

Notitie ten behoeve van Internetconsultatie Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren in het onderwijs

Prof. mr. B. Barentsen

1. In deze notitie wil ik kort ingaan op een aantal aspecten van het wetsvoorstel. Daarbij wil ik vooropstellen dat ik de keuze om ‘onderwijsambtenaren’ na normalisering niet langer onder de Ambtenarenwet te laten vallen van harte onderschrijf. De Ambtenarenwet 2017 lijkt meer te zijn geschreven voor ambtenaren in het openbaar bestuur dan voor de onderwijssector. Bovendien – en dat is een argument dat nog kan worden toegevoegd - zou het van de rechtsvorm van de werkgever afhangen of de Ambtenarenwet van toepassing zou blijven. Dat valt niet uit te leggen, nu aard en inhoud van de werkzaamheden van onderwijzend personeel niet verschilt, al naar gelang de rechtsvorm van de werkgever. Een vaak gebruikt voorbeeld in dit verband is dat van de hoogleraar arbeidsrecht aan de openbare Leidse of Amsterdamse universiteit: waarom zouden zij nu ambtenaar moeten zijn en blijven en geen werknemer mogen worden zoals de collega’s aan de VU of in Nijmegen. (Dit verhaal gaat ook in andere onderwijssectoren op.) Daar komt bij dat, zoals ook terecht wordt opgemerkt in de concept-MvT, het onderwijs al eigen regels en gedragscodes heeft om integer handelen van het personeel te waarborgen, die ook meer toegespitst zijn op het werken in het onderwijs.
2. Kortom: de gedachte dat er geen speciaal ambtelijk regime nodig is voor onderwijspersoneel, zelfs niet in de vorm van de bescheiden AW 2017, lijkt mij logisch en juist.
3. Daarvan uitgaande verbaast het wel dat het fenomeen van de akte van benoeming behouden blijft. Die wat ambtelijk klinkende formaliteit is gebruikelijk in het onderwijs. Het wetsvoorstel voorziet in omzetting van de aktes van aanstelling in aktes van benoeming voor diegenen die hun ambtelijke aanstelling verliezen.

Het is echter de vraag of die aktes eigenlijk nodig zijn, en de omzettingsoperatie al helemaal. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren voorziet al in omzetting van lopende aanstellingen in arbeidsovereenkomsten. Die krijgen dezelfde inhoud als de oude aanstellingen (art. 14 WNRA).

In de (schaarse) rechtspraak over aktes van benoeming wordt aangenomen dat zo’n akte niet noodzakelijk is om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst. Ook zonder zo’n akte kan er sprake zijn van een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst. De akte is niet meer dan een formaliteit. De in dergelijke aktes te vermelden gegevens (werktijden, functie, adres werkgever) dienen werkgevers toch al schriftelijk aan hun werknemers te verstrekken (art. 7:655 BW). Ook wat dat betreft is de benoemingsakte niet nodig. Nu dergelijke aktes tot het misverstand kunnen leiden (en hebben geleid) dat zij aanwezig moeten zijn, wil er een arbeidsovereenkomst bestaan, zou in het wetsvoorstel beter gekozen kunnen worden voor het schrappen van dit fenomeen. In ieder geval is het niet nodig om de aanstellingsaktes van de ambtenaren om te zetten: de Wnra geeft hen al een arbeidsovereenkomst.

4. Wellicht een detail, maar niet onbelangrijk is toepasselijk recht. Bij aanstellingen zal dat Nederlands recht zijn. Dat is bij arbeidsovereenkomsten niet per se het geval. (Vaak wel omdat het werk in Nederland voor een Nederlandse instelling wordt verricht, maar dat kan in het bijzonder bij universiteiten anders liggen.) Het is wellicht verstandig te bepalen dat op omzetting niet tot ander toepasselijk recht leidt. Daarbij moeten ede grenzen van het EU-recht wel in het oog worden gehouden: de IPR-regels kunnen in arbeidsovereenkomsten of wetgeving daarover niet ongelimiteerd worden uitgesloten.)
5. In de verschillende onderwijswetten zal op grond van dit wetsvoorstel worden opgenomen dat ‘het bevoegd gezag de rechtspositie van het personeel regelt’. Dit ademt, alleen al dankzij de term bevoegd gezag, compleet de geest van een ambtelijke rechtspositieregeling die eenzijdig

dor de werkgever wordt vastgesteld. Nu besef ik dat de term bevoegd gezag in de context van de onderwijswetgeving een andere inhoud heeft, maar toch.

Belangrijker is echter de vraag wat het nut van deze bepaling is. Overheidswerkgevers, die regels voor hun ambtenaren vaststellen, moeten daarvoor een wettelijke bevoegdheid hebben.

De wetgevende bevoegdheid moet zijn toegekend, voor overheidswerkgevers is dat nu gebeurd in art. 125 van de huidige Ambtenarenwet. Een civiele werkgever heeft die verordenende bevoegdheid echter helemaal niet nodig: die stelt geen wetten vast.

Gedragsvoorschriften en regels voor het personeel mag de civiele werkgever opstellen op grond van art. 7:660 BW.

Als het de bedoeling is dat een onderwijswerkgever bepaalde belangrijke zaken regelt, moet bedacht worden dat in allerlei wetten (Arbeidsomstandighedenwet, Wet huis voor klokkenluiders) al is bepaald dat een werkgever voor specifiek onderwerpen een regeling of beleid moet hebben. De vraag is dus wat de toegevoegde waarde is van zo'n algemeen geformuleerde verplichting de rechtpositie vast te leggen.

6. Het wetsvoorstel laat ongeregeld of de in huidige aanstellingen vaak voorkomende clausule 'op deze relatie is de cao PO/VO/WO (en wat dies meer zij) van toepassing' in het kader van de overgang naar de arbeidsovereenkomst als incorporatiebeding kan worden aangemerkt. Daar bestaat namelijk onzekerheid over. De 'cao' is thans op ambtenaren van toepassing, ongeacht of er zo'n clausule in hun aanstellingsbesluit staat of niet. Bij werknemers heeft de bepaling wél rechtsgevolg. Het is daarom de vraag of deze 'mededeling' op grond van art. 14 AW 2017 van rechtswege wordt omgezet in een incorporatiebeding, waarmee de werknemer zich aan de cao bindt, ook in toekomstige versies daarvan.
7. Een volgend punt is de bepaling die in de verschillende wetten zal worden neergelegd inhoudend dat 'door of namens het bevoegd gezag overleg gevoerd [wordt] met de daarvoor in aanmerking komende verenigingen van werknemers, op een met deze schriftelijk overeengekomen wijze'. Daarbij wordt ook de term 'georganiseerd overleg' uit het bestaande model met overeenstemmingsvereiste gehandhaafd. Dit alles verdraagt zich slecht met het uitgangspunt dat in cao-onderhandelingen contractsvrijheid voorop staat. Uiteraard zijn cao-partijen bevoegd om af te spreken hoe en met wie zij in de toekomst willen onderhandelen. Ze zelfs ook vrij om hun eigen vrijheid weg te contracteren. Hier lijkt de wetgever dat te willen doen. Er wordt vastgehouden aan een model - een overlegprotocol met voor vaste overlegpartners - dat is ontworpen voor de situatie dat de werkgever tevens wetgever is: de instellingen van openbaar onderwijs passen de cao in de vorm van een verordening toe op hun personeel. Het past niet goed bij vrije cao-onderhandelingen. Of, hoe en met wie er over cao's onderhandeld wordt, is geen zaak van de nationale wetgever en dat wordt bij de normalisering in het onderwijs in dit voorstel, miskend. Klaarblijkelijk is er gekozen voor zoveel mogelijk behoud van het oude, en handhaving van de overleginfrastructuur. Aan de ene kant kan dat de normalisering vergemakkelijken, omdat de onduidelijkheden vermeden worden die in andere overheidssectoren kunnen gaan optreden over de vraag wie waar over mag onderhandelen. Aan de andere kant gaat wel lijnrecht tegen de normaliseringsgedachte in. Bovendien hebben protocollen met vaste overleggremia het nadeel dat ze nieuwkomers buitensluiten, of bonden die niet langer representatief zijn toch toegelaten blijven. Een ander punt is nog dat het wetsvoorstel en MvT niet duidelijk maken of het de bedoeling is om de bestaande protocollen van kracht te laten blijven, of dat er op de nieuwe wettelijke basis nieuwe protocollen moeten worden afgesloten.