

Ontslagvergoedingen rechtmatig, wat de Minister ook zegt

Begin dit jaar ontstond bij onderwijsrechtjuristen en hun cliënten deining over een brief die de Minister van Onderwijs en Wetenschap op 6 december 2010 aan de VO-Raad had gestuurd. Strekking van de brief is dat het verstrekken van een ontslagvergoeding aan personeelsleden uit de rijksbekostiging neerkomt op een onrechtmatige besteding van die bekostiging. De Minister kondigt aan dat vergoedingen die uit de rijksbekostiging worden betaald met ingang van 1 januari 2011 zullen worden teruggevorderd. Er wordt alleen een uitzondering gemaakt voor de situatie waarin de werkgever door een rechterlijke uitspraak gedwongen wordt tot het betalen van een ontslagvergoeding.

Mr. W. Lindeboom*

Naar aanleiding van vragen die door de VOS/ABB zijn gesteld heeft de Minister het standpunt op 10 februari 2011 verduidelijkt. De brief leed eerst overigens een schimmig bestaan. Minister noch VO-Raad publiceerden hem aanvankelijk, zodat het standpunt van de Minister slechts langzaam doordrong.

In dit artikel zal de vraag of het standpunt van de Minister juist is ontkennend worden beantwoord. Ik ben daarbij uitgegaan van de situatie in het voortgezet onderwijs. Dat is eigenlijk een te beperkte visie omdat de redenering van de Minister één-op-één opgaat voor het primair onderwijs. In de toelichtende brief stelt de Minister dat ook. Vanuit de regelgeving in die sector zijn er ook dezelfde bezwaren tegen in te brengen. Datzelfde geldt voor het mbo en hbo. Ook voor die sectoren zou de Minister een met de brief d.d. 6 december 2010 vergelijkbare redenering kunnen opzetten. Merkwaardigerwijs negeert de Minister de vraag over die sectoren in de brief van 10 februari 2011.

1. Besteding bekostiging personeelslast

Aan het slot van de brief d.d. 6 december 2011 stelt de Minister dat in de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) geen bepaling is opgenomen op basis waarvan ontslagvergoedingen voor rijksbekostiging in aanmerking kunnen komen. De onrechtmatigheid zou hiermee gegeven zijn. Zoals ik hierna zal aantonen wordt hiermee een aantoonbaar onjuist uitgangspunt genomen dat bepalend is voor de beoordeling van deze kwestie.

Art. 85 van de Wet op het voortgezet onderwijs luidt als volgt.

1. De bekostiging van de kosten van het in artikel 84 bedoelde personeel wordt vastgesteld door de krachtens artikel 84 vastgestelde formatie te vermenigvuldigen met een gemiddelde personeelslast, met inachtneming van ter zake bij of krachtens de in artikel 84, eerste lid, bedoelde algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorschriften. De gemiddelde personeelslast is het genormeerde bedrag van de personele middelen per formatieplaats voor elke personeelscategorie, in welk bedrag tevens zijn verwerkt incidentele loonontwikkelingen en algemene salarismaatregelen.
2. Onder de personele middelen worden verstaan de middelen ten behoeve van de salarissen, toelagen, uitkeringen en vergoedingen ten behoeve van personeel van de scholen, alsmede de bijdragen tot hun pensioen en tot dat van hun nagelaten betrekkingen.
3. De gemiddelde personeelslast, die per schoolsoort kan verschillen, wordt bij ministeriële regeling vastgesteld.

Artikel 85 beschrijft dus niet waaraan de rijksbekostiging mag worden besteed. Het artikel beschrijft slechts op hoofdlijnen hoe het bedrag wordt bepaald waarop het bevoegd gezag recht heeft waar het de personeelskosten betreft. Hetzelfde gebeurt in art. 86 voor wat betreft exploitatiekosten van de school. Verder zijn nog van belang de formatie van de school (art. 84), respectievelijk de vervangingskosten en de kosten van uitkeringen aan gewezen personeel (art. 84b). De bekostiging zelf wordt uiteindelijk met inachtneming van de beschreven uitgangspunten toegekend op grond van art. 96d WVO, waarvan het eerste lid als volgt luidt.

Met inachtneming van de artikelen 84 tot en met 85 en 86, eerste lid, verstrekt het Rijk jaarlijks aan het bevoegd gezag van openbare en bijzondere scholen een bekostigingsbedrag ten behoeve van de personeels- en exploitatiekosten gezamenlijk.

* Mr. W. Lindeboom is lid van de redactie

Die laatste woorden zeggen eigenlijk al voldoende. Tot aan de invoering van de lumpsumbekostiging op 1 augustus 1996 kon de exploitatie van de school niet (mede) worden betaald uit middelen die waren toegekend met behulp van een normatieve berekening van de personeelskosten. Het omgekeerde was ook niet mogelijk. Sinds 1996 kan dat allemaal wel. Als we de lijn uit de brief van de Minister d.d. 6 december 2010 consequent volgen zou dat betekenen dat we weer teruggaan naar het declaratiestelsel, dat ondermeer inhield dat geen enkele uitgave bekostigd kan worden zonder dat er een grondslag in de wet- en regelgeving voor is en dat die bekostiging (dus) ook niet voor iets anders dan dat doel kan worden aangewend. Voor wat betreft de besteding van de rijksbekostiging hebben we het tegenwoordig echter te doen met art. 99 WVO, waarvan de hier relevante leden 1 en 3 als volgt luiden.

1. Het bevoegd gezag besteedt de verstrekte bekostiging en de betaalde bedragen ten behoeve van die school op de wijze zoals aangegeven in het tweede tot en met vijfde lid.

3. Het voor personeels- en exploitatiekosten betaalde bedrag wordt aangewend voor de kosten van personeel, zoals onderscheiden in de artikelen 32 en 32a, voor voorzieningen in de exploitatie. In geval van een overschot op die bedragen, kan dat overschot worden aangewend voor voorzieningen in de huisvesting.

Verhelderend voor de bedoelingen van de wetgever is een uitvoerig citaat uit de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 23 948, waarbij de invoering van de lumpsumbekostiging in het voortgezet onderwijs werd geregeld (Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23 948, nr. 3, pagina's 7 en 8).

“Voor het bepalen van de mate waarin de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (...) de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden dienen over te dragen aan de scholen, is als uitgangspunt genomen dat besturing op afstand moet worden bevorderd en daarmee de autonomie van de scholen moet worden vergroot. Dit betekent dat op centraal niveau niet méér moet worden geregeld dan wat strikt noodzakelijk is, met andere woorden het uitgangspunt is: decentraal, tenzij.

Ondergetekenden willen de onderhandelingsvrijheid van de bevoegde gezagsorganen vergroten door zoveel mogelijk onderwerpen ter regeling over te laten aan het onderwijsveld. Enkele zaken moeten naar hun mening echter nog op centraal niveau geregeld blijven worden. Deze onderwerpen zijn in het nu voorgestelde artikel 38a, tweede en derde lid, van de W.V.O. concreet vermeld. Het gaat om:

a. voorschriften over salarisschalen en uitgangspunten van een functiewaarderingsstelsel.

(...)

b. rechten en verplichtingen op het terrein van - kort gezegd - de sociale zekerheid.

Naast deze plicht tot centrale regelgeving voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid dat op centraal niveau met betrekking tot de algemene arbeidsduur voorschriften worden gegeven. Het woord «algemene» geeft aan dat het er niet om

gaat op rijksniveau de arbeidsduur van het personeel bij de scholen uitputtend te regelen. Het kan echter nodig zijn dat op rijksniveau de relatie tussen een salarisbedrag voorkomend in een salarisschaal en de daarvoor minimaal te leveren arbeidsprestatie wordt verhelderd indien dat op schoolniveau onvoldoende duidelijk is geregeld. Zou - bij wijze van extreem voorbeeld - op schoolniveau worden overwogen om bij het salarisbedrag dat in de schalen voorkomt en dat uitgaat van een volledige werkweek een arbeidsduur van bijvoorbeeld 20 uur per week of 850 uren per jaar vast te stellen - terwijl in andere sectoren van de samenleving doorgaans sprake is van een volledige werkweek van ca. 38 uur of een jaartaak van meer dan 1700 uren -, dan brengt de verantwoordelijkheid van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (...) voor een doelmatige besteding van overheidsmiddelen met zich, dat de relatie tussen salarisschaal en arbeidsprestatie op een meer algemeen aanvaard niveau moet kunnen worden gebracht.

Samenvattend is sprake van autonomievergroting voor de scholen waarbij de overheid op het gebied van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden een deel van haar directe invloed en daarmee ook een deel van haar verantwoordelijkheid prijsgeeft. Daarmee geeft de overheid aan scholen het vertrouwen dat zij daar op een verantwoorde wijze mee omgaan. Voor de scholen betekent dit een grotere verantwoordelijkheid, zowel jegens de overheid als jegens het personeel, om te komen tot een goed personeels- en arbeidsvoorwaardenbeleid.

Tenslotte wordt hier nog opgemerkt dat zich een vergelijking met de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in de private sector opdringt. Die vaststelling is, evenals dat voor het voortgezet onderwijs het geval zal zijn, een zaak van (verenigingen van) werkgevers en werknemers, met name resulterend in de totstandkoming van CAO's. Wenst de overheid alsnog bepaalde zaken aan zich te houden, dan moet het om een zaak van zo groot gewicht gaan, dat een regeling bij wet in formele zin, waarbij dus het oordeel van de volksvertegenwoordiging wordt gevraagd, de aangewezen weg is.”

Gelet op dit citaat heeft het bevoegd gezag dus bestedingsvrijheid met betrekking tot het op grond van art. 96d toegekende bedrag, tenzij die vrijheid bij de WVO of bij andere formele wetgeving wordt beperkt. Dat de Minister die vrijheid na 1994 eerder heeft willen uitbreiden dan beperken blijkt wel afdoende uit het standpunt dat werd ingenomen bij de vereenvoudiging van de lumpsumbekostiging voortgezet onderwijs in 2004 (wetsvoorstel 29 399).

Het voorafgaande impliceert uiteraard geen volledige vrijheid van handelen. Het moet wel rechtmatig blijven. Daarop wordt toegezien door middel van de accountantscontrole op het jaarverslag (art. 103, vierde lid WVO). Het meest recente Onderwijscontroleprotocol (d.d. 22 december 2010, OCW EL&I 2010) zegt daar het volgende over.

Ten aanzien van de in de jaarstukken van de school of instelling verantwoorde baten, lasten en balansmutaties stelt de instellingsaccountant vast dat deze voldoen aan de eisen van financiële rechtmatigheid. De financiële rechtmatigheid heeft betrekking op publieke middelen. Financiële rechtmatigheid in het algemeen houdt in dat een financiële transactie betrekking hebbende op publieke middelen waarvan de uitkomst in de jaarrekening dient te worden verantwoord in overeenstemming is met de in internationale regelgeving, Nederlandse wetten, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen opgenomen bepalingen die de uitkomst van de financiële transactie beïnvloeden.

2. Ontslagvergoedingen bijzonder onderwijs in beginsel rechtmatig

Uit het voorafgaande blijkt dat het niet de vraag is of voor een ontslagvergoeding een basis in de wet is te vinden. De vraag moet zijn of uitbetaling van een ontslagvergoeding rechtmatig is. Voor wat betreft het bijzonder onderwijs (waartoe ik in dit verband ook de samenwerkingsbesturen reken, die immers op grond van de WVO een arbeidsovereenkomst aangaan met al hun personeel) dient het antwoord in beginsel bevestigend te luiden.

Art. 9.a.1 van de CAO-VO (lid 2, aanhef en onder c) bepaalt dat de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd - uitzonderingen daargelaten - geschiedt door opzegging, door ontbinding ex art. 7:685 BW of met wederzijds goedvinden. Als de werknemer niet zelf opzegt of niet wil meewerken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden zit er voor het bevoegd gezag dus niets anders op dan zelf op te zeggen of de kantonrechter te vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Het is van belang om te constateren dat de ontbinding (mede) in de CAO-VO wordt genoemd omdat - zoals wij hiervoor hebben gezien - de Minister het in 1996 van groot belang achtte dat de onderwijsrechtspositie in een CAO zou worden vastgelegd in plaats van in het toenmalige rechtspositiebesluit.

Art. 7:685 BW bepaalt in het achtste lid dat de kantonrechter een vergoeding kan toekennen als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding hantieren de kantonrechters al sinds 1996 de Aanbevelingen van de Kring van kantonrechters. De laatste versie dateert uit 2009. Uitgangspunt van die aanbevelingen is niet dat er alleen een vergoeding wordt toegekend als de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld. Uitgangspunt is juist dat in beginsel een vergoeding wordt toegekend, tenzij het verwijt geheel bij de werknemer ligt. Dat laatste komt zelden voor. De hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld met behulp van de zogenaamde en algemeen bekende kantonrechtersformule, waarin de diensttijd bij de laatste werkgever (gecorrigeerd voor leeftijd) en het salaris van werknemer uitgangspunt zijn. Afhankelijk van de mate van verwijtbaarheid van werkgever en/of werknemer en van andere factoren kan de uitkomst van de formule worden gecorrigeerd, waarbij echter als uitgangspunt geldt dat de correctiefactor op 1 wordt gesteld. Dat is dus bijvoorbeeld het geval bij het "normale" arbeidsconflict waarbij geen schuldige partij valt aan te wijzen maar voortzetting van de arbeidsovereenkomst ook niet meer mogelijk is.

Uit tal van beschikkingen van kantonrechters over de ontbinding van een arbeidsovereenkomst in het onderwijs blijkt dat de formule in deze sector net zo hard wordt toegepast als in andere sectoren. Tevens kan worden vastgesteld dat relatief zeer gunstige aanvullende werkloosheidsuitkeringen een dempend effect hebben op de hoogte van de vergoeding. Juist vanwege de overvloedige rechtspraak met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal de werkgever zelf meestal vrij goed in staat zijn om in te schatten welke vergoeding hij in een procedure zal moeten betalen. Mede gezien het hiervoor genoemde controleprotocol valt daarom niet in te zien waarom een werkgever die met de werknemer een schikking treft waarin een vergoeding is opgenomen onrechtmatig gebruik zou maken van de rijksbekostiging. Dit wellicht tenzij zou blijken dat er in het geheel geen noodzaak was om de werknemer te ontslaan of de vergoeding niet in een redelijke verhouding zou staan tot de uitkomst van de kantonrechtersformule en de rechtspraak inzake de ontbinding van een arbeidsovereenkomst in het bijzonder onderwijs. Die situaties doen zich echter zelden of nooit voor. Eerder zou kunnen worden gezegd dat een werkgever die volhoudt dat hij geen vergoeding aan werknemer hoeft te betalen onrechtmatig en in ieder geval ondoelmatig gebruik maakt van middelen die hij bijvoorbeeld besteedt aan de advocaat of jurist die die procedure voor hem voert.

Uit tal van beschikkingen van kantonrechters over de ontbinding van een arbeidsovereenkomst in het onderwijs blijkt dat de formule in deze sector net zo hard wordt toegepast als in andere sectoren. Tevens kan worden vastgesteld dat relatief zeer gunstige aanvullende werkloosheidsuitkeringen een dempend effect hebben op de hoogte van de vergoeding.

De opmerking dat in de brief van de Minister d.d. 10 februari 2011 dat het civiele arbeidsrecht ruim voldoende mogelijkheden biedt om ontslag te verlenen zonder ontslagvergoeding is onjuist of in ieder geval kortzichtig. Als de werkgever kiest voor een ontbinding geldt het voorafgaande. Als de werkgever in plaats daarvan kiest voor de opzegging kan het in eerste instantie wel lijken alsof dat niet gepaard hoeft te gaan met een vergoeding, maar de werkgever die dit doet kan - al dan niet na tussenkomst van een Commissie van beroep - achteraf worden geconfronteerd met een procedure uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag, met in het algemeen eveneens een vergoeding als sluitstuk. Die vergoedingen liggen in het algemeen lager dan de ontbindingsvergoedingen, maar het nadeel van een opzegging is weer dat de werkgever veel langer in onzekerheid blijft over de vraag of de arbeidsovereenkomst is geëindigd en zo ja, welke kosten daaraan dan verbonden zijn. Ook zijn de procedurekosten belangrijk hoger.

Voor wat betreft het bijzonder onderwijs dient de conclusie te zijn dat ontslagvergoedingen in het bijzonder onderwijs in beginsel "kosten van personeel" zijn als bedoeld in art. 99, derde lid WVO. Dit tenzij de bewuste vergoedingen niet in een redelijke verhouding staan tot de arbeidsrechtelijke regelgeving en de daarop gevormde jurisprudentie.

3. Situatie openbaar onderwijs enigszins anders

Voor het openbaar onderwijs gaat de redenering met behulp van de kantonrechtersformule niet op. Een ambtelijke aanstelling is geen arbeidsovereenkomst en kan dus niet ontbonden worden. De lijn van de Centrale Raad van Beroep komt er nog altijd op neer dat de werkgever die een werknemer ontslaat weliswaar moet garanderen dat die werknemer aanspraak kan maken op de toepasselijke wettelijke en bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen, maar dat daarnaast niet of slechts in zeer beperkte mate ruimte is voor het betalen van een vergoeding. Hoewel ook hier naar mijn opvatting het uitgangspunt behoort te zijn dat de onderwijswerkgever geacht wordt verstandig om te gaan met de hem toebedeelde bekostiging - met bijvoorbeeld als gevolg dat de werkgever het betalen van een zekere vergoeding verkiest boven een langdurig moddergevecht met de werknemer met een onzekere uitkomst - zou in het openbaar onderwijs waarschijnlijk toch sneller de conclusie kunnen worden getrokken dat de hoogte van de vergoeding zich niet goed meer verhoudt tot de op grond van de WVO en het controleprotocol vereiste rechtmatigheid.

Voor wat betreft het bijzonder onderwijs dient de conclusie te zijn dat ontslagvergoedingen in het bijzonder onderwijs in beginsel “kosten van personeel” zijn als bedoeld in art. 99, derde lid WVO. Dit tenzij de bewuste vergoedingen niet in een redelijke verhouding staan tot de arbeidsrechtelijke regelgeving en de daarop gevormde jurisprudentie.

4. Minister ziet onhoudbaarheid van het standpunt inmiddels zelf ook in

Op 31 maart 2011 verscheen op de site van de VO-Raad het bericht dat de Minister het standpunt inzake de ontslagvergoedingen “naar verwachting sterk zal nuanceren”. Gezien het voorafgaande is dat terecht. De VO-Raad meldt echter ook dat er “aangepast beleid” zal komen. Het kan dus niet worden uitgesloten dat de praktijk binnenkort toch wordt geconfronteerd met ingewikkelde aanvullende regels en uitzonderingen. Dat zou jammer zijn. Werkgevers hebben er geen enkele baat bij om te hoge ontslagvergoedingen uit te betalen. En voor de enkeling die dat toch doet biedt – zoals het uit het voorafgaande blijkt – het bestaande instrumentarium voldoende mogelijkheden voor de Minister om in te grijpen. Dat voor het overige een zekere beleidsvrijheid bestaat is een consequentie van de lumpsum-bekostiging. Als de Minister wil dat iedereen precies binnen de door de politiek vastgestelde lijntjes kleurt moeten we terug naar de declaratiebekostiging.