vormen. Een grotere categorie vormen de openbare universiteiten, de openbare onderzoeksinstituten en de openbare universitaire medische centra. Zij gaan uit van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon in de zin van artikel 2 van de AW 2017 en het aan die instellingen verbonden personeel valt dus onder de AW 2017. Dit in tegenstelling tot de bijzondere universiteiten.

Om een (nieuwe) tweedeling binnen zowel onderwijspersoneel in brede zin als binnen het openbaar onderwijs als zodanig te voorkomen, sluit de Wnra-onderwijs alle werkgevers die onder de onderwijsbegroting vallen uit van het begrip overheidswerkgever in de AW 2017. Voor wat betreft het openbaar primair en voortgezet onderwijs gebeurt dit door in artikel 2 AW 2017 te bepalen dat gemeenten géén overheidswerkgever zijn indien en voor zover zij scholen in stand houden waarvan het college van B&W het bevoegd gezag is, respectievelijk dat openbare rechtspersonen in de zin van de WPO, de WEC en de WVO ook geen overheidswerkgever zijn.

¹⁴ Stb. 2017, 123.

¹⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35 073, nr. 2.*

Er is wel kritiek geuit (1) op de vraag of deze benadering noodzakelijk is en (2) op de vraag of de werknemer in het openbaar onderwijs hiermee niet op een grotere afstand van het openbaar bestuur wordt geplaatst dan wenselijk was geweest.¹⁶ Deze vragen vallen echter buiten het bestek van dit advies en worden daarom niet verder behandeld. We gaan in de volgende paragraaf in op de vraag wat de Wnra-onderwijs behelst.

2.3 Inhoud Wnra-onderwijs

De Wnra-onderwijs wijzigt - voor zover in het kader van dit advies relevant - met name de onderwijswetten WPO, WEC en WVO.

Afschaffing van de termen “akte van benoeming” en “akte van aanstelling”

Uit de WPO, WEC en WVO worden stelselmatig de termen “akte van aanstelling” en “akte van benoeming” geschrapt, dan wel worden die termen vervangen door de term “arbeidsovereenkomst”. Het schrappen van de term “akte van benoeming” ging overigens niet zonder slag of stoot. In het conceptwetsvoorstel, dat aan internetconsultatie onderhevig was, werd de term “akte van aanstelling” juist nog vervangen door de term “akte van benoeming”. Daar was in de internetconsultatie nogal wat kritiek op en die kritiek is nu dus overgenomen door de term te schrappen. Tegelijk met de term is ook de bepaling in de respectievelijke onderwijswetten geschrapt die regelde wat de arbeidsovereenkomst tenminste diende te bevatten. Wel is de bepaling overgebleven dat - onder andere - gegevens over de arbeidsovereenkomst door het bevoegd gezag worden bewaard.

Geen gedetailleerde opdracht meer tot regeling van de rechtspositie van het personeel

De WPO, WEC en WVO regelen nu dat het bevoegd gezag van een school de rechtspositie regelt (openbaar onderwijs), respectievelijk dat het bevoegd gezag zorg draagt voor een dergelijke regeling (bijzonder onderwijs). Die bepalingen worden gehandhaafd. De bewuste wetsartikelen regelen nu echter ook tot op zekere hoogte wat die rechtspositieregeling tenminste dient in te houden. Dat wordt geschrapt. Verder is er voorzien in overgangsrecht voor collectieve regelingen, zie hierna paragraaf 2.4.

Decentraal overleg

De WPO, WEC en WVO blijven een kapstok bevatten voor het georganiseerd overleg, waarin over “aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van het personeel” overleg wordt gepleegd. Een kapstok voor een bij dat overleg behorende geschillenregeling wordt echter geschrapt en (dus) overgelaten aan datzelfde georganiseerd overleg. De Raad van State had - net als een aantal deelnemers aan de internetconsultatie - geadviseerd¹⁷ om in het kader van de normaliseringsgedachte alle bepalingen over het decentraal georganiseerd overleg te laten vervallen.¹⁸ De regering erkent dat dit niet past in een genormaliseerd overlegstelsel (zie hierna

¹⁶ Zie voor dergelijke kritiek : Het advies van de Vereniging van Advocaten en rechtsbijstandsverleners in het onderwijs (VARO) van 12 maart 2018.

¹⁷ <https://www.internetconsultatie.nl/normaliseringonderwijs/reactie/9a1a4f5d-a380-42ee-8cf1-b277fcea2b47>.

¹⁸ *Kamerstukken II 2018/19, 35 089, 4.*

paragraaf 5.4). In het wetsvoorstel vervalt echter alleen de verplichting om een geschillenregeling te treffen.

2.4 Overgangsrecht

Zowel in de AW 2017, de Aanpassingswet Wnra en de Wnra-onderwijs zijn bepalingen van overgangsrecht terug te vinden. Dat maakt het niet overzichtelijk. Daarom geven we hier het overgangsrecht per categorie weer.

Individueel overgangsrecht

In de Wnra is voorzien in een individueel overgangsrecht. In artikel 14 AW 2017 is geregeld dat de aanstelling van rechtswege overgaat in een arbeidsovereenkomst en dat de afspraken die deel uitmaken van de ambtelijke aanstelling, vanaf de inwerkingtreding van de wet deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. De consequenties van artikel 14 AW 2017, met name de wijziging daarvan door toevoeging van een nieuw lid 3 bij Nota van wijziging d.d. 7 maart 2019, komen hierna in paragraaf 3.3 en 6.3 nog uitvoerig aan de orde.

De Wnra-onderwijs bevat nauwelijks overgangsrecht. Artikel IX van de Wnra-onderwijs regelt, in aanvulling op het overgangsrecht in de AW 2017¹⁹, dat de bestaande aktes van aanstelling en van benoeming van rechtswege worden omgezet in of worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Het sluiten van een (nieuwe) arbeidsovereenkomst in plaats van de akte van aanstelling, respectievelijk akte van benoeming is dus niet nodig.²⁰

Collectief overgangsrecht

Uitgangspunt is dat de op grond van artikel 125 AW (zie paragraaf 4.2) tot stand gekomen algemeen verbindende voorschriften komen te vervallen op 1 januari 2020 (artikel 17 lid 1 AW 2017). Voor zover en voor zolang er echter nog geen nieuwe cao is afgesloten waarbij de overheidswerkgever partij is, blijven de algemeen verbindende voorschriften verbindend voor een overheidswerkgever en zijn ambtenaren, als ware het een cao, voor zover deze niet in strijd met de wet of een dwingendrechtelijke bepaling van burgerlijk recht zijn. De bedoeling is dat cao-partijen er voor zorgdragen dat voor of op 1 januari 2020 een nieuwe cao tot stand komt, waarin de oude ambtelijke rechtspositieregeling is opgegaan. Mocht dat echter niet lukken, dan is bepaald dat zolang er geen nieuwe cao-afspraken is, de oude algemeen verbindende voorschriften blijven gelden.

In de Wnra-onderwijs is hier nog een aparte overgangsbepaling aan toegevoegd in verband met algemene maatregelen van bestuur die in verschillende onderwijssectoren tot stand zijn gekomen bij de decentralisatie van de arbeidsvoorwaarden rond 2012. In die intrekingsbesluiten is toen ook overgangsrecht opgenomen. In artikel X Wnra-onderwijs is bepaald dat deze overgangsbepalingen van toepassing blijven tot een door de minister bij koninklijk besluit nader vast te stellen moment dat kan gaan verschillen per artikel of onderdelen.

¹⁹ In de MvT bij de Wnra-onderwijs wordt uitdrukkelijk aangegeven dat artikel 14 AW 2017 ook van toepassing is op het personeel van openbare scholen, zie: *Kamerstukken II 2018/19*, 35 089, 3, p. 11.

²⁰ Zie in dit opzicht ook de Aanpassingswet Wnra, *Kamerstukken II 2018/19*, 35 089, 6, p.16.

Voor oud-ambtenaren die een uitkering ontvangen is in artikel 14 lid 2 AW 2017 als overgangsregeling opgenomen dat de uitkeringsregelingen voor hen van kracht blijven en kunnen worden geïndexeerd op de in de regeling voorziene wijze.

Reorganisaties

In de Aanpassingswet Wnra is ook nog een overgangsrecht opgenomen voor reorganisaties die zijn aangevangen voor 1 januari 2020. Indien de boventalligverklaring plaatsvindt voor 1 januari 2020 blijven de oude rechtspositionele regels voor de gehele reorganisatie van toepassing, mits voorzien wordt in een cao-ontslagcommissie (zie hierna paragraaf 6.2).

Procesrecht

Besluiten die tot en met 31 december 2019 met betrekking tot een ambtenaar worden genomen, zijn en blijven onderhevig aan bezwaar en beroep in de zin van de Awb. Dit volgt uit artikel 16, lid 2 AW 2017. Dat houdt dus in dat daartegen ook de procedures bij de bestuursrechter en de Centrale Raad van Beroep mogelijk blijven, ook al moeten die nog na 1 januari 2020 opgestart worden. Bepalend voor de overgang is het moment waarop het (primaire) besluit wordt genomen. Op besluiten die op of na 1 januari 2020 worden genomen is het civiele procesrecht van toepassing.

2.5 Conclusie

De wetgever heeft ervoor gekozen, zo blijkt uit de Wnra-onderwijs, om de gehele onderwijssector onder hetzelfde arbeidsrechtelijk regime te brengen. De AW 2017 is daarom niet van toepassing in de onderwijssectoren, afgezien van het overgangsrecht. Verder is in de Wnra-onderwijs aandacht besteed aan de akte van benoeming die opgaat in de arbeidsovereenkomst en de verplichtingen voor het bevoegd gezag om de rechtspositie te regelen. Het overgangsrecht is zowel in de AW 2017 als in de Wnra-onderwijs geregeld.

3. Huidige positie van de werknemer in het bijzonder onderwijs

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal in hoofdlijnen de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs worden geschetst, die na invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) in juli 2015 een aantal wijzigingen heeft ondergaan. Aan de orde komen achtereenvolgens het aangaan van de arbeidsovereenkomst (paragraaf 3.2); het ontslagrecht (paragraaf 3.3) en de Commissie van beroep (paragraaf 3.4). Vervolgens wordt nog aandacht besteed aan de bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen (paragraaf 3.5) en een aantal overige onderwerpen (paragraaf 3.6). In paragraaf 3.7 wordt nog kort ingegaan op de Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: WAB), die wijzigingen gaat aanbrengen ten opzichte van de Wwz-wetgeving. In paragraaf 3.8 eindigen we met een conclusie.

3.2 Aangaan van de arbeidsovereenkomst

De cao po en de cao vo regelen uiteraard ook het aangaan van de arbeidsovereenkomst en dan met name - binnen de door het BW gestelde grenzen - in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden aangegaan. De zogenoemde ketenbepaling van artikel 7:668a BW is geïncorporeerd. Op grond van die bepaling is een tweede of volgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarmee een periode van 24 maanden wordt overschreden, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hetzelfde geldt voor de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In beide gevallen kan de keten alleen onderbroken worden door een periode van meer dan zes maanden.

De cao po kent sinds 1 augustus 2018 een aanvullende uitzondering voor de werknemer die belast is met vervangingswerkzaamheden. Met deze werknemer kunnen in een periode van 36 maanden maximaal zes elkaar opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden aangegaan. Als deze werknemer uitsluitend voor bepaalde tijd wordt benoemd in verband met vervanging wegens ziekte is dit aantal zelfs onbeperkt. Deze laatste uitzondering loopt in feite vooruit op de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), zie hierna paragraaf 3.6.²¹

De cao vo kent aanvullende uitzonderingen voor de arbeidsovereenkomst die wordt gesloten met de onbevoegde leraar. Deze werknemer kan ten hoogste vier jaar voor bepaalde tijd in dienst zijn op basis van eveneens maximaal vier tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Ook is er nog een uitzondering voor de leraar Internationale Schakelklassen en Eerste Opvang Asielzoekers. Hij kan in een keten ten hoogste voor 36 maanden op maximaal zes tijdelijke arbeidsovereenkomsten benoemd worden.

3.3 Ontslagrecht

Sinds de wijziging van het ontslagrecht in het BW door de invoering van de Wwz in 2015 geldt voor het personeel in het bijzonder onderwijs vrijwel hetzelfde ontslagrecht als voor al het andere personeel met een arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst kan alleen eindigen als één van

²¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35 074, 2.*

de ontslaggronden voorhanden is die in artikel 7:669 BW limitatief worden opgesomd, behoudens uiteraard het geval dat de werknemer zelf de arbeidsovereenkomst opzegt, de arbeidsovereenkomst op verzoek van werknemer wordt ontbonden, er sprake is van een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt of werkgever en werknemer afspraken maken over een beëindigingsovereenkomst. Of dat het geval is wordt in alle gevallen vooraf beoordeeld door het UWV of de kantonrechter. Dit wordt ook wel de preventieve ontslagtoets genoemd, waarmee het civiele ontslagrecht zich onderscheidt van het ambtelijk ontslagrecht, dat een repressieve ontslagtoets kent. Dat wil zeggen een rechterlijke beoordeling die pas plaats vindt nadat er een ontslagbesluit is genomen.

De ontslaggronden zijn de volgende:

- Bedrijfseconomische omstandigheden (a-grond);
- Arbeidsongeschiktheid (b-grond);
- Frequent ziekteverzuim (c-grond);
- Functieongeschiktheid (d-grond);
- Verwijtbaar handelen van werknemer (e-grond);
- Ernstig gewetensbezwaar bij werknemer (f-grond);
- Verstoorde arbeidsverhouding (g-grond);
- Andere omstandigheden (h-grond).

De enige uitzondering voor onderwijspersoneel vinden wij in artikel 7:671, eerste lid onder h. BW, dat de opzegging van de werknemer in het bijzonder onderwijs regelt op grond van handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de desbetreffende school of instelling. Een dergelijke opzegging dient vooraf getoetst te worden door een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie.²² Van deze bepaling is voor zover bekend tot nog toe geen gebruik gemaakt.

De a- en de b-grond worden door UWW beoordeeld, de overige gronden door de kantonrechter. Bij cao kan worden geregeld dat bij de a-grond andere afspraken worden gemaakt over de bepaling van de ontslagvolgorde dan zoals deze in de Ontslagregeling is opgenomen, bijvoorbeeld een andere invulling van begrippen bedrijfsvestiging, uitwisselbare functies en peildatum. Vereist is dan wel dat over de ontslagaanvraag door een bij cao in te stellen commissie wordt geoordeeld in plaats van het UWV. Hiervoor is gekozen in de cao hbo. In deze cao is de mogelijkheid opgenomen om bij sociaal plan afspraken vast te leggen die afwijken van de Ontslagregeling. De Sectorale ontslagcommissie hbo heeft tot nu toe één uitspraak gedaan, waaruit bleek dat de door het UWV gebruikelijke lijn werd gevolgd.²³ Gedwongen ontslagen op de a-grond hebben zich overigens in de afgelopen ruim drie jaar in het onderwijs mede vanwege de gunstige economie nauwelijks voorgedaan. Van ontslagen op de b-grond uiteraard wel. Voor zover die niet door middel van een beëindigingsovereenkomst worden afgewikkeld, laat de praktijk geen grote wijzigingen zien ten opzichte van de periode vóór de Wwz.

²² Zie: E. van Vliet, *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 251-264.

²³ Sectorale ontslagcommissie hbo 3 april 2018, www.onderwijsgeschillen.nl, uitspraak 108064.

Van de overige zes gronden zijn de c- en de f-grond tot op heden voornamelijk een dode letter gebleken. Er wordt hoogst zelden een verzoek (uitsluitend) op één van deze gronden gedaan en voor zover dat wel gebeurt, zijn geen toewijzende beschikkingen bekend. De h-grond is door de wetgever uitdrukkelijk voorbehouden aan zeer specifieke situaties die volstrekt niet onder één van de zeven overige gronden gebracht kunnen worden (zoals het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning) en dus niet voor situaties waarin bijvoorbeeld wel deels aan één of meer van de overige ontslaggronden is voldaan. Uit de rechtspraak valt echter af te leiden dat deze grond toch iets ruimer wordt uitgelegd dan de wetsgeschiedenis deed vermoeden.

Resteren de ontslaggronden functieongeschiktheid, verwijtbaar handelen en de verstoorde arbeidsverhouding. Aan die gronden worden strikte eisen gesteld die inmiddels in de rechtspraak behoorlijk zijn uitgekristalliseerd.²⁴ In zijn algemeenheid kan de conclusie worden getrokken dat het voor de werkgever een stuk lastiger is geworden dan vóór de Wwz om een arbeidsovereenkomst op één van de gronden c tot en met h ontbonden te krijgen. Het verschilt per grond, maar gemiddeld wordt slechts 25% (d-grond) tot 40% (g-grond) van de ontbindingsverzoeken toegewezen.²⁵ Waarbij tevens geconstateerd kan worden dat het aantal procedures over ontslagzaken sterk is afgenomen en dat de vaststellingsovereenkomst de meest gangbare route van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is geworden, hetgeen ook één van de doelstellingen van de Wwz was.

De werkgever is bovendien bij ontbinding de zogenoemde transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd, tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werknemer. Dat wordt echter niet snel aangenomen, ook niet indien de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld op de e-grond wordt beëindigd. De transitievergoeding die verschuldigd is bij een ontslag op de b-grond wordt met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 ook aan de onderwijswerkgever gecompenseerd uit het Algemeen Werkloosheidsfonds.²⁶ Als de arbeidsovereenkomst op grond van verwijtbaar handelen van de werkgever wordt ontbonden kan de kantonrechter bovendien een aanvullende billijke vergoeding toekennen.²⁷

Deze situatie verschilt aanzienlijk van die op het moment dat het wetsvoorstel Wnra werd ingediend. In zijn algemeenheid kon worden gesteld dat voor de werkgever eenvoudiger was om een arbeidsovereenkomst te beëindigen dan om een ambtenaar te ontslaan. Nu is de situatie eerder omgekeerd of in ieder geval veel meer naar elkaar toegegroeid.

Nu de aanstelling per 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst wordt, zal de openbaar onderwijswerkgever binnen de grenzen van het hierboven gestelde bij elk onvrijwillig ontslag vanaf die datum een transitievergoeding verschuldigd zijn. Deze vergoeding zal dan ook een belangrijke rol gaan spelen bij de onderhandelingen die voorafgaan aan een vertrek van de werknemer met een vaststellingsovereenkomst. Een in dat kader belangrijke vraag is nog, of de diensttijd als ambtenaar meetelt bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding (opgenomen in artikel 7:673 BW lid 4). Het ligt voor de hand om er vanuit te gaan dat dit zo is, gezien het feit dat in het

²⁴ Zie voor wat de e-grond betreft bijvoorbeeld E. Wies en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ("e-grond"): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?' *ArbeidsRecht* 2018/30, p. 19-24.

²⁵ Voor de gegevens in deze passage is voornamelijk geput uit P. Kruijff en I.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2017: eenzijdig ontslag bereikt historisch dieptepunt', *ArbeidsRecht* 2018/32, p. 3-15.

²⁶ Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

²⁷ Zie over een dergelijke situatie bijvoorbeeld: HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

overgangsrecht is bepaald dat de aanstelling van rechtswege overgaat in een arbeidsovereenkomst. Het Hof Den Haag heeft op 1 november 2016 ook in die zin geoordeeld.²⁸

Het hof verwees daarbij naar artikel 7:673, lid 4 BW, waarin onder b is bepaald dat perioden worden samengeteld, “indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn”. Een kantonrechter van de Rechtbank Limburg oordeelde echter op 20 september 2018 anders.²⁹ De kantonrechter motiveerde dat oordeel onder meer met de stelling dat de werknemer niet steeds “op grond van een arbeidsovereenkomst” in dienst was geweest van de werkgever terwijl artikel 7:673 lid 4 sub b BW dit wel expliciet vereist.

Nadat een concept van dit advies op 15 februari 2019 met de sociale partners was besproken verscheen op 7 maart 2019 een nota van wijziging op de Aanpassingswet Wnra.³⁰ Die nota van wijziging brengt onder meer een wijziging aan in artikel 14 AW 2017. Het (nieuwe) derde lid daarvan komt als volgt te luiden:

Met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren worden aanstellingen verleend voorafgaand aan de aanstelling, bedoeld in het eerste lid, als arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht beschouwd.

Deze wijziging wordt als volgt toegelicht:

Naar het oordeel van de regering dienen na inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) de dienstjaren gewerkt op basis van een of meerdere aanstellingen, die voorafgingen aan de aanstelling die op grond van artikel 14, eerste lid, van de Ambtenarenwet 2017 van rechtswege wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in elk geval mee te tellen bij:

- de vaststelling van het recht op transitievergoeding en de hoogte daarvan in de zin van artikel 7:673 BW;
- de toepassing van de ketenregeling in de zin van artikel 7:668a BW;
- de berekening van de termijn van opzegging in de zin van artikel 7:672 BW;
- de toepassing van de regeling van de proeftijd in artikel 7:652 BW.

Het is gebleken dat onzekerheid bestond of dit het geval is en of artikel 14 van de Ambtenarenwet 2017 in deze zin dient te worden uitgelegd; in het verslag van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer vragen bijvoorbeeld de leden van de VVD-fractie hiernaar. Om de onzekerheid weg te nemen, is het wetsvoorstel op dit punt aangepast. Het uitgangspunt, dat voorgaande aanstellingen meetellen als ware zij arbeidsovereenkomsten, is expliciet vastgelegd in het voorgestelde derde lid van artikel 14 van de Ambtenarenwet 2017. Artikel 15 van de Ontslagregeling zal overeenkomstig worden aangepast, zodat het voor het UWV helder is op welke wijze het afspiegelingbeginsel moet worden toegepast. Op grond van artikel 7:668a, tweede lid, en artikel 7:673, vierde lid,

²⁸ Hof 's-Gravenhage 1 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264.

²⁹ Rb. Limburg 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191.

³⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 073, 6.

onderdeel b, van het BW zijn elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, van invloed op de toepassing van de ketenregeling en de vaststelling van het recht op transitievergoeding en de hoogte daarvan. Deze artikelen kunnen ook worden toegepast ten aanzien van aanstellingen die als arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht worden beschouwd. In welk geval werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als elkaars opvolgers dienen te worden beschouwd, is afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Zoals hiervoor al werd beschreven zal de AW 2017 op geen enkele arbeidsovereenkomst in het onderwijs van toepassing zijn. Maar zoals in paragraaf 2.4 aangegeven, wordt in de MvT bij de Wnra-onderwijs uitdrukkelijk aangegeven dat artikel 14 AW 2017 ook van toepassing is op het personeel van openbare scholen. Dat geldt dus ook voor het hierboven aangehaalde nieuwe lid 3 van artikel 14. Uit oogpunt van duidelijkheid over de regelgeving is het - onder verwijzing naar dit onderdeel van de nota van wijziging - aan te bevelen dat in de cao's wordt opgenomen dat diensttijd bij dezelfde werkgever of werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht moet worden elkaars opvolger te zijn bij het vaststellen van een eventuele transitievergoeding op de voet van artikel 7:673 BW wordt meegenomen, ongeacht de vraag of die diensttijd in een ambtelijke aanstelling is doorgebracht of in een arbeidsovereenkomst.

3.4 Commissie van beroep

Andere besluiten van de werkgever dan ontslag zijn voor de werknemer moeilijker ter discussie te stellen, al was het maar omdat het procedureel ingewikkelder is om de werkgever te dagvaarden dan bezwaar en beroep in te stellen tegen een besluit van de werkgever in het openbaar onderwijs. Tot op zekere hoogte wordt dit voor de onderwijswerknemer gecompenseerd doordat hij werkgeversbeslissingen tot het treffen van een disciplinaire maatregel, een schorsing als ordemaatregel, het onthouden van promotie, overplaatsing en de inhouding van de periodieke salarisverhoging kan voorleggen aan de Commissie van beroep ex artikel 12.1 cao po, respectievelijk artikel 19 lid 1 van de cao vo. Disciplinaire maatregelen en schorsingen dienen bovendien voorafgegaan te worden door een voornemenprocedure die vergelijkbaar is met de zienswijze voor de ambtenaar. Er is één landelijke Commissie van beroep voor het funderend onderwijs die bevoegd is voor alle bevoegde gezagsorganen en schoolbesturen die vallen onder de werking van deze cao's.

Dat de uitspraak van de Commissie van beroep bindend is, bepalen de beide laatste leden van de genoemde artikelen. Dit lijkt het sluitstuk van de discussie die jarenlang heeft gewoed over de status van de beslissingen van de Commissies, maar die verstomde nadat de Commissies met ingang van 1 juli 2015 niet meer bevoegd waren te oordelen over ontslagbeslissingen in het primair en voortgezet onderwijs. Nog steeds kan de vraag worden gesteld of de uitspraak van de Commissie van beroep voor beide partijen bindend is, al tendeert de laatst bekende uitspraak op dit vlak ertoe dat dit in ieder geval voor de werkgever wel het geval is.³¹ De cao vo scheidt wat dat betreft verwarring door in een voetnoot te bepalen dat de binding van partijen aan de uitspraak "onverlet (laat) de

³¹ Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4273.

mogelijkheid om het geschil alsnog voor te leggen aan de kantonrechter, indien partijen zich niet kunnen vinden in de uitspraak van de Commissie". Deze voetnoot is ook verwarrend omdat deze voetnoot betrekking heeft op uitspraken van dezelfde commissie van beroep als de commissie genoemd in de cao po. Daar ontbreekt diezelfde voetnoot echter.

Om werkgever en werknemer te kunnen binden aan de uitspraken van de Commissie van beroep is het wenselijk dat de individuele arbeidsovereenkomst een zogenoemd incorporatiebeding bevat. In de cao vo is daarin reeds bij voorbaat voorzien doordat de (bij de benoeming verplicht te hanteren) model-'akte van benoeming' als bijlage 1.a. is toegevoegd, waarin een incorporatiebeding is opgenomen. In de cao po is dit model echter bij de totstandkoming van de laatste cao geschrapt. Het is dus nu aan werkgever en werknemer om al dan niet een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst op te nemen. Overigens bevat de cao po merkwaardigerwijs als bijlage IC nog wel het model voor een akte van benoeming leraar in opleiding bijzonder primair onderwijs. Verder bevat de cao po nog wel de modellen voor de verschillende akten van aanstelling in het openbaar onderwijs, die uiteraard in de toekomst - net als bij de cao vo - kunnen vervallen.

Wij adviseren om het model van de arbeidsovereenkomst (akte van benoeming) weer onderdeel uit te laten maken van beide cao's, waarbij bovendien het incorporatiebeding expliciet wordt uitgebreid met de zinsnede dat, indien de werknemer ten aanzien van een beslissing van de werkgever een uitspraak van de Commissie van beroep vraagt, deze uitspraak voor werkgever en werknemer bindend is.³² Voorts adviseren wij de zojuist besproken voetnoot uit de cao vo te schrappen. Een uitspraak van de Commissie van beroep is anders nog steeds aan te tasten door de rechter. Gezien het feit dat het gaat om een bindend advies zal de rechter dan alleen ingrijpen als de inhoud en/of de wijze van totstandkoming van de uitspraak van de Commissie van beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

3.5 Bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen

De cao po en de cao vo kennen een omvangrijk systeem van op de Werkloosheidswet aanvullende, zogenoemde bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen in de vorm van respectievelijk de Wopo (bijlage XVI bij de cao po) en de Wovo (bijlage 10 bij de cao vo). Op zichzelf worden die regelingen niet door de normalisering geraakt. Feit is echter wel, dat beide regelingen sinds de inwerkingtreding van de Wwz in 2015 onderscheid maken tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs. De aanspraken in het bijzonder onderwijs zijn grosso modo minder dan die in het openbaar onderwijs. Het onderscheid is ingegeven door het feit dat in het bijzonder onderwijs bij ontslag in beginsel de transitievergoeding verschuldigd is en in het openbaar onderwijs niet (zie hierna paragraaf 6.4).

Punt van aandacht voor het voortgezet onderwijs is nog, dat artikel E2 van de Wovo, in het bijzonder in lid c, aan de werknemer in het bijzonder onderwijs tot en met 30 juni 2021 de mogelijkheid biedt om - in beginsel in ruil voor de transitievergoeding - te kiezen voor de gunstigere regeling van het openbaar onderwijs indien betrokkene door middel van een vaststellingsovereenkomst afvloeit. Deze bepaling zal verwachtingen hebben gewekt en zal mogelijk ook al in enkele

³² Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, F.H.J.G. Brekelmans en W. Lindeboom, *Verbetering van de positie van de Commissies van Beroep*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2014.

vaststellingsovereenkomsten zijn opgenomen op het moment waarop de nieuwe cao vo in werking treedt. Het verdient aanbeveling hier rekening mee te houden, ook al leidt dit er wellicht toe dat voor alle onderwijspersoneel nog anderhalf jaar na de afschaffing van de ambtelijke aanstelling in het onderwijs de mogelijkheid bestaat om bij werkloosheid te kiezen voor een gunstiger regeling die alleen op personeel met een aanstelling van toepassing was.

3.6 Overig

Beide cao's kennen voorts de figuur van de tijdelijke uitbreiding van de betrekkingssomvang. De cao's regelen verder de opzegtermijn. In tegenstelling tot de situatie in het openbaar onderwijs geldt die - ongeacht de ontslaggrond - voor elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waarbij de duur van de opzegtermijn afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst. Als gevolg van de wijziging die is aangebracht in het overgangsrecht in artikel 14 WNRA, Nota van wijziging op de Aanpassingswet Wnra, die hiervóór al aan de orde kwam en hierna nog aan de orde zal komen, moet worden aangenomen dat bij de berekening van de duur van de opzegtermijn aan de arbeidsovereenkomst voorafgaande aanstellingen zullen meetellen.³³

3.7 Wet arbeidsmarkt in balans (WAB)

Op het moment waarop dit advies wordt geschreven, heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel over de WAB op 5 februari 2019 aangenomen. Als de WAB op 1 januari 2020 wet wordt, verandert het ontslagrecht opnieuw in vrij belangrijke mate. Het is vervolgens nog de vraag of dit wetsontwerp ook tijdig door de Eerste Kamer zal worden aangenomen om de datum van 1 januari 2020 te halen.

In de WAB is het voorstel opgenomen om een negende ontslaggrond (de i-grond) aan artikel 7:669 BW toe te voegen. Met toepassing van deze zogenoemde cumulatiegrond kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst toch ontbinden als sprake is van een combinatie van factoren in de zin van de c-grond tot en met de h-grond, in die gevallen waar iedere grond op zich onvoldoende voldragen is om op die grond reeds tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. In de praktijk moet dan gezien het voorafgaande vooral gedacht worden aan een combinatie van functieongeschiktheid en/of verwijtbaar handelen en/of een verstoorde arbeidsverhouding. Hoe dit in de praktijk zal gaan uitpakken is nog verre van duidelijk. Enerzijds is het uitdrukkelijk niet de bedoeling om het gesloten stelsel van ontslaggronden te verlaten, anderzijds is het even uitdrukkelijk de bedoeling om ontbinding mogelijk te maken in gevallen waarin dat op dit moment niet kan. Als op deze grond wordt ontbonden, kan de kantonrechter de transitievergoeding met maximaal 50% verhogen.

Ook wordt de ketenregeling verruimd in die zin, dat gedurende maximaal drie jaar tijdelijke arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangegaan in plaats van de huidige twee jaar. Ook komt er meer ruimte om bij cao af te wijken van de periode tussen twee arbeidsovereenkomsten van de keten. In het primair onderwijs worden tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor ziektevervangers uitgezonderd van de ketenbepaling. Op deze wijzigingen preludeert zoals gezegd al de cao po, hetgeen bij ministeriele regeling door de Minister van SZW is goedgekeurd vooruitlopend op deze wetswijziging.

³³ Kamerstukken II 2018-2019, 35 073, 6, p. 15.

3.8 Conclusie

In het arbeidsrecht is sinds de invoering van de Wwz in 2015 het nodige veranderd. Het civiele ontslagrecht is veel meer toegegroeid naar het ambtelijke ontslagrecht, of mogelijk nog wel strenger geworden. De planning is om met ingang van 1 januari 2020 een aantal wijzigingen aan te brengen ten opzichte van de Wwz-wetgeving. Het is echter nog niet duidelijk of dit qua tijd gaat lukken. In hoofdstuk 6 wordt verder ingegaan op de gevolgen die het van toepassing worden van het arbeidsrecht op ambtenaren in het openbaar onderwijs zal gaan hebben en welke aandachtspunten voor cao-partijen daarbij van belang kunnen zijn.

4. Huidige positie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de huidige arbeidsrechtelijke rechtspositie en de rechtsbescherming van de ambtenaar in het openbaar onderwijs centraal. In paragraaf 4.2 zal het juridisch kader dat op de ambtenaar in het openbaar onderwijs van toepassing is worden besproken. Vervolgens zal in paragraaf 4.3 nader worden ingegaan op de rechtsbescherming van ambtenaren in het openbaar onderwijs. In paragraaf 4.4 worden de uitkomsten van een rechtspraakonderzoek naar bezwaar en beroep door ambtenaren in het openbaar onderwijs toegelicht. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 4.5 afgesloten met een conclusie.

4.2 De ambtenaar in het openbaar onderwijs: wettelijke aspecten

Het openbaar onderwijs, dat op grond van artikel 23 lid 4 Grondwet (Gw) van overheidswege wordt gegeven, kan zo blijkt uit artikel 1 WPO, artikel 1 Wet op de expertisecentra (hierna: WEC) en artikel 1 WVO op verschillende wijzen worden bestuurd, namelijk door:

- burgemeester en wethouders van de gemeente;
- een bestuurscommissie;
- een orgaan (openbaar lichaam) op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen;
- een openbare rechtspersoon bij verordening;
- een stichting voor openbaar onderwijs;
- een stichting die ook bijzondere scholen in stand houdt (samenwerkingsbestuur).

De meeste openbare scholen worden bestuurd door een stichting voor openbaar onderwijs.³⁴ Werkzaamheden die voor een dergelijke stichting worden uitgevoerd, worden aangemerkt als werkzaamheden in de openbare dienst.³⁵ Voor de ambtenaar in het openbaar onderwijs is een verscheidenheid aan wet- en regelgeving van toepassing, zoals de AW, de Awb, geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten die zijn neergelegd in de Gw en/of in internationale verdragen.³⁶

Op grond van artikel 125 AW worden voor ambtenaren bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) voorschriften vastgesteld betreffende:

- aanstelling, schorsing en ontslag;
- het onderzoek naar de geschiktheid en de bekwaamheid;
- bezoldiging en wachtgeld;
- dienstitijden;

³⁴ F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, 'De leraar', *Arbeidsrechtelijke Themata - Bijzondere Arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 103.

³⁵ P.W.A. Huisman (red.), *Handboek onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 83.

³⁶ Zie over de uitoefening van grondrechten door een ambtenaar: P.W.A. Huisman (red.), *Handboek onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 84-87.

- verlof en vakantie;
- voorzieningen in verband met ziekte;
- bescherming bij de arbeid;
- woon-, verblijfs- en bereikbaarheidsverplichtingen;
- medezeggenschap;
- overige rechten en verplichtingen;
- disciplinaire straffen, met dien verstande dat een boete dan wel een inhouding of korting op de bezoldiging per opgelegde disciplinaire straf ten hoogste gelijk is aan het bedrag van het salaris van de ambtenaar over anderhalve maand;
- de instelling en werkwijze van commissies waaraan de beslissing met uitsluiting van administratieve organen is opgedragen, voor zover deze worden mogelijk gemaakt;
- de wijze, waarop met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheidspersoneel overleg wordt gepleegd over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren, alsmede de gevallen waarin overeenstemming in dat overleg dient te worden bereikt;
- de gevallen waarin berichten inzake de rechtspositie van de ambtenaar in afwijking van artikel 2:14 lid 1 Awb uitsluitend elektronisch verzonden behoeven te worden en de voorwaarden die daarbij in acht worden genomen.

Op grond van artikel 125ter AW zijn het bevoegd gezag en de ambtenaar verplicht zich als een goed werkgever en een goed ambtenaar te gedragen. In het arbeidsrecht is in artikel 7:611 BW een vergelijkbare bepaling opgenomen.

In artikel 125a AW is voor ambtenaren de zogenoemde 'functioneringsnorm' opgenomen. Dit wetsartikel bevat een wettelijke beperking op de uitoefening van enkele grondrechten door de ambtenaar. In lid 1 is geregeld dat de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens of van de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.

Een besluit dat wordt genomen en betrekking heeft op een ambtenaar moet voldoen aan geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 en artikel 3:4 Awb), het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb), het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

4.3 De ambtenaar in het openbaar onderwijs: cao-aspecten

Voor ambtenaren in het openbaar primair en voortgezet onderwijs is de arbeidsrechtelijke rechtspositie voor een belangrijk deel in de cao po en de cao vo geregeld. Voor het dienstverband in het openbaar onderwijs bevat de cao po in een afzonderlijk hoofdstuk 4 bepalingen over:

1. aanstelling;
2. einde van de aanstelling;
3. ordemaatregelen en schorsing;
4. disciplinaire maatregelen;
5. formaliteiten;

6. detachering en uitzendarbeid;
7. leraar in opleiding (LIO) en onderwijsassistent in opleiding.

In de cao vo wordt in diverse hoofdstukken een onderscheid gemaakt tussen het bijzonder onderwijs en het openbaar onderwijs als het gaat om het dienstverband (hoofdstuk 9), beëindiging van het dienstverband (hoofdstuk 10) en functies (hoofdstuk 11). In deze hoofdstukken worden dezelfde aangelegenheden geregeld als die hiervoor voor de cao po zijn genoemd.

Ad 1. Aanstelling

In de cao po en de cao vo zijn bepalingen opgenomen over de akte van aanstelling en aanstellingen voor bepaalde tijd. In de cao po staat dat aanstelling plaatsvindt op basis van een Akte van Aanstelling, zoals opgenomen in bijlage IB bij de cao. Daarin staat: "Op dit dienstverband is van toepassing de cao po".³⁷ Ook in de cao vo is dit op vergelijkbare wijze geregeld (artikel 9.b1 met verwijzing naar de bijlage 1.c of 1.d), alleen de formulering naar de verwijzing naar de cao luidt iets anders, namelijk: "Op de aanstelling is de vigerende cao vo van toepassing".¹ Beide teksten beogen te regelen dat de geldende cao de inhoud van de rechtspositie tussen werkgever en ambtenaar bepaalt. Verder bevatten de cao's bepalingen over (een beperking van het aantal) opvolgende dienstverbanden en aanstellingen ten behoeve van vervanging van tijdelijk afwezige werknemers. Als aanstellingen voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste aanstelling als een aanstelling voor onbepaalde tijd (artikel 4.5 lid 1 cao po).

In de cao vo is geregeld dat een aanstelling voor bepaalde tijd kan plaatsvinden bij wijze van proef, voor de duur van twaalf maanden. In bijzondere gevallen kan deze periode worden verlengd met ten hoogste twaalf maanden (artikel 9.b.2 lid 1 cao vo). In artikel 9.b.2 lid 4 cao vo is nog een aantal andere situaties opgenomen waarin een aanstelling voor bepaalde tijd kan worden overeengekomen, zoals bij vervanging van een tijdelijk afwezige werknemer of als voorziening in een tijdelijke vacature. De totale duur van elkaar opvolgende aanstellingen voor bepaalde tijd bedraagt, ongeacht het aantal dienstverbanden, ten hoogste drie jaar. Wordt het dienstverband nadien voortgezet, dan geschiedt dit voor onbepaalde tijd (artikel 9.b.2 lid 6 cao vo). Deze periode van 3 jaar wijkt af van de periode van 24 maanden die artikel 7: 668a BW kent (zie hierna paragraaf 6.3)

Ad 2. Einde van de aanstelling

Met betrekking tot het einde van de aanstelling bevatten de cao po en de cao vo bepalingen over het einde van rechtswege en ontslag. In de cao po zijn de volgende ontslaggronden opgenomen (artikel 4.8):

- a. op schriftelijke aanvraag;
- b. wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd met ingang van de eerste dag van de maand volgend op die waarin de AOW-gerechtigde leeftijd wordt bereikt of de latere datum die krachtens artikel 4.10 door partijen is overeengekomen;
- c. op schriftelijke aanvraag voor het geheel of een gedeelte van de voor hem geldende betrekkingssomvang met het oog op een uitkering als bedoeld in het Pensioenreglement van

³⁷ Dezelfde tekst komt terug in de Akte van Aanstelling voor vervanging (IB.1) en min-max-aanstelling (IB.2).

de Stichting Pensioenfonds ABP of een FPU-uitkering zoals geregeld in het FPU-reglement van het VUT-fonds;

- d. wegens opheffing van de instelling, of de betrekking of zodanige verandering in de inrichting van het onderwijs of de dienst van de instelling dat zijn werkzaamheden overbodig zijn geworden;
- e. indien hij na afloop van lang buitengewoon verlof bij gebrek aan een vacature niet in actieve dienst aan de instelling dan wel bij de werkgever kan worden geplaatst;
- f. wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid, met in achtneming van de Regeling Ziekte en arbeidsongeschiktheid primair onderwijs (ZAPO);
- g. wegens ernstige mate van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor het verrichten van zijn functie uit andere hoofde dan genoemd onder f;
- h. wegens een onherroepelijk geworden veroordeling tot vrijheidsstraf wegens misdrijf;
- i. wegens het bij of in verband met indiensttreding en/of keuring opzettelijk verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen, zonder welke handelwijze niet tot indienstneming of geschikt verklaring zou zijn overgegaan, tenzij meer dan zes maanden zijn verstreken sinds de vaststelling van dit feit;
- j. als disciplinaire maatregel wegens plichtsverzuim;
- k. op grond van andere met name genoemde en aan de werknemer schriftelijk meegedeelde redenen van gewichtige aard;
- l. wegens overlijden met ingang van de dag volgend op die van het overlijden;
- m. wegens het ontbreken van (her)registratie in het Schoolleidersregister PO door de schoolleider, zoals verplicht gesteld in artikel 9.12.

In de cao vo zijn vergelijkbare ontslaggronden opgenomen, met dien verstande dat de laatste ontslaggrond in het voortgezet onderwijs (vanwege het niet van toepassing zijn van de verplichting tot (her)registratie in een schoolleidersregister) niet aan de orde is.

Ad 3. Ordemaatregelen en disciplinaire maatregelen

Een ambtenaar is in principe van rechtswege geschorst indien hij krachtens een wettelijke maatregel van zijn vrijheid is beroofd of hij krachtens een rechterlijke uitspraak die nog niet onherroepelijk is geworden, van het geven van onderwijs is uitgesloten (artikel 4.12 cao po en artikel 10.b.6 lid 1 cao vo).

De schorsing als ordemaatregel dient van de schorsing van rechtswege te worden onderscheiden. Een schorsing kan als ordemaatregel worden opgelegd, indien het belang van de instelling dit dringend noodzakelijk vereist (artikel 4.13 cao po en 10.b.6 lid 3 cao vo). Een schorsing kan in dat geval als ordemaatregel worden opgelegd voor maximaal vier weken en kan vervolgens nog voor vier weken worden verlengd. De cao po en cao vo bevatten echter nog een aanvullende bepaling over schorsing als ordemaatregel. Uit artikel 4.14 cao po en artikel 10.b.6 lid 5 cao vo volgt namelijk dat de ambtenaar kan worden geschorst indien er sprake is van een voornemen tot ontslag op grond van plichtsverzuim, onbekwaamheid, ongeschiktheid anders dan ten gevolge van psychische of lichamelijke oorzaken, dan wel andere redenen van gewichtige aard, voor de duur van de procedure tot de beëindiging van de aanstelling. Ook kan de ambtenaar worden geschorst in gevallen waarin het belang van de instelling dit vereist, voor ten hoogste drie maanden met dien verstande dat deze termijn in bijzondere gevallen eenmaal kan worden verlengd met ten hoogste drie maanden. Tot slot kan de ambtenaar op grond van de cao po worden geschorst indien een strafrechtelijke vervolging

dan wel een strafrechtelijk onderzoek ter zake van een misdrijf tegen hem is ingesteld voor de duur van de vervolging c.q. het onderzoek.

Ad 4. Disciplinaire maatregelen

Een disciplinaire maatregel kan worden opgelegd indien de werknemer zich heeft schuldig gemaakt aan plichtsverzuim. Onder plichtsverzuim wordt verstaan het overtreden van enig voorschrift en het doen of nalaten van iets dat een werknemer bij een goede uitoefening van zijn functie in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen.

Op grond van artikel 4.16 cao po kunnen in geval van plichtsverzuim de volgende disciplinaire maatregelen worden opgelegd, waarbij er uiteraard wel een keuze zal moeten worden gemaakt:

- schriftelijke berisping;
- overplaatsing naar een andere instelling onder hetzelfde bevoegde gezag;
- inhouding van salaris;
- schorsing voor maximaal zes maanden;
- ontslag.

In artikel 10.b.7 cao vo is een soortgelijke bepaling opgenomen, met dien verstande dat overplaatsing niet als disciplinaire maatregel in deze cao is opgenomen.

Ad 5. Formaliteiten

Op grond van artikel 4.18 cao po en artikel 10.b.8 cao vo dienen bij besluitvorming rondom ontslag, schorsing en het opleggen van een disciplinaire maatregel bepaalde formaliteiten in acht te worden genomen. Het voornemen tot een besluit tot ontslag als bedoeld in artikel 4.8 onder d t/m k cao po en artikel 10.b.3 onder 4 t/m 12 cao vo, schorsing ex artikel 4.14 cao po en artikel 10.b.6 lid 6 cao vo en het opleggen van een disciplinaire maatregel als bedoeld in artikel 4.16 lid 3 cao po en artikel 10.b.7 lid 3 cao vo dient per aangetekend schrijven ter kennis van de ambtenaar te worden gebracht. Binnen drie weken na verzending van het voornemen kan de ambtenaar zijn zienswijze schriftelijk of mondeling kenbaar maken. Vervolgens wordt de ambtenaar van het definitieve besluit zo spoedig mogelijk na de zienswijze per aangetekend schrijven in kennis gesteld (artikel 4.19 cao po en 10.b.9 cao vo).

Ad 6. Detachering en uitzendarbeid

De ambtenaar kan op zijn verzoek of met zijn instemming worden belast met andere werkzaamheden binnen of buiten het onderwijs (artikel 4.20 cao po). De inzet van uitzendkrachten is tot bepaalde situaties beperkt: vervanging wegens ziekte of buitengewoon verlof, activiteiten van kennelijk tijdelijke aard en kennelijk onvoorziene omstandigheden (artikel 4.21 cao po en artikel 9.b.7 cao vo).

Ad 7. Leraar in opleiding (LIO) en onderwijsassistent in opleiding

Voor de leraar en onderwijsassistent in opleiding bevat de cao po een aantal bijzondere bepalingen over onder andere de aanstelling en (beëindiging van) de leerovereenkomst (artikel 4.22 tot en met 4.27 cao po). De cao vo bevat bepalingen over het dienstverband van de startende leraar (artikel 9.6.3 cao vo), de onbevoegde leraar (artikel 9.b.4 cao vo), het dienstverband van de leraar

Internationale Schakelklassen (ISK)/Eerste Opvang Anderstaligen (EOA) (artikel 9.b.5 cao vo) en de leraar in opleiding met een dienstverband (artikel 9.b.6 cao vo).

4.4 Rechtsbescherming van ambtenaren in het openbaar onderwijs

Voor wat betreft de rechtsbescherming van ambtenaren in het openbaar onderwijs is het bestuursrecht (de Awb) het uitgangspunt. Een ambtenaar kan bezwaar en beroep instellen tegen iedere handeling van het bestuursorgaan waarbij hij belanghebbende is (artikel 1:3 jo. artikel 8:2 lid 1 Awb). De mogelijkheid van het instellen van bezwaar en beroep is dus niet slechts beperkt tot de situatie dat sprake is van een besluit in de zin van artikel 3:1 Awb, maar een voorwaarde om bezwaar en beroep te kunnen instellen is wel dat de ambtenaar in zijn rechtspositionele belangen wordt geschaad. Een bezwaar- of beroepschrift dient binnen zes weken te worden ingediend (artikel 6:7 Awb). Deze termijn vangt aan op het moment dat de ambtenaar van het besluit op de hoogte was of redelijkerwijs kon zijn. Na afloop van de bezwaar- en beroepsprocedure, kan vervolgens hoger beroep worden ingesteld bij het hoogste rechtscollege in ambtenarenzaken: de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB). In de bezwaarprocedure zal het besluit volledig worden heroverwogen. In (hoger) beroep toetst de bestuursrechter het besluit aan het recht, waarbij een marginale toetsing plaatsvindt.³⁸ In beroep of hoger beroep kan het beroep gegrond, ongegrond of niet-ontvankelijk worden verklaard of de bestuursrechter kan zich onbevoegd verklaren (artikel 8:70 Awb). Als de bestuursrechter het beroep gegrond verklaart, vernietigt hij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk (artikel 8:72 lid 1 Awb). Verder kan de bestuursrechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven, of dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan (artikel 8:72 lid 3 Awb). Als dit niet mogelijk is, kan de bestuursrechter opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van zijn aanwijzingen (artikel 8:72 lid 4 Awb). Ook heeft de bestuursrechter de mogelijkheid een voorlopige voorziening te treffen (artikel 8:72 lid 5 Awb).

De bezwaar- en beroepsgronden voor de ambtenaar in het openbaar onderwijs zijn niet vastomlijnd, omdat hij tegen elke handeling waardoor hij in zijn rechtspositie wordt geschaad bezwaar en beroep zou kunnen instellen. Dit neemt niet weg dat in de cao's, zoals in de vorige paragraaf besproken, bepalingen zijn opgenomen over besluiten die belangrijke rechtspositionele consequenties hebben. Voorts zijn in de cao's de in acht te nemen formaliteiten bij dergelijke besluiten opgenomen. Als sprake is van een voornemen tot een besluit tot ontslag, schorsing of een disciplinaire maatregel wordt dit per aangetekend schrijven aan de ambtenaar kenbaar gemaakt en krijgt de ambtenaar de gelegenheid binnen drie weken na verzending van het voornemen zijn zienswijze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken. Vervolgens wordt de ambtenaar, nadat de zienswijze is kenbaar gemaakt, van het definitieve besluit zo snel mogelijk per aangetekend schrijven in kennis gesteld (artikel 4.18 en 4.19 cao po en artikel 10.b.8 en 10.b.9 cao vo).

³⁸ S.F.H. Jellinghaus en E.G.M. Huisman, 'De ambtenaar' in: *Arbeidsrechtelijke Themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 67-69.

4.5 Rechtspraakonderzoek

Om een beeld te krijgen tegen welke soorten besluiten ambtenaren in het openbaar onderwijs beroep en hoger beroep instellen, is een rechtspraakonderzoek uitgevoerd naar op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken, waarbij onderwijspersoneel in het primair en voortgezet openbaar onderwijs beroep of hoger beroep heeft ingesteld tegen een besluit dat betrekking heeft op de arbeidsrechtelijke rechtspositie. De onderzoeksperiode betreft de periode 1 januari 2015 tot 15 november 2018. Hoewel dit rechtspraakonderzoek geenszins een volledig beeld geeft van alle ingestelde beroepen, immers worden lang niet alle uitspraken gepubliceerd, geeft het wel een indicatie van het soort besluiten waartegen beroep wordt ingesteld. De uitspraken en vindplaatsen zijn als bijlage 1 bij dit advies opgenomen.

Aantallen en instantie

In de onderzoeksperiode zijn 54 uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op de arbeidsrechtelijke positie van ambtenaren in het primair en voortgezet openbaar onderwijs. 44 uitspraken (81%) zijn gewezen door de CRvB en 10 uitspraken (19%) door de rechtbanken.

Beroepsgronden

In onderstaand overzicht is opgenomen tegen welke besluiten (hoger) beroep is ingesteld, hoe vaak dit voorkwam en wat het percentage van elke categorie besluit is ten opzichte van het totaal aantal uitspraken.

Besluit	Aantal (hoger) beroepen	Percentage t.o.v. totaal aantal uitspraken
(Deeltijd)Ontslag	34	63%
Verlenging aanstelling/ketenbepaling	4	7%
Rddf-plaatsing	3	6%
Boventalligheid	1	2%
Schorsing	1	2%
Aansprakelijkheid	2	4%
Overplaatsing	2	4%
Overig	7	13%

In een enkele uitspraak werd zowel over schorsing als over ontslag geoordeeld. Deze zaken zijn in het onderzoek opgenomen onder de categorie 'ontslag'. Uit bovenstaand overzicht kan worden afgeleid dat de meeste (hoger) beroepen zijn ingesteld tegen ontslag, het (niet) verlengen van de aanstelling, en rddf-plaatsing.³⁹ De besluiten over (deeltijd)ontslag, het (niet) verlengen van de aanstelling, rddf-plaatsing en boventalligheid zijn allen ontslaggerelateerd en omvatten gezamenlijk 78% van het totaal aantal zaken.

Onder de categorie 'overig' vallen verschillende besluiten, zoals het opleggen van een disciplinaire maatregel, terugplaatsing in een functie of functiewijziging, functie-inschaling, ouderschapsverlof, verbod op het verrichten van nevenactiviteiten en het niet suppleren van het loon.

4.6 Wet openbaarheid van bestuur (WOB)

Instellingen in het openbaar onderwijs kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1a WOB.⁴⁰ Op grond van artikel 3 lid 1 WOB kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. In bijzondere gevallen kan om informatie worden verzocht die de individuele arbeidsrechtelijke rechtspositie van een ambtenaar raakt.

4.7 Bovenwettelijke uitkering werkloosheid

Op grond van de Wopo en Wovo - die als bijlagen bij de cao po en de cao vo zijn opgenomen - hebben ambtenaren in het openbaar onderwijs in geval van werkloosheid recht op een bovenwettelijke WW-uitkering. Deze bovenwettelijke uitkering kan in geval van werkloosheid bestaan uit een aanvulling op de WW-uitkering, een reparatie-uitkering (vanwege de verkorting van duur van de wettelijke WW-uitkering van 38 naar 24 maanden) en een (extra) aansluitende uitkering. Het recht op (en de duur en hoogte) van een (extra) aansluitende uitkering zijn afhankelijk van de leeftijd van de ambtenaar en de diensttijd in het onderwijs. Zo is de duur van de aansluitende uitkering voor de ambtenaar, die op de eerste werkloosheidsdag een diensttijd heeft van ten minste vijf jaar en 46 jaar of ouder is, drie jaar. De duur van de aansluitende uitkering voor de ambtenaar, die op de eerste werkloosheidsdag een diensttijd heeft van ten minste zeven jaar en 51 jaar of ouder is, bedraagt 5,5 jaar (zie hierna ook paragraaf 6.4).

4.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is de arbeidsrechtelijke rechtspositie en de rechtsbescherming van ambtenaren in het openbaar onderwijs in vogelvlucht besproken. De arbeidsrechtelijke rechtspositie is voor een belangrijk deel geregeld in de cao po en de cao vo. Verder zijn in dit hoofdstuk de uitkomsten van een rechtspraakonderzoek besproken, waarbij is nagegaan tegen welke besluiten ambtenaren in het

³⁹ Rddf staat voor 'risicodragend deel van de formatie' en is in het primair onderwijs aan de orde als een functie van een werknemer komt te vervallen. Tijdens de periode van de rddf-plaatsing (een schooljaar), wat kan worden gezien als een voorfase van ontslag, wordt gezocht naar een andere passende functie voor de werknemer.

⁴⁰ Een (niet geslaagd) beroep op de WOB werd bijvoorbeeld gedaan in: ABRvS 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012BW:8137, AB 2012/281 m.nt. E.J. Daalder.

primair en voortgezet openbaar onderwijs blijktens de gepubliceerde rechtspraak gedurende de periode 1 januari 2015 tot half november 2018 beroep en hoger beroep hebben ingesteld. De uitkomst van dit onderzoek is dat het vaakst (hoger) beroep wordt ingesteld tegen ontslaggerelateerde besluiten. 78% van het totaal aantal uitspraken houdt verband met ontslag.

5. Gevolgen voor de collectieve rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt in de eerste plaats beschreven hoe de arbeidsvoorwaardenvorming in het openbaar onderwijs op dit moment tot stand komt (paragraaf 5.2).⁴¹ Vervolgens wordt ingegaan op een aantal aspecten met betrekking tot de collectieve rechtspositie in de Wnra-onderwijs (paragraaf 5.3), waarna we daar enkele kanttekeningen bij plaatsen (paragraaf 5.4). Vervolgens wordt in paragraaf 5.5 de binding van de werknemer aan de afspraken tussen de werkgever en de personeelsgeleding van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad (verder de P(G)MR) of de werknemersorganisatie in het decentraal georganiseerd overleg (DGO) aan de orde gesteld. Afgerond wordt met een conclusie (paragraaf 5.6).

5.2 Huidige wettelijke bepalingen inzake de arbeidsvoorwaardenvorming openbaar onderwijs; overleg werkgever/werkgeversorganisaties en werknemers(organisaties)

Algemeen

Artikel 125 AW vormt de grondslag voor de arbeidsvoorwaardenvorming van de ambtenaar in het openbaar onderwijs. Dit artikel somt de aangelegenheden op die bij of krachtens AMvB door een overheidswerkgever dienen te worden vastgesteld. Eén van deze aangelegenheden is de wijze waarop, met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheidspersoneel, overleg wordt gepleegd over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtspositie van de ambtenaren, alsmede de gevallen waarin overeenstemming in dat overleg dient te worden bereikt.

Naast de AW kent de onderwijswetgeving de volgende regels over de arbeidsvoorwaardenvorming in het openbaar onderwijs:

- dat het bevoegd gezag van een openbare school de rechtspositie van het personeel regelt;⁴²
- dat de bepalingen omtrent ontslag van het personeel van de openbare scholen niet minder rechten mogen verschaffen dan die welke voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voortvloeien uit de bepalingen van dwingend recht van titel 10 van boek 7 van het BW gelden⁴³ en
- dat het bevoegd gezag van de openbare school over de rechtspositieregeling of over andere aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtspositie van het personeel overleg dient te voeren met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel.⁴⁴

⁴¹ Zie over de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs: F.H.J.G. Brekelmans en R. van Schoonhoven, 'De ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenvorming in het Nederlandse onderwijs: van gebaande paden naar hobbelige wegen', *T.O.R.B.* 2016-17/5, p. 441-451.

⁴² Artikel 33 lid 1 WPO / artikel 38a lid 1 WVO. Let op een kortere voetnoot dan in het eerdere stuk

⁴³ Artikel 34 lid 3 WPO / artikel 38a lid 4 WVO. Idem

⁴⁴ Artikel 38 WPO / artikel 40a WVO.

Rechtspositiereglement

Gelet op de AW en de onderwijswetgeving dient dus elk bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling met de vakorganisaties te overleggen over een rechtspositiereglement, een publiekrechtelijke regeling.

De werkgevers in het openbaar onderwijs hebben er niet voor gekozen dat elke werkgever afzonderlijk de arbeidsvoorwaarden voor zijn personeel vaststelt. Per sector – primair of voortgezet onderwijs – overleggen de werkgeversorganisaties – de PO-Raad en de VO-raad – met de werknemersorganisaties over de arbeidsvoorwaarden. Het overlegresultaat wordt neergelegd in een sector-cao: de cao po en cao vo. In het cao-overleg vindt overleg plaats over de arbeidsvoorwaarden voor het personeel, werkzaam in het bijzonder onderwijs (werknemer), alsook over de rechtspositie van het personeel in het openbaar onderwijs (ambtenaar). Nu ervoor gekozen is de rechtspositie voor het personeel, werkzaam in het openbaar onderwijs, en de arbeidsvoorwaarden voor het personeel, werkzaam in het bijzonder onderwijs, in één cao op te nemen, zijn de verschillen tussen de ambtenaar en de werknemer binnen het primair en voortgezet onderwijs materieel niet groot. In de cao's is wel waar noodzakelijk het onderscheid tussen de ambtenaar en de werknemer aangebracht, zoals bij de bepalingen over de tijdelijke aanstelling en het ontslagrecht. Het rechtspositiereglement is echter pas van kracht op het personeel in het openbaar onderwijs, als het bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling op grond van een besluit de cao als algemeen verbindend voorschrift voor het personeel heeft vastgesteld. De overeenstemming als zodanig tussen het bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling en de werknemersorganisaties over de rechtspositie, heeft dus nog geen directe consequenties voor de individuele ambtenaar. Ambtenaren kunnen namelijk geen rechtstreekse rechtspositionele aanspraken ontlenen aan de bereikte overeenstemming tussen het bevoegd gezag en de werknemersorganisaties. Deze overeenstemming moet eerst in een algemeen verbindend voorschrift zijn vastgelegd. Dit blijkt uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 22 december 2005.⁴⁵ In deze zaak verwees het bevoegd gezag van een openbare school naar de bepalingen in de cao. Dat het bevoegd gezag heeft verwezen naar de cao kan, aldus de Raad, het ontbreken van een algemeen verbindend voorschrift niet ondervangen.

Geschillenregeling

Artikel 38 WPO bepaalt dat er een geschillenregeling moet worden opgesteld voor het geval de werkgever en de werknemersorganisaties geen overeenstemming bereiken. Deze bepaling is niet opgenomen in artikel 40a WVO.

In de cao po is in bijlage XIII in onderdeel A het georganiseerd overleg bij instellingen geregeld. In onderdeel B is het DGO-reglement opgenomen. In artikel 11 van het DGO-reglement staat dat geschillen kunnen worden voorgelegd ter beoordeling, dan wel voor arbitrage aan de Commissie voor Geschillen DGO.

In de cao vo is geen regeling inzake het georganiseerd overleg opgenomen.

⁴⁵ CRvB 22 december 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU9118 (onderwijszaak) en CRvB 3 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD7232: "De Raad stelt voorop dat individuele ambtenaren als appellant volgens vaste rechtspraak (CRvB 20 maart 2003, LJN AF6575 en TAR 2003, 119) rechtspositionele aanspraken niet (rechtstreeks) ontlenen aan een arbeidsvoorwaardenakkoord. Zij ontlenen die aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregel alsook aan bevoegdelyk gedane toezeggingen".

Enkele verschillen tussen een rechtspositiereglement en een cao

Een rechtspositiereglement bindt alle ambtenaren (personeel in het openbaar onderwijs), ongeacht of zij al dan niet lid van een vakbond zijn. Voor een cao is er verschil in binding tussen een lid van de vakbond die de cao heeft ondertekend en een ongebonden werknemer (zie hierna paragraaf 5.4). Een cao is altijd een afspraak voor een bepaalde tijd, die niet voor een langere periode dan vijf jaar kan worden aangegaan (artikel 18 Wet CAO). In artikel 19 Wet CAO is geregeld dat een cao geacht wordt voor gelijke tijd als de looptijd, maar ten hoogste voor een jaar, telkens geacht wordt te zijn verlengd, tenzij in een cao daarover anders is bepaald of de cao is opgezegd door een van de partijen. De cao po en de cao vo hebben dan ook altijd een looptijd voor bepaalde tijd en kennen een mogelijkheid tot stilzwijgende verlenging. Een algemeen verbindend voorschrift heeft in het algemeen een looptijd voor onbepaalde tijd. Het reglement kan ook voor een bepaalde tijd gelden, maar dat moet dan uitdrukkelijk in de regeling opgenomen zijn. Een stilzwijgende verlenging moet uitgesloten worden geacht. Voor de verlenging van de geldingsduur van een algemeen verbindend voorschrift is het nodig dat het bestuursorgaan daartoe eenzijdig een expliciet besluit neemt. Een cao kan ook door alle partijen, dus ook door de werknemersorganisaties worden opgezegd, maar een algemeen verbindend voorschrift niet. Het bestuursorgaan bepaalt of het algemeen verbindend voorschrift wordt ingetrokken. Het bestuursorgaan en de individuele ambtenaar kunnen van het algemeen verbindend voorschrift afwijkende afspraken maken, ook al is de cao po of de cao vo een standaard-cao.⁴⁶

De Wet medezeggenschap op scholen (Wms)

De arbeidsvoorwaarden in de cao's/rechtspositieregelingen worden niet in detail uitgewerkt. De P(G)MR speelt een grote rol bij het tot stand komen van de arbeidsvoorwaarden. Bij het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden hebben de bonden, zoals uit de onderwijswetgeving blijkt, het primaat. Dit primaat blijkt ook uit artikel 18 Wms. Het eerste lid bepaalt dat er geen advies- en instemmingsrecht is voor zover het een aangelegenheid betreft waarover DGO (het overleg als bedoeld in artikel 38 WPO en artikel 40a WVO) wordt gehouden. Alleen als in het DGO wordt besloten dat de P(G)MR wel medezeggenschap heeft over de aangelegenheid in kwestie, heeft de P(G)MR medezeggenschap. Het tweede lid bepaalt dat de bevoegdheid, toegekend aan de P(G)MR, niet van toepassing is, voor zover de desbetreffende aangelegenheid reeds inhoudelijk in een rechtspositiereglement is geregeld. De wetgever spreekt van 'inhoudelijk geregeld', hetgeen betekent dat wanneer de betreffende aangelegenheid niet volledig inhoudelijk in het rechtspositiereglement is uitgewerkt, de P(G)MR over de resterende ruimte de medezeggenschapsbevoegdheden behoudt.⁴⁷

In de cao po en de cao vo is bepaald dat met het afsluiten van de cao en het vaststellen van het rechtspositiereglement voldaan is aan de wettelijke overlegverplichting, neergelegd in artikel 38 WPO en artikel 40a WVO. De cao en het rechtspositiereglement geven vervolgens aan over welke onderwerpen nog overleg tussen de werkgever en de werknemersorganisaties plaatsvindt.

⁴⁶ De cao vo bestaat uit twee delen. In artikel 1.3. lid 1 staat dat afwijken van de artikelen in deel 1 niet is toegestaan. De artikelen in deel 1 hebben dus een standaard karakter. Lid 2 bepaalt dat de artikelen in deel 2 een minimumkarakter hebben. Lid 4 bepaalt dat een werkgever deel 2 van deze cao kan vervangen door een ondernemings-cao die afgesloten wordt met de vakbonden die partij zijn bij deze cao. Een voorbeeld van een dergelijke ondernemings-cao is de CAO OMO 2018.

⁴⁷ Eenzelfde regeling kent artikel 27 lid 3 WOR.

Artikel 20.1 cao vo bepaalt dat deze cao geldt als het resultaat van het door de werkgever met de werknemersorganisaties gevoerde overleg over de aangelegenheden van algemeen belang voor de bijzondere rechtspositie van het personeel als bedoeld in de artikelen 38a en 40a WVO. Voorts wordt bepaald dat in aanvulling op deze cao de werkgever met de werknemersorganisaties het overleg over de volgende aangelegenheden voert: (a) de rechtspositionele gevolgen van (besturen)fusie en reorganisatie, waaronder begrepen opheffing van een school en oprichting van een centrale dienst en (b) de wijziging van het werkgelegenheidsbeleid.

Artikel 1.3. van de cao vo bepaalt dat indien er sprake is van apert onbillijke, kennelijk onredelijke of kennelijk onbedoelde gevolgen van de invoering van deze cao, cao-partijen in overleg kunnen treden om een passende oplossing vast te stellen.

De cao po bevat in artikel 13.2 een uitgebreidere regeling dan de cao vo. In de eerste plaats hebben de werkgever en de werknemersorganisaties besloten dat de werkgever het overleg als bedoeld in bijlage XIII.A, artikel 4, lid 1 (regeling georganiseerd overleg) voert met de P(G)MR, een en ander in overeenstemming met het in bijlage XIII.A, artikel 4, lid 3 van deze cao bepaalde. Dit overleg vindt plaats binnen de kaders van deze cao. Het personeelsdeel heeft in deze aangelegenheden een instemmingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 12 Wms. Eventuele geschillen in het overleg tussen de werkgever en het personeelsdeel van de (G)MR kunnen worden voorgelegd aan de geschillencommissie Wms. Indien in bijzondere omstandigheden en/of zwaarwegende redenen, geen uitvoering kan worden gegeven aan één of meer bepalingen van deze cao, dan wel indien naar het oordeel van de werkgever dan wel één of meer vakbonden het overleg zich kennelijk buiten de kaders van deze cao voltrekt, komt, in spoedeisende gevallen op de kortst mogelijke termijn, het DGO bijeen en neemt ter zake een besluit.

Voorbehouden aan het DGO blijft in ieder geval het overleg over: (a) de rechtspositionele gevolgen van reorganisaties, waaronder begrepen de opheffing van de instelling en (b) de meerjarenbegroting/het meerjarenformatiebeleid, indien geen GMR aanwezig is of de PGMR op grond van het GMR-reglement niet beschikt over een instemmingsbevoegdheid bij de beoordeling van de meerjarenbegroting/het meerjarenformatiebeleid. Verder hebben, na overleg, de werkgever en de P(G)MR elk afzonderlijk het recht om de volgende aangelegenheden voor behandeling te verwijzen naar het DGO: (a.) het beleid met betrekking tot incidentele beloningsvormen als bedoeld in artikel 6.19 van deze cao en (b) de personele gevolgen van de instelling of wijziging van een bovenschoolse directiestructuur. Wanneer hiervoor wordt gekozen dan geldt de keuze voor de duur van de looptijd van de cao.

Er is een aparte afspraak gemaakt voor de samenwerkingsverbanden.⁴⁸ Participeert de werkgever in een samenwerkingsverband waarbinnen met andere werkgevers afspraken worden gemaakt over arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden, dan blijft de bovenstaande mandatering van het personeelsdeel van de (G)MR van kracht. Het personeelsdeel van de (G)MR kan echter aangelegenheden die samenhangen met de samenwerkingsafspraken tussen verschillende werkgevers, verwijzen naar het DGO.

De rechtspositionele gevolgen van het overleg tussen het bevoegd gezag en de P(G)MR en het overleg tussen de werkgever en de bonden in het DGO worden neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift, waardoor het personeel wordt gebonden.

⁴⁸ Artikel 18a lid 4 WPO bepaalt dat de bevoegde gezagsorganen van de scholen het samenwerkingsverband vormgeven door het oprichten van een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid zonder winstoogmerk.

Hierboven hebben we aangegeven dat in de cao po en de cao vo is bepaald dat met het afsluiten van de cao en het vaststellen van het rechtspositiereglement voldaan is aan de wettelijke overlegverplichting, neergelegd in artikel 38 WPO en artikel 40a WVO. Er kunnen zich echter ook aangelegenheden voordoen die niet in de cao/rechtspositiereglement zijn geregeld. Over deze aangelegenheden dient de werkgever in het openbaar en het bijzonder onderwijs met de werknemersorganisaties in het DGO te overleggen.

5.3 Wijziging van enige wetten in verband met de Wnra-onderwijs

Zorg dragen voor de vaststelling van de rechtspositie

Artikel 33 WPO en WEC en artikel 38a WVO komen te luiden: “Het bevoegd gezag draagt er zorg voor dat de rechtspositie van het personeel wordt geregeld.” In de memorie van toelichting staat dat de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de rechtspositie bij het bevoegd gezag, de werkgever, ligt. Dit uitgangspunt blijft ongewijzigd met de invoering van het private arbeidsrecht voor het openbaar onderwijs. De specifieke regels voor het openbaar onderwijs worden geschrapt, maar de hoofdregel dat het bevoegd gezag als werkgever zorg draagt voor de rechtspositieregeling van het personeel, blijft ongewijzigd.

Georganiseerd decentraal overleg

In het wetsontwerp Wnra-onderwijs zijn in alle sectorwetten (Wet op het primair onderwijs, Wet op de expertisecentra, Wet op het voortgezet onderwijs, Wet educatie en beroepsonderwijs en Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek) bepalingen opgenomen over het overleg over de arbeidsvoorwaarden. De huidige overlegbepalingen verschillen in de genoemde onderwijswetten. In de memorie van toelichting⁴⁹ staat dat de teksten inzake de overlegbepaling worden geharmoniseerd. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State heeft de regering wel besloten om de overlegbepalingen aan te passen waar het de geschillenregeling betreft. De regering deelt het oordeel van de Raad van State, dat de wettelijke verplichting om in het overlegprotocol tussen werkgevers en vakbonden ook afspraken op te nemen over de beslechting van geschillen over de wijze waarop het georganiseerd overleg wordt gevoerd, niet goed past in een genormaliseerd overlegstelsel. In het private arbeidsrecht is het gebruikelijk dat een regeling voor de geschillenbeslechting desgewenst in de cao wordt vastgelegd. Dat is de keuze van de overlegpartners onderling. Het past na de normalisering niet om dat nog langer in de onderwijswetten dwingend voor te schrijven. De regering neemt daarom het advies van de Raad van State over om deze verplichtingen in de WPO, de WEC en de WHW te laten vervallen. Harmonisering van de huidige overlegbepalingen betekent niet dat er sprake is van een gesloten systeem van overlegpartners is, waarbij nieuwkomers buitengesloten worden.

Overgangsrecht

In paragraaf 2.4 is het overgangsrecht weergegeven. Daarin is geschetst welke bijzondere overgangsbepalingen ten aanzien van de collectieve regelingen zijn opgenomen.

⁴⁹ Kamerstukken II 2018/19 35 089, 3, p. 5 en 6.

5.4 Kanttekeningen bij de voorstellen over het collectief overleg in de Wnra-onderwijs

Geschillenbeslechting

Met betrekking tot geschillenbeslechting in collectief overleg, op cao- en DGO-niveau, wijzen we op artikel 6 lid 3 Europees Sociaal Handvest (ESH). De landen die dit verdrag hebben geratificeerd, waaronder Nederland, verbinden zich tot het instellen en toepassen van een doelmatige procedure voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van geschillen die ontstaan bij cao-onderhandelingen. In Nederland heeft de wetgever hieraan voor de private sector geen inhoud gegeven. Dit heeft de wetgever wel gedaan voor de publieke sector waarin in de verschillende sectorale regelingen is voorzien in advies- en arbitragecommissies. Het bevreemdt dan ook dat in het advies van de Raad van State geen opmerking is opgenomen met verwijzing naar de verplichting op grond van artikel 6 lid 3 ESH. Er is echter veel voor te zeggen om, hoewel in het wetsvoorstel geen verplichte geschillenregeling is opgenomen, in de cao toch een geschillenregeling op te nemen voor patstellingen in het overleg met de werkgever en de werknemersorganisaties. Er spelen vaak kwesties in het overleg die snel om een oplossing vragen. Een dergelijke oplossing kan versneld worden door gebruik te kunnen maken van een advies- en arbitrageregeling die reeds in de cao in het overlegprotocol dan wel in een bijlage bij het overlegprotocol is opgenomen. Natuurlijk kunnen de sociale partners afspreken dat wanneer zich een conflict voordoet er een advies- of arbitragecommissie komt en dat zij daar dan op dat moment afspraken over zullen maken. Maar het afspreken van ad-hoc geschillenbeslechting leidt vaak op zichzelf tot een conflict en tijdsoponhoud. Wij adviseren daarom ook om te voorzien in een geschillenregeling voor deze situaties. Omdat het aantal geschillen dat zich hierover voor zal doen beperkt is, is er veel voor te zeggen om dit bij één commissie die bevoegd is voor het funderende onderwijs (po en vo), vergelijkbaar met de keuze die bij de Commissie van beroep voor het funderend onderwijs is gemaakt.

Gesloten systeem van overlegpartners

Er bestaat op dit moment geen gesloten systeem van overlegpartners. Zie bijvoorbeeld de recente opkomst van de werknemersorganisatie PO in Actie die de cao po mee heeft ondertekend.

Omdat de Wet CAO is gebaseerd op een contractueel stelsel stellen de werkgever dan wel de werkgeversorganisaties enerzijds en de vakbonden anderzijds in onderling overleg vast wie aan de cao-onderhandelingen deelnemen. Zo staat in artikel 1.3. lid 4 cao vo dat een werkgever deel 2 van deze cao kan vervangen door een ondernemings-cao die afgesloten wordt met de vakbonden die partij zijn bij de cao vo.

Een vakbond kan om toelating tot het cao-overleg verzoeken, maar die toegang kan deze vakbond worden ontzegd op grond van de contractsvrijheid. In de jurisprudentie zijn op dit beginsel enkele uitzonderingen geformuleerd. Er zijn criteria ontwikkeld op grond waarvan de cao-partijen een nieuwe bond toegang tot het cao-overleg moeten verlenen. De vakbond die toelating tot het cao-overleg verlangt zal, eventueel via de rechter, moeten aantonen dat hij een niet-onbelangrijk deel van de werknemers in de betreffende onderneming of bedrijfstak vertegenwoordigt en dat die groep ondervertegenwoordigd is in de andere vakbonden.

5.5 De binding van de werknemer aan de cao

Vooraf

In de cao po en de cao vo (bijzonder onderwijs) zijn bepalingen opgenomen die de werkgever en de P(G)MR verplichten om over een bepaalde aangelegenheid nadere afspraken te maken. Als voorbeeld kan worden genoemd het taakverdelingsplan in het primair onderwijs. De vraag is of de werknemers zijn gebonden aan de in deze cao's opgenomen delegatie- of decentralisatiebepalingen. In de genoemde cao's wordt aangegeven over welke aangelegenheden de werkgever overleg dient te voeren met de werknemersorganisaties. Zijn de werknemers gebonden aan de afspraken gemaakt tussen de werkgever en de werknemersorganisaties?

We gaan in dit advies niet in op de vraag of de werknemers zijn gebonden aan de uitkomst van het overleg van de werkgever en de P(G)MR over aangelegenheden die niet zijn opgenomen in de cao. We bespreken ook niet de vraag of de werknemers zijn gebonden aan de uitkomst van het DGO overleg over aangelegenheden die niet zijn geregeld in de cao.

Wel zal de binding van de werknemer aan de cao worden besproken. Maar eerst zullen we enkele relevante artikelen uit de Wet CAO bespreken.

Wet CAO: de gebonden werknemer op grond van artikel 9/12/13 en de ongebonden artikel 14-werknemer.

Artikel 9 is het toegangsbiljet voor de toepasselijkheid van de artikelen 12 en 13 Wet CAO. Deze bepalingen regelen de binding aan de cao van de leden van partijen bij de overeenkomst.

Artikel 9 noemt twee voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, willen een individuele werkgever en werknemer aan een cao gebonden zijn. De werkgever en werknemer dienen lid te zijn van een vereniging die partij is bij de cao en de werkgever en werknemer moeten onder de werkingssfeer van de cao vallen. Is voldaan aan deze voorwaarden, dan treden de rechtsgevolgen van artikelen 12 en 13 Wet CAO in werking. In artikel 12 wordt bepaald dat elk beding dat opgenomen is in de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer dat strijdig is met een cao, waaraan zij beiden gebonden zijn, nietig is. In plaats daarvan geldt de cao-bepaling. Artikel 13 bepaalt dat, bij gebreke van een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst over een arbeidsvoorwaarde die in de cao waaraan partijen gebonden zijn is geregeld, dat deze cao-bepaling van rechtswege deel uit gaat maken van de individuele arbeidsovereenkomst. De nietigheid uit artikelen 12 en 13 Wet CAO is een absolute en kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen. Dat betekent bijvoorbeeld dat ook de vakbonden die leden hebben bij de werkgever waarop de cao van toepassing is, maar die zelf geen cao-partij zijn, het recht hebben zich op de nietigheid vanwege de genoemde wetsartikelen te beroepen.

Artikel 14 Wet CAO is geschreven voor de situatie dat de werkgever is aangesloten bij een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao, terwijl de werknemer geen lid is van een vakbond of lid is van een vakbond die geen partij is bij de cao: de ongebonden werknemer. Artikel 14 bepaalt dat de werkgever verplicht is de cao-arbeidsvoorwaarden na te komen bij de arbeidsovereenkomsten die niet door de cao zijn gebonden. Artikel 14 laat de contractsvrijheid tussen de individuele werkgever en werknemer in stand. In de praktijk speelt de contractsvrijheid niet, omdat de arbeidsovereenkomst vrijwel altijd een incorporatiebeding bevat. Een incorporatiebeding is een clause in de arbeidsovereenkomst waarin de cao op die arbeidsovereenkomst van toepassing wordt verklaard. Als de werkgever aan een cao gebonden is, zal hij in de regel in de

arbeidsovereenkomsten zo'n beding opnemen, dit om er zeker van te zijn dat ook de werknemers die geen vakbonds lid zijn, aan de cao gebonden zijn. Het beding zal veelal zo geformuleerd zijn dat het niet alleen de cao van toepassing verklaart zoals die geldt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, maar ook de toekomstige versies daarvan. Als het beding zo geformuleerd is, is er sprake van een dynamisch incorporatiebeding. Net als bij de uitleg van andere contracten moet ook het arbeidscontract bij een geschil worden uitgelegd aan de hand van het volgende criterium: bij de uitleg van contractbepalingen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

P(G)MR

In paragraaf 5.2 hebben we gezien dat de overeenstemming die het bevoegd gezag met de P(G)MR bereikt over de arbeidsvoorwaarden, moet worden neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift, waardoor het personeel aan een openbare school gebonden wordt aan deze arbeidsvoorwaarden.

In de cao po en de cao vo (bijzonder onderwijs) zijn bepalingen opgenomen die de werkgever en de PMR verplichten om over een bepaalde aangelegenheid nadere afspraken te maken. Als voorbeeld kan worden genoemd het taakverdelingsplan in het primair onderwijs.⁵⁰ Zijn de werknemers gebonden aan de afspraken gemaakt tussen de werkgever en de P(G)MR?

Deze vraag speelde ten aanzien van de afspraken die Telegraaf Media Groep (hierna: TGM) had gemaakt met haar centrale ondernemingsraad (hierna COR). Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de werknemers van TMG rechtstreeks gebonden zijn aan de afspraken die TMG – op grond van delegatiebepalingen in de cao voor de Grafimedia – had gemaakt met haar COR. Daartoe deed volgens het hof niet ter zake dat de met de COR gemaakte afspraken geen cao-bepalingen zijn en (dus) niet waren aangemeld overeenkomstig artikel 4 Wet op de loonvorming (WLV).⁵¹

In de literatuur wordt erop gewezen dat het hof het oordeel, dat de afspraak tussen TGM en de COR de werknemers niet rechtstreeks bindt, summier heeft gemotiveerd. In de jurisprudentie⁵² en in de literatuur blijken de meningen over de binding van werknemers aan afspraken die met het medezeggenschapsorgaan zijn gemaakt in het kader van een gedelegeerd arbeidsvoorwaardenoverleg, zeer verdeeld te zijn. Er zijn vijf verschillende visies die we hieronder kort beschrijven.⁵³

De eerste visie luidt dat de afspraken die met het medezeggenschapsorgaan tot stand komen op basis van een delegatiebepaling in de cao, deel van deze cao uitmaken en bindend zijn op grond van artikel 9, 12 en 13 Wet CAO. Er zal dan volgens ons wel expliciet in de cao moeten worden opgenomen dat dergelijke afspraken de werknemers binden.

⁵⁰ F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, 'Het werkverdelingsplan in het primair onderwijs', *School en Wet* 2018/6, p. 5-9.

⁵¹ Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:646.

⁵² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5247, en 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1085 wie? oordeelt in een vergelijkbare zaak (welke zaak dan?) dat de afspraak met de COR wel een aanvulling vormt van de cao en daarvan (dus) onderdeel uitmaakte, ten gevolge waarvan de werknemers aan de afspraak waren gebonden.

⁵³ Deze visies worden besproken en toegelicht in: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 561-572.

De tweede visie stelt dat de decentrale afspraken met een medezeggenschapsorgaan deel uitmaken van de cao, maar dat deze afspraken pas in werking treden, een dag nadat deze gelet op artikel 4 WLV schriftelijk zijn aangemeld bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit betekent dat de decentrale afspraken met het medezeggenschapsorgaan niet rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten totdat ze zijn aangemeld. Deze visie kan ertoe leiden dat de cao-partijen de mogelijkheid hebben om niet over te gaan tot melding, indien zij niet achter de inhoud van de decentrale afspraken staan.

De derde visie stelt dat hoewel de decentrale afspraken zelf geen cao zijn, zij bindend zijn op grond van de cao. Het hof gaat in het hierboven genoemde arrest er zonder nadere motivering vanuit dat het op grond van de algemene contractsvrijheid mogelijk is dat cao-partijen de wettelijke bevoegdheid om arbeidsvoorwaarden overeen te komen die direct doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten, delegeren aan het medezeggenschapsorgaan. Volgens ons vloeit deze mogelijkheid tot delegatie niet voort uit de Wet CAO.

De vierde visie luidt dat de decentrale afspraken geen cao vormen, maar dat zij krachtens de statuten van de werknemersorganisaties bindend zijn voor de leden hiervan die partij zijn bij de cao. De leden van de cao-partijen kunnen alleen direct gebonden worden aan een op grond van een cao tot stand gekomen decentrale afspraak met het medezeggenschapsorgaan, als in de statuten van de cao-partijen expliciet is opgenomen dat hun bevoegdheid toekomt om te bepalen dat hun leden gebonden zijn aan op grond van de door hen gesloten cao's tot stand gekomen ondernemingsovereenkomsten. Deze visie biedt geen grondslag voor de binding van de werknemers die geen lid zijn van een vakbond, of lid zijn van een vakbond die geen partij is bij de cao.

De laatste visie gaat ervan uit dat de delegatiebepaling in combinatie met de daaraan verbonden incorporatiebepaling (de bepaling dat de werknemers gebonden zijn aan afspraken met het medezeggenschapsorgaan die op grond daarvan tot stand komen), dient te worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding dat bij de artikel 9/12/13-werknemers rechtstreeks doorwerkt in hun individuele arbeidsovereenkomsten. Op grond van het Haviltex-criterium⁵⁴ kan dan redelijkerwijs worden betoogd dat dit incorporatiebeding tevens ziet op de, op grond van de cao tot stand gekomen, afspraken met het medezeggenschapsorgaan. Ook in deze situatie dient het incorporatiebeding echter te worden beschouwd als een eenzijdig wijzigingsbeding, zodat de werknemers er alleen aan zijn gebonden indien is voldaan aan de vereisten van artikel 7:613 BW.

Omdat, zoals uit het vorenstaande blijkt, de meningen over de binding van werknemers aan afspraken die met het medezeggenschapsorgaan zijn gemaakt in het kader van een gedelegeerd arbeidsvoorwaardenoverleg, zeer verdeeld te zijn, verdient het de voorkeur om een incorporatiebeding in de modelarbeidsovereenkomst in de cao op te nemen. Daarmee wordt de meest vergaande mogelijke binding gerealiseerd.

DGO

In paragraaf 5.3 hebben we gezien dat de overeenstemming die het bevoegd gezag met de werknemersorganisaties in het DGO bereikt, moet worden neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift, waardoor het personeel aan een openbare school gebonden wordt aan deze afspraken.

⁵⁴ Net als bij de uitleg van andere contracten moet ook het arbeidscontract bij een geschil worden uitgelegd aan de hand van dit criterium: bij de uitleg van contractsbepalingen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

De cao po en vo geven aan over welke aangelegenheden de werkgever met de bonden overleg dient te voeren. De vraag is of de uitkomst van het DGO in het bijzonder onderwijs, in het geval partijen daarna de uitkomst niet neerleggen in een cao, de werknemers bindt. De genoemde visies zijn ook op deze vraag van toepassing.

Daarnaast kan gewezen worden op de tot 1 juli 2015 geldende kantonrechttersformule, waarin is neergelegd: “In het geval een sociaal plan door de werkgever schriftelijk met voldoende (representatieve) vakorganisaties overeengekomen is, geldt dat de vergoeding voor elke af te vloeien werknemer in beginsel aan de hand van het sociaal plan vastgesteld moet worden, ook al wijkt de uitkomst af van de volgens de aanbevelingen berekende vergoeding, tenzij blijkt dat onverkorte toepassing van het sociaal plan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor betrokken werknemer.”

Het verdient aanbeveling dat het incorporatiebeding wordt aangevuld met de figuur van het Lokaal cao-overleg (het ‘DGO-overleg’) In de cao kan dan worden opgenomen dat het resultaat van het DGO-overleg als cao wordt aangemeld overeenkomstig artikel 4 WLV. Deze weg hebben de sociale partners in het HBO gekozen in aansluiting op het advies van Van der Hulst & Brekelmans.⁵⁵ In de cao hbo wordt in de plaats van DGO-overleg gesproken van Lokaal cao-overleg.⁵⁶ Het resultaat van het Lokaal cao-overleg wordt aangemeld overeenkomstig artikel 4 WLV. Hiermee willen de cao-partijen voorkomen dat er discussie ontstaat over de vraag of alle werknemers gebonden zijn.

Incorporatiebeding

De meeste werkgevers weten niet of hun werknemers wel of niet lid zijn van de vakbonden die de cao hebben ondertekend. Daarom spreken de werkgevers met hun werknemers bij indiensttreding af dat de toepasselijke cao op hun rechtsrelatie van toepassing is en nemen zij deze afspraak ook op in het schriftelijke contract. Dit wordt een incorporatiebeding genoemd. Als in de arbeidsovereenkomst de cao integraal van toepassing is verklaard, zijn niet alleen de arbeidsvoorwaarden, maar bijvoorbeeld ook een bindend-advies regeling op hen (de werkgever en de werknemer) van toepassing. Met een incorporatiebeding wordt dus meer bereikt dan met het louter voldoen aan de wettelijke plicht van artikel 14 Wet CAO. Op grond van het incorporatiebeding kan zowel de werkgever als de werknemer naleving van de cao-inhoud afdwingen. In een incorporatiebeding staat meestal opgenomen dat cao’s waaraan de werkgever in de toekomst gebonden zal zijn, eveneens op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Het voordeel van het incorporatiebeding is dat het voor de werkgever duidelijk is dat alle werknemers door incorporatie van de cao-voorwaarden in de arbeidsovereenkomst gebonden zijn aan de cao-arbeidsvoorwaarden.

5.6 Conclusie

In paragraaf 5.5 hebben we de vraag besproken of de werknemers zijn gebonden aan de in de cao po en cao vo opgenomen delegatie- of decentralisatiebepalingen. We hebben geconcludeerd dat er in de jurisprudentie en literatuur geen eenduidig antwoord wordt gegeven.

⁵⁵ J. van der Hulst en F.H.J.G. Brekelmans, *Advies inzake Arbeidsvoorwaardenoverleg HBO*, Den Haag: HBO-raad 2006.

⁵⁶ Artikel A-1 (begripsbepalingen) onder I: het overleg met vakorganisaties zoals geregeld in de overeenkomst Overlegprotocol.

Gelet hierop verdient het de voorkeur om een incorporatiebeding in de cao op te nemen, waardoor de werknemers worden gebonden aan de uitwerking van de delegatie- of de decentralisatiebepalingen. Het incorporatiebeding kan worden aangevuld met de afspraak dat het resultaat van het DGO-overleg wordt aangemeld overeenkomstig artikel 4 WLV.

6. Gevolgen voor de individuele rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen, op basis van een vergelijking tussen de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs (zoals uiteengezet in hoofdstuk 3) en de rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs (zoals uiteengezet in hoofdstuk 4) de gevolgen van de Wnra voor de individuele rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs in kaart worden gebracht. Daarbij wordt achtereenvolgens ingegaan op de rechtsbescherming (paragraaf 6.2), de ketenbepaling (paragraaf 6.3) de bovenwettelijke WW-uitkering (paragraaf 6.4), de Wet openbaar van bestuur (paragraaf 6.5) en Europese regelgeving (paragraaf 6.6). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.7).

6.2 Rechtsbescherming

De geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van de overheidswerkgever.⁵⁷ We zien dat de regel van het goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) in het arbeidsrecht veel overeenkomsten vertoont met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het ambtenarenrecht.⁵⁸ Wel zijn de bestuursrechtelijke proceskosten voor de ambtenaar lager dan voor de werknemer in een civiele procedure.⁵⁹ Zoals in hoofdstuk 4 uiteen is gezet, worden rechtspositionele besluiten die betrekking hebben op de ambtenaar repressief (achteraf) getoetst. Nadat een besluit met rechtspositionele gevolgen is genomen, kan de ambtenaar daartegen vervolgens bezwaar en beroep instellen. Als de rechtsbescherming van de ambtenaar wordt vergeleken met de rechtsbescherming van een werknemer ligt een van de grootste verschillen op het terrein van het ontslagrecht. Voor een werknemer geldt bij ontslag een preventieve toetsing (vooraf). Deze toets wordt, afhankelijk van de ontslaggrond, door het UWV of de kantonrechter uitgevoerd. In geval van bedrijfseconomisch ontslag kan deze preventieve toets ook door een cao-ontslagcommissie worden uitgevoerd als die is ingesteld (zie hierover paragraaf 3.3).

Commissie van beroep

Hoewel de commissies van beroep geen rol meer spelen bij ontslag, bestaan er in het bijzonder onderwijs nog wel steeds commissies van beroep. Deze kunnen na inwerkingtreding van de Wnra ook van belang worden voor het personeel in het openbaar onderwijs. In de cao's is bepaald tegen welke besluiten van de werkgever de werknemer beroep kan instellen bij de Commissie van beroep. In de cao's is geregeld dat de uitspraak van de commissies van beroep bindend is (bindend advies) waardoor de gang naar de rechter is beperkt. In een voetnoot in de cao vo staat dat een uitspraak van de commissie bindend is, maar dat dit de mogelijkheid onverlet laat om een geschil alsnog voor

⁵⁷ HR 27 maart 1987, AB 1987/273.

⁵⁸ Zie: G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (reeks Vereniging voor Arbeidsrecht), Deventer: Kluwer 1999.

⁵⁹ M.Y.H.G. Erkens en M.A. Schneider, 'Normalisering en rechtsbescherming: een proces 'in reverse'', in: B. Barentsen (red.), N. Hummel (red.) en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Van Ambtenaar naar ambtenaar. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2018, p.112-122.

te leggen aan de kantonrechter, indien partijen zich niet kunnen vinden in de uitspraak van de commissie. Hiermee is in het voortgezet onderwijs niet duidelijk wat nu precies de status is van een uitspraak van de commissie. Deze onduidelijkheid zou door cao-partijen kunnen worden opgelost door in de cao op te nemen wat de status van een uitspraak is (zie hierover paragraaf 3.4).

Het ligt voor de hand om bij de overgang de werkingssfeer van de geschillenregeling bij de commissie van beroep uit te breiden naar het personeel in het openbaar onderwijs. In de overgangsbepaling (artikel IX Wnra-onderwijs) staat dat de inhoud van de aktes van aanstelling zoals die luidde voor inwerkingtreding van de wet omgezet wordt naar een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Gezien het feit dat in de aktes van aanstelling de (vigerende) cao po en vo onderdeel vormen van de materiële rechtspositie, is het de vraag of dat automatisch inhoudt dat daarmee de bepalingen over de commissie van beroep ook van toepassing zijn vanaf het moment dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit lijkt een logisch gevolg van het introduceren van de arbeidsovereenkomst in het openbaar onderwijs. In de cao's zijn de rechtspositionele bepalingen echter niet louter gekoppeld aan een arbeidsovereenkomst en een aanstelling, maar steeds ook gekoppeld aan bijzonder onderwijs en openbaar onderwijs. Na de overgang is er wel sprake van een arbeidsovereenkomst voor alle werknemers in het onderwijs, maar daarmee is het verschil tussen het bijzonder en openbaar onderwijs niet komen te vervallen. In de cao vo is met betrekking tot de commissie van beroep opgenomen: "beroepsrecht voor werknemers op wie het BW van toepassing is". Op grond van deze bepaling is verdedigbaar dat de beroepsmogelijkheid toegankelijk wordt voor personeel in het openbaar onderwijs als zij werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. In de cao po ontbreekt een vergelijkbare bepaling.

Gezien de doelstelling van het wetsontwerp tot harmonisering van de rechtsposities in het onderwijs en gezien de verwijzing naar de cao in de aanstellingsbesluiten, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat op grond van het overgangsrecht (zie hierover hoofdstuk 2.3) de bevoegdheden van de Commissie van beroep zich ook gaan uitstrekken tot werknemers in het openbaar onderwijs. Dit geldt voor de overgangssituaties, maar dat neemt niet weg dat cao-partijen een bewuste keuze zullen moeten maken wat zij voor wat betreft de rechtsbescherming voor personeel in het openbaar onderwijs willen gaan regelen in de toekomstige cao's.

Naar een bijzondere regeling?

Uit het rechtspraakonderzoek in hoofdstuk 4 is gebleken dat het merendeel van de beroepszaken, namelijk 78%, van ambtenaren in het primair en voortgezet openbaar onderwijs over ontslag gaan of ontslaggerelateerd zijn. Dit doet de vraag rijzen of een bijzondere regeling vereist is bij de overgang van de ambtenaren in het openbaar onderwijs naar het arbeidsovereenkomstenrecht. Onder het civiele recht zullen geschillen die betrekking hebben op ontslagprocedures onder de bevoegdheid van het UWV dan wel kantonrechter komen te vallen. Indien er belang aan wordt gehecht dat sectorspecifieke kennis van het po en vo bij dergelijke geschillen gewaarborgd wordt, bestaat de mogelijkheid om daar in de cao voorzieningen voor op te nemen.

Bij de invoering van de Wwz heeft hierover een discussie in het onderwijsveld plaatsgevonden. Het Expertisecentrum van de Stichting Onderwijsgeschillen heeft toen ook onderzoek laten doen naar de gevolgen daarvan en de mogelijkheden voor cao-partijen om daar in de cao mee om te gaan.

In het rapport van de commissie Bouwens⁶⁰ zijn de volgende opties genoemd:

- de uitspraken van de commissie van beroep de status geven van bindend advies;
- de uitspraken van de commissie van beroep de status geven van een arbitraal vonnis;
- het instellen van een cao-ontslagcommissie;
- de commissie van beroep krijgt de rol van onafhankelijke en onpartijdige commissie die preventief oordeelt over opzeggingen op grond van een handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de betreffende school of instelling (identiteitsontslagcommissie).

In de cao's die daarna zijn afgesloten is er in alle sectoren gekozen voor het handhaven van een commissie van beroep die bevoegd is te oordelen over een aantal in de cao opgenomen geschillen (zie hoofdstuk 3.4). Alleen in de sector hbo is ook van de mogelijkheid gebruik gemaakt om een cao-ontslagcommissie in te stellen.

Het moment van overgang van ambtenaren in het openbaar onderwijs naar de civiele rechtspositie is een goed moment voor cao-partijen om stil te staan bij de vraag of regeling van de rechtsbescherming aanpassing vergt. Het zou echter niet in lijn met de grondgedachte van de Wnra en de Wnra-onderwijs zijn om de keuze die vervolgens wordt gemaakt te laten verschillen voor werknemers in het bijzonder onderwijs en in het openbaar onderwijs.

Gedacht kan worden aan het instellen van een cao-ontslagcommissie. Als het gaat om ontslag wegens, kort gezegd, bedrijfseconomische redenen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW, kan in een cao een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie worden aangewezen die beoordeelt of sprake is van een redelijke grond. Er bestaat in dat geval de vrijheid in de cao van het afspiegelingsbeginsel afwijkende afvloeiingscriteria op te nemen, die door de cao-ontslagcommissie kunnen worden toepast.

Een reden om hiertoe over te gaan kan ook liggen in het overgangsrecht met betrekking tot reorganisaties. Na 1 januari 2020 kan de arbeidsovereenkomst niet beëindigd worden door een ontslagbesluit van de werkgever, maar zal op grond van het civiele ontslagrecht eerst een verzoek aan UWV of kantonrechter voorgelegd moeten worden, afhankelijk van de ontslaggrond. Bij bedrijfseconomisch ontslag zijn in de Ontslagregeling de regels uitgewerkt aan de hand waarvan het UWV toetst of er sprake is van een bedrijfseconomisch ontslag en wie voor ontslag in aanmerking komt. Aan de hand van de regels van het afspiegelingsbeginsel moet per bedrijfsvestiging binnen uitwisselbare functies de ontslagvolgorde bepaald worden. In de overgangssituatie kunnen zich problemen voordoen wanneer er sprake is van een langer lopend reorganisatietraject. De problemen die zich hierbij voor zouden kunnen doen, zijn door de wetgever onderkend. In de Aanpassingswet Wnra is daartoe in artikel 11.3 overgangsrecht voor reorganisaties opgenomen. Dit is van toepassing op werkgevers waarvoor het private ontslagrecht niet gold tot voor de inwerkingtreding van de Wnra, zo wordt aangegeven in de memorie van toelichting.⁶¹ Daarin is bepaald dat, wanneer voor

⁶⁰ W.H.A.C.M. Bouwens, F.H.J.G. Brekelmans en W. Lindeboom, *Verbetering van de positie van de Commissies van Beroep*, Utrecht 2014: uitgave nr. 9 van Expertisecentrum Onderwijsgeschillen.

⁶¹ *Kamerstukken II*, 2018-2019, 35 073, nr. 3, p. 31-33.

1 januari 2020 bij een reorganisatie (waarbij verwezen wordt naar de ontslaggrond wegens bedrijfseconomische redenen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW) een ambtenaar boventallig is verklaard, na 1 januari 2020 de materiële voorschriften blijven gelden zoals die voor 1 januari 2020 voor het bestuursorgaan golden. Vindt de boventalligverklaring na 1 januari 2020 plaats, dan gelden de regels van het BW met betrekking tot reorganisaties. Dit overgangsrecht is alleen van toepassing als in de cao een zogenoemde ontslagcommissie wordt ingesteld, die de taak van het UWV ten aanzien van de toetsing van de ontslagaanvraag zal overnemen. Het is dan mogelijk om niet alleen van paragraaf 4 van de Ontslagregeling af te wijken (de regels over het bepalen van de ontslagvolgorde) maar ook van andere regels van de Ontslagregeling, zoals de herplaatsingsverplichting.

Een andere mogelijkheid zou zijn in geval van ontslag of andere arbeidsrechtelijke geschillen een arbitragecommissie te introduceren. Deze mogelijkheid wordt uitgebreid besproken in het eerder genoemde advies van de commissie Bouwens.

Voorts zou vanwege het wegvallen van de Awb bezwaarschriftenprocedure kunnen worden voorzien in de verplichting voor de werkgever om een bezwaar of interne klachtregeling op te stellen voor het personeel. Kijkend naar de uitkomsten van het rechtspraakonderzoek, zoals in hoofdstuk 4 aangehaald, zijn de onderwerpen die daar uit naar voren komen afgedekt qua rechtsbescherming, omdat deze vallen onder de ontslagprocedure bij UWV/kantonrechter of onder de bevoegdheid van de Commissie van beroep. Waar het met name om gaat is in welke mate de mogelijkheid van een bezwaarprocedure een gang naar de officiële procedures weet te voorkomen, een zeeffunctie heeft, als ook welk belang wordt gehecht aan een laagdrempelige vorm en kostenvrije mogelijkheid voor werknemers om bezwaren aan de orde te kunnen stellen. Dat is immers een belangrijke functie van de bezwaarprocedure van de Awb. Dat kan reden zijn om het wegvallen van de bezwarenprocedure in de cao op enigerlei wijze te compenseren.

6.3 Ketenregeling

Uit paragraaf 4.3 is gebleken dat in de cao po en cao vo de duur van de ketenbepaling 36 maanden kan bedragen, terwijl in artikel 7:668a BW sprake is van 24 maanden. Dit kan mogelijk weer gewijzigd gaan worden naar 36 maanden als de WAB wordt ingevoerd. Maar zolang daar geen duidelijkheid over is, kunnen zich vragen voordoen in het kader van de overgang.

Een belangrijke vraag in het kader van de omzetting van de aanstelling naar de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2020 is, of de aan die aanstelling (dan arbeidsovereenkomst) voorafgaande aanstellingen op dat moment worden beschouwd als onderdeel van een keten in de zin van artikel 7:668a BW. Indien deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, kan dit tot gevolg hebben dat een tijdelijke aanstelling - namelijk indien deze de vierde in een keten is of indien deze keten inmiddels tenminste 24 maanden heeft geduurd - onmiddellijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden is.

De Wnra en de Wnra-onderwijs geven geen antwoord op deze vraag. Nadat een concept van dit advies op 15 februari 2019 met de sociale partners was besproken verscheen op 7 maart 2019 echter een nota van wijziging op de Aanpassingswet Wnra. Die nota van wijziging brengt onder meer een

wijziging aan in artikel 14 AW 2017. Er wordt een nieuw derde lid toegevoegd, dat als volgt komt te luiden:

Met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren worden aanstellingen verleend voorafgaand aan de aanstelling, bedoeld in het eerste lid, als arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht beschouwd.

In paragraaf 3.3. is de toelichting bij deze bepaling reeds aangehaald. Daaruit blijkt onder meer dat deze bepaling expliciet bedoeld is om van toepassing te zijn bij de toepassing van de ketenregeling in de zin van artikel 7:668a BW. Naar het oordeel van de regering dienen na inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) de dienstjaren, gewerkt op basis van een of meerdere aanstellingen die voorafgingen aan de aanstelling die op grond van artikel 14, eerste lid van de Ambtenarenwet 2017 van rechtswege wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, mee te tellen bij de toepassing van de ketenregeling.

Zoals hiervoor al werd beschreven zal de AW 2017 op geen enkele arbeidsovereenkomst in het onderwijs van toepassing zijn. Maar zoals in paragraaf 2.4 is aangegeven, wordt in de MvT bij de Wnra-onderwijs uitdrukkelijk aangegeven dat artikel 14 AW 2017 ook van toepassing is op het personeel van openbare scholen. Dat geldt dus ook voor het hierboven aangehaalde nieuwe lid 3 van artikel 14.

Om onduidelijkheden hierover te voorkomen is het – onder verwijzing naar dit onderdeel van de nota van wijziging – aan te bevelen dat in de cao's wordt opgenomen dat aanstellingen bij dezelfde werkgever of bij werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn bij de toepassing van artikel 7:668a als arbeidsovereenkomsten worden beschouwd. Dit heeft mede tot gevolg dat de vierde of hogere aanstelling die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wnra is aangegaan en die op 1 januari 2020 voortduurt van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Omdat de aanstelling per 1 januari 2020 van rechtswege een arbeidsovereenkomst wordt, is de arbeidsovereenkomst per die datum overigens niet op zichzelf weer een volgende schakel in de keten.

Ook de keten van aanstellingen die op dat moment langer dan 24 maanden heeft geduurd en die op 1 januari 2020 voortduurt, is vanaf dat moment een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit laatste tenzij op 1 januari 2020 ook de WAB ongewijzigd in werking treedt, als gevolg waarvan – zie hiervoor paragraaf 3.7 – de maximale duur van een keten van tijdelijke arbeidsovereenkomsten wordt verlengd van 24 naar 36 maanden. Voor zover het denkbaar is dat een keten van aanstellingen voor bepaalde tijd gedurende meer dan 36 maanden zou bestaan, is die op 1 januari 2020 bestaande keten met ingang van die datum wel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

6.4 Bovenwettelijke WW-uitkering

Werknemers hebben in geval van ontslag, anders dan ambtenaren, in beginsel recht op een transitievergoeding (artikel 7:673 BW). Daar is in de Werkloosheidsregeling onderwijspersoneel primair onderwijs (Wopo) en de Werkloosheidsregeling onderwijspersoneel voortgezet onderwijs (Wovo) rekening mee gehouden. Voor het openbaar en bijzonder onderwijs geldt op grond van de Wopo en Wovo een aparte bovenwettelijke regeling, waarbij de regeling voor het openbaar

onderwijs gunstiger is (met name de aansluitende uitkering) omdat er geen recht is op een transitievergoeding. In de cao po is in een voetnoot bij de Wopo bepaald dat zodra de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren in werking treedt, voor alle werknemers die vanaf dat moment aanspraak kunnen maken op de Wopo, de regeling Wopo bijzonder onderwijs van toepassing is. Onduidelijk is of de regeling die voor het bijzonder onderwijs geldt voor al het personeel in het openbaar onderwijs van toepassing wordt of dat dit alleen voor nieuwe aanspraken geldt. Bovendien kan de vraag worden gesteld wat bijvoorbeeld te gelden heeft in geval van herleving van de uitkering. In de cao vo ontbreekt een soortgelijke bepaling. Dit zou betekenen dat werknemers in het openbaar onderwijs na 1 januari 2020 aanspraak kunnen maken op de transitievergoeding en de betere bovenwettelijke WW-uitkering. Hiermee zou een verschil ontstaan in vergelijking met werknemers in het bijzonder onderwijs.

Gegeven de normalisering per 1 januari 2020 ligt het voor de hand om niet langer onderscheid te maken tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Gegeven de ratio voor de versoering van de regeling voor het bijzonder onderwijs ligt het voor de hand om die laatste regeling voor het gehele personeel in het primair en voortgezet onderwijs te laten gelden. Het personeel in het openbaar primair onderwijs krijgt dan overigens wel te maken met een dubbele versoering. Op 1 januari 2020 worden immers ook het recht op de extra aansluitende uitkering, alsmede de duur en de hoogte van de aansluitende uitkering en de extra aansluitende uitkering beperkt.

6.5 Wet openbaarheid van bestuur

Het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs, valt onder de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB). Bepaalde zaken die de rechtspositie betreffen kunnen daar ook onder vallen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit uitspraak van de Rechtbank Assen.⁶² Een burger vraagt het bevoegd gezag van een openbare basisschool op grond van de WOB hem inzage te verlenen in de rapporten die hebben geleid tot de schorsing van de directeur van de basisschool. Het bevoegd gezag wijst het verzoek af op grond van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen (artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de WOB) omdat het bevoegd gezag en de directeur een vaststellingsovereenkomst hadden gesloten. Daarin was vastgelegd dat de gemeente geen inhoudelijke dan wel negatieve uitlatingen zou doen over het arbeidsgeschil. Het nakomen van deze verplichting weegt volgens het bevoegd gezag zwaarder dan het belang bij openbaarmaking van de desbetreffende stukken. Het staat, aldus de rechter, partijen vrij in het kader van deze rechtsverhouding afspraken te maken omtrent het geheim houden van bepaalde informatie. Maar indien een derde een beroep doet op een (mogelijke) wettelijke plicht tot openbaarmaking op grond van de WOB, kunnen de door het bevoegd gezag en de directeur gemaakte afspraken daaraan niet in de weg staan. De rechtbank stelt dat het recht op openbaarmaking ingevolge de WOB het publieke belang dient van een goede en democratische bestuursvoering. Bij die toetsing dient, aldus de rechter, het uitgangspunt van de WOB - openbaarheid is regel - zwaar te wegen. Het bevoegd gezag dient daarom, aldus de rechter, inzicht te geven in de gevraagde documenten, waarbij strikt persoonlijke gegevens mogen worden verwijderd.

⁶² Rb. Assen 31 maart 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH9172 en ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3114, AB 2008, 232 m. nt.Stolk.

Het personeel op een openbare school blijft ook na de invoering van de Wnra onder de WOB vallen. De meest openbare scholen worden namelijk in stand gehouden door een stichting, waarbij overwegende invloed van de overheid is (artikel 48 WPO en 42b WVO). In het bijzonder onderwijs kan de werknemer of een derde geen beroep doen op de WOB tegenover de werkgever. Op dit vlak zal er dus een verschil blijven bestaan tussen het openbaar en bijzonder onderwijs. Er is ook geen mogelijkheid voor cao-partijen of werkgever en werknemer om dit anders te regelen.

6.6 Europese regelgeving

Ook Europese regelgeving heeft effect op de rechtspositie van de ambtenaar. Hoe een Europese Richtlijn ten opzichte van de ambtenaar werkt, blijkt uit het Schultz-Hoff arrest.⁶³

Dit ging over de verhouding tussen de jaarlijkse vakantie met behoud van loon en het ziekteverlof van werknemers. Het Hof besliste in dit arrest, aan de hand van artikel 7 van de Richtlijn 2003/88/EG, op hoeveel vakantiedagen een zieke werknemer recht heeft. Vervolgens was het de vraag of de ambtenaar een rechtstreeks beroep op deze richtlijn kon doen of dat de richtlijn eerst in wetgeving moest worden omgezet en de ambtenaar pas daarna een beroep kon doen op de wet. De Centrale Raad van Beroep heeft geoordeeld dat de ambtenaar rechtstreeks beroep toekomt op artikel 7 van de Richtlijn 2003/88/EG.⁶⁴

De vraag is of de werknemer een rechtstreeks beroep op Richtlijn 2003/88/EG kan doen. Toen het Hof het arrest Schultz-Hoff wees, bevatte artikel 7:635 lid 4 BW een bijzondere regeling voor de opbouw van vakantierechten tijdens ziekte. Deze regeling kwam erop neer dat een werknemer die geen arbeid had verricht wegens ziekte alleen aanspraak had op vakantie gedurende de laatste zes maanden waarin geen arbeid is verricht. Deze bepaling was na het arrest in strijd met het Europese recht. Nu hebben richtlijnen volgens vaste rechtspraak van het Hof in zogenaamde horizontale relaties (tussen private partijen) geen directe werking. Een direct beroep op de richtlijn waarbij de nationale wetgeving terzijde wordt gesteld, staat daardoor niet zo maar open voor de werknemer. In plaats van directe werking geldt het leerstuk van richtlijnconforme interpretatie (ook wel: indirecte werking) van richtlijnen. Nationale rechters dienen nationale bepalingen zo veel mogelijk uit te leggen en toe te passen in het licht van de communautaire bepalingen. Deze plicht gaat dusdanig ver dat eigenlijk alleen een interpretatie contra legem niet toegestaan wordt geacht. Nu was artikel 7:635 lid 4 BW duidelijk en anders dan de lezing van de richtlijn die het Hof gaf. Aldus lijkt een interpretatie contra legem vereist om artikel 7:635 lid 4 BW conform het arrest toe te passen. Dat betekent dat de nationale bepaling in beginsel toepasselijk blijft in de horizontale relatie tussen werkgever en werknemer totdat de Nederlandse wetgever ingrijpt.⁶⁵ Het BW is inmiddels aangepast. De werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft en in het bijzonder onderwijs werkt, kan dus niet

⁶³ HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06 (Schultz-Hoff).

⁶⁴ CRvB 18 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR0265.

⁶⁵ Te wijzen is op de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4648. Het hof komt tot de conclusie dat een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, omdat dit zou resulteren in een uitleg contra legem. Hiertoe is de nationale rechter ingevolge rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen ook niet gehouden. Het is dan, aldus het Hof, aan de wetgever om zijn regelgeving op dit punt in overeenstemming te brengen met de richtlijn.

zoals zijn collega die hetzelfde werk doet in het openbaar onderwijs en daar als ambtenaar werkt een direct beroep doen op een Europese Richtlijn.

Hoewel de ambtenaar in het openbaar onderwijs een arbeidsovereenkomst krijgt, heeft hij nog steeds een werkgever die tot de openbare dienst behoort en blijft de mogelijkheid van een rechtstreeks beroep op een Europese Richtlijn (verticale doorwerking) behouden.

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs en de ambtenaar in het openbaar onderwijs vergeleken met betrekking tot de onderwerpen rechtsbescherming, ketenbepaling, bovenwettelijke WW-uitkering, de WOB en Europese regelgeving.

7. Conclusie en aanbevelingen

7.1 Inleiding

In de voorafgaande hoofdstukken hebben we de verschillen tussen de rechtspositie van ambtenaren in het openbaar onderwijs en werknemers in het bijzonder onderwijs vergeleken en de gevolgen van de Wnra-onderwijs in kaart gebracht.

In dit afsluitende hoofdstuk zullen we op verschillende deelonderwerpen conclusies uit dit onderzoek trekken en enkele aanbevelingen doen aan cao-partijen en/of werkgevers hoe met de gevolgen van de introductie van de Wnra-onderwijs omgegaan kan worden.

7.2 Gelijktrekken rechtspositie in openbaar en bijzonder onderwijs

De wetgever heeft er voor gekozen om de Wnra aan te grijpen om het gehele onderwijsveld onder één wettelijk regime te brengen voor wat betreft de positie van de werknemer in het onderwijs. Daarom zijn instellingen in het openbaar onderwijs uitgezonderd van het begrip overheidswerkgever in artikel 2 AW 2017.

Aanbeveling 1

Overeenkomstig dit uitgangspunt bevelen we aan om in de sector cao's te komen tot één uniforme regeling van de rechtspositie voor alle werknemers in de onderwijssector.

Aanbeveling 2

De regeling over de bovenwettelijke uitkering in relatie tot de transitievergoeding vraagt bijzondere aandacht. De huidige verschillen op dit vlak tussen de regelingen voor openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs moeten gelijk getrokken worden. Gegeven de ratio van versoering van de regeling ligt het voor de hand de regeling voor het bijzonder onderwijs als uitgangspunt te nemen.

7.3 Overgang naar arbeidsovereenkomst

In het overgangsrecht heeft de wetgever geregeld dat de inhoud van de akte van aanstelling van rechtswege wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Omdat in de model akte van aanstelling zowel in de cao po als in de cao vo verwezen wordt naar het van toepassing zijn van de (vigerende) cao, wordt daarmee geregeld dat in de van rechtswege tot stand gekomen arbeidsovereenkomst de werknemer aan de cao wordt gebonden.

Daarmee is een belangrijk aspect van de binding van de werknemer in het openbaar onderwijs aan de cao geregeld, maar daarmee zijn nog niet alle bindingsvraagstukken die met de introductie van het civiele arbeidsrecht voor het openbaar onderwijs zich voordoen opgelost. Deze vraagstukken zijn echter niet uniek voor het openbaar onderwijs maar zijn ook van belang voor het bijzonder onderwijs waar al met de arbeidsovereenkomst wordt gewerkt.

Aanbeveling 3

We bevelen cao-partijen aan om in de cao een modelarbeidsovereenkomst op te nemen waarin niet alleen aandacht wordt besteed aan de binding van de werknemer aan de vigerende cao, maar ook aan de decentraal tot stand gekomen afspraken op basis van deze cao. Door een incorporatiebeding op te nemen dat zich ook daartoe uitstrekt, wordt de binding van werknemers aan hetgeen in of op basis van de cao wordt afgesproken aan arbeidsvoorwaardelijke rechten en verplichtingen geoptimaliseerd.

Aanbeveling 4

We bevelen cao-partijen aan om in de cao of in de toelichting daarbij op te nemen dat voorafgaande aanstellingen bij dezelfde werkgever of bij werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, bij de toepassing van de ketenregeling van artikel 7:668a als arbeidsovereenkomsten worden beschouwd, in lijn met het bepaalde in de overgangsbepaling in artikel 14 lid 3 AW 2017.

Aanbeveling 5

We bevelen aan om onduidelijkheden te voorkomen om in de cao's op te nemen dat diensttijd bij dezelfde werkgever of de rechtsvoorganger daarvan bij het vaststellen van een eventuele transitievergoeding op de voet van artikel 7:673 BW wordt meegenomen, ongeacht de vraag of die diensttijd in een ambtelijke aanstelling of in een arbeidsovereenkomst is doorgebracht, in lijn met het bepaalde in de overgangsbepaling in artikel 14 lid 3 AW 2017.

7.4 Rechtsbescherming

Als gevolg van de overgang van de ambtelijke rechtspositie naar de civielrechtelijke rechtspositie gaat een aantal gevolgen op het gebied van de rechtsbescherming optreden.

Individuele rechtsbescherming

De Awb-bezwaarschriftenprocedure zal komen te vervallen. Kijkend naar de uitkomsten van het rechtspraakonderzoek, zoals in paragraaf 4.5 is aangehaald, zijn de onderwerpen die daaruit naar voren komen afgedekt qua rechtsbescherming, omdat deze vallen onder de ontslagprocedure bij UWV/kantonrechter of onder de bevoegdheid van de Commissie van beroep. Maar de vraag waar het om gaat is in welke mate de mogelijkheid van een bezwaarprocedure een gang naar de officiële procedures weet te voorkomen als ook welk belang wordt gehecht aan een laagdrempelige vorm en kostenvrije mogelijkheid om bezwaren tegen een besluit van een werkgever aan de orde te kunnen stellen. Dat is immers een belangrijke functie van de bezwaarprocedure van de Awb. Dat kan reden zijn om het wegvallen van de bezwarenprocedure in de cao te compenseren.

Ter illustratie om wat voor soort besluiten het dan zou kunnen gaan, wordt verwezen naar het rechtspraakonderzoek. Uit het rechtspraakonderzoek is gebleken dat door ambtenaren tegen de navolgende besluiten, die niet vallen onder de beroepsgronden die voor het bijzonder onderwijs in de CAO PO en de CAO VO zijn neergelegd, wordt geprocedeerd:

-In de eerste plaats gaat het daarbij om besluitvorming over ontslag (en rddf-plaatsing), de ketenregeling en het niet verlengen van een aanstelling. Daarnaast zijn in het rechtspraakonderzoek nog diverse andere besluiten naar voren gekomen waartegen wordt geprocedeerd:

- Het beëindigen van een loonsuppletie op grond van het Besluit bovenwettelijke werkloosheidsregeling voor onderwijspersoneel primair onderwijs (BBWO)⁶⁶
- Aansprakelijkstelling voor schade die (naar de ambtenaar stelt) is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden.⁶⁷
- Verbod met betrekking tot het verrichten van nevenwerkzaamheden.⁶⁸
- Besluit tot wijziging van de aanstelling.⁶⁹
- Berekening van het ouderschapsverlof.⁷⁰
- Vaststelling van de beoordeling van het functioneren.⁷¹

Deze zaken geven een beeld van besluiten waar onder het huidig recht ook daadwerkelijk gebruik gemaakt is door ambtenaren van de mogelijkheid bezwaar en beroep tegen te maken.

Aanbeveling 6

We bevelen cao-partijen aan om te voorzien in een laagdrempelige, kosteloze vorm van rechtsbescherming voor de werknemer met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van formele procedures. Daarbij kan gedacht worden aan het opnemen van een verplichting tot het vooraf horen voor het nemen van bepaalde besluiten, of een mogelijkheid om een bezwaar -of klachtencommissie of bemiddelaar in te schakelen.

Ook indien cao-partijen dit niet opnemen als een cao-verplichting is het aan te bevelen aan een werkgever om in overleg met DGO en/of P(G)MR de afweging te maken of een dergelijke vorm van rechtsbescherming een toegevoegde waarde kan hebben.

Commissie van beroep

Conform het uitgangspunt zoals in paragraaf 7.2 is aangehaald, ligt het voor de hand om bij de overgang de werkingssfeer van de geschillenregeling bij de Commissie van beroep uit te breiden naar het personeel in het openbaar onderwijs, zo dit al niet voortvloeit uit het overgangsrecht. Dit geldt in ieder geval voor het primair onderwijs, waar (slechts) voor werknemers in het bijzonder onderwijs het beroepsrecht bij de Commissie van beroep in de CAO PO is geregeld. In de CAO VO staat met betrekking tot de toegang tot de Commissie van beroep vermeld: “beroepsrecht voor werknemers op wie het BW van toepassing is.” Na inwerkingtreding van de Wnra is het BW van toepassing op personeel in het openbaar onderwijs, dus kan worden geconcludeerd dat de procedure ook voor personeel in het openbaar onderwijs open staat. Omdat deze beroepsmogelijkheid tot op heden altijd beperkt is geweest tot personeel in het bijzonder onderwijs, zou toch de vraag kunnen rijzen of personeel in het openbaar onderwijs nu ook toegang heeft tot de Commissie van beroep. Het is tevens ook een goed moment om de ervaringen met het functioneren van de Commissie van beroep op basis van de verschillende cao-bevoegdheden sinds de invoering van de Wwz te evalueren en na te gaan of de regeling in de cao aanpassing vergt.

⁶⁶ CRvB 18 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1950.

⁶⁷ CRvB 21 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:240, CRvB 27 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016.

⁶⁸ CRvB 25 februari 2016, ECLI:NL:CRVB: 2016:658.

⁶⁹ CRvB 31 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1178.

⁷⁰ CRvB 21 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1526.

⁷¹ CRvB 7 september 2017 en CRvB 8 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:900.

Aanbeveling 7

We bevelen aan om de werkingssfeer van de bevoegdheden van de Commissies van beroep zoals geregeld in de cao po en cao vo gelijkelijk van toepassing te laten zijn op alle werknemers in het onderwijs.

Aanbeveling 8

De onduidelijkheid over de bindende kracht van de uitspraak van de Commissie van beroep door verschillen in de tekst van cao po en cao vo dient opgeheven te worden. Dit kan worden gerealiseerd door de voetnoot in de cao vo (dat "dit onverlet laat de mogelijkheid om het geschil alsnog voor te leggen aan de kantonrechter, indien partijen zich niet kunnen vinden in de uitspraak van de Commissie") te laten vervallen.

Aanbeveling 9

Aan de hand van de ervaringen tot op heden met de Commissie van beroep, dient te worden nagegaan of de regeling aanpassing vergt. Zowel wat betreft de omvang en aard van de geschillen waarover de Commissie bevoegd is als wat betreft de procedure.

Cao-ontslagcommissie

Het civiele ontslagrecht biedt de mogelijkheid om afwijkende spelregels te hanteren van de Ontslagregeling. Dit kan voor afwijking van paragraaf 4 van de Ontslagregeling gaan over de het bepalen van de ontslagvolgorde, het afspiegelingsbeginsel en de begrippen uitwisselbare functie en bedrijfsvestiging. Indien er behoefte is aan een meer op het onderwijs toegespitst toetsingskader kan van die mogelijkheid gebruik gemaakt worden. Dan dient er wel een cao-ontslagcommissie ingesteld te worden die de taak van het UWV overneemt voor wat betreft de toetsing van de ontslagaanvraag. Voor het hbo bestaat een dergelijke ontslagcommissie al.

Daarnaast biedt het overgangsrecht bij reorganisaties de mogelijkheid om van de gehele ontslagregeling af te wijken, maar ook dan is vereist dat er een cao-ontslagcommissie wordt ingesteld.

Voor de opties en overwegingen die daarbij kunnen spelen volstaan we met een verwijzing naar het advies van de Commissie Bouwens uit 2014 (zie voetnoot 60).

Aanbeveling 10

We bevelen cao-partijen aan om na te gaan of er, mede vanwege de uitbreiding van de werkingssfeer van het civiele ontslagrecht in het onderwijs, behoefte bestaat aan een op de onderwijssector ingerichte ontslagcommissie.

Bijzonder punt van aandacht daarbij is of er in verband met reorganisaties overgangsproblemen in het openbaar onderwijs voorzienbaar zijn. Indien dat het geval is, is het raadzaam om een cao-ontslagcommissie in te richten.

Collectieve geschillen

Hoewel de wetgever in het wetsontwerp de verplichting om aandacht te besteden aan een geschillenregeling bij patstellingen in het collectief overleg heeft geschrapt, kunnen er toch goede redenen zijn voor cao-partijen om hier toch in te voorzien (zie paragrafen 5.3 en 5.4).

Aanbeveling 11

We bevelen cao-partijen aan om aandacht te besteden aan de regeling hoe om te gaan bij geschillen in het overleg. Dit kan zowel betrekking hebben op geschillen die ontstaan in het cao-overleg tussen cao-partijen, maar ook wanneer deze in het DGO ontstaan. Gezien de frequentie waarmee deze geschillen zich (zullen) voordoen, lijkt het raadzaam om aan één landelijke advies- en arbitragecommissie te denken die voor geschillen op beide niveaus bevoegdheden worden toegekend, gelijk de keuze die is gemaakt bij het instellen van een landelijke Commissie van beroep voor het funderend onderwijs.

7.5 Scholing

Hoewel in de onderwijscao's vanwege hun hybride karakter al veel aspecten gelijklopend geregeld zijn voor werknemers en ambtenaren, moet niet onderschat worden dat voor degenen die gewend zijn met het formele ambtenarenrecht en bestuurs(proces)recht te werken de overgang naar het civiele arbeidsrecht en burgerlijk (proces)recht groot kan zijn. Het is van belang om daar goed op voorbereid te zijn.

Aanbeveling 12

We adviseren cao-partijen dan wel werkgevers in het openbaar onderwijs om voldoende tijd en faciliteiten ter beschikking te stellen voor degenen die in hun dagelijks werk te maken gaan krijgen met het civiele arbeidsrecht en daar tot nu niet gewend mee zijn te werken. Het kan raadzaam zijn om vanuit de sector gerichte scholingsactiviteiten op dit vlak aan te bieden, dan wel ondersteuning voor dergelijke activiteiten aan te bieden.

Bijlage: overzicht uitspraken en vindplaatsen rechtspraakonderzoek

In onderstaand tabel treft u een overzicht van de onderzochte uitspraken. In de eerste drie kolommen staat de instantie, datum uitspraak en de vindplaats door middel van het ECLI-nummer vermeld.

In de daarop volgende kolommen (Onderwerp geschil 1 en Onderwerp geschil 2) worden de twee belangrijkste onderwerpen van deze zaken genoemd. In deze tabel is gewerkt met afkortingen. De legenda van de gehanteerde afkortingen treft u onder deze tabel. Eveneens zijn er kleuren in de tabel opgenomen om de uitspraken naar onderwerpen in te delen.

De gehanteerde kleuren per onderwerp zijn: ontslag, verlenging aanstelling, overplaatsing, schorsing, Rddf, aansprakelijkheid, boventallig en overig.

Vindplaats uitspraken: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/> zoeken in uitspraken

Instantie	Datum	ECLI	Onderwerp geschil 1	Onderwerp geschil 2
CRvB	15-01-15	ECLI:NL:CRVB:2015:32	ontslag 1	-
CRvB	12-03-15	ECLI:NL:CRVB:2015:735	ontslag 2	-
CRvB	02-04-15	ECLI:NL:CRVB:2015:1027	ontslag 2	schadevergoeding
CRvB	21-05-15	ECLI:NL:CRVB:2015:1570	rddf plaatsing	-
CRvB	18-06-15	ECLI:NL:CRVB:2015:1950	overig	-
CRvB	13-08-15	ECLI:NL:CRVB:2015:2729	ontslag 3	-
CRvB	03-09-15	ECLI:NL:CRVB:2015:2994	ontslag 4	-
CRvB	08-10-15	ECLI:NL:CRVB:2015:3447	verlenging	-
CRvB	08-10-15	ECLI:NL:CRVB:2015:3440	ontslag 1	-
CRvB	29-10-15	ECLI:NL:CRVB:2015:3768	ontslag 1	-
CRvB	29-10-15	ECLI:NL:CRVB:2015:3773	ontslag	-
CRvB	10-12-15	ECLI:NL:CRVB:2015:4472	verlenging	-
CRvB	17-12-15	ECLI:NL:CRVB:2015:4603	ontslag 1	-
CRvB	24-12-15	ECLI:NL:CRVB:2015:4934	rddf plaatsing	-
CRvB	21-01-16	ECLI:NL:CRVB:2016:240	aansprakelijkheid	-
CRvB	21-01-16	ECLI:NL:CRVB:2016:241	schorsing	ontslag 6
CRvB	25-02-16	ECLI:NL:CRVB:2016:658	overig	-
CRvB	10-03-16	ECLI:NL:CRVB:2016:855	ontslag 5	schadevergoeding
CRvB	31-03-16	ECLI:NL:CRVB:2016:1178	overig	-
CRvB	21-04-16	ECLI:NL:CRVB:2016:1526	overig	-
CRvB	26-05-16	ECLI:NL:CRVB:2016:1966	ontslag 6	schadevergoeding
CRvB	23-06-16	ECLI:NL:CRVB:2016:2382	schorsing	-
CRvB	14-07-16	ECLI:NL:CRVB:2016:2662	ontslag 3	-
CRvB	21-07-16	ECLI:NL:CRVB:2016:2763	overplaatsing	-
CRvB	27-10-16	ECLI:NL:CRVB:2016:4117	aansprakelijkheid	-
CRvB	29-12-16	ECLI:NL:CRVB:2016:5091	ontslag 6	-
CRvB	16-03-17	ECLI:NL:CRVB:2017:1174	ontslag 6	-
CRvB	07-09-17	ECLI:NL:CRVB:2017:3192	overig	ontslag
CRvB	14-09-17	ECLI:NL:CRVB:2017:3183	ontslag 4	-
CRvB	14-09-17	ECLI:NL:CRVB:2017:3184	boventalligheid	-
CRvB	05-10-17	ECLI:NL:CRVB:2017:3397	ontslag 1	ontslag 2
CRvB	16-11-17	ECLI:NL:CRVB:2017:3979	ontslag 6	-
CRvB	07-12-17	ECLI:NL:CRVB:2017:4224	ontslag 3	-
CRvB	25-01-18	ECLI:NL:CRVB:2018:278	ontslag 4	-
CRvB	25-01-18	ECLI:NL:CRVB:2018:235	ontslag 6	-
CRvB	15-03-18	ECLI:NL:CRVB:2018:775	ontslag 4	-
CRvB	17-05-18	ECLI:NL:CRVB:2018:1516	verlenging	-
CRvB	17-05-18	ECLI:NL:CRVB:2018:1501	ontslag 1	-
CRvB	17-05-18	ECLI:NL:CRVB:2018:1565	ontslag 6	-
CRvB	09-08-18	ECLI:NL:CRVB:2018:2495	ontslag 3	-
CRvB	27-09-18	ECLI:NL:CRVB:2018:2974	ontslag 6	-
CRvB	25-10-18	ECLI:NL:CRVB:2018:3388	verlenging	-
CRvB	15-11-18	ECLI:NL:CRVB:2018:3611	overig	-
Rb.	04-11-15	ECLI:NL:RBNHO:2015:9467	rddf plaatsing	-
Rb.	02-12-15	ECLI:NL:RBOVE:2015:5325	ontslag	-

Rb.	22-11-16	ECLI:NL:RBLIM:2016:9986	ontslag 4	ontslag 2
Rb.	20-01-17	ECLI:NL:RBDHA:2017:568	ontslag 4	-
Rb.	20-02-17	ECLI:NL:RBOVE:2017:806	ontslag 6	-
Rb.	10-08-17	ECLI:NL:RBDHA:2017:8982	ontslag 6	-
Rb.	12-10-17	ECLI:NL:RBNHO:2017:8317	overplaatsing	looninhouding
Rb.	07-11-17	ECLI:NL:RBNNE:2017:4269	ontslag 3	-
Rb.	09-11-17	ECLI:NL:RBNNE:2017:4295	ontslag 6	-
Rb.	08-03-18	ECLI:NL:RBNNE:2018:900	overig	-
Rb.	13-04-18	ECLI:NL:RBOVE:2018:1219	overig	-

Legenda

CRvB	= Centrale Raad van Beroep
ontslag 1	= ontslag wegens (ernstige) ongeschiktheid
ontslag 2	= ontslag wegens verstoorde verhoudingen
ontslag 3	= ontslag wegens (ernstig) plichtsverzuim
ontslag 4	= deeltijdontslag
ontslag 5	= ontslag vanwege ongeschiktheid op grond van ziekten en/of gebreken.
ontslag 6	= ontslag vanwege redenen van gewichtige aard
Rb	= rechtbank
Verlenging	= niet verlengen/voorzetten van aanstelling

Postbus 85191
3508 AD Utrecht
www.onderwijsgeschillen.nl

