

Het Participatiefonds in 2020

Op grond van artikel 184 van de Wet op het primair onderwijs (WPO) is de werkgever in het primair onderwijs “aangesloten bij een door Onze Minister aan te wijzen rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich ten doel stelt waarborgen te bieden voor de kosten van werkloosheidsuitkeringen” etc. Die rechtspersoon is het Participatiefonds. Het fonds wordt bestuurd door vier personen op voordracht van de werknemersorganisaties (AOB, AVS, CNV-Onderwijs en FvOv) en vier personen op voordracht van de werkgeversorganisatie (PO-Raad). Gezamenlijk benoemen zij een onafhankelijke voorzitter.

Mr. W. Lindeboom*

Al vele jaren is de werkgever in het primair onderwijs eraan gewend dat de kosten van de werkloosheidsuitkeringen van ontslagen en anderszins vertrokken personeel ten laste van het Participatiefonds kunnen worden gebracht, zolang aan de door het fonds in het reglement gestelde regels is voldaan. Het is hierbij alles of niets. Al vele malen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat dit reglement een algemeen verbindend voorschrift is. Het niet nakomen daarvan heeft tot gevolg dat alle kosten van ontslaguitkering voor rekening van de onderwijswerkgever zijn. Die worden dan vervolgens via DUO in mindering gebracht op de lumpsum waar de werkgever recht op heeft.

Het primair onderwijs wijkt hiermee af van de situatie in het voortgezet onderwijs en in het MBO, HBO en WO. In het voortgezet onderwijs komt 25% van de kosten van werkloosheidsuitkeringen voor rekening van de onderwijswerkgever, in alle overige sectoren is dat 100%. In die zin kan dus zeker gezegd worden dat het Participatiefonds een waarborg biedt voor de kosten. De kosten worden echter wel omgeslagen over alle werkgevers in het primair onderwijs. Inmiddels worden de kosten van die waarborg door de politiek en

het bestuur van het fonds kennelijk te groot gevonden.¹ Gevolg hiervan is dat een grote wijziging van het reglement op stapel staat waardoor die waarborg halveert.

De binnen het bestuur van het Participatiefonds voorbereide wijzigingen om dit doel te bereiken werden door de Minister van Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media op 6 november 2018 aan de Tweede Kamer gezonden.² Inmiddels zijn ze ook neergelegd in een concept Wetsvoorstel Beëindiging vervangingsfonds en hervorming participatiefonds³ dat in april en mei 2019 aan internetconsultatie onderhevig is geweest. In dit artikel bespreek ik de concept-wijzigingen en de gevolgen voor de praktijk. Ik noem alleen de wijzigingen in de WPO, maar wijs erop dat het voornemen is dat de Wet op de expertisecentra uiteraard in gelijke zin wordt aangepast.

1. Taken Participatiefonds uitgebreid

Hoewel niet heel belangrijk, is het wel opvallend dat de naam Participatiefonds straks voor het eerst in de wet wordt opgenomen. Artikel 184 WPO spreekt bij invoering van de voorgenomen wijzigingen niet langer alleen van “een rechtspersoon”, maar duidt die ook aan als “het Participatiefonds”. De primair onderwijswerkgever is er ook straks nog steeds verplicht bij aangesloten. Anders dan nu dient de Minister op grond van artikel 184b WPO straks expliciet in te stemmen met de statuten van het Participatiefonds en is hij bevoegd de aanwijzing van het Participatiefonds in te trekken. Een en ander zal worden geregeld in een algemene maatregel van bestuur.

De taken van het Participatiefonds worden in twee opzichten uitgebreid. Zie voor beide wijzigingen artikel 184, derde lid (nieuw). In de eerste plaats gaat het fonds namens de onderwijswerkgevers de kosten van werkloosheidsuitkeringen aan UWV voldoen. Het Participatiefonds gaat in dat opzicht dus rechtstreeks zakendoen met de betrokken onderwijswerkgevers. De verrekening achteraf via DUO verdwijnt. In de tweede plaats gaat het Participatiefonds namens de onderwijswerkgevers de re-integratieverplichting van artikel 72a van de Werkloosheidswet uitvoeren. In dat kader verdwijnt de herbenoemingsverplichting van de huidige artikelen 138 en 139 uit de WPO. De huidige werkwijze, waarbij de werkgever zelf op basis van een ministeriële regeling⁴ de ontheffingsgrond vaststelt en de werknemer daartoe een bijbehorende verklaring opstelt, verdwijnt dus. De uitvoering van artikel 72a door het Participatiefonds zal mogelijk ook gevolgen hebben voor de huidige praktijk waarin voorafgaand aan het ontslag van de onderwijswerkgever een investering in outplacement of daarmee verband houdende activiteiten wordt verlangd.

Voor veel onderwijswerkgevers ook niet onbelangrijk, is dat vergoedingsverzoeken waarop de oude regels nog van toepassing zijn,

* Mr. W. Lindeboom is advocaat bij Brussee Lindeboom Advocaten te Den Haag

straks op grond van artikel 194f (nieuw) WPO slechts tot vijf maanden na de inwerkingtreding van de nieuwe regels kunnen worden ingediend. De bij veel werkgevers bestaande praktijk om af te wachten totdat het Participatiefonds rappelleert zal dus met ingang van 1 januari 2021 tot het verleden behoren.

2. Reglement wordt fors gewijzigd.

De voor de praktijk belangrijkste wijziging is niet ondergebracht in het concept-wetsvoorstel, maar zal straks te vinden zijn in het reglement. De contouren ervan zijn echter al wel opgenomen in de Kamerbrief en in de concept-Memorie van Toelichting. Kern daarvan is dat de kosten van werkloosheidsuitkeringen in alle gevallen voor een belangrijk deel ten laste van de onderwijswerkgever komen. In beginsel is dit percentage 50, maar in aantal gevallen kan dit percentage op 10 worden gesteld, namelijk bij:

1. een ontslag op bedrijfseconomische gronden positief getoetst door het UWV;
2. een ontslag op basis van een uitspraak van de kantonrechter;
3. een vaststellingsovereenkomst waarin een arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden van werkgever en werknemer wordt ontbonden wegens bedrijfseconomische redenen;
4. bij beëindiging van een tijdelijk contract voor vervanging.

In de eerste twee gevallen neemt het Participatiefonds de uitkomst van de procedure bij UWV over. In het derde geval kan dat niet omdat de procedure dan buiten UWV om is gelopen. Daarom voert het fonds in dat geval zelf een van de UWV-toets afgeleide toets uit. De onderwijswerkgever dient hierbij steeds nog wel een vergoedingsverzoek in te dienen (anders blijft het percentage 50) en dient ook aan te tonen dat de werknemer voldoende is ondersteund om werk te vinden buiten de eigen organisatie.

Het komt er daarmee op neer dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en het eindigen van een tijdelijke benoeming (afgezien van vervangingscontracten) in het primair onderwijs vanaf de beoogde invoering van dit systeem op 1 augustus 2020 ertoe leiden dat de helft van de feitelijke uitkeringskosten voor rekening van de werkgever komt. Dit kan alleen vermeden worden bij een ontslag op basis van een uitspraak van de kantonrechter. Welke eisen daar dan weer aan worden gesteld is nog niet duidelijk omdat het nieuwe reglement op het moment waarop dit artikel is afgesloten nog niet bekend was. Enkele opmerkingen kunnen hier al wel over worden gemaakt.

3. Betekenis voor de vaststellingsovereenkomst

In de eerste plaats ligt het voor de hand om te veronderstellen dat onder “een uitspraak van de kantonrechter” zal worden verstaan een beschikking die gegeven is na een “inhoudelijke procedure op tegenspraak” zoals artikel 4:3 van het reglement luidt sinds de laatste wijziging daarvan per 1 januari 2019.⁵ Die wijziging was het – terrechte – eind van de sinds de wijziging van de WW in het primair onderwijs nog steeds bestaande pro forma praktijk, waarbij onderwijswerkgevers het zekere voor het onzekere namen door een beëindiging met wederzijds goedvinden te laten “bekrachtigen” door

de kantonrechter. Dit omdat men ervan uitging dat dit de zogeheten instroomtoets bij het Participatiefonds vergemakkelijkte. Sinds dit jaar heeft men de keus tussen (1) een beëindiging met wederzijds goedvinden, waarbij de werknemer door middel van modelverklaringen bevestigd dat de werkgever er voldoende aan heeft gedaan om ontslag te voorkomen of (2) een daadwerkelijke procedure bij de kantonrechter.

Het komt er op neer dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en het eindigen van een tijdelijke benoeming (afgezien van vervangingscontracten) in het primair onderwijs vanaf de beoogde invoering van dit systeem op 1 augustus 2020 ertoe leiden dat de helft van de feitelijke uitkeringskosten voor rekening van de werkgever komt.

Als deze veronderstelling juist is, is vervolgens de vraag of die uitspraak van de kantonrechter in alle gevallen voldoende is om de eigen bijdrage naar 10% terug te brengen. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de arbeidsovereenkomst weliswaar wordt ontbonden, maar de kantonrechter tevens een op de transitievergoeding aanvullende billijke vergoeding toekent omdat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever? Of als de kantonrechter vanaf 1 januari 2020 met toepassing van de dan eveneens ingaande wijziging van het ontslagrecht in het Burgerlijk wetboek de transitievergoeding met maximaal 50% verhoogt omdat niet één van de huidige ontslaggronden maar wel de nieuwe cumulatiegrond aanwezig wordt geacht? Aangenomen mag worden dat met name toekenning van een aanvullende billijke vergoeding niet zonder gevolgen zal blijven, maar dit behoeft wel een basis in het reglement.

Vervolgens is uiteraard de vraag hoe ver die procedure op tegenspraak moet gaan. Zouden partijen zich ertoe kunnen beperken door de kantonrechter op basis van een inhoudelijk verzoek- en verweerschrift te laten vaststellen dat zich één van de ontslaggronden van artikel 7:669 BW voordoet? Of zou de onderwijswerkgever zich er zelfs van moeten weerhouden om een schikking ter zitting te treffen omdat die alsnog zal worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst waarbij 50% van de kosten voor rekening van de werkgever komt? Het nieuwe reglement zal hierover duidelijk moeten bieden. Als het reglement dat niet doet zal dit moeten blijken uit de ontbindingspraktijk in het primair onderwijs vanaf 1 augustus 2020.

4. Primair onderwijs vaart in tegen de normaliseringsstroom

In bredere zin overtuigen de argumenten voor de nu gekozen benadering overigens niet. Terwijl het ontslagrecht in het onderwijs met de Wet Werk en Zekerheid (geen rol meer voor de commissies van beroep bij ontslag, transitievergoeding) en de beoogde inwerkingtreding van de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren per 1 januari 2020 (geen afzonderlijke procedures meer in het openbaar onderwijs) sterk op het ontslagrecht in andere sectoren is gaan lijken, handhaaft men in het primair onderwijs een Participatiefonds. Dit leidt (1) hoe dan ook tot hogere ontslagkosten voor de werkgever en (2) handhaaft de aanvullende regeldruk. Het feit dat in het onderwijs nog steeds belangrijke aanvullende werkloosheidsvoorzieningen bestaan zou wellicht als argument kunnen dienen om dit te recht-

vaardigen, maar waarom dan niet gekozen is voor de in het voortgezet onderwijs al vele jaren bestaande praktijk om 25% van de kosten in alle gevallen ten laste van de werkgever te brengen en de overige ten laste van het collectief wordt niet beargumenteerd.⁶

De concept-Memorie van Toelichting zegt dat daar wel naar gekeken is en dat dit niet als wenselijk werd gezien “omdat in dit systeem niet wordt gekeken naar de vraag of het ontstaan van een uitkering vermijdbaar of onvermijdbaar was”. Dat is natuurlijk een juiste constatering, maar het is geen antwoord op de vraag waarom die kwestie in het primair onderwijs überhaupt moet worden beantwoord en in alle overige (onderwijs)sectoren niet. Het gaat in ieder geval lijnrecht tegen de normaliseringsgedachte in.

De concept-Memorie van toelichting geeft er geen blijk van dat men zich heeft gerealiseerd dat er nu eenmaal situaties zijn waarin een werknemer echt niet meer valt te handhaven zonder dat dit aan de werkgever te verwijten is of dat eenvoudigweg sprake is van een mismatch.

Verder geeft de concept-Memorie van toelichting er ook geen blijk van dat men zich heeft gerealiseerd dat er nu eenmaal situaties zijn waarin een werknemer echt niet meer valt te handhaven zonder dat dit aan de werkgever te verwijten is of dat eenvoudigweg sprake is van een mismatch. Op een aantal punten in het concept wordt een rechtstreeks verband gelegd tussen goed werkgeverschap en de

hoogte van de kosten van ontslaguitkeringen. Daarbij gaat men er ten onrechte van uit dat een werkgever het in alle gevallen zelf in de hand heeft dat een werknemer voldoende blijft functioneren of hij of zij zich op haar plek voelt.

Noten

1. Het Wetsvoorstel vermeldt dat in 95 procent van de gevallen de instroomtoets met een voor de onderwijswerkgever positief resultaat wordt doorlopen.
2. Kamerbrief over Vervangingsfonds en Participatiefonds primair onderwijs, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/11/06/kamerbrief-over-vervangingsfonds-en-participatiefonds-primair-onderwijs>
3. Voorstel van Wet houdende wijziging van de Wet op het primair onderwijs en de Wet op de expertisecentra in verband met beëindiging van de verplichte aansluiting bij een rechtspersoon in verband met kosten van vervanging en in verband met wijziging van de wijze waarop de werkloosheidsuitkeringen worden verevend (beëindiging vervangingsfonds en hervorming participatiefonds), <https://www.internetconsultatie.nl/vervangingsparticipatiefonds>
4. Regeling van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 17 mei 2005, nr. CFI/BPO-2005/57525 N, houdende het achterwege laten van vermindering van de bekostiging bij niet herbenoeming ontslaguitkeringsgerechtigde ex-werknemers in het primair onderwijs.
5. <https://www.participatiefonds.nl/artikelen/2018/reglement-voor-schooljaar-2018-2019.html>.
6. Zie deels in dezelfde zin ook M.H.J. Miltenburg, ‘Verplichting tot herbenoeming eigen wachtgelders in het PO: tijd voor afschaffing?’, *School en Wet* 2018-2, p. 18.