

Sociaal recht en het bijzonder onderwijs

Citation for published version (APA):

Beurskens, W. J. J. (1991). *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Kluwer. <https://doi.org/10.26481/dis.19911128wb>

Document status and date:

Published: 01/01/1991

DOI:

[10.26481/dis.19911128wb](https://doi.org/10.26481/dis.19911128wb)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

SOCIAAL RECHT EN HET BIJZONDER ONDERWIJS

Uitgegeven door de *Stichting voor de
Rechtspraak in het Bijzonder Onderwijs*

Handelseditie
ISBN 90 312 0781 0

Van dit boek verschijnt ook een handelseditie
onder ISBN 90 312 0781 0

Sociaal recht en het bijzonder onderwijs

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht
op gezag van de Rector Magnificus, prof. mr. M.J. Cohen,
volgens het besluit van het College van Dekanen,
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 28 november 1991
om 16.00 uur

DOOR

Wilhelmus Jacobus Johannes Beurskens

Promotores:

Prof. mr. M.J. Cohen
Prof. mr. L.J.M. de Leede

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. A.Q.C. Tak (voorzitter)
Prof. mr. A.J.C.M. Geers
Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann
Prof. mr. G.E. van Maanen

Gaarne zeg ik een ieder dank die een bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van dit boek, dat ik opdraag aan Ans, Suzanne en Eveline.

De tekst werd afgesloten op 31 augustus 1991.

Maastricht, september 1991
W.J.J. Beurskens

Beknopte inhoudsopgave

Inleidend Deel

- I Inleiding
- II Schoolstrijd, verzuiling en ontzuiling
- III Grondrechten

Algemeen deel

- IV De rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer
- V Het toepasselijke recht: sociaal recht
- VI Het toepasselijke recht: onderwijsrecht

Bijzonder deel

- VII Het collectief overleg
- VIII Ontslag: het materiële recht
- IX Ontslag: de rechtsbescherming
- X Medezeggenschap: het materiële recht
- XI Medezeggenschap: de rechtsbescherming

Conclusies

- XII Conclusies

Inhoudsopgave

Beknpte inhoudsopgave	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XXIII

Inleidend deel

Hoofdstuk I – Inleiding

1	Inleiding: een uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs	1
1.1	Schoolstrijd en pacificatie	1
1.2	Gevolgen op sociaal-rechtelijk gebied	2
1.3	Bijzonder onderwijs en verzuiling	4
1.4	Ontwikkelingen na 1960	5
1.5	Bijzonder onderwijs, ontzuiling en herzuiling	6
1.6	De positie van de werknemers	7
2	Doelstelling	8
2.1	De onderzoeksdoelstellingen: concreet en verderstrekkend	8
2.2	Vijf vragen	10
3	Afbakening	12
3.1	Vooraf	12
3.2	Het onderzoeksterrein	12
	3.2.1 Algemeen	12
	3.2.2 Het bijzonder basisonderwijs	14
	3.2.3 Het bijzonder speciaal onderwijs	15
	3.2.4 Het bijzonder voortgezet onderwijs	16
	3.2.5 Het bijzonder hoger beroepsonderwijs	17
3.3	Niet in het onderzoek te betrekken delen van het onderwijs	18
	3.3.1 Het bijzonder wetenschappelijk onderwijs	18
	3.3.2 Het niet-bekostigde bijzonder onderwijs	19
	3.3.3 Het openbaar onderwijs	19
	3.3.4 Verzorgingsstructuur en onderwijsorganisaties	20
4	Overzicht, leeswijzer en terminologie	21
4.1	Overzicht	21

4.2	Leeswijzer	22
4.3	Terminologie	23

Hoofdstuk II – Schoolstrijd, verzuiling en ontzuiling

1	Inleiding	27
2	Schoolstrijd en pacificatie	28
2.1	De periode voor 1848	28
2.1.1	Overheidsbemoeienis met het onderwijs	28
2.1.2	Openbaar en bijzonder onderwijs	28
2.1.3	Toenemende weerstanden	29
2.2	De periode 1848-1917	30
2.2.1	De vrijheid van onderwijs erkend	30
2.2.2	De Wet-Van der Brugghen	31
2.2.3	De Wet-Kappeyne van de Coppello	32
2.2.4	De Wet-Mackay	32
2.2.5	De periode na 1889	33
2.3	De pacificatie	34
2.3.1	De financiële gelijkstelling	34
2.3.2	Na de pacificatie	34
3	Een periode van uitbouw en consolidatie	35
3.1	De verzuilde samenleving	35
3.1.1	Verschillende opvattingen	35
3.1.2	Zuil en verzuiling	35
3.1.3	Tijdsafbakening	37
3.1.4	Waarom verzuiling?	38
3.2	De verzuiling en het bijzonder onderwijs	43
3.2.1	Het verzuilde bijzonder onderwijs	43
3.2.2	Schoolbesturen, werknemers en verzuiling	45
3.2.3	Het onderwijs en de rest van de samenleving	46
4	Ingrijpende veranderingen na 1960	47
4.1	Veranderingen in de samenleving	47
4.1.1	Restauratie of vernieuwing?	47
4.1.2	Het begin van het ontzuilingsproces	48
4.1.3	Invloeden van binnenuit en van buitenaf	50
4.1.4	Waarom ontzuiling?	52
4.1.5	Herzuiling (?)	54
4.2	Het bijzonder onderwijs na 1960	55
4.2.1	Eerste indruk: weinig veranderingen	55
4.2.2	Bij nader inzien: wel degelijk veranderingen	56
4.2.3	Schoolbesturen, werknemers en ontzuiling	59
4.2.4	Mentaliteit, gedrag, organisatie	60
5	De situatie op dit moment	62
5.1	De samenleving als geheel	62
5.2	Het bijzonder onderwijs	64
5.2.1	Doorzettende veranderingen	64

5.2.2	Herzuiling in het onderwijs?	66
5.2.3	Tot slot	69

Hoofdstuk III – Grondrechten

1	Inleiding	71
2	Het onderwijsgrondrecht	72
2.1	Vooraf	72
2.2	De rechtsbronnen	72
2.2.1	Art. 23 Gw	72
2.2.2	Verwante grondrechten in de Grondwet	73
2.2.3	De internationale dimensie	73
2.3	De interpretatie van art. 23 Gw	75
2.3.1	Een belangrijke rol voor de Grondwet	75
2.3.2	Relativerende opmerkingen	76
2.4	De vrijheid van onderwijs	77
2.4.1	Klassiek grondrecht	77
2.4.2	Vrijheid van richting	78
2.4.3	Vrijheid van oprichting	81
2.4.4	Vrijheid van inrichting	83
2.4.5	Het confessioneel-bijzonder onderwijs op dit moment	85
2.4.6	Het algemeen-bijzonder onderwijs op dit moment	88
2.5	De financiële gelijkstelling	89
2.5.1	Sociaal grondrecht	89
2.5.2	Consequenties van de financiële gelijkstelling	90
2.5.3	Centralisme	90
2.5.4	Wijzigingen in wetgeving en beleid	91
2.5.5	De financiële gelijkstelling op dit moment	92
2.6	Deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden	93
2.6.1	Een kwestie van groot belang	93
2.6.2	‘Niets mag, tenzij...’	94
2.6.3	Kritiek: ‘alles mag, tenzij...’	95
2.6.4	De feitelijke gang van zaken sedert 1889	96
2.6.5	Beoordeling	97
2.6.6	Relevantie	98
2.7	De drager(s) van het onderwijsgrondrecht	99
2.7.1	Een omstreden kwestie	99
2.7.2	De leerkrachten?	99
2.7.3	Schoolbestuur of ouders	100
2.7.4	Juridische argumenten	101
2.7.5	Historische argumenten: de samenleving als geheel	102
2.7.6	Historische argumenten: de onderwijswetgeving	104
2.7.7	De drager(s) van het onderwijsgrondrecht op dit moment	104
2.7.8	De rol van de wmo	105
2.7.9	Consequenties van de heersende leer	106
2.7.10	Belang voor de werknemers	107

INHOUDSOPGAVE

2.8	Het onderwijsgrondrecht en de werknemers	107
2.8.1	Gevolgen voor de werknemer	107
2.8.2	Ontslag	108
2.8.3	Medezeggenschap	109
2.8.4	Collectief overleg	110
3	De 'sociaal-rechtelijke' grondrechten	113
3.1	Vooraf	113
3.2	Relevante 'algemene' grondrechten	114
3.3	De kwaliteit van de rechtspositie als grondrecht	116
3.3.1	Art. 19 lid 2 Gw: rechtspositie en medezeggenschap	116
3.3.2	Internationale bepalingen inzake rechtspositie en medezeggenschap	116
3.3.3	Internationale bepalingen inzake het collectief overleg	118
3.4	Vergelijking als uitgangspunt	119
4	De grondrechten in onderling verband	120
4.1	De tegenstelling schoolbestuur-werknemer	120
4.2	Consequenties	122
4.3	Horizontale werking van grondrechten	123
4.4	Beperkingen van grondrechten	127
4.4.1	Algemeen	127
4.4.2	Beperking van het onderwijsgrondrecht	129
4.4.3	Vrijwillig aanvaarde beperkingen	130
4.5	Conflicterende grondrechten	132
5	Conclusies	135
5.1	Vooraf	135
5.2	De conclusies	136
5.2.1	Uitgangspunt	136
5.2.2	Vrijheid van onderwijs is vrijheid van richting	137
5.2.3	Bezwaren	137
5.2.4	Alternatieven	138
5.2.5	Heersende leer	138
5.2.6	Grondrechten aan werknemerszijde	139
5.2.7	Afweging	139

Algemeen deel

Hoofdstuk IV – De rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer

1	Inleiding	141
1.1	Het belang van de kwalificatie	141
1.2	Het bijzonder onderwijs in het algemeen	143
1.3	Het bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs	143
1.4	Arbeid zonder rechtsverhouding tot het schoolbestuur	146
2	De door het publiekrecht beheerste arbeidsverhoudingen	147

2.1	Vooraf	147
2.2	De Ambtenarenwet en de rechtspositiereglementen	147
2.3	De Algemene burgerlijke pensioenwet	150
2.4	De overige wettelijke regelingen	152
2.5	(Voorlopige) conclusie	153
3	De door het privaatrecht beheerste arbeidsverhoudingen	154
3.1	Vooraf: privaatrecht en kerkelijk recht	154
3.2	De essentialia van de arbeidsovereenkomst	156
3.2.1	Algemeen	156
3.2.2	Arbeid	157
3.2.3	Loon	158
3.2.4	Tijd	159
3.2.5	Gezag: algemeen	161
3.2.6	Gezag: het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs	163
3.2.7	Gezag: het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	165
3.3	'Tijd', 'gezag' en het bijzonder onderwijs nader bezien	168
3.3.1	Alternatieven	168
3.3.2	Opnieuw: het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs	171
3.3.3	Opnieuw: het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	173
3.4	De opvattingen in wetgeving, jurisprudentie en literatuur	174
4	Conclusie en consequenties	177

Hoofdstuk V – Het toepasselijke recht: sociaal recht

1	Inleiding	179
2	Het Burgerlijk Wetboek	180
2.1	Integrale toepasselijkheid	180
2.2	Bezwaren?	180
3	Het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945	182
3.1	Het positieve recht	182
3.1.1	Art. 2 BBA	182
3.1.2	De Ministeriële beschikking 1987	183
3.1.3	Inconsequentie	184
3.2	De ratio	185
3.2.1	Verklaring en rechtvaardiging noodzakelijk	185
3.2.2	Drie verschillende opvattingen	185
3.2.3	Beoordeling	187
3.2.4	Een vierde opvatting	189
4	Het overige arbeidsovereenkomstenrecht	191
4.1	Collectief ontslag	191
4.2	Minimumloon	192
4.3	Gelijke behandeling	193
4.3.1	'Beloning'	193
4.3.2	'Behandeling'	195
4.3.3	Uitzonderingen voor het bijzonder onderwijs	197
5	Collectief overleg	198

INHOUDSOPGAVE

5.1	Cao-overleg	198
5.2	Georganiseerd overleg	199
5.3	Overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden	200
6	Medezeggenschap	202
6.1	De Wet op de ondernemingsraden	202
6.2	Een eigen wet voor het onderwijs	203
7	Conclusie	204

Hoofdstuk VI – Het toepasselijke recht: onderwijsrecht

1	Inleiding	206
2	De relevantie van de vraagstelling	207
2.1	De centrale vraag	207
2.2	Ter vergelijking: het openbaar onderwijs	208
2.3	Ter vergelijking: de private sector in het algemeen	209
2.4	En het bijzonder onderwijs?	209
2.5	Reden voor twijfel	211
3	De bekostigingsvoorwaarden nader bezien	212
3.1	Art. 23 Grondwet	212
3.2	De onderwijswetgeving	213
3.3	De jurisprudentie	216
3.4	De literatuur	217
4	Voorlopige conclusies	218
4.1	De werking	218
4.2	De motieven	219
4.3	Kwalificatie: beschikkingsvoorwaarden	220
4.4	Kwalificatie: alternatieven	222
4.5	Opnieuw: de rechtsgevolgen	223
5	Consequenties	224
5.1	De verhouding overheid-schoolbestuur	224
5.2	De individuele werknemer	225
5.3	Medezeggenschap	227
5.4	Collectief overleg	232
6	Conclusies	235
6.1	Een minder positief oordeel	235
6.2	De conclusies	236

Bijzonder deel

Hoofdstuk VII – Het collectief overleg

1	Inleiding	239
2	Collectief overleg in de publieke en de private sector	240
2.1	Collectief overleg in de publieke sector	240
2.1.1	Eenzijdigheid als uitgangspunt	240
2.1.2	De rol van het overleg	241

2.1.3	Deconcentratie en decentralisatie	243
2.1.4	Georganiseerd overleg en medezeggenschap	244
2.2	Collectief overleg in de private sector	245
2.2.1	Tweezijdigheid als uitgangspunt	245
2.2.2	Collectieve vaststelling als regel	245
2.2.3	De collectieve arbeidsovereenkomst	245
2.2.4	Op andere wijze afgezwakte tweezijdigheid	246
2.2.5	Collectief overleg en medezeggenschap	248
2.2.6	De rol van de overheid	248
2.2.7	De gepremieerde en gesubsidieerde sector	249
3	Collectief overleg in het bijzonder onderwijs: hoofdlijnen	250
3.1	Privaatrecht als uitgangspunt	250
3.2	Schoolbestuur en werknemer(svereniging)	251
3.2.1	De (model-)akte van benoeming	251
3.2.2	De cao	251
3.3	Georganiseerd overleg	252
3.3.1	De Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie	252
3.3.2	De Commissie Besturenorganisaties	253
3.3.3	Het 'orgaan van georganiseerd overleg' in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	253
3.4	Medezeggenschap	254
3.5	Opvallende aspecten	254
4	Achtergronden van het overlegstelsel	256
4.1	Rechtspositionele gelijkheid	256
4.2	Vrijheid van onderwijs	259
4.3	Recente wijzigingen	260
4.4	Speciale aandachtspunten	262
4.4.1	Juridisch-technische aspecten	262
4.4.2	Principiële kwesties	262
4.4.3	De volgende paragrafen	263
5	Collectief overleg inzake het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs	263
5.1	Vooraf	263
5.2	Georganiseerd overleg met de bijzondere commissie	264
5.2.1	De grondslag van het overleg	264
5.2.2	De deelnemers aan het overleg	264
5.2.3	De inhoud van het overleg	265
5.2.4	Het rechtskarakter van het overleg	266
5.2.5	De sluitstukregeling	267
5.2.6	Experimentele tweezijdigheid ook in het onderwijs	269
5.2.7	De doorwerking van de overlegresultaten in het bijzonder onderwijs	269
5.3	Overleg binnen het basis, speciaal en voortgezet onderwijs	271
5.3.1	Algemeen: weinig ruimte voor onderling overleg	271
5.3.2	Overleg over de modelakte van benoeming	271

5.3.3	Overleg over de afvloeiingsregeling	273
5.3.4	Overleg over arbeidsorganisatorische aangelegenheden	275
5.3.5	Overleg over arbeidsvoorwaarden(regelingen)	277
6	Collectief overleg inzake het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	278
6.1	Vooraf	278
6.2	Georganiseerd overleg op instellingsniveau	279
6.2.1	De juridische status van het IGO	279
6.2.2	Het minimumkarakter van de regeling	280
6.2.3	De deelnemers aan het overleg	281
6.2.4	De inhoud van het overleg	283
6.2.5	Het rechtskarakter van het overleg	284
6.2.6	De status van de geschillencommissie	286
6.2.7	De toegang	287
6.2.8	De toetsing en de beslissing	289
6.2.9	De doorwerking van de overlegresultaten	290
6.3	Ander overleg binnen het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	291
6.3.1	Cao-overleg in het beroepsonderwijs	291
6.3.2	De centrales als contractspartijen	292
6.3.3	(Andere) ontstaansvereisten	294
6.3.4	De inhoud van de cao	295
6.3.5	De werking van de cao	295
6.3.6	De algemeen verbindend verklaring	297
6.3.7	Het overleg over 'raamovereenkomst' en model-akte	297
6.3.8	Het overleg over de afvloeiingsregeling	298
6.4	De verhouding tussen IGO en 'ander' overleg	299
6.4.1	Vooraf	299
6.4.2	Het niveau van het overleg	299
6.4.3	De inhoud van het overleg	299
6.4.4	De positie van de bij het overleg betrokkenen	300
6.4.5	De rechtsgevolgen van het overleg	301
6.4.6	IGO en cao: keuze of combinatie?	302
6.4.7	De positie van de MR: algemeen	302
6.4.8	De MR en de arbeidsvoorwaarden	303
6.4.9	De MR en arbeidsorganisatorische besluiten	304
7	Het bijzonder onderwijs en het recht op collectief overleg	305
7.1	Vooraf	305
7.2	Het recht op collectief overleg	306
7.3	Het overlegstelsel voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs	308
7.3.1	Vooraf	308
7.3.2	De positie van het schoolbestuur	309
7.3.3	De positie van de werknemersorganisaties	310
7.3.4	Gerechtvaardigde inbreuken?: algemeen	311

7.3.5	Gerechtvaardigde inbreuken?: de g. en g.-sector ter vergelijking	312
7.3.6	Gerechtvaardigde inbreuken?: het onderwijsgrondrecht	314
7.3.7	Consequenties	315
7.4	Het overlegstelsel voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs	316
7.4.1	Vooraf	316
7.4.2	De positie van de schoolbesturen	316
7.4.3	De positie van de werknemersorganisaties	317
7.4.4	Gerechtvaardigde inbreuken?: algemeen	319
7.4.5	Gerechtvaardigde inbreuken?: het onderwijsgrondrecht	320
7.4.6	Consequenties	323
7.5	Een korte schets van een nieuwe opzet	326
7.5.1	Uitgangspunt: collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs	326
7.5.2	Het IGO: verbeteren of afschaffen?	327
7.5.3	Zo min mogelijk collectief overleg met de overheid	328
7.5.4	Consequenties van de voorgestelde veranderingen	329
7.5.5	Tot slot: juridische en andere factoren	330
Hoofdstuk VIII – Ontslag: het materiële recht		
1	Inleiding	333
2	Het ontslagrecht voor de publieke en de private sector	334
2.1	Vooraf	334
2.2	De ‘iusta causa demissionis’	334
2.2.1	Centrale vragen	334
2.2.2	Verschillende uitgangspunten: de publieke sector	336
2.2.3	Verschillende uitgangspunten: de private sector	337
2.2.4	Relativering: de publieke sector	338
2.2.5	Relativering: de private sector	339
2.2.6	Conclusie	342
2.3	De ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer	343
2.3.1	De tweede factor	343
2.3.2	De publieke sector	344
2.3.3	De private sector	345
2.3.4	Schadevergoeding als tussenoplossing: het ‘rechtmatig’ ontslag	347
2.3.5	Een voorbeeld in de private sector	349
2.3.6	Een voorbeeld in de publieke sector	349
2.3.7	Conclusie	350
2.4	De ‘ondergrens’ van de ontslagbescherming	351
2.4.1	De rol van de schadevergoeding	351
2.4.2	Openingen in de publieke sector	352
2.4.3	Openingen in de private sector	354
2.4.4	Conclusie	354

3	Het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs	356
3.1	Vooraf	356
3.2	De rechtsbronnen	357
3.2.1	'Arbeidsrechtelijke' bronnen	357
3.2.2	'Onderwijsrechtelijke' bronnen	359
3.3	De beëindiging door opzegging	361
3.3.1	De opzegging	361
3.3.2	De wettelijke bepalingen	362
3.3.3	De aktes van benoeming en cao's	363
3.3.4	De invloed van de rechtsbescherming	364
3.3.5	De ontslagverboden	365
3.3.6	De beëindiging wegens een dringende reden	370
3.3.7	De beëindiging tijdens proeftijd	374
3.4	De afvloeiingsontslagen nader bezien	375
3.4.1	De afvloeiingsregeling	375
3.4.2	Verschillende functies	375
3.4.3	Het arbeidsrechtelijke kader	376
3.4.4	Rechtskarakter	379
3.4.5	Inhoud en werking	380
3.5	De kennelijk onredelijke beëindiging	383
3.6	De beëindigingsovereenkomst	385
3.6.1	Twee te onderscheiden figuren	385
3.6.2	Het bijzonder onderwijs: het ontslag op verzoek	386
3.7	De ontbinding wegens gewichtige redenen	387
3.8	Het einde van rechtswege	390
3.8.1	Voor en tegen	390
3.8.2	De arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur	390
3.8.3	De wettelijke regeling	391
3.8.4	De aktes en cao's	392
3.8.5	De commissies van beroep en het BBA	393
3.8.6	De ontbindende voorwaarde	394
3.9	Fusie en ontslag	395
3.9.1	Fusies in het onderwijs	395
3.9.2	Besturenfusie en scholenfusie	396
3.9.3	De artt. 1639aa e.v. BW en het bijzonder onderwijs	397
3.9.4	De besturenfusie nader bezien	397
3.9.5	De scholenfusie nader bezien	398
3.9.6	Problemen in verband met de afvloeiingsregeling	399
3.9.7	Oplossing: wijziging van de afvloeiingsregelingen	400
3.9.8	De situatie in het openbaar onderwijs	400
3.9.9	De situatie in het bijzonder onderwijs tot 1 maart 1991	401
3.9.10	De situatie in het bijzonder onderwijs vanaf 1 maart 1991	402
4	Het ontslagrecht en de grondrechten	403
4.1	Vooraf	403
4.2	Het onderwijsgrondrecht en het ontslagrecht	404

4.2.1	De vrijheid van onderwijs	404
4.2.2	Vrijheid?	404
4.2.3	Gelijke bekostiging en rechtspositionele gelijkheid	405
4.2.4	Vrijheid van richting en vrijheid van inrichting	406
4.2.5	Zonder bezwaar	407
4.2.6	Wel mogelijk bezwaarlijk	408
4.2.7	De heersende leer	409
4.3	De sociaal-rechtelijke grondrechten en het ontslagrecht	410
4.3.1	De werknemersoptiek	410
4.3.2	Opnieuw: de rechtsvorm	411
4.3.3	Inhoudelijk: de niet-toepasselijkheid van het BBA	411
4.3.4	Overheid of direct betrokkenen?	412
4.3.5	Problemen door de privaatrechtelijke grondslag	413
4.3.6	De invloed van de rechtsbescherming	414
4.3.7	Conclusie	415
4.4	De vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel	415
4.4.1	De wijze van benaderen	415
4.4.2	De vrijheid van richting en het ontslagrecht	416
4.4.3	De direct betrokkenen	417
4.4.4	Het gelijkheidsbeginsel en het ontslagrecht	422
4.4.5	Huidige wetgeving: het BW en de WGB	422
4.4.6	Toekomstige wetgeving: de AWGB	423
4.4.7	Strijd met de vrijheid van richting?	425
4.4.8	Juiste afweging?	427
4.4.9	Tot slot	430
Hoofdstuk IX – Ontslag: de rechtsbescherming		
1	Inleiding	433
2	De commissie van beroep	434
2.1	De ontstaansgeschiedenis	434
2.1.1	Rechtspositionele gelijkheid	434
2.1.2	Vrijheid van onderwijs	435
2.1.3	Een extra reden?	436
2.1.4	Samenstelling	437
2.1.5	De commissie van beroep en de verzuiling	438
2.1.6	De commissie van beroep op dit moment	438
2.2	Bekostigingsvoorwaarden	439
2.2.1	Bekostigingsvoorwaarden in wet en RPBO	439
2.2.2	Grondslag	440
2.2.3	Kanttekeningen	441
2.2.4	Arbitrage of bindend advies?	441
2.2.5	Heersende leer: bindend advies	443
2.3	De toegang	444
2.3.1	Bevoegdheid en ontvankelijkheid	444
2.3.2	De voor beroep vatbare besluiten	445

2.3.3	'Ontslag'	445
2.3.4	Art. III-A8 RPBO	448
2.3.5	De ontvankelijkheid	449
2.4	De procedure	450
2.4.1	De regeling in het RPBO	450
2.4.2	De procesbeginselen	453
2.4.3	Karakteristiek van de procedure	458
2.5	De toetsing	459
2.5.1	Wetgeving, jurisprudentie en literatuur	459
2.5.2	Het privaatrechtelijke kader	461
2.5.3	Een terughoudende rol voor de commissie van beroep	463
2.5.4	Schoolbestuur-commissie van beroep	463
2.5.5	Rechtmatigheidstoetsing	464
2.5.6	Schoolbestuur-werknemer	464
2.5.7	Marginale toetsing?	465
2.5.8	De wet	466
2.5.9	De overeenkomst	467
2.5.10	De materiële beginselen	468
2.5.11	De formele beginselen	469
2.6	De beslissing	470
2.6.1	De beslissing in de voorgaande paragrafen	470
2.6.2	Wetgeving, jurisprudentie en literatuur	471
2.6.3	Het privaatrechtelijke kader	472
2.6.4	Art. 1639o BW	473
2.6.5	De gevolgen van de 'vernietiging'	477
2.6.6	Het ontbreken van andere mogelijkheden	478
2.6.7	Uitbreiden?	480
2.6.8	Tot slot	480
3	De burgerlijke rechter	480
3.1	Vooraf	480
3.2	De burgerlijke rechter in eerste instantie	481
3.2.1	Spoedvoorzieningen	481
3.2.2	Geschillen vallend buiten de competentie van de commissie van beroep	483
3.2.3	'Overslaan' van de commissie van beroep	484
3.2.4	Burgerlijke rechter en bindend advies	485
3.2.5	De werknemer	486
3.2.6	Het schoolbestuur	488
3.3	De burgerlijke rechter in tweede instantie	489
3.3.1	Algemeen	489
3.3.2	Burgerlijke rechter en bindend advies (2)	490
3.3.3	Verzekering van de naleving van de commissie-beslissing	492
3.3.4	Financiële gevolgen	493
3.3.5	'Hoger beroep'	493
3.3.6	De werknemer	493

3.3.7	Het schoolbestuur	494
3.3.8	Een verplichting tot onderwerping?	496
4.1	Het ontslagrecht en de grondrechten (2)	499
4.1	Vooraf	499
4.2	Het onderwijsgrondrecht	499
4.2.1	Zonder bezwaar	499
4.2.2	Wel degelijk bezwaren	501
4.2.3	Overheid of direct betrokkenen	502
4.2.4	De rechtsvorm	503
4.3	De sociaal-rechtelijke grondrechten	503
4.3.1	Werknemer en schoolbestuur	503
4.3.2	Positieve en negatieve kanten	504
4.3.3	Vergelijking: het moment van toetsen	505
4.3.4	Vergelijking: hoger beroep	507
4.3.5	Vergelijking: toetsing en financiële afwikkeling	509
4.3.6	Vergelijking: overige aspecten	509
4.3.7	Een aantasting van art. 19 lid 2 Gw?	510
4.3.8	Fundamentele bezwaren: art. 1639o BW	511
4.3.9	Fundamentele bezwaren: art. 17 Gw	512
4.4	Conclusie	514
4.4.1	Tussenbalans	514
4.4.2	Art. 17 Gw nader bezien	515
4.4.3	Het BBA nader bezien	517
4.4.4	Keuzemogelijkheden voor schoolbestuur en werknemer	518
<i>Hoofdstuk X – Medezeggenschap: het materiële recht</i>		
1	Inleiding	522
2	De WMO: Ontstaan en (mogelijke) herziening	525
2.1	Voorgeschiedenis	525
2.2	Parlementaire behandeling	527
2.3	Toetsing	528
2.4	Herziening	529
2.5	Principes	530
3	De wettelijke regeling	533
3.1	Vooraf	533
3.2	De aanloopfase	534
3.2.1	De voorlopige MR	534
3.2.2	Voorgestelde wijzigingen	535
3.2.3	De verkiezingen	536
3.2.4	Actief en passief kiesrecht	536
3.2.5	Bescherming van grondslag en doelstellingen	537
3.2.6	De Toetsingscommissie en de Staatssecretaris	540
3.3	Het medezeggenschapsreglement	541
3.3.1	De huidige regeling	541
3.3.2	De invloed van de modellen	542

3.3.3	De toekomst	543
3.4	Samenstelling en werkwijze	545
3.4.1	Werknemers, naast ouders en leerlingen	545
3.4.2	Onderwijzend en niet-onderwijzend personeel	546
3.4.3	De schoolleider	547
3.4.4	Werkwijze	551
3.4.5	De 'achterban'	552
3.5	Algemene bevoegdheden en taken	553
3.6	Bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden: algemeen	555
3.6.1	Vaststelling per school	555
3.6.2	De aangelegenheden	555
3.6.3	Geen medezeggenschap	558
3.6.4	De verhouding advies-instemming	559
3.6.5	De toekomst: wettelijke vastlegging?	564
3.7	De adviesbevoegdheid	568
3.8	De instemmingsbevoegdheid	570
3.8.1	De wettelijke regeling	570
3.8.2	Slagboomwerking	571
3.8.3	'Gesplitste' instemmingsbevoegdheden	573
3.9	Randvoorwaarden	575
3.9.1	Bescherming tegen benadeling	575
3.9.2	Inlichtingen en geheimhouding	578
3.9.3	Faciliteiten	580
3.10	De gemeenschappelijke MR	582
3.11	Bijzondere regimes en ontheffing	583
3.11.1	Algemeen	583
3.11.2	Afwijking bij bijzondere omstandigheden	584
3.11.3	Ontheffing op principiële gronden	585
3.11.4	Ontheffing vanwege bestuurlijke democratisering?	587
3.11.5	Ontheffing voor kleine scholen en scholen voor deeltijds onderwijs?	589
4	Medezeggenschap en grondrechten	590
4.1	Vooraf	590
4.2	De gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs	592
4.2.1	Uitgangspunt: rechtspositionele gelijkheid	592
4.2.2	De Toetsingscommissie	592
4.2.3	Bezwaren: het openbaar onderwijs	593
4.2.4	Bezwaren: het bijzonder onderwijs	595
4.2.5	Conclusie	596
4.3	'Basisbepalingen en garanties'	596
4.3.1	Uitgangspunt: de vrijheid van onderwijs	596
4.3.2	Bezwaren	597
4.3.3	Overheid of direct betrokkenen	599
4.3.4	Conclusie	601
4.4	De samenstelling van de MR	603

4.4.1	Een weinig doordachte beslissing	603
4.4.2	Waarom medezeggenschap?	604
4.4.3	Bezwaren: de ouders en leerlingen	607
4.4.4	Bezwaren: de werknemers	608
4.4.5	Conclusie	609
4.4.6	Alternatieven	610
4.5	Een eigen regeling voor het onderwijs	612
4.5.1	Tussenbalans	612
4.5.2	De laatste fundamentele keuze	612
4.5.3	Conclusie	614
4.6	Tot slot	614

Hoofdstuk XI – Medezeggenschap: de rechtsbescherming

1	Inleiding	616
2	De geschillencommissie	617
2.1	Vooraf: principes	617
2.2	Bekostigingsvoorwaarden	621
2.3	De toegang	622
2.3.1	De huidige regeling	622
2.3.2	Jurisprudentie	623
2.3.3	Voorgenomen wijzigingen	625
2.4	De procedure	627
2.5	De toetsing	630
2.5.1	De toetsingsmaatstaf	630
2.5.2	Het toetsingsobject	633
2.5.3	De jurisprudentie	636
2.5.4	De toetsing getoetst	640
2.6	De beslissing	643
2.6.1	Uitgangspunt en werkelijkheid	643
2.6.2	De wettekst	644
2.6.3	De praktijk	646
2.6.4	De toekomst	648
3	De burgerlijke rechter	650
3.1	Een tweeledige taak	650
3.2	De burgerlijke rechter in eerste instantie	654
3.3	De burgerlijke rechter in tweede instantie	656
4	Medezeggenschap en grondrechten (2)	658
4.1	Vooraf	658
4.2	De grondrechten	658
4.2.1	De sociaal-rechtelijke grondrechten	658
4.2.2	Het onderwijsgrondrecht	659
4.3	De huidige regeling	660
4.3.1	Alomvattend?	660
4.3.2	Deugdelijk?	661
4.3.3	Art. 17 Gw	662

4.4	Het Concept	664
4.5	Voorstellen voor verbetering	665
4.5.1	Alternatief 1: verbetering van de huidige regeling	665
4.5.2	Alternatief 2: de WOR	666
4.6	Tot slot	667

Conclusies

Hoofdstuk XII – Conclusies

1	Inleiding	669
2	Recapitulatie	670
2.1	Uitgangspunt	670
2.2	Uitzonderingen: de principes	670
2.3	Uitzonderingen: naar inhoud afwijkende bepalingen	671
2.4	Uitzonderingen: weinig overheidsoptreden	672
2.5	Uitzonderingen: veel overheidsoptreden	674
2.6	Uitzonderingen: naar vorm en werking afwijkende bepalingen	675
2.7	Tot slot	676
3	Evaluatie	677
3.1	Uitgangspunt	677
3.2	Positief	678
3.3	Negatief	679
3.3.1	Algemeen	679
3.3.2	Principes	679
3.3.3	Afweging	680
3.3.4	Onderscheid	680
3.3.5	Consequenties	681
3.3.6	Effectiviteit	682
3.3.7	Consistentie	682
3.3.8	Wantrouwen	683
3.3.9	Eigen verantwoordelijkheid	683
3.4	Tot slot	684
4	Voorstellen voor verandering	685
4.1	Vooraf	685
4.2	Bekostigingsvoorwaarden	685
4.3	Collectief overleg	687
4.4	Ontslag	689
4.5	Medezeggenschap	690
4.6	Tot slot: integratie in het sociaal recht	691

Summary	693
---------	-----

Lijst van geraadpleegde literatuur	705
------------------------------------	-----

Curriculum vitae	727
------------------	-----

Lijst van afkortingen

AAC	Advies- en arbitragecommissie
AAW	Algemene arbeidsongeschiktheidswet
AAe	Ars Aequi
AB	Nederlandse Jurisprudentie/Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABB	Algemene besturenbond voor beroepsonderwijs, ander voortgezet onderwijs, opleiding en vorming
ABOP	Algemene bond voor onderwijzend personeel
ABP	Algemeen burgerlijk pensioenfonds
ABPw	Algemeen burgerlijke pensioenwet
AC	Ambtenarencentrum
ACOP	Algemeen comité van overheidspersoneel
Ag	Ambtenarengerecht
AG	Advocaat Generaal
AGvBst	Afdeling Geschillen van Bestuur
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
ARAR	Algemeen rijksambtenarenreglement
ARBOw	Arbeidsomstandighedenwet
ARRvSt	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
avo	algemeen vormend onderwijs
Aw	Ambtenarenwet
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
BBA	Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen
bero	beroepsonderwijs
BMO	Besluit medezeggenschap onderwijs
bo	basisonderwijs
bso	basis- en speciaal onderwijs
bsvo	basis-, speciaal en voortgezet onderwijs
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CCOOP	Christelijke centrale van overheids- en onderwijzend personeel
CCvb	Centrale commissie van beroep
CMHF	Centrale voor middelbare en hogere functionarissen bij overheid en onderwijs

LIJST VAN AFKORTINGEN

CRvB	Centrale Raad van Beroep
Cvb	Commissie van beroep
DCA	Dienst collectieve arbeidsvoorwaarden
DGA	Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening
EK	Eerste Kamer
ESH	Europees Sociaal Handvest
EV	Eindverslag
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FBS	Formatiebudgetsysteem
GAB	Gewestelijk arbeidsbureau
Gc	Geschillencommissie
Gem.st.	De Gemeentestem
Gemw	Gemeentewet
Gw	Grondwet
Hand.	Handelingen
hbo	hoger beroepsonderwijs
HR	Hoge Raad
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
IGO	georganiseerd overleg op instellingsniveau
ISOVSO	Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs
ITS	Instituut voor toegepaste sociologie
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
IWHBO	Invoeringswet W.H.B.O.
JKOCZ	Jurisprudentie katholiek onderwijs – civiele zaken
JO	Jurisprudentie onderwijswetgeving
JPCO	Jurisprudentie protestants-christelijk onderwijs
kbbo	kleuter-, basis- en buitengewoon onderwijs
KG	Kort Geding
KOV	Katholieke onderwijsvakorganisatie
Imbo	lager en middelbaar beroepsonderwijs
Lplw	Leerplichtwet
LW	Wet op de loonvorming
mbo	middelbaar beroepsonderwijs
MidS	Medezeggenschap in de school
MR	Medezeggenschapsraad
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NGL	Nederlands genootschap van leraren
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad

NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NKSR	Nederlandse Katholieke Schoolraad
NPCS	Nederlandse Protestants-Christelijke Schoolraad
NTOR	Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht
NvT	Nota van Toelichting
OR	Ondernemingsraad
PBO	Publiekrechtelijk bedrijfsorganisatie
pc	protestants-christelijk
PCO	Protestants-christelijke onderwijsvakorganisatie
Pg	Praktijkgids
Pres.	President
Prov.w	Provinciewet
RDA	Regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening
rk	rooms-katholiek
RMBO	Regeling m.b.o.
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RPBO	Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel
RRWO	Rechtspositiereglement wetenschappelijk onderwijs
RvdW	Rechtspraak van de week
S.	Staatsblad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Sociaal Recht
STC	Schaalvergroting, taakverdeling en concentratie
SVM	Sectorvorming en vernieuwing in het middelbaar beroepsonderwijs
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
TvO	Tijdschrift voor Overheidsadministratie
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschap, Vereniging en Stichting
VAR	Vereniging voor administratief recht
VBS	Vereniging bijzondere scholen voor onderwijs op algemene grondslag
vo	voortgezet onderwijs
VOA	Verhaalswet ongevallen ambtenaren
vohbo	voortgezet onderwijs en hoger beroepsonderwijs
VV	Voorlopig Verslag
WAGGS	Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector
WAVVOV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
WBO	Wet op het basisonderwijs
WBRV	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
WGB	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WHBO	Wet op het hoger beroepsonderwijs

Hoofdstuk I – Inleiding

1 Inleiding: een uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs

1.1 SCHOOLSTRIJD EN PACIFICATIE

Deze studie behandelt de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers verbonden aan bijzondere scholen, dat wil zeggen: de scholen die in stand worden gehouden door (niet tot de openbare dienst behorende) rechtspersonen naar privaatrecht.¹ De studie betreft ongeveer 150.000 personen, ruim 2% van de totale onzelfstandige beroepsbevolking in Nederland.²

Een studie, zeker van deze omvang, gewijd aan één, min of meer afgezonderde groep werknemers, is ongebruikelijk. In de sociaal-rechtelijke literatuur wordt over het algemeen uitgegaan van een tweedeling in publieke sector (ambtenaren) en private sector (werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst). Afgezien van deze tweedeling wordt weinig of geen verschil gemaakt naar personenkring; afbakening van het onderzoeksterrein vindt plaats aan de hand van de gangbare systematische indeling van het sociaal recht. Dat de door het sociaal recht bestreken personen aldus als het ware over één kam worden geschoren, heeft niet alleen een praktische reden. De achtergrond daarvan is zonder twijfel mede een principiële: het sociaal recht, in elk geval voor zover het de private sector betreft, heeft de pretentie een eenheid te vormen, die als zodanig op alle (groepen) werknemers van toepassing is. Er wordt, met andere woorden, bewust geen onderscheid gemaakt tussen arbeid in industrie, landbouw of dienstensector, of tussen (zogenaamd) hoog- en laag gekwalificeerde arbeid.³

1 Vgl. in verband met het begrip 'sociaal recht': par. 4.2.

2 De statistische gegevens in dit hoofdstuk werden (tenzij anders vermeld) verstrekt door het Centraal Bureau voor de Statistiek; zij hebben (tenzij anders vermeld) betrekking op het jaar 1987.

3 Vgl. De Jong (1982), 22. Naar NBW wordt de eenheid verder vergroot. Vgl. Van Peijpe (1991), 17-18. Het uitgangspunt van de eenheid van het sociaal recht wordt extra duidelijk onderstreept door de tendens naar eenmaking van het sociaal recht in de publieke en de private sector. Vgl. Van der Heijden (1988), 9, 17. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 3.4.

Aldus rijst de vraag waarom deze studie is gewijd aan slechts één – en juist deze – groep werknemers.

De reden voor deze 'afzonderlijke' behandeling is in eerste instantie gelegen in de reeks gebeurtenissen in de tweede helft van de vorige eeuw en de eerste twee decennia van deze eeuw, die zijn samen te vatten onder de benaming 'schoolstrijd en pacificatie'.

In aanvang, dat wil zeggen vanaf ongeveer 1830, spitste de schoolstrijd zich toe op de vraag of particulieren de vrijheid dienden te krijgen om scholen met een eigen, levensbeschouwelijke identiteit op te richten en in stand te houden en op de hiermee samenhangende vraag of het openbaar onderwijs al dan niet een levensbeschouwelijk neutraal karakter diende te hebben. Later, nadat in 1848 de vrijheid van het bijzondere onderwijs en het verplicht neutrale karakter van het openbaar onderwijs in de Grondwet waren vastgelegd, spitste de strijd zich toe op de vraag of het bijzonder onderwijs tevens aanspraak kon maken op bekostiging van overheidswege. De schoolstrijd werd beëindigd in 1917 met de zogenaamde pacificatie: het bijzonder onderwijs zou voortaan op gelijke voet als het openbaar onderwijs voor bekostiging van overheidswege in aanmerking komen.⁴

Zodoende heeft de schoolstrijd het bijzonder onderwijs uiteindelijk tweerlei opgeleverd: in de eerste plaats de grondwettelijk erkende aanspraak op overheidsomhouding inzake het oprichten en in stand houden van bijzondere scholen van een godsdienstige of (anderszins) levensbeschouwelijke richting, in de tweede plaats de eveneens grondwettelijk erkende aanspraak op bekostiging door de overheid. Beide aspecten tezamen vormen het onderwijsgrondrecht zoals dat op dit moment is vastgelegd in art. 23 Gw en zoals dat nader is geconcretiseerd in tal van onderwijswetten.⁵

Het bijzonder onderwijs staat uiteraard niet alleen in zijn aanspraken op 'vrijheid' en 'bekostiging'. Vanuit verschillende delen van de samenleving klinkt de roep om overheidsomhouding, terwijl ook van verschillende kanten aanspraak wordt gemaakt op overheidsfinanciering, onder gelijktijdige afwijzing van inhoudelijke inmenging. Het bijzonder onderwijs neemt in dit verband echter een aparte positie in, want nergens hebben de aanspraken op overheidsomhouding en bekostiging een dermate duidelijke invloed op de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in de desbetreffende sector als in het bijzonder onderwijs.

1.2 GEVOLGEN OP SOCIAAL-RECHTELIJK GEBIED

Soms is er een rechtstreekse invloed merkbaar, bijvoorbeeld als een werknemer aan een bijzondere school wordt ontslagen op gronden waarvan vrijwel ondenkbaar is dat die elders als geldige gronden voor ontslag zouden worden

4 Vgl. over de schoolstrijd: hoofdstuk II, par. 2.

5 Vgl. over het onderwijsgrondrecht: hoofdstuk III, par. 2.

geaccepteerd (samenwonen, homoseksualiteit etc.).⁶ Maar in de regel is de invloed van het onderwijsgrondrecht meer indirect merkbaar.

In de eerste plaats zijn er de rechtspositionele consequenties van de aanspraak op vrijheid van overheidsinmenging. Die consequenties zijn vooral zichtbaar in het wetgevingsproces, wanneer een uitzonderingspositie wordt gecreëerd voor het bijzonder onderwijs in het kader van algemene sociaal-rechtelijke wetgeving. Zo is bijvoorbeeld het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945 niet van toepassing op het bijzonder onderwijs. Volgens de Hogé Raad is dat het geval omdat 'aangenomen moet worden dat bij het opnemen van deze bepaling mede de wens heeft voorgezeten het onderwijs – in de ruime zin waarin deze term in art. 208 Gw wordt gebezigd – te ontzien, in dier voege dat de besluitgever met de in het BBA vervatte sociaal-economische maatregelen niet heeft willen raken aan de sfeer van het onderwijs'.⁷

Evenmin van toepassing binnen het bijzonder onderwijs is de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en wel opnieuw om redenen die verband houden met de vrijheid van onderwijs. De vrees bestond namelijk dat een wettelijke regeling als de WOR de zeggenschap van de schoolbesturen en daarmee de 'bijzondere' identiteit van de school in gevaar zou kunnen brengen. Zelfs werd, met name vanuit kringen van het bijzonder onderwijs, gesteld dat de overheid in het geheel niet de bevoegdheid zou hebben om in te grijpen in de bestuurs- en (mede)zeggenschapsstructuur in het bijzonder onderwijs, wederom in verband met de vrijheid van onderwijs.⁸

Een volgend voorbeeld van de invloed van de vrijheid van onderwijs op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs is de regeling van de commissies van beroep, die sinds 1905 is opgenomen in de wettelijke bekostigingsvoorwaarden die de overheid aan de bijzondere scholen stelt. Per onderwijszuil (protestants-christelijk, rooms-katholiek, algemeen-bijzonder) zijn particuliere geschillenbeslechtingsscolleges – commissies van beroep – in het leven geroepen. Daartoe kunnen de desbetreffende werknemers zich wenden in geval van (onder andere) ontslag. De regeling werd in 1905 ingevoerd in verband met de concurrentiepositie van het bijzonder onderwijs ten opzichte van het openbare, dat voor veel leerkrachten aantrekkelijker was, mede door een betere rechtsbescherming. De opzet van de regeling – geschillenbeslechting door particulieren en niet door de overheid – wilde tegelijkertijd ook vanuit een andere gezichtshoek de vrijheid van het bijzonder onderwijs waarborgen: de bijzondere school die een leerkracht zou willen ontslaan om redenen in verband met de levensbeschouwelijke richting van de school, moest dit kunnen doen zonder inmenging van de overheid, de 'tegenpartij' waarop de vrijheid van onderwijs bevochten was.⁹

Een laatste voorbeeld van de invloed van de aanspraak op vrijheid van on-

6 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2, par. 4.4.

7 HR 19-10-1979, NJ 1980, 57.

8 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.

9 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.1.

derwijs vormt de gang van zaken rond de al dan niet toepasselijkheid van de wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling. Zo werd in 1976, bij de parlementaire behandeling van het wetsontwerp inzake de in het BW op te nemen ontslagbescherming in verband met huwelijk, zwangerschap en bevalling, een uitzonderingspositie geclaimd, vooral ten behoeve van het bijzonder onderwijs. Ten aanzien van het ontslagverbod gedurende zwangerschap en wegens bevalling stelde het kamerlid Verbrugh (GPV) een amendement voor op het nieuw in te voeren art. 1639h BW, dat ertoe zou leiden dat het ontslagverbod niet van toepassing zou zijn op ongehuwd zwangere vrouwen.¹⁰ Het kamerlid motiveerde zijn amendement als volgt:

'Het is mogelijk dat vrouwen zijn tewerkgesteld in functies (b.v. in een onderwijsfunctie) waar zwangerschap buiten huwelijk een onjuist voorbeeld voor anderen wordt geacht'.

Het GPV-amendement werd verworpen. In de inmiddels bij de Tweede Kamer ingediende ontwerp-Algemene wet gelijke behandeling is daarentegen een uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs gecreëerd.¹¹

In de tweede plaats zijn er de rechtspositionele gevolgen van de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven als het openbaar onderwijs en van het daarmee samenhangende principe dat de arbeidsvoorwaarden en ook de overige aspecten van de rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs zo veel mogelijk gelijk dan wel gelijkwaardig dienen te zijn.

Als gevolg daarvan werden in het begin van deze eeuw de commissies van beroep ingevoerd; ik wees daar hiervoor op. De consequenties gaan echter veel verder. Vrijwel alle aspecten van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs worden door de overheid bepaald. Overleg dat leidt tot het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten tussen (organisaties van) schoolbesturen en vakbonden ontbreekt dan ook in vrijwel alle sectoren van het bijzonder onderwijs. In plaats daarvan zijn voor het bijzonder onderwijs relevant de resultaten van het georganiseerd overleg tussen de Minister van Onderwijs en de centrales van overheids- en onderwijspersoneel.¹²

Kortom: de twee aspecten van het onderwijsgrondrecht, de aanspraak op vrijheid en de aanspraak op bekostiging, maken de werknemers in het bijzonder onderwijs tot een in veel opzichten speciale categorie werknemers. Dat alleen al rechtvaardigt een afzonderlijke studie.

1.3 BIJZONDER ONDERWIJS EN VERZUILING

Toch kan met deze verklaring niet worden volstaan. Sedert de tijd waarin de

10 TK 1974-1975, 12403, nr 12.

11 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6.

12 Vgl. hoofdstuk VII, par. 3.3.

basis werd gelegd voor het 'bijzondere' in de rechtspositie van het onderwijs-personeel – de eerste decennia van deze eeuw – is er bepaald het een en ander veranderd in de Nederlandse samenleving.

In de eerste decennia na de Eerste Wereldoorlog werd zonder al te veel problemen voortgebouwd op de resultaten van de pacificatie. De Nederlandse samenleving als geheel ontwikkelde zich tot een verzuilde samenleving, waarin de Nederlanders zich bij hun deelname aan het maatschappelijk leven sterk lieten leiden door aan de hand van levensbeschouwelijke verschillen getrokken grenzen.¹³ Het onderwijs nam in de verzuilde samenleving een zeer belangrijke plaats in, naast (bijvoorbeeld) de politieke partijen, vakbonden en omroepen. Dat is niet verwonderlijk: het onderwijs bood de gelegenheid om de jongeren bekend te maken met de waarden en normen die de 'leden' van de zuil gemeen hadden en vervulde aldus een centrale rol binnen de zuil.¹⁴

Ook de werknemers in het bijzonder onderwijs ondergingen de invloed van de verzuiling. Dat werd allerm minst als een bezwaar gevoeld. De tegenstelling werkgever-werknemer was wel aanwezig, maar trad zelden erg duidelijk aan het licht. Dat is ook wel begrijpelijk: de werknemers in het bijzonder onderwijs stonden in de regel niet vreemd tegenover de identiteit van de bijzondere school. Integendeel, in het ideale geval waren schoolbestuur en werknemer het daarover eens. Zo ontstaat het beeld van schoolbestuur en werknemers met een gezamenlijk doel voor ogen, elk bereid tot inschikkelijkheid ten opzichte van elkaar om dat doel te bereiken. Dit beeld van inschikkelijkheid, in elk geval van de zijde van de werknemers in het bijzonder onderwijs, wordt opgeroepen door B.J. van der Net, wanneer hij, bij zijn beschrijving van de voorgeschiedenis van de regeling van de commissies van beroep, er op wijst dat 'de leerkrachten uit liefde voor het bijzonder onderwijs zich soms veel (lieten) welgevalen'.¹⁵

1.4. ONTWIKKELINGEN NA 1960

Tot in de jaren zestig beheerste de verzuiling de Nederlandse samenleving, en daarmee ook het bijzonder onderwijs. Daarna vonden ingrijpende veranderingen plaats.

Toegesplitst op het katholieke volksdeel, maar zeker ook daarbuiten van toepassing, schreef Van Kemenade in 1968 als volgt:

'Het vermoeden is gewettigd dat de specifieke behoeften en verwachtingen van de Nederlandse katholieken met betrekking tot het katholiek onderwijs in beweging zijn. De emancipatie is immers voltooid, de frontmentaliteit is met de banieren en de strijdlieden verdwenen, de religieuze en maatschappelijke differentiatie on-

13 Vgl. over de verzuiling: hoofdstuk II, par. 3.1.

14 Vgl. hoofdstuk II, par. 3.2.3.

15 (1977), 3.

der de katholieken schijnt sterk toe te nemen, de levensbeschouwelijke antithese is afgezwakt of toegedekt, terwijl haar organisatorische vormgeving, de verzuiling, minstens aan de voet schijnt af te brokkelen en tenslotte is de betekenis van de levensbeschouwing voor het maatschappelijke en profane gebeuren aanzienlijk veranderd, is de invloed en de zeggenschap van de kerk op het openbare leven en op de sociale en culturele ontwikkeling van de samenleving sterk gerelativeerd.¹⁶

Op dit moment, ruim twintig jaar later, zijn de door Van Kemenade gesignaleerde veranderingen alleen maar duidelijker zichtbaar geworden. De verzuiling is niet alleen aan de voet afgebrokkeld; er is sprake van een nagenoeg alomvattende en grotendeels voltooide ontzuiling.¹⁷ Dat geldt voor de organisaties en instellingen binnen vrijwel alle sectoren van de samenleving, maar juist ook voor het afzonderlijke individu: de Nederlander, die enkele decennia geleden min of meer automatisch een trouw 'lid' zou zijn geweest van de katholieke of protestantse zuil, ziet de aan de hand van levensbeschouwelijke opvattingen getrokken grenzen niet langer als maatgevend voor de inrichting van zijn dagelijkse leven. Hij of zij neemt zelfs afstand van de levensbeschouwing als zodanig.¹⁸

1.5 BIJZONDER ONDERWIJS, ONTZUILING EN HERZUILING

De vooronderstelling ligt voor de hand dat deze ontwikkelingen de Nederlanders ook in hun kwaliteit van onderwijsafnemers (ouders, leerlingen en studenten) en onderwijsverstrekkers (met name de leerkrachten) niet onberoerd hebben gelaten. Beschikbare onderzoeksresultaten wijzen ook in deze richting.¹⁹ Het vermoeden zou daarom kunnen rijzen dat ook de bijzondere scholen, eens de voornaamste exponenten en tevens mede-instandhouders van de verzuiling, hun aanspraken ontleend aan de vrijheid van onderwijs afzwakken, omdat er minder noodzaak is om de levensbeschouwelijke eigenheid van het onderwijs te onderstrepen en op grond daarvan aanspraak te maken op overheidsomhouding.

Niets is echter minder waar. Bij nadere beschouwing blijkt het onderwijs, in elk geval naar zijn uiterlijke verschijningsvorm, het laatste verzuilde deel van de Nederlandse samenleving te zijn. Het aantal scholen met een levensbeschouwelijke grondslag neemt niet of nauwelijks af. Schoolbesturen, maar ook werknemers en ouders blijven in grote lijnen georganiseerd in afzonderlijke rooms-katholieke, protestants-christelijke, algemeen-bijzondere en 'openbare' organisaties.²⁰ Er blijkt zelfs een op het eerste oog paradoxale ten-

16 (1968), 37.

17 Vgl. over de ontzuiling: hoofdstuk II, par. 4 en 5.

18 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.1, par. 5.1.

19 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2 en 4.2.3.

20 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.1.

dens naar méér aandacht voor het bijzondere karakter van het onderwijs. Deze ontwikkeling lijkt echter niet in de eerste plaats aan te sluiten bij een werkelijke behoefte hieraan bij de onderwijsafnemers, ouders en leerlingen, of gebaseerd te zijn op de instemming van de werknemers van de bijzondere scholen. De verklaring zal vooral elders gezocht moeten worden: in de huidige tijd van teruglopende leerlingen-aantallen, schaalvergroting en afnemende financiële middelen bij de overheid, lijkt juist het onderstrepen van de eigen identiteit de aangewezen weg om het bestaansrecht van de bijzondere scholen te onderstrepen en om de aantasting van verworven rechten en invloed tegen te gaan.²¹

Toegesplitst op de rechtspositie van de werknemers blijkt dat regelgeving die is beïnvloed door de vrijheid van onderwijs onveranderd van kracht blijft en dat ten aanzien van nieuwe regelgeving de aanspraak op een overheidsvrije sfeer onverkort geldend wordt gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval in verband met de gelijke behandeling en de medezeggenschap.²²

Deze gang van zaken wordt van verschillende zijden als problematisch ervaren. Dat is begrijpelijk, want meer inwendig is er ten gevolge van de ontzuiling wel degelijk veel veranderd in het bijzonder onderwijs.²³ De aanspraken op rechtspositioneel gebied worden daarom voor een belangrijk deel niet meer 'gedragen' door duidelijk godsdienstig of levensbeschouwelijk geïnspireerd onderwijs.

De vraag rijst dan ook in hoeverre de aanspraak van het bijzonder onderwijs op overheidsonthouding ten aanzien van de rechtspositie van de werknemers op dit moment een nog in alle opzichten te rechtvaardigen aanspraak is. Het is daarbij overigens niet zozeer het onderwijsgrondrecht als zodanig dat in het geding is. Veeleer is de vraag in hoeverre de bijzondere scholen, zoals zij zich op dit moment in de praktijk opstellen, terecht aanspraken kunnen ontlenen aan het onderwijsgrondrecht, ook waar het gaat om de rechtspositie van de werknemers.²⁴

1.6 DE POSITIE VAN DE WERKNEMERS

De kwaliteit van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs is daarentegen in de loop van de jaren steeds sterker in de aandacht komen te staan. Met name in de laatste decennia is dat het geval.

Dat hangt samen met ontwikkelingen in het 'reguliere' sociaal recht. Sedert de jaren vijftig is de hoeveelheid sociaal-rechtelijke wetgeving duidelijk gegroeid. Een algemene tendens naar meer democratisering, juist ook buiten de

21 Vgl. hoofdstuk II, par. 5.2.2. Ook voor (de interpretatie van) art. 23 Gw heeft deze ontwikkeling consequenties gehad. Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4, par. 2.6, par. 2.7.8.

22 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2 en 4.4; hoofdstuk X, par. 2.1 en 2.2.

23 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.

24 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.5, par. 2.4.6, par. 2.8, par. 5.

sfeer van de overheid, heeft geleid tot wetgeving op het gebied van de medezeggenschap van de werknemers. Als gevolg van de invloed van internationale verdragen en de toenemende bemoeienis met de Nederlandse samenleving van internationale en supranationale organisaties, maar ook als gevolg van de Grondwetsherziening is de aandacht voor de grondrechten gestegen.²⁵ Dat is bijvoorbeeld het geval in verband met de gelijke behandeling van werknemers en in verband met het collectief overleg.

Deze ontwikkelingen hebben ook op het bijzonder onderwijs hun weerslag. Net zo min als in verband met haar ambtenaren is de overheid in verband met de werknemers in het bijzonder onderwijs scheutig in het delen van invloed op de arbeidsvoorwaarden met de vakbonden. Dat is – ook al wordt daar niet zo sterk de aandacht op gevestigd – minstens net zo problematisch als in verband met de ‘echte’ ambtenaren.²⁶ De onderwerpen ‘democratisering’ en ‘gelijke behandeling’ liggen aan werkgeverszijde erg gevoelig. Dat leidt tot conflicten, want zowel van werknemerszijde als door bepaalde politieke partijen wordt niet langer ingezien dat het bijzonder onderwijs een aanspraak op een speciale positie toekomt waar het gaat om medezeggenschap en ‘gelijke behandeling’.

Kortom: de aanspraak op een uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs, juist ook waar het gaat om de positie van de werknemers, heeft zijn vanzelfsprekendheid voor een groot deel verloren. Dat maakt de nog steeds afwijkende rechtspositie tot een probleemvolle en ook als zodanig gevoelde afwijking; des te meer, omdat de kwaliteit van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs sterker in de aandacht is komen te staan. Wat oorspronkelijk bijzonder en alleen al daarom interessant was, is inmiddels problematisch en daardoor des te interessanter geworden.

2 Doelstelling

2.1 DE ONDERZOEKSDOELSTELLINGEN: CONCREET EN VERDERSTREKKEND

Na deze korte ‘tour d’horizon’ zal ik hierna de onderzoeksdoelstellingen formuleren.

Heel concreet is de doelstelling van het onderzoek een tweeledige: het beschrijven en waar nodig van commentaar voorzien van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Deze concrete doelstelling zal ik in par. 2.2 verder uitwerken aan de hand van een vijftal in deze studie uitdrukkelijk te beantwoorden vragen.

Naast deze concrete (dubbele) doelstelling is er ook zoiets als een ‘verderstreckende doelstelling’. Deze is in zekere zin sociaal-rechtelijk van aard. Doel van het onderzoek is namelijk het ontsluiten van het recht betreffende de

²⁵ Prakke c.s. (1989), 239 e.v.

²⁶ Vgl. hoofdstuk VII, par. 5, par. 7.3.

rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs vanuit een sociaal-rechtelijke invalshoek en het integreren van dat recht in het sociaal recht in het algemeen.

Aan deze beschrijving vanuit en integratie in het sociaal recht van de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs is naar ik meen duidelijk behoefte. De rechtspositie van het onderwijspersoneel is weliswaar niet geheel aan de (wetenschappelijke) aandacht ontsnapt, maar het zijn vooral beoefenaren van het onderwijsrecht die zich er tot op heden mee hebben bezig gehouden. Vaak komt de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs ter sprake in samenhang met beschouwingen over bijvoorbeeld de oprichting van scholen, de inrichting van het onderwijs, de stichting en het onderhoud van de schoolgebouwen en het overheidstoezicht op het onderwijs.²⁷ Dat de wettelijke bepalingen en de jurisprudentie die betrekking hebben op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs tevens thuis horen in het sociaal recht blijkt slechts zelden. Van der Net, die op ruime schaal aandacht heeft besteed aan de rechtspositie van het onderwijspersoneel, constateert dat zelfs uitdrukkelijk. In de inleiding op zijn proefschrift over de commissies van beroep schrijft hij, na gerefereerd te hebben aan het onderwijsrecht, als volgt:

‘Het is overigens eveneens belangwekkend, doch minder gebruikelijk en gemakkelijker om de onderhavige problematiek te benaderen uit arbeidsrechtelijk oogpunt’.²⁸

Redenen waarom het per se moeilijker zou zijn om de rechtspositie van het onderwijspersoneel te beschrijven vanuit een sociaal-rechtelijke invalshoek zie ik niet. En het mag dan minder gebruikelijk zijn, het is wel zeer gewenst dat – ook – voor deze invalshoek uitdrukkelijk wordt gekozen.

In de sociaal-rechtelijke literatuur wordt er wel op gewezen dat de werknemers in het bijzonder onderwijs weinig aandacht hebben gekregen van de beoefenaren van het sociaal recht.²⁹ Het onderzoek kan zo een bijdrage leveren aan de kennis van de op belangrijke punten afwijkende rechtspositie van een redelijk grote groep werknemers en aldus een leemte in het sociaal recht opvullen. De sociaal-rechtelijke invalshoek is met name echter gewenst omdat juist een aansluiting bij het reguliere sociaal recht laat zien wat typisch is aan

27 Vgl. m.n. Drop (1985). Vgl. daarnaast Rutgers (1932), Vegting (1953) en Van Poelje (1962).
28 (1977), 2.

29 Vgl. Van Peijpe (1987). Een treffende illustratie is Rood (1984). Rood bespreekt uitgebreid de veranderingen die hebben plaatsgevonden in het medezeggenschapsrecht in de private sector sedert 1979 (met als startpunt de ingrijpende wijziging van de WOR in dat jaar) en in de publieke sector (met name de regeling van de dienstcommissies in het ARAR uit 1982). Dat in dezelfde periode nog een andere wettelijke regeling van medezeggenschap van werknemers in zowel publieke als private sector (ik doel op de WMO) tot stand is gekomen, blijft buiten beschouwing.

de rechtspositie van het personeel in het bijzonder onderwijs, typisch soms in positieve zin, zeker zo vaak echter in negatieve zin.

2.2 VIJF VRAGEN

Om het gestelde doel te bereiken zal ik hierna trachten de volgende vijf vragen (binnen nader aan te geven grenzen) te beantwoorden:

a Hoe is op dit moment de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs?

In deze vraag ligt voor een belangrijk deel de beschrijvende component van het onderzoek besloten. Bij deze beschrijving zal ik speciaal aandacht besteden aan die onderdelen van het sociaal recht waar het bijzonder onderwijs met het oog op de in par. 1 geschetste grondrechtenproblemen een speciale positie inneemt. Het onderzoek zal daarom vooral betreffen: het recht betreffende het collectief overleg, het ontslagrecht en het recht betreffende de medezeggenschap van de werknemers.

Belangrijke onderdelen van het sociaal recht blijven aldus geheel of groten-deels buiten beschouwing. Dat is in de eerste plaats het geval met het recht betreffende de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden van de individuele werknemer. Het gaat hier om een in kwantitatief opzicht belangrijk stuk recht, dat echter weinig speciale problemen oplevert in relatie met het onderwijsgrondrecht, te weinig althans om een uitgebreide, inhoudelijke bespreking te rechtvaardigen. Om dezelfde reden blijft ook het recht betreffende de sociale zekerheid buiten beschouwing. Ook het arbeidsbeschermingsrecht blijft om deze reden buiten beschouwing. Daarnaast moet bedacht worden dat de kern van het arbeidsbeschermingsrecht, zoals vastgelegd in de Arbeidsomstandighedenwet, (nog) niet van toepassing is op het bijzonder onderwijs.³⁰

Nauw verbonden met de beschrijving van de huidige situatie is de beantwoording van de volgende vragen:

b Op welke wijze is de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs gezien vanuit een historisch perspectief tot stand gekomen?

c In welke opzichten verschilt de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs van die van de werknemers in de (overige) private sector?

³⁰ Naar verwachting zal de ARBOw uiterlijk in december 1991 op het bijzonder onderwijs van toepassing worden verklaard. Op het moment van het afsluiten van de tekst bestaat dienaangaande echter nog geen zekerheid.

De inleiding heeft al wel duidelijk gemaakt dat de sociaal-rechtelijke positie van de werknemer in het bijzonder onderwijs op dit moment alleen goed te begrijpen is vanuit een historisch perspectief, waarbij met name de schoolstrijd en de verzuiling van groot belang zijn. Vanuit dit oogpunt zal hierna dan ook aandacht worden besteed aan het verleden: doelstelling zal niet zijn het bieden van een in alle opzichten volledig historisch overzicht. Op het verleden zal in de eerste plaats worden teruggegrepen om des te beter de huidige situatie te kunnen begrijpen en daarnaast om (een eerste deel van) de basis te leggen voor het kunnen realiseren van een andere, hierna onder d en e preciezer aan te duiden onderzoeksdoelstelling: de evaluatie van de kwaliteit van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs op dit moment.

Een soortgelijk, tweeledig doel heeft de beantwoording van de vraag onder c. Ook de vergelijking waartoe de beantwoording van deze vraag aanleiding geeft, zal geen doel op zichzelf zijn. Zij biedt de mogelijkheid om des te beter de uitzonderingspositie, die het bijzonder onderwijs op dit moment in veel opzichten inneemt, te beschrijven en te begrijpen. Daarnaast draagt ook de vergelijking bij tot de beantwoording van de onder d en e te formuleren vragen.

Bij het vergelijken van 'rechtsposities' zal de nadruk worden gelegd op de overeenkomsten en verschillen tussen het bijzonder onderwijs en de (overige) private sector. Zoals hierna nog uitgebreid aan de orde zal komen, behoort het bijzonder onderwijs – ondanks alle verschillen – in deze sector thuis, met name door het grotendeels privaatrechtelijke fundament van de rechtspositie.³¹ Ook het openbaar onderwijs zal als vergelijkingsobject in het onderzoek worden betrokken, met name waar de inhoudelijk overeenstemmende regelingen door een ander fundament – privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk – andere rechtsgevolgen hebben.

In hoeverre is de huidige sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs het resultaat van een afweging waarin de belangen van schoolbestuur en werknemer, naast andere daarvoor in aanmerking komende belangen, het gewicht hebben gekregen dat deze belangen binnen de huidige Nederlandse samenleving toekomt?

Is het, in het licht van het antwoord op de vraag onder d, nodig en mogelijk om in de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs veranderingen aan te brengen die bewerkstelligen dat zo veel als mogelijk recht wordt gedaan aan alle bij de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs betrokken belangen?

Een centrale rol bij de beantwoording van deze vragen zal de in de inleiding reeds kort geschetste tegenstelling van werkgevers- en werknemersbelangen

31 Vgl. hoofdstuk IV, m.n. par. 3.

spelen, een tegenstelling die voor een deel eenzelfde karakter heeft als die binnen arbeidsverhoudingen elders, maar die voor een ander deel wordt bepaald door de aard van het werk en het karakter van de instelling in dienst waarvan dit werk wordt verricht: de bijzondere school.³²

Beide vragen gaan er van uit dat een afweging noodzakelijk is; dat, met andere woorden, noch de met het onderwijsgrondrecht verband houdende belangen steeds een groter gewicht toekomt dan de rechtspositieve belangen van de werknemers, noch – omgedraaid – de belangen van de werknemers steeds beschermd dienen te worden, desnoods ten koste van de verwezenlijking van het onderwijsgrondrecht. Deze (hierna uiteraard te onderbouwen) constatering roept in eerste instantie meer vragen op dan zij beantwoordt. Om welke (deel)belangen gaat het eigenlijk? Wat is hun relatieve gewicht? Is er eigenlijk wel strijd? Juist vragen als deze zullen hierna uitgebreid aan bod moeten komen.

Bij de afweging waartoe de beantwoording van beide vragen aanleiding geeft, zal de nadruk worden gelegd op de relatie tussen schoolbestuur en werknemer. Daarnaast zal ook de positie van de onderwijsafnemers – ouders en leerlingen – en van de overheid aan de orde komen.

3 Afbakening

3.1 VOORAF

Na het formuleren van de onderzoeksdoelstelling(en) wordt het tijd om het onderzoek preciezer af te bakenen. In par. 2 werd reeds aangegeven welke onderdelen van het sociaal recht wel en welke andere niet in het onderzoek betrokken zullen worden. Hierna zal het onderzoeksterrein 'bijzonder onderwijs' worden afgebakend. In par. 3.2 zal ik stilstaan bij het eigenlijke onderzoeksterrein. In par. 3.3 zal ik vervolgens aangeven welke instellingen en organisaties op het gebied van het onderwijs niet rechtstreeks in het onderzoek zullen worden betrokken.

3.2 HET ONDERZOEKSTERREIN

3.2.1 Algemeen

Het onderzoek zal gewijd zijn aan de rechtspositie van de werknemers die werkzaam zijn binnen het bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs. Het onderzoek zal met name gericht zijn op het door de overheid bekostigde bijzonder onderwijs. Op het niet-bekostigde basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs is de onderwijswetgeving namelijk grotendeels niet van toepassing. Rechtspositieel zijn de desbetreffende werk-

32 Vgl. hoofdstuk III, par. 4.1.

nemers daarom ook niet speciaal interessant. Grofweg gezegd is op hen het 'normale' sociaal recht in volle omvang van toepassing. Slechts in enkele wetten, waaronder met name het BBA, is ook voor de werknemers in het niet bekostigde basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs een uitzonderingspositie gecreëerd.³³

(Bekostigd bijzonder) basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs wordt gegeven binnen tal van instellingen. Zij worden in stand gehouden door verenigingen en stichtingen, in een aantal gevallen ook door rechtspersonen naar kerkelijk recht.³⁴ Deze rechtspersonen houden veelal slechts een of enkele scholen in stand.³⁵ Het grootste deel van de bijzondere onderwijsinstellingen is confessioneel. Precieze (en recente) cijfers op dit punt ontbreken. Wel beschikbaar zijn cijfers over de verdeling van de leerlingen over de diverse onderwijszuilen. In 1987 volgde van 3.205.529 leerlingen 32% onderwijs aan rooms-katholieke, 28,5% aan openbare, 24,6% aan protestants-christelijke en 15% aan algemeen-bijzondere onderwijsinstellingen. Uitsluitend uitgaande van de leerlingen in het bijzonder onderwijs volgde zodoende nagenoeg 80% van de leerlingen onderwijs aan een protestantse of katholieke school en net iets meer dan 20% van de leerlingen algemeen-bijzonder onderwijs.

Over het algemeen is sprake van zelfstandige onderwijsinstellingen. Slechts in een naar verhouding zeer beperkt aantal gevallen houdt de rechtspersoon naast een of meer onderwijsinstellingen ook andere instellingen in stand. Waar dat het geval is, gaat het in de regel om 'andere' instellingen die in verband staan met het onderwijs. Dat geldt bijvoorbeeld voor internaten, maar ook, wanneer de rechtspersoon een groot aantal scholen in stand houdt, voor centrale administraties en dergelijke. Zoals hierna zal blijken, zijn aan het onderscheid 'binnen de school-buiten de school' rechtsgevolgen verbonden op het gebied van de ontslagbescherming en de medezeggenschap.³⁶ De groep personen die in een rechtsverhouding staan tot de rechtspersoon om werkzaam te zijn binnen een school vormt uiteraard de meerderheid.

Betrekkelijk nieuw is het verschijnsel dat schoolbesturen ten behoeve van bepaalde niet-reguliere onderwijsactiviteiten afzonderlijke stichtingen oprichten. Dat gebeurt bijvoorbeeld om financiële risico's te verkleinen voor het reguliere onderwijs. Op de werknemers die ten behoeve van deze stichtingen werkzaam zijn, zijn de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving in beginsel niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor andere rechtspositionele bronnen voor het onderwijs, zoals de cao's in het beroepsonderwijs. De werknemers in dienst van deze stichtingen vallen in beginsel onder de werkingssfeer

33 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.

34 Vgl. Leune (1987), 254 e.v.

35 Volgens Willemsz/Van Wieringen (1986, 129) gemiddeld 2,9 scholen per schoolbestuur in 1984.

36 Ook op het personeel werkzaam 'buiten de school' kan de onderwijswetgeving van toepassing zijn. Vgl. bijvoorbeeld art. I-S421 RPBO. De uitzonderingspositie betreft met name het reguliere sociaal recht. Vgl. hoofdstuk V, par. 3 (i.v.m. het BBA) en par. 6 (i.v.m. de WMO). Vgl. ook hoofdstuk IV, par. 2.3 (i.v.m. de ABPw).

van het reguliere sociaal recht. Om die reden blijven zij hierna buiten beschouwing.

Als werkgevers zijn de bijzondere onderwijsinstellingen over het algemeen klein tot middelgroot. De universiteiten en (enkele) hogescholen buiten beschouwing gelaten, is sprake van instellingen die in de regel niet meer dan 100 à 200 werknemers tellen; het overgrote deel telt slechts enkele tientallen werknemers. De grote instellingen in het hoger onderwijs tellen honderden, of zelfs duizenden werknemers. Hoe klein de afzonderlijke instellingen over het algemeen ook zijn, het zijn er veel. In totaal betreft het onderzoek daarom een niet onaanzienlijke groep werknemers. Ik wees er reeds op in par. 1.1: het onderzoek betreft ongeveer 150.000 werknemers.

In het vervolg van deze paragraaf geef ik een korte karakteristiek van de afzonderlijke delen van het bijzonder onderwijs waarop het onderzoek betrekking heeft.

3.2.2 *Het bijzonder basisonderwijs*

De wettelijke grondslag voor het basisonderwijs wordt gevormd door de Wet op het basisonderwijs (hierna: WBO).³⁷ Het gaat hier om een nog vrij recente wet, in werking sedert 1 augustus 1985, die is ingevoerd ter vervanging van de Lager onderwijswet 1920 (hierna: LOW) en de Kleuteronderwijswet (hierna: KOW).

Basisonderwijs wordt gegeven aan leerlingen van vier tot twaalf jaar. Ten aanzien van de inhoud van het onderwijs bevat de WBO slechts een regeling van de hoofdzaken. De precieze inrichting van het onderwijs wordt door de instellingen zelf vastgelegd in een zogenaamd 'schoolwerkplan'.

Het basisonderwijs vormt het meest omvangrijke deel van het bekostigd bijzonder onderwijs (en van onderwijs in algemeen). In 1987 volgden bijna 1,5 miljoen leerlingen basisonderwijs. Ieder kind neemt vanaf zijn vierde jaar verplicht aan het basisonderwijs deel. Deze verplichting bestaat op grond van de Leerplichtwet; het niet nakomen van de leerplicht leidt tot strafbaarheid van de ouders of verzorgers.³⁸

Basisonderwijs wordt gegeven aan ongeveer 8.500 scholen. Van deze scholen is 35% openbaar en 65% bijzonder, te weten: 30% rooms-katholiek, 30% protestants-christelijk en 5% algemeen-bijzonder. In het protestants-christelijk onderwijs bestaat over het algemeen een voorkeur voor de verenigingsvorm; ongeveer 90% van de instellingen gaat uit van een vereniging. In het rooms-katholiek onderwijs bestaat daarentegen een voorkeur voor de stichtingsvorm; niet meer dan 1 à 2% van de scholen gaat daar uit van een vereniging.³⁹ De schoolbesturen houden over het algemeen een of enkele scholen in stand. Vaak is een schoolbestuur slechts actief in één bepaalde gemeente of in een deel daarvan.

³⁷ Wet van 2 juli 1981, S. 468.

³⁸ Artt. 2 e.v. en 26 e.v. Lplw.

³⁹ Vgl. Leune (1987), 255.

Over het algemeen is in het basisonderwijs sprake van kleine tot zeer kleine instellingen; het gemiddelde is ongeveer 10 werknemers per school. Werknemers zijn de directeur en eventueel een of meer adjunct-directeuren, de leerkrachten – groepsleraren genoemd – en het ‘ander onderwijzend personeel’ (bijvoorbeeld vakleraren en leraren eigen taal en cultuur). De basisschool kent daarnaast – op zeer bescheiden schaal – niet-onderwijzend personeel, vaak slechts deeltijds en/of incidenteel aan de school verbonden. De basisschool wordt als arbeidsorganisatie gekenmerkt door een horizontale structuur, waarbinnen vrijwel alle werknemers in staat zijn om vrijwel alle taken uit te voeren. Ook de schoolleiding, in de persoon van de directeur en eventueel een of meer adjunct-directeuren, is in de meest gevallen zelf bij het geven van het onderwijs betrokken.

3.2.3 *Het bijzonder speciaal onderwijs*

Wettelijke basis voor het speciaal onderwijs is de Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs (hierna: ISOVSO).⁴⁰ De ISOVSO is, net als de WBO, in werking sedert 1 augustus 1985. Qua structuur en inhoud is er een grote mate van gelijkenis tussen de beide wetten.

De ISOVSO is een in beginsel als tijdelijk bedoelde wet die het Besluit buitengewoon onderwijs 1967⁴¹ vervangt. De verandering van buitengewoon in speciaal onderwijs is meer dan alleen een verandering van naam: tot het buitengewoon onderwijs behoorden, naast scholen voor kinderen met leer- en opvoedingsproblemen en andere speciale onderwijsbehoeften, ook scholen voor bijvoorbeeld schipperskinderen en woonwagenkinderen. Het speciaal en voortgezet speciaal onderwijs is uitsluitend bedoeld voor leerlingen voor wie vast staat dat ‘overwegend een orthopedagogische benadering aangewezen is’; aldus bepaalt art. 2 lid 1 ISOVSO. Uit lid 2 van hetzelfde artikel blijkt dat het onder andere gaat om onderwijs aan dove en slechthorende kinderen, kinderen opgenomen in ziekenhuizen, (zeer) moeilijk lerende en/of opvoedbare kinderen, meervoudig gehandicapte kinderen en in hun ontwikkeling bedreigde kleuters. Net als de WBO bevat de ISOVSO slechts een regeling van de hoofdlijnen van het onderwijs. De nadere uitwerking geschiedt in een door iedere school afzonderlijk op te stellen schoolwerkplan.⁴² Speciaal onderwijs wordt gegeven aan leerlingen van ‘basisschoolleeftijd’; voortgezet speciaal onderwijs wordt gegeven aan oudere leerlingen. In totaal volgen ruim 100.000 leerlingen speciaal onderwijs.

Speciaal en voortgezet speciaal onderwijs wordt gegeven aan ruim 1000 scholen. Van deze scholen is 32% rooms-katholiek en 21% protestants-christelijk van signatuur tegenover 19% algemeen-bijzonder (en 28% openbaar).

Werknemers zijn de directeur en eventueel een of meer adjunct-directeu-

40 Wet van 15 december 1982, S. 730.

41 Besluit van 2-2-1967, S. 58.

42 Art. 19 ISOVSO.

ren, de leerkrachten – leraren genoemd – en het niet-onderwijzend personeel. De scholen voor speciaal onderwijs hebben vaak een regionale functie en zijn mede daarom groter dan de gemiddelde basisschool. Ook in andere opzichten onderscheidt de formatie van een school voor speciaal onderwijs zich van die van een basisschool: het aantal leden van het niet-onderwijzend personeel is veelal vrij omvangrijk. De directeur is in veel gevallen uitsluitend belast met de leiding van de instelling, niet tevens met het geven van onderwijs. Als geheel wordt de ‘gemiddelde’ instelling voor speciaal onderwijs gekenmerkt door een grotere mate van specialisatie dan een basisschool.

3.2.4 Het bijzonder voortgezet onderwijs

Wettelijke basis van het voortgezet onderwijs is de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO).⁴³ Als Mammoetwet in het begin van de jaren zestig toonbeeld van overheidsop treden gericht op het vernieuwen van het onderwijsstelsel, is de WVO – in werking sedert 1 augustus 1968 – inmiddels met enige afstand de oudste van de ‘grote’ onderwijswetten.

Aan het voortgezet onderwijs wordt deelgenomen door (een aantal jaren lang) leerplichtige leerlingen. Tot het voortgezet onderwijs behoren: het algemeen vormend onderwijs, variërend van mavo tot vwo, en het lager en middelbaar beroepsonderwijs.

In totaal volgen ongeveer 1.300.000 leerlingen voortgezet onderwijs aan ongeveer 3.800 scholen. Van deze scholen is 80% bijzonder en 20% openbaar. In het bijzonder algemeen vormend onderwijs en in het lager beroepsonderwijs neemt (net als in het basis- en speciaal onderwijs) de godsdienstige of anderszins levensbeschouwelijke vorming van de leerlingen een belangrijke plaats in. In het middelbaar beroepsonderwijs speelt die vorming over het algemeen een wat minder belangrijke rol. Dat blijkt als wordt nagegaan welke de signatuur is van de instellingen. Het algemeen vormend voortgezet onderwijs is voor een belangrijk deel confessioneel. Van de ongeveer 1450 scholen is 37,5% rooms-katholiek en bijna 30% protestants-christelijk, tegenover 7,5% algemeen-bijzonder (en 26% openbaar). In het middelbaar beroepsonderwijs is het aandeel algemeen-bijzondere scholen veel groter (ongeveer 35%). Ten dele worden deze scholen in stand gehouden door organisaties van werkgevers en werknemers.

Zowel voor het algemeen vormend onderwijs als voor het beroepsonderwijs geldt dat de schoolbesturen over het algemeen meer dan één instelling in stand houden. In een aantal gevallen is sprake van verenigingen en stichtingen die tien en meer scholen beheren.⁴⁴

De regeling van het voortgezet onderwijs in één wet suggereert een grote mate van gelijkheid, meer gelijkheid dan in werkelijkheid bestaat.⁴⁵ Inhoud en

43 Wet van 14-2-1963, S. 40.

44 Willemsz/Van Wieringen (1986), 130.

45 Naast het reguliere voortgezet onderwijs op basis van de WVO wordt ook voortgezet onderwijs gegeven op basis van de Experimentenwet onderwijs (S. 1970, 370), het Besluit proef-

organisatie van het onderwijs, per instelling vastgelegd in een leerplan, vertonen grote verschillen. Daarnaast zijn er grote verschillen qua bekostiging en formatieopbouw. Tot het personeel van een school voor voortgezet onderwijs behoren in (vrijwel) ieder geval de directeur (soms rector genoemd) en een of meer adjunct-directeuren (of conrectoren) en de leden van het onderwijzend personeel (leraren genaamd). Met name ten aanzien van het niet-onderwijzend personeel zijn er echter grote verschillen in omvang van het personeel en in de aard van de functies. Vooral het beroepsonderwijs beschikt over het algemeen over een groot aantal werknemers die niet of slechts indirect bij het onderwijs betrokken zijn. Het gaat hier om werknemers met taken op het gebied van de onderwijsondersteuning en in de sfeer van het onderhoud en beheer.

3.2.5 *Het bijzonder hoger beroepsonderwijs*

De wettelijke basis voor het hoger beroepsonderwijs is de Wet op het hoger beroepsonderwijs (hierna: WHBO).⁴⁶ De wet is in werking sinds 1 augustus 1986. Voordien viel het hoger beroepsonderwijs onder de werkingssfeer van de WVO.

De afzonderlijke wettelijke regeling hangt samen met de wens om hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs te laten uitgroeien tot één stelsel van hoger onderwijs. In verband daarmee hebben er de afgelopen jaren ingrijpende veranderingen plaatsgevonden in het hoger beroepsonderwijs. In het kader van de zogenaamde 'STC-operatie' (STC staat voor: Schaalvergroting, Taakverdeling en Concentratie) zijn talloze afzonderlijke instellingen gefuseerd tot grote hbo-'concerns', waarvan sommige qua omvang en variëteit van het onderwijsaanbod een gemiddelde universiteit overtreffen. De vergroting van de omvang van de instellingen is vergezeld gegaan van een vergroting van de autonomie van de instellingen, die onder andere blijkt uit een ingrijpend gewijzigd bekostigingsstelsel.⁴⁷ Aan de ontwikkelingen in het hoger beroepsonderwijs is daarmee nog geen einde gekomen. Het 'naar elkaar toegroeien' van hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs gaat door. In dat kader is in maart 1989 een Ontwerp-Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ingediend bij de Tweede Kamer.⁴⁸ De invoering van deze wet zal zonder twijfel ook in de personele/rechtspositionele sfeer consequenties hebben; welke dat zullen zijn, is nu nog niet te voorzien.

Hoger beroepsonderwijs is er in vele gedaanten: economisch, technisch, sociaal-agogisch, agrarisch, pedagogisch etc. Inhoud en organisatie van het

projecten nieuw vervolg/beroepsonderwijs (S. 1980, 283) en het Besluit proefprojecten deeltijd vervolg/beroepsonderwijs (S. 1983, 128). Daarnaast vinden onderwijsactiviteiten plaats op basis van de Wet op het leerlingwezen (S. 1970, 215), het Besluit vormingswerk voor jeugdigen (S. 1970, 357) en de Rijksregeling Basiseducatie (S. 1986, 433). Op de werknemers die bij dit onderwijs betrokken zijn is het RPBO in beginsel van toepassing. Vgl. art. I-A1 RPBO.

⁴⁶ Wet van 10-1-1985, S. 80.

⁴⁷ Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5.4.

⁴⁸ TK 1988-1989, 21073, nr 1 e.v.

onderwijs worden binnen de instellingen vastgelegd in een zogenaamd instellingswerkplan.⁴⁹

Het hoger beroepsonderwijs is omvangrijk: het wordt gevolgd door ruim 200.000 (in beginsel meerderjarige) studenten binnen enkele honderden instellingen. Van deze instellingen is 32% openbaar.⁵⁰ In het bijzonder onderwijs is met name het algemeen-bijzonder onderwijs sterk vertegenwoordigd: 51% van de instellingen behoort tot deze categorie; tegenover 7% rooms-katholieke en 10% protestants-christelijke instellingen.

De schaalvergroting in het hoger beroepsonderwijs heeft een toename van de omvang van het niet-onderwijzend personeel tot gevolg gehad, zowel in de sfeer van het bestuur (college van bestuur of centrale directie, afdelingsdirecteuren, stafafdelingen etc.) als in de sfeer van het beheer. Daarnaast kent het hoger beroepsonderwijs docerend personeel. Naast het 'reguliere' onderwijs kan een hbo-instelling ook onderwijs verzorgen ten behoeve van derden; in bescheiden mate is daarnaast het verrichten van onderzoek mogelijk. Voor deze nieuwe taken zijn medewerkers aangesteld, die rechtspositioneel ten dele in een speciale positie verkeren. Zeer duidelijk is dat het geval als de nieuwe taken zijn ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon; ik wees daarop in par. 3.2.1.

3.3 NIET IN HET ONDERZOEK TE BETREKKEN DELEN VAN HET ONDERWIJS

3.3.1 *Het bijzonder wetenschappelijk onderwijs*

Wettelijke basis voor het wetenschappelijk onderwijs is de Wet op het wetenschappelijk onderwijs (hierna: WWO).⁵¹ Bijzonder wetenschappelijk onderwijs wordt gegeven aan drie bijzondere universiteiten, te weten de Vrije Universiteit te Amsterdam, de Katholieke Universiteit te Nijmegen en de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.⁵² Deze drie instellingen worden in stand gehouden door een vereniging (de Vrije Universiteit) of door een stichting (de universiteiten in Nijmegen en Tilburg).

De sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder wetenschappelijk onderwijs zal hierna grotendeels buiten beschouwing blijven. Dat heeft te maken met de omvang van het onderzoek en met de (naar verhouding)

⁴⁹ Art. 20 WHBO.

⁵⁰ Art. 1 WHBO biedt de mogelijkheid dat een hbo-instelling in stand wordt gehouden door een orgaan dat in het leven is geroepen bij een gemeenschappelijke regeling, waaraan een of meer gemeenten, eventueel samen met het Rijk en een of meer rechtspersonen naar privaatrecht deelnemen. Hetzelfde geldt ook voor het speciaal en het voortgezet onderwijs. Vgl. de artt. 1 ISOVSO en 1 WVO. Het personeel verbonden aan een dergelijke instelling is ambtenaar en zal daarom hierna buiten beschouwing blijven.

⁵¹ Wet van 25-9-1985, S. 562.

⁵² Daarnaast bestaan nog theologische universiteiten. Zij zijn 'aangewezen' instellingen voor wetenschappelijk onderwijs in de zin van art. 218 WWO.

geringe praktische relevantie die een uitgebreide beschrijving van de rechtspositie van de werknemers van 'slechts' drie afzonderlijke onderwijsinstellingen zou hebben. Daar komt bij dat de drie instellingen ook onderling afwijken. Dat is het gevolg van het feit dat de onderwijswetgeving, ook waar het gaat om de rechtspositie van de werknemers, de afzonderlijke instellingen voor bijzonder wetenschappelijk onderwijs veel vrijheid laat. Voor het onderwerp medezeggenschap geldt daarnaast dat het weinig zinvol is om de situatie binnen de bijzondere universiteiten te bespreken zonder tevens in te gaan op de openbare universiteiten.

Waar het gaat om fundamentele vragen als die naar de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer en naar het op die rechtsverhouding toepasselijke recht neemt het wetenschappelijk onderwijs overigens een vergelijkbare positie in als het basis- tot en met hoger beroepsonderwijs. Een aanzienlijk deel van de inhoud van de hoofdstukken IV, V en VI is dan ook, ook als dat niet uitdrukkelijk wordt gezegd, mede van toepassing op het bijzonder wetenschappelijk onderwijs.

3.3.2 *Het niet-bekostigde bijzonder onderwijs*

Het bijzonder onderwijs kent een nagenoeg oneindige verscheidenheid. Particuliere personen en instanties kunnen ingaan op elke onderwijsvraag die in de samenleving leeft. Het door de overheid (volledig) bekostigde basis-, speciaal, voortgezet, hoger beroeps- en wetenschappelijk onderwijs neemt uiteraard de meest vooraanstaande plaats in. Daarnaast behoren tot het bijzonder onderwijs echter zo gevarieerde activiteiten als het muziek- en dansonderwijs, het zwem-onderwijs, het rijvaardigheidsonderwijs, de door volksuniversiteiten verzorgde cursussen, het onderwijs via radio en televisie, het schriftelijk onderwijs etc. etc.

Dit 'overige' bijzonder onderwijs – het onderwijs niet zijnde basis-, speciaal, voortgezet, hoger beroeps- en wetenschappelijk onderwijs – zal hierna niet rechtstreeks in het onderzoek betrokken worden, om dezelfde reden als het niet-bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs: qua rechtspositie zijn de desbetreffende werknemers (het BBA daargelaten) niet speciaal interessant.

3.3.3 *Het openbaar onderwijs*

Het openbaar basis- tot en met hoger beroepsonderwijs zal hierna niet rechtstreeks aan de orde komen. De werknemers in het openbaar onderwijs zijn in dienst van het Rijk, de gemeenten of de openbare hogescholen. Zij zijn in principe ambtenaren en vallen als zodanig rechtstreeks onder de werkingsfeer van de Ambtenarenwet en de speciaal voor het onderwijs vastgestelde rechtspositiereglementen. Deze reglementen bevatten uitsluitend op het Rijks- en gemeentelijk onderwijs toegesneden regelingen. Daarom wijkt de rechtspositie van de werknemers in het openbaar onderwijs ten dele af van die van andere ambtenaren in overheidsdienst, maar deze afwijkingen zijn niet voldoende om een afzonderlijke behandeling te rechtvaardigen, zeker niet in

samenhang met de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. De laatstgenoemden zijn – voorlopig nog in het midden latend hoe de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer gekwalificeerd dient te worden – geen ambtenaren.⁵³

De problemen die de werknemers in het bijzonder onderwijs in een speciale positie plaatsen kunnen zich in het openbaar onderwijs ook niet of nauwelijks voordoen. Anders dan in het bijzonder onderwijs wordt de rechtsverhouding van de ambtenaar ten opzichte van de openbare school beheerst door één stelsel van sociaal-rechtelijke regels, dat – als gezegd – op hoofdpunten niet afwijkt van het overige ambtenarenrecht. De onderwijswetgeving bevat voor het openbaar onderwijs ‘normale’ wettelijke bepalingen. Het blijft daardoor verschoond van de problemen die het bijzonder onderwijs kent, als gevolg van het feit dat de onderwijswetgeving grotendeels aan de schoolbesturen gestelde bekostigingsvoorwaarden bevat.⁵⁴ Anders dan in het bijzonder onderwijs kunnen ook geen eisen gesteld worden in verband met bijvoorbeeld de levensbeschouwelijke opvattingen, het al dan niet gehuwd samenleven en de seksuele gerichtheid van de werknemer.

3.3.4 Verzorgingsstructuur en onderwijsorganisaties

Het onderwijsbestel kent naast de onderwijsinstellingen als zodanig een grote verscheidenheid aan organisaties en instellingen die alle op enigerlei wijze met het onderwijs te maken hebben. Grofweg kan in dit verband een tweedeling worden gemaakt. In de eerste plaats zijn er de organisaties en instellingen die zich richten op de ondersteuning van het onderwijs door middel van onderzoek, leerplan- en toetsontwikkeling, begeleiding, planning of leermiddelenvoorziening, in het algemeen aangeduid met het begrip ‘verzorgingsstructuur’. In de tweede plaats zijn er de organisaties van schoolbesturen, werknemers en ook ouders en studenten die de belangenbehartiging van hun leden tot doel hebben; hierna de ‘onderwijsorganisaties’ genoemd.

De rechtspositie van de werknemers van beide categorieën organisaties en instellingen zal hierna niet aan de orde komen. Deze instellingen vallen niet onder de werkingssfeer van het onderwijsgrondrecht en evenmin onder de werkingssfeer van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving.⁵⁵ Uiteraard zijn er ook onder de onderwijsorganisaties en binnen de verzorgingsstructuur organisaties die een levensbeschouwelijke grondslag hebben en organisaties die door de overheid gesubsidieerd worden. In sociaal-rechtelijk opzicht nemen zij echter niet een zodanige uitzonderingspositie in, dat het gerechtvaardigd zou zijn om de rechtspositie van de desbetreffende

53 Vgl. hoofdstuk IV, par. 2.5.

54 Vgl. hoofdstuk VI.

55 De rechtspositionele bepalingen in het RPBO kunnen in sommige gevallen van toepassing zijn, m.n. in de sfeer van de onderwijsverzorging. Vgl. art. 51 van de Wet op de onderwijsverzorging (Wet van 18-12-1986, S. 635), art. I-A1 RPBO en de NvT op het RPBO, par. 3. Vgl. over de WOV: Mentink (1989b).

werknemers te behandelen in samenhang met die van de werknemers binnen de bijzondere scholen.

De organisaties die tot de verzorgingsstructuur behoren, zullen hierna in het geheel niet aan de orde komen. De onderwijsorganisaties daarentegen zullen hierna nog veelvuldig ter sprake komen, niet als werkgevers, maar als organisaties die zich de belangenbehartiging van werkgevers en werknemers in het bijzonder onderwijs ten doel hebben gesteld.

4 Overzicht, leeswijzer en terminologie

4.1 OVERZICHT

Het onderzoek naar de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs is als volgt opgezet.

In de hoofdstukken II en III zal ik de in eerste instantie niet-sociaal-rechtelijke achtergronden van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs belichten. Ik zal daarbij tot uitgangspunt nemen de spanning die het gevolg is van het feit dat in de samenleving en ten dele ook in het bijzonder onderwijs sedert de jaren zestig ingrijpende veranderingen hebben plaats gehad, terwijl qua rechtspositie van de werknemers alles bij het oude is gebleven.

In hoofdstuk II zal ik, met name aan de hand van de historische, sociologische en politicologische literatuur, ingaan op schoolstrijd en verzuijing, om aldus een beeld te schetsen van het bijzonder onderwijs en van de samenleving als geheel in de vorige eeuw en in de eerste zes decennia van deze eeuw. Daarnaast zal ik ingaan op de veranderingen in samenleving vanaf ongeveer 1960 en nagaan in hoeverre zij een weerslag hebben gehad op het bijzonder onderwijs. Hoofdstuk III is meer juridisch van aard. Daarin komen de voor het onderzoek relevante grondrechten aan de orde. Dat is in de eerste plaats het onderwijsgrondrecht. In verband daarmee zal centraal staan de vraag in hoeverre schoolstrijd, verzuijing en ontzuijing gevolgen hebben gehad voor (de interpretatie van) het onderwijsgrondrecht. In de tweede plaats komen de grondrechten aan de orde waaraan de werknemers een bescherming van hun belangen kunnen ontleenen. Tenslotte zal ik aandacht besteden aan onderwerpen als de horizontale werking, de beperking en de botsing van grondrechten, voor zover zij van belang zijn in verband met de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

De hoofdstukken II en III hebben een sterk inleidend karakter. Zij zijn met name bedoeld om de voor het onderzoek naar de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs relevante achtergronden te schetsen. Dat betekent dat de werknemers en hun rechtspositie als zodanig weinig aandacht krijgen.

De hoofdstukken IV, V en VI vormen vervolgens een 'algemeen deel', waarin de voor het onderwerp belangrijke sociaal-rechtelijke grondslagen aan de orde komen.

In hoofdstuk IV zal ik nagaan welke de aard is van de rechtsverhouding tussen werknemer en schoolbestuur. In de hoofdstukken V en VI zullen vervolgens de consequenties van deze kwalificatie(s) worden onderzocht voor het op de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs toepasselijke recht. In hoofdstuk V zal ik nagaan of en zo ja, in hoeverre de wettelijke regelingen behorend tot het reguliere sociaal recht van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs. In hoofdstuk VI komen de aard van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving en hun toepasselijkheid op het bijzonder onderwijs aan de orde.

De hoofdstukken VII tot en met XI vormen een 'bijzonder deel'. Zij zijn gewijd aan de drie sociaal-rechtelijke onderwerpen die in par. 2 werden genoemd: collectief overleg, ontslag en medezeggenschap. In verband met de onderwerpen 'ontslag' en 'medezeggenschap' heb ik een tweedeling aangebracht tussen het materiële recht en de rechtsbescherming, zodat de stof in beide gevallen over twee hoofdstukken verspreid aan de orde komt.

Hoofdstuk XII tenslotte bevat de conclusies.

4.2. LEESWIJZER

Het onderzoek naar de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs bevat sociaal-rechtelijke en onderwijsrechtelijke componenten. De in par. 2 geschetste onderzoeksdoelstellingen brengen met zich mee dat de hierna volgende hoofdstukken zowel beschrijvende als evaluerende elementen bevatten. Om beschrijving en evaluatie tot hun recht te laten komen, is het nodig om achtergronden te schetsen, zowel van niet-juridische (historische, sociologische, politicologische) aard, als van juridische (algemeen-staatsrechtelijke, -bestuursrechtelijke, -privaatrechtelijke en -procesrechtelijke) aard. Om dezelfde reden komt in verschillende hoofdstukken een korte beschrijving en analyse van het ambtenarenrecht en het sociaal-recht elders in private sector voor.

Dit alles leidt tot een omvangrijk boekwerk, waarvan de schrijver niettemin hoopt dat de lezer er in zijn geheel kennis van zal nemen, opdat de lijn in het betoog optimaal tot zijn recht komt en de coherentie in het betoog blijkt.

Desalniettemin kan het gebeuren dat de lezer zich wil beperken tot bepaalde onderdelen van het boek: beschrijving óf evaluatie, collectief overleg óf ontslag óf medezeggenschap. Daarnaast is denkbaar dat achtergrondbeschrijvingen worden overgeslagen.

Voor de lezer die het boek beperkt wil raadplegen geldt de volgende leeswijzer:

De hoofdstukken II en III zijn essentieel, zowel voor het begrip van de huidige sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs als voor de onderbouwing van de evaluerende conclusies in hoofdstuk XII en, op onderdelen, in de hoofdstukken IV tot en met XI. De lezer die vooral is

geïnteresseerd in de beschrijving van het positieve recht, zou kunnen volstaan met kennis te nemen van de conclusies aan het slot van beide hoofdstukken. In de hoofdstukken IV en volgende wordt, wanneer nodig, terugverwezen naar de relevante onderdelen van de hoofdstukken II en III.

Voor de hoofdstukken IV, V en VI geldt iets vergelijkbaars. Zij bevatten essentiële gegevens over de grondslagen van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs: de aard van de rechtsverhouding en het toepasselijke recht. Alle drie de hoofdstukken bevatten conclusies, waarin de belangrijkste bevindingen worden weergegeven. Ook hier kan de lezer overwegen uitsluitend van deze conclusies kennis te nemen. In de hoofdstukken II, III en VII tot en met XI wordt verwezen naar de relevante onderdelen van de hoofdstukken IV, V en VI, zodat een verdere verdieping in een bepaald aspect mogelijk is.

In de hoofdstukken VII tot en met XI – in zekere zin de kern van het onderzoek – zijn beschrijving, evaluatie en achtergronden zo veel mogelijk gescheiden. De inleidingen op de afzonderlijke hoofdstukken bevatten steeds een overzicht van de inhoud van het desbetreffende hoofdstuk. Het verband met het grotere geheel blijkt telkens, omdat door middel van verwijzingen relaties worden gelegd met andere onderdelen van het boek.

4.3 TERMINOLOGIE

Aan het slot van deze inleiding is het zinvol om enkele termen te omschrijven die in de volgende hoofdstukken veel gebruikt zullen worden.

In de eerste plaats zijn er de rechtsgebieden sociaal recht en onderwijsrecht. 'Sociaal recht' zal hierna gebruikt worden in de betekenis van het recht dat betrekking heeft op de ontplooiing van de werkende burgers.⁵⁶ Het sociaal recht omvat het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht. Ook het 'ambtenarenrecht' kan tot het sociaal recht gerekend worden. In verband met de hoofddoelstelling van het onderzoek (integratie van de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs in het sociaal recht) zal ik dat hierna niet doen. Waar het gaat om die integratie doel ik uitdrukkelijk op het sociaal recht dat van toepassing is op de private sector.

Een woord dat hierna nog veel gebruikt zal worden is 'rechtspositie'. Ik doel daarmee op het geheel van rechten en plichten tussen de werkgever (het schoolbestuur) en de individuele werknemer en/of groepen van werknemers. 'Rechtspositie' is synoniem aan 'sociaal-rechtelijke positie'. In plaats van 'rechtspositie' zal in een aantal gevallen ook het woord 'arbeidsvoorwaarden'

56 Ook een ruimere definitie van 'sociaal recht' is zeer wel te verdedigen, bijvoorbeeld als 'alle recht dat zich de bescherming van sociaal-economisch of anderszins zwakkeren in de samenleving ten doel heeft'. In dat geval vallen bijvoorbeeld ook het huurrecht (c.q. woonrecht), het consumentenrecht en het vreemdelingenrecht binnen het sociaal recht. In het kader van dit onderzoek is een dergelijk ruime omschrijving echter weinig zinvol.

worden gebruikt. 'Arbeidsvoorwaarden' moet daarom in ruime zin worden opgevat; onderdeel daarvan zijn de arbeidsvoorwaarden in enge zin: de geldelijke of op geld waardeerbare vergoeding voor de verrichte arbeid en andere daarmee onmiddellijk samenhangende vergoedingen, zoals voor studiekosten en verhuiskosten.

Een tweede rechtsgebied dat hierna een belangrijke rol zal spelen is het 'onderwijsrecht'. Ik versta daaronder alle recht dat betrekking heeft op de maatschappelijke sector van het onderwijs.⁵⁷ (Positief) onderwijsrecht is er uiteraard al lang; het rechtsgebied 'onderwijsrecht' is nog relatief jong. Als gevolg van de toenemende overheidsbemoeienis met het onderwijs en de daarmee gepaard gaande sterke uitbreiding van onderwijswetgeving en -jurisprudentie, is er inmiddels zoveel positief onderwijsrecht, dat het zin heeft om een apart rechtsgebied 'onderwijsrecht' te onderscheiden.

In de tweede plaats behoeven enkele termen uit het 'onderwijsveld' een verduidelijking. Fundamenteel is het onderscheid tussen openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs. Openbaar onderwijs is alle onderwijs dat uitgaat van de overheid. Bijzonder onderwijs is al het overige onderwijs. Zoals in de vorige paragraaf reeds bleek, is het niet juist om 'bijzonder onderwijs' en 'confessioneel (beter: confessioneel of anderszins levensbeschouwelijk) onderwijs' te vereenzelvigen. Naast het confessioneel-bijzonder onderwijs is er het algemeen-bijzonder onderwijs.

Hierna zal ik in verband met het bijzonder onderwijs drie 'zuilen' of 'denominaties' onderscheiden: het rooms-katholiek, het protestants-christelijk en het algemeen-bijzonder onderwijs. Het rooms-katholiek onderwijs vormt in beginsel een eenheid. Onder de noemer 'protestants-christelijk' gaat daarentegen een veelheid aan onderling min of meer afwijkende levensbeschouwingen schuil.⁵⁸ De verschillen tussen de diverse protestants-christelijke 'subdenominaties' zijn waar het gaat om de rechtspositie van de werknemers over het algemeen klein genoeg om toch van 'het' protestants-christelijk onderwijs te spreken. Het algemeen-bijzonder onderwijs tenslotte vormt in het geheel geen eenheid. Daartoe wordt alle onderwijs gerekend dat niet rooms-katholiek of protestants-christelijk is.⁵⁹ Tot het algemeen-bijzonder onderwijs wordt ook gerekend het niet-protestantse en -katholieke confessionele onderwijs en het levensbeschouwelijk (antroposofisch) georiënteerde onderwijs aan de zogenaamde vrije scholen.⁶⁰

Naast het begrip 'denominatie' zullen hierna ook de begrippen 'richting' en 'grondslag en doelstellingen' worden gebruikt, deze echter zoveel mogelijk alleen in de specifieke betekenis die daaraan met het oog op de (Grond)wet moet worden gehecht. Onder 'richting' wordt verstaan: 'een eigen visie op mens en samenleving'. In deze zin vertegenwoordigen ook de vrije scholen een

57 Ik parafraseer aldus Drop (1985), 3.

58 Vgl. ook hoofdstuk II, par. 3.1.2.

59 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.6.

60 Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.4.6.

richting. 'Grondslag en doelstellingen' is ruimer; ook een algemeen-bijzondere school kan een specifieke grondslag hebben en daarop gebaseerde doelstellingen, met name in onderwijskundig opzicht.

Bijzonder onderwijs wordt gegeven aan talloze instellingen. Die instellingen worden aangeduid met verschillende benamingen. Ook wanneer ik mij beperk tot het bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs blijkt nog een veelheid aan termen gebruikt te worden: school, streekschool, instelling, cursus, hogeschool. Ik zal hierna het gebruik van deze verschillende benamingen zo veel mogelijk vermijden en spreken van 'school'. Daaronder valt met name dus ook de hogeschool (dit begrip wordt nu in het hoger beroepsonderwijs gebruikt).

Het hoogste gezag in de school is het 'schoolbestuur'; in die betekenis zal ik die term hierna althans gebruiken. Aan het gebruik van de term 'schoolbestuur' kleven bezwaren, met name vanuit juridisch perspectief. In wezen gaat het namelijk niet om het bestuur van de school, maar om het bestuur van de rechtspersoon die de school in stand houdt.⁶¹ In de onderwijswetgeving wordt in plaats van 'schoolbestuur' steeds vaker gebruikt het begrip 'bevoegd gezag'. In de regel wordt daarmee naast het 'klassieke' schoolbestuur ook het hoogste gezag van een openbare school aangeduid.⁶² Ik zal hierna het begrip 'bevoegd gezag' niet gebruiken, ten dele omdat 'schoolbestuur' in de praktijk van het onderwijs nog steeds sterk ingeburgerd is, ten dele om het misverstand te voorkomen dat het betoog wellicht toch ook op het openbaar onderwijs betrekking heeft.

Ter aanduiding van de werknemers in het bijzonder onderwijs worden in de onderwijswetgeving verschillende termen gehanteerd. Er zijn: directeuren en rectoren, leraren, groepsleraren, docenten, hogeschooldocenten en hoofddocenten, maar ook consulenten en vormingsleiders en daarnaast leden van het administratief personeel, onderwijsondersteunend personeel en beheerspersoneel. Tenzij anders blijkt, wordt hierna met 'werknemer' bedoeld op al deze verschillende personeelsleden.⁶³ In de onderwijswetgeving wordt nog wel het onderscheid gemaakt tussen onderwijzend personeel, pedagogisch personeel, onderwijsondersteunend personeel etc. Voor wat betreft het sociaal recht zijn deze kwalificaties niet relevant. Van belang is uitsluitend het verschil tussen onderwijzend en niet-onderwijzend personeel.⁶⁴

61 De recente onderwijswetgeving is qua terminologie niet consequent. Vgl. bijv. art. 1 WHBO ('het bestuur van de rechtspersoon, bedoeld in art. 85') en art. 85 lid 2 WHBO ('het bestuur van de instelling', die, gezien lid 1, in stand wordt gehouden door een rechtspersoon).

62 Ook in het gebruik 'bevoegd gezag' is de wetgever overigens weinig consequent. Vgl. art. 1 WMO ('het schoolbestuur') en art. 1 WHBO ('de rechtspersoon ...'). Vgl. in verband daarmee ook de Wet op de erkende onderwijsinstellingen: bevoegd gezag is: '(...) het orgaan van de rechtspersoon dat bevoegd is terzake van de instelling rechtshandelingen te verrichten'.

63 Het begrip 'werknemer' zal ik hierna gebruiken ter aanduiding van een van de (twee) partijen bij een arbeidsovereenkomst. Ook het (gewijzigde) ontwerp van Boek VII, titel 10 NBW kiest inmiddels voor deze term. Vgl. Van der Heijden c.s. (1991), 139 e.v. Vgl. echter ook hoofdstuk IV, nt 1.

64 Vgl. bijv. hoofdstuk V, par. 3, i.v.m. het BBA.

Met name in verband met de medezeggenschap wordt het begrip 'geleding' veel gebruikt. Geledingen zijn: de werknemers enerzijds en – afhankelijk van het onderwijstype – de ouders, de ouders en de leerlingen of de studenten anderzijds. De geleiding werknemers valt uiteen in de 'sub-geledingen' onderwijzend personeel en niet-onderwijzend personeel.

Zowel schoolbesturen en werknemers als ouders en (in mindere mate) leerlingen en studenten hebben zich georganiseerd in verenigingen die de belangenbehartiging van hun leden op het oog hebben. Deze organisaties zal ik hierna aanduiden als 'onderwijsorganisaties'.⁶⁵

Naast de schoolbesturen, de werknemers en de ouders, leerlingen en studenten is er de overheid. Behalve de (formele) wetgever zal het hierna met name de Minister van Onderwijs zijn die namens (c.q. als) de overheid optreedt. Op dit moment is de officiële benaming van de onderwijsbewindspersoon: 'Minister van Onderwijs en Wetenschappen'. Die benaming is wel eens anders geweest (Minister van Onderwijs, Minister van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen). Ik zal deze nuances hierna negeren en steeds van 'de Minister' of – als dat duidelijker is – 'de Minister van Onderwijs' spreken. Soms zal de taakverdeling binnen het departement van onderwijs met zich meebrengen dat niet de Minister maar de Staatssecretaris optreedt. Aan die taakverdeling zal ik grotendeels voorbij gaan. Soms is het enkelvoud 'Minister' onjuist: in het landbouwonderwijs treden in veel gevallen de Ministers van Onderwijs en van Landbouw en Visserij gezamenlijk op. Ook daaraan zal ik in beginsel voorbij gaan.

65 Vgl. Drop (1985), 51 e.v.; Leune (1987), 354 e.v.

Hoofdstuk II – Schoolstrijd, verzuiling en ontzuiling

1 Inleiding

In de eerste paragraaf van het vorige hoofdstuk is gebleken dat ik mij bij het schetsen van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemer in het bijzonder onderwijs niet kan beperken tot het heden en evenmin tot puur juridische beschouwingen. Het tegendeel is het geval. In dit hoofdstuk zal ik dan ook de historische en politiek-maatschappelijke context van het onderwerp dat in deze studie centraal staat belichten. Meer specifiek wil ik nagaan of juist is hetgeen in het vorige hoofdstuk nog zeer tentatief werd gesteld, namelijk dat het bijzonder onderwijs in de vorige eeuw en in de eerste decennia van deze eeuw zeer duidelijk deel uitmaakte van de verzuil(en)de Nederlandse samenleving, dat het bijzonder onderwijs op dit moment uitwendig nog steeds een verzuilde aanblik biedt, maar dat het verzuilde als het ware is uitgehold door ontwikkelingen in de samenleving als geheel, die binnen het bijzonder onderwijs hebben doorgewerkt.

Het is niet mijn bedoeling om aan de bestaande literatuur over – kort gezegd – schoolstrijd en verzuiling zelf al te veel nieuws toe te voegen. Evenmin wil ik partij kiezen in de talloze verschillen van opvatting onder historici, sociologen en politicologen over bijvoorbeeld de verzuiling. Ik zal mij grotendeels baseren op bestaande literatuur. Daarnaast zal in de voetnoten uitgebreid verwezen worden.

De opzet van dit hoofdstuk is grotendeels chronologisch van aard. Par. 2 is gewijd aan de periode 1795-1920; daarin komt met name de schoolstrijd aan de orde. Par. 3 betreft de verzuiling in de Nederlandse samenleving en omvat de periode 1920-1960. In par. 4 komt de ontzuiling aan de orde en met name de periode 1960-1980. Par. 5 tenslotte betreft het afgelopen decennium.

2 Schoolstrijd en pacificatie

2.1 DE PERIODE VOOR 1848

2.1.1 *Overheidsbemoeienis met het onderwijs*

Als beginpunt voor een korte beschrijving van de geschiedenis van het onderwijs ligt het jaar 1795, het jaar waarin de Bataafse Republiek werd gesticht, voor de hand.¹ De Bataafse Republiek bracht de scheiding van kerk en staat, met alle gevolgen van dien, juist ook voor het onderwijs. Het was de overheid die de verantwoordelijkheid voor het onderwijs op zich nam; de rol van de kerken was daardoor grotendeels uitgespeeld.² 'Overheid' was de centrale overheid. Met de stichting van de Bataafse Republiek kwam er niet alleen een einde aan de rechtstreekse invloed van de kerken; datzelfde gold voor de invloed van de steden en de gewesten, zoals die voor 1795 had bestaan.

De centrale overheid had duidelijke doelen voor ogen met het onderwijs; doelen die verder gingen dan het opvoeden van het kind 'tot de eer van God'.³ Het onderwijs diende inhoudelijk op een hoger peil te worden gebracht, aansluitend op plannen van de overheid om Nederland in economisch opzicht te ontwikkelen. Ook een 'toegevoegde waarde' was duidelijk aanwezig in het onderwijs, maar niet langer religieus van aard. Het onderwijs diende in de ogen van de overheid voortaan gericht te zijn op het stimuleren van vaderlandsliefde en nationaal gevoel, ter versterking van de pasgevormde nationale staat.⁴

2.1.2 *Openbaar en bijzonder onderwijs*

De onderwijsplannen van de overheid werden op tot dan toe ongekende wijze omgezet in wetgeving.⁵ Ook ging de overheid ertoe over om zelf scholen op te richten en in stand te houden. Decennia lang was er in dit opzicht zelfs sprake van een overheersende positie van de overheid.⁶ Die was duidelijk beoogd. De openbare school was een gemengde school: zij was toegankelijk – en wilde ook toegankelijk zijn – voor eenieder, onafhankelijk van de al dan niet aanwezige levensbeschouwelijke overtuiging.

Overigens: staat en kerk waren in theorie dan wel gescheiden, in de praktijk bleek het moeilijk om die scheiding absoluut te verwezenlijken. De direct betrokkenen vonden dat kennelijk ook niet wenselijk. Zodoende bleef binnen het openbaar onderwijs de godsdienst een factor van belang. In de praktijk was de openbare school dan ook in veel gevallen een protestants-christelijke

1 Vgl. over de periode daarvoor: Stuurman (1983), 105 e.v.; Drop (1985), 153 e.v.; Dodde (1987).

2 Vgl. Drop (1985), 157.

3 Vgl. Drop (1985), 157.

4 Vgl. Idenburg (1964), 82-83; Drop (1985), 158.

5 Vgl. Van Bruggen c.s. (1977), 37 e.v.; J. Donner (1978), 4; Drop (1985), 158.

6 Vgl. Drop (1985), 158-159.

school, zeker 'boven de Moerdijk'.⁷ In het zuiden werd van de mogelijkheid tot inkleuring gebruik gemaakt door juist een rooms-katholiek stempel op het onderwijs te drukken.⁸

Naast de openbare scholen waren er op bescheiden schaal scholen die niet door de overheid in stand werden gehouden.⁹ Art. 12 van de Schoolwet van 1806 bepaalde dat dergelijke scholen alleen konden worden opgericht na daartoe verkregen toestemming van overheidswege. Van de bevoegdheid om toestemming te geven werd zeer spaarzaam gebruik gemaakt. De overheid wilde namelijk voorkomen dat de doelstellingen die zij had met het openbaar onderwijs al te zeer werden ondergraven door de oprichting van particuliere scholen.¹⁰ Om die reden was de toelating van leerlingen aan beperkingen onderhevig. Ook de inrichting van het onderwijs binnen de particuliere scholen stond onder overheidsinvloed. Daarnaast had de overheid een sterke mate van invloed op de te gebruiken leerboeken en op aanstelling en ontslag van de leerkrachten.¹¹

2.1.3 Toenemende weerstanden

Tot in het midden van de negentiende eeuw bleef de situatie als geschetst. De periode van Franse overheersing, de stichting van het onafhankelijke Koninkrijk der Nederlanden en de afscheiding van België brachten geen fundamentele wijzigingen in het onderwijsbestel met zich mee. Het waren veeleer andere ontwikkelingen die geleidelijk aan duidelijk maakten dat veranderingen in het onderwijs nodig waren.

In meer orthodox-protestantse kring ontstonden steeds meer weerstanden tegen de als te verlicht en in religieus opzicht te 'slap' ervaren opvattingen binnen de toonaangevende protestantse kringen. Deze weerstanden kanaliseerden zich gaandeweg in twee stromingen: het Reveil, in de 'betere kringen', en de Afscheiding, onder 'het volk'.¹² In politiek opzicht hadden deze stromingen een afkeer van het liberalisme gemeen. Waar het ging om het onderwijs waren zij voorstanders van 'strenger' protestants-christelijk onderwijs. Dat wil niet zeggen dat het onderwijs in hun ogen per se in handen van particulieren diende te zijn. Aanvankelijk bestond zelfs een duidelijke voorkeur voor onderwijs van overheidswege. Groen van Prinsterer en de zijnen wilden dat de wetgever ruimte zou laten voor het geven van (al naar gelang de wensen van de ouders) uitgesproken protestants-christelijk of katholiek openbaar onderwijs.¹³ Het was pas veel later, met name in de periode na 1860, dat de or-

7 Vgl. Idenburg (1964), 83; Den Dekker-Van Bijsterveld (1988), 128.

8 Vgl. Van Vugt (1980); Stuurman (1983), 126; Oud/Bosmans (1990), 11.

9 Naar huidig spraakgebruik zijn zij bijzonder; in die tijd waren zij openbaar, omdat openbaar onderwijs aanvankelijk het tegengestelde was van huiselijk onderwijs. Vgl. Den Dekker-Van Bijsterveld (1988), 125.

10 Vgl. Stuurman (1983), 112, 116/117.

11 Vgl. J. Donner (1978), 7-8; Den Dekker-Van Bijsterveld (1988), 128.

12 Vgl. Idenburg (1964), 84 e.v.; Hendriks (1971), 110 e.v.

13 Vgl. Idenburg (1964), 86; Hendriks (1971), 111; Oud/Bosmans (1990), 51-52.

thodox-protestanten hun streven richtten op het verkrijgen van de vrijheid om zelf scholen op te richten.

Ook binnen het rooms-katholieke deel van de Nederlandse bevolking vonden veranderingen plaats, die van belang waren voor het ontstaan van het bijzonder onderwijs in zijn huidige verschijningsvorm. Na eeuwenlang tweederangs-burgers te zijn geweest, groeide in de eerste helft van de negentiende eeuw het zelfbewustzijn van de rooms-katholieken. Van anti-liberalisme was aanvankelijk geen sprake; het was juist aan de op dat moment politiek toonaangevende liberale opvattingen dat de katholieken een groot deel van hun nieuw verworven rechten dankten. Pas later, in de periode na 1860, wendden de katholieken zich van het liberalisme af en stelden ook zij zich op tegenover de overheid, in hun streven naar het behoud van hun eigen geloof en naar het afschermen van de gelovigen voor de invloed van elders in de Nederlandse samenleving heersende opvattingen.¹⁴

Het streven van de rooms-katholieken was van begin af aan gericht op het verkrijgen van ruimere mogelijkheden tot het oprichten van eigen scholen. In het zuiden was er weliswaar ruimte voor het geven van een eigen kleur aan het openbaar onderwijs; in de gebieden waar de rooms-katholieken in de minderheid waren – en na 1830 was dat het overgrote deel van Nederland – had het openbaar onderwijs echter de kleur van de protestantse meerderheid. Juist hier ondervonden de katholieken de nadelen van het in levensbeschouwelijk opzicht niet-neutrale openbaar onderwijs. Daarnaast speelde een rol dat het openbaar onderwijs – ook in het zuiden – hoe dan ook overheidsonderwijs was.¹⁵

2.2 DE PERIODE 1848-1917

2.2.1 *De vrijheid van onderwijs erkend*

De weerstanden uit de orthodox-protestantse en rooms-katholieke kringen leidden aanvankelijk slechts tot kleine aanpassingen. Zo werd in 1830 een eerste aanzet gegeven voor de wettelijke vastlegging van het beginsel van de levensbeschouwelijke neutraliteit van het openbaar onderwijs.¹⁶ In 1842 werd de vrijheid om eigen scholen te stichten weliswaar niet in materiële zin verruimd, maar de vanaf dat moment geboden rechtsbeschermingsmogelijkheid (beroep op Gedeputeerde Staten) betekende niettemin een vooruitgang.¹⁷

Daarna werd in 1848 de vrijheid van onderwijs in de Grondwet vastgelegd. Art. 194 lid 4 Gw bepaalde voortaan dat 'het geven van onderwijs (...) vrij (is), behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaam-

14 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 244-246. Vgl. ook par. 3.1.4.

15 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 247.

16 Vgl. Idenburg (1964), 87; Den Dekker-van Bijsterveld (1988), 129.

17 Vgl. Idenburg (1964), 88; Drop (1985), 160.

heid en de zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen'. Afgezien van enkele niet-principiële beperkingen, diende de overheid voortaan het oprichten van (in de huidige zin:) bijzondere scholen niets in de weg te leggen.

Gezien de voorkeur van de orthodox-protestanten voor naar levensbeschouwing 'gesplitst' openbaar onderwijs, is te begrijpen dat zij niet in alle opzichten gelukkig waren met de verkregen vrijheid, zeker niet nu tevens de neutraliteit van het (ook nog verplicht in voldoende mate aan te bieden) openbaar onderwijs werd vastgelegd in de Grondwet.¹⁸ Het waren dan al eerder de rooms-katholieken die hun wensen vervuld zagen: zij konden overal in Nederland eigen scholen oprichten en werden daarmee 'verlost' van het al te zeer protestants-christelijk beïnvloede openbaar onderwijs.

2.2.2 De Wet-Van der Brugghen

Op basis van art. 194 Gw kwam, na drie mislukte pogingen om de grondwetswijziging van 1848 in onderwijswetgeving om te zetten, in 1857 de Wet-Van der Brugghen tot stand.¹⁹ In het wetsontwerp was aanvankelijk voorzien in de mogelijkheid van subsidiëring van het bijzonder onderwijs vanwege het Rijk. Op het laatste moment werd die mogelijkheid bij amendement geschrapt, vanwege vermeende strijd met de Grondwet.²⁰ Aldus bleef het bijzonder onderwijs aangewezen op de slechts in beperkte mate mogelijke gemeentelijke en provinciale subsidie.²¹ Afgezien daarvan bleef de vrijheid van onderwijs een vrijheid die uitsluitend op eigen kosten genoten kon worden.

Na 1857 verscherpten zich geleidelijk aan de tegenstellingen tussen de voor- en tegenstanders van bekostiging van het bijzonder onderwijs. Onder de protestanten groeide het inzicht dat de strijd om uitgesproken protestants openbaar onderwijs – binnen een protestants-christelijke natie – verloren was.²² De aandacht werd gericht op het stichten van bijzondere scholen. De noodzaak van bekostiging door de overheid werd vervolgens al gauw duidelijk.²³ Voor zover het de rooms-katholieken betreft, was de verheviging van de strijd voor bekostiging het gevolg van de pauselijke encycliek 'Quanta Cura' en de daarbij gevoegde 'Syllabus Errorum', die de katholieken wilde afhouden van samenwerking met de liberalen. Deze encycliek werd in 1868 gevolgd door een mandement van de (sedert 1853 weer in Nederland aanwezige) bisschoppen,

18 Vgl. ook: Den Dekker-van Bijsterveld (1988), 130-131.

19 Wet van 13-8-1857, S. 103. Vgl. Idenburg (1964), 93 e.v.; Oud/Bosmans (1990), 50 e.v.

20 Niet alleen de liberalen, maar ook sommige katholieken en protestanten stelden op dat moment geen prijs op subsidiëring van overheidswege, althans niet op de wijze zoals voorzien in het wetsontwerp. Ook zij steunden het amendement. Vgl. Den Dekker-van Bijsterveld (1988), 132; Oud/Bosmans (1990), 56.

21 Vgl. Den Dekker-van Bijsterveld (1988), 132. De Middelbaar onderwijswet van 1863 kende wel de mogelijkheid van subsidiëring van rijkswege; 'Maar niemand schijnt dit te hebben opgemerkt', schrijft Idenburg (1964, 117).

22 Vgl. Hendriks (1971), 115-117.

23 Vgl. Idenburg (1964), 102, 109; Hendriks (1971), 111.

waarin de bisschoppen het bezoeken van openbare scholen sterk afraadden.²⁴

2.2.3 De Wet-Kappeyne van de Coppello

Tegen deze achtergrond bezien, behoeft het niet te verwonderen dat het wetsontwerp, dat uiteindelijk in 1878 als de Wet-Kappeyne van de Coppello het Staatsblad bereikte, op sterke weerstanden stuitte. Het ontwerp bevatte een groot aantal bepalingen bedoeld om de kwaliteit van het onderwijs te verhogen. Voor zover het het openbaar onderwijs betrof, was het Rijk bereid de kosten van de nagestreefde kwaliteitsverbetering voor zijn rekening te nemen. Rijkssubsidie voor het bijzonder onderwijs werd echter nog steeds niet mogelijk geacht door de liberalen, die in de Tweede Kamer de toon aangaven. Subsidies door plaatselijke overheden werden tegengegaan door de bepaling dat elke geheel of ten dele uit de openbare kas bekostigde school als een openbare school zou worden gezien.²⁵ Invoering van het wetsontwerp zou voor het bijzonder onderwijs daarom grote problemen opleveren. Ook de bijzondere scholen werden namelijk geacht te voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen, zonder dat de middelen om dat te realiseren in alle gevallen aanwezig waren.²⁶

De weerstanden waarop het wetsontwerp stuitte, waren zo sterk, dat rooms-katholieken en orthodox-protestanten, die voordien zeer wantrouwend tegenover elkaar stonden (onder andere als gevolg van de geschillen rond de herinvoering van de bisschoppelijke hiërarchie in Nederland), gezamenlijk optraden in de strijd tegen het wetsontwerp.²⁷ In een volkspetitionnement wendden zowel de protestanten, onder leiding van Kuiper, als de katholieken, daartoe opgeroepen door Schaepman, zich tot de Koning met het dringende verzoek om de wet niet te ondertekenen. De Koning zag daarvoor geen ruimte, wat begrijpelijk is binnen de nog maar net 'gevestigde' parlementaire democratie.²⁸ De invoering van de Wet-Kappeyne van de Coppello²⁹ was daarmee een feit.

2.2.4 De Wet-Mackay

Na 1878 keerde het tij voor de voorstanders van bekostiging van het bijzonder onderwijs. Een uitbreiding van het kiesrecht in 1887 gaf protestanten en katholieken na de verkiezingen van 1888 – voor het eerst – een meerderheid in de Tweede Kamer. Niet lang daarna, in 1889, kon een kamermeerderheid zich uitspreken tegen de tot dan toe heersende opvatting dat de Grondwet zich verzette tegen bekostiging van het bijzonder onderwijs.³⁰ Dat gebeurde in het

24 Vgl. Thurlings (1971), 95 e.v.; Stuurman (1983), 127-128; Oud/Bosmans (1990), 95.

25 Vgl. Schelfhout (1977), 19.

26 Vgl. Hendriks (1971), 115; Drop (1985), 161; Oud/Bosmans (1990), 107 e.v.

27 Vgl. Stuurman (1983), 125 e.v.; Van Doorn (1989a), 35; Oud/Bosmans (1990), 109-110.

28 Eerder, in 1856, had een soortgelijk volkspetitionnement overigens wel (een zeker) politiek effect. Vgl. Oud/Bosmans (1990), 53.

29 Wet van 17-8-1878, S. 127.

30 Ten tijde van de grondwetsherziening van 1887 (die geen gevolgen had voor het onderwijsartikel) was al gebleken dat verscheidene liberalen subsidiëring van het bijzonder onderwijs niet

kader van de invoering van de Wet-Mackay tot wijziging van de Lager onderwijswet van 1878.³¹ Het recht op bekostiging was weliswaar niet volledig. Veel belangrijker was echter de principiële verandering in de opvatting over de toelaatbaarheid van bekostiging van het bijzonder onderwijs.³²

2.2.5 De periode na 1889

Na 1889 werd strijd gevoerd voor de erkenning van het recht op gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder onderwijs. De (grondwettelijke) erkenning daarvan liet echter nog dertig jaar op zich wachten; pas in de periode rond de Eerste Wereldoorlog zou het liberalen, protestanten, katholieken en – inmiddels ook – socialisten lukken om een oplossing te vinden voor de twee grote 'kwesties' die decennia lang de politiek beheersten – schoolstrijd en kiesrecht. Voordien hielden de protestanten en rooms-katholieken met hun 'non possumus'-politiek iedere grondwetswijziging tegen, omdat zij niet tevens (meestal naast voorstellen terzake van het kiesrecht) het onderwijsartikel omvatte.³³ Tussen 1889 en 1917 kwamen beide kwesties dan ook nog verscheidene keren in het parlement ter sprake. Het zwaartepunt van de politieke aandacht verplaatste zich geleidelijk aan echter naar de zogenaamde sociale kwestie.

Dat voor wat betreft het onderwijs een definitieve oplossing, op grondwettelijk niveau, tot 1917 uitbleef, wil overigens niet zeggen dat in de tussentijd de ontwikkelingen op onderwijsgebied stilstonden. Geleidelijk aan werd bij formele wet de omvang van de financiering uitgebreid. Ook ander dan lager onderwijs kwam op den duur voor (gedeeltelijke) bekostiging in aanmerking. Een andere belangrijke ontwikkeling was de opening van de mogelijkheid voor het bijzonder onderwijs om erkenning van diploma's te verkrijgen.³⁴ Tenslotte verdient genoemd te worden de Onderwijsnovelle van 1905, die de financiële positie van het bijzonder onderwijs verbeterde.³⁵ De wet bood voorbeelden van een bewust gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs, voorafgaande aan de pacificatie van 1917-1919, en wel op een terrein dat voor dit onderzoek van groot belang is, namelijk dat van de rechtspositie van het personeel. Werknemers in het bijzonder onderwijs kregen voortaan recht op een minimum-salaris. Daarnaast werden bepalingen vastgesteld inzake de commissies van beroep, eveneens met de bewuste bedoeling om de werknemers in het bijzonder onderwijs niet in een slechtere positie te laten verkeren dan hun collega's in het openbaar onderwijs.³⁶

← langer ongrondwettig achtten; ook de Eerste Kamer, met een liberale meerderheid, aanvaardde daarom de Wet-Mackay. Vgl. Drop (1985), 161; Oud/Bosmans (1990), 138.

31 Wet van 8-12-1889, S. 175.

32 Vgl. Den Dekker-van Bijsterveld (1988), 134-135; Oud/Bosmans (1990), 142.

33 Vgl. Stuurman (1983), 135; Postma (1988), 6; Mentink (1989a), 47.

34 Vgl. Drop (1985), 162.

35 Vgl. Oud/Bosmans (1990), 183-184.

36 Vgl. over de commissies van beroep: hoofdstuk IX, par. 2.1. Vrijwel gelijktijdig werden bij Wet van 5-6-1905 (S. 153) voor openbaar en bijzonder onderwijs gelijke pensioenaanspraken in het leven geroepen. Vgl. hoofdstuk IV, par. 2.3.

2.3 DE PACIFICATIE

2.3.1 *De financiële gelijkstelling*

Ondanks alle verbetering in de positie van het bijzonder onderwijs waren de protestanten en katholieken niet eerder tevreden dan nadat de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs in de Grondwet was vastgelegd. Dat doel werd uiteindelijk bereikt in 1917, althans in 1919, toen een conform de wensen van protestanten en katholieken aangepast Grondwetsartikel inzake het onderwijs in werking trad.³⁷ De wijziging van de Grondwet was in de jaren 1913-1916 voorbereid door de zogenaamde Bevestigingscommissie, samengesteld uit de politieke kopstukken van dat moment, aangevuld met de onderwijsspecialisten.³⁸

Resultaat van de pacificatie was dat voortaan het bijzonder (algemeen vormend) lager onderwijs een grondwettelijk gegarandeerde aanspraak had op bekostiging naar dezelfde maatstaven als het openbaar onderwijs. De bekostiging zou weliswaar onder door de wetgever vast te stellen voorwaarden worden verleend; deze voorwaarden mochten echter niet de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs in gevaar brengen. De precieze juridische betekenis van de nieuw vastgestelde onderdelen van de onderwijsbepaling in de Grondwet komt in hoofdstuk III uitgebreid aan de orde. In dit verband is belangrijk te onderstrepen dat voorstanders van het bijzonder onderwijs in 1917 kregen waarvoor zij decennia lang hadden gevochten. Met de pacificatie werd dan ook een lange periode van politieke strijd afgesloten.

2.3.2 *Na de pacificatie*

Op de pacificatie volgde een periode van voorspoed voor het bijzonder onderwijs. De confessionele partijen wisten bij alle verkiezingen na 1918 hun meerderheidspositie te behouden; pas in 1967 zou daaraan een einde komen.³⁹ Aldus hadden de voorvechters van volledig bekostigd bijzonder onderwijs de mogelijkheid om de inhoud van – toen – art. 192 Gw in een rap tempo in concrete onderwijswetgeving om te zetten. Een nieuw ministerie, van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen, werd afgesplitst van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.⁴⁰ De Onderwijsraad werd opgericht.⁴¹ In 1920 kwam de Lager onderwijswet 1920 tot stand. Zij werd gevolgd door de Nijverheidsonderwijswet en door de ingrijpende wijziging van de overige wetten voor het voortgezet onderwijs. Kenmerkend voor al deze wetgeving was de uiterst nauwkeurige wijze waarop de aanspraak op gelijke bekostiging daarin werd vastgelegd. De gelijke bekostiging betekende een forse stimulans voor de stichting van bijzondere scholen; ergens tussen 1920 en 1930 werd dan ook het

37 Vgl. Oud/Bosmans (1990), 220 e.v.

38 Vgl. Oud/Bosmans (1990), 212-213.

39 Vgl. Stuurman (1983), 59.

40 Vgl. Rutgers (1932), 455.

41 Vgl. Mentink (1989a), 104.

moment bereikt waarop het aantal bijzondere scholen het aantal openbare scholen overtrof.⁴²

Toch was dit alles niet alleen de nasleep van de Grondwetwijziging uit 1917-1919. De sterke uitbouw van het bijzonder onderwijs vormde een onderdeel van de grote veranderingen die binnen de Nederlandse samenleving als geheel plaatsvonden. Ik doel daarbij uiteraard op de uitbouw van de verzui-ling, die enerzijds de groei van het bijzonder onderwijs sterk stimuleerde, terwijl anderzijds het bijzonder onderwijs een belangrijke bijdrage leverde aan het totstandkomen en voortbestaan van de verzuijing van de Nederlandse samenleving als geheel. Aan de verzuijing is de volgende paragraaf gewijd.

3 Een periode van uitbouw en consolidatie

3.1 DE VERZUIJDE SAMENLEVING

3.1.1 *Verskillende opvattingen*

Het onderwerp 'verzuijing' heeft sterk in de belangstelling gestaan en doet dat in wezen nog steeds. Dat is niet verwonderlijk, want het gaat om een in inter-nationaal verband gezien vrij bijzonder verschijnsel; dat de aandacht van his-torici, sociologen en politicologen ruimschoots verdient.⁴³ De meningen lo-pen, zoals te verwachten, uiteen. Hierna zal ik een aantal van de belangrijkste verschillen van opvatting tot uitgangspunt nemen bij het bespreken van de verzuijing van de Nederlandse samenleving.

3.1.2 *Zuil en verzuijing*

Globaal gezien is het beeld duidelijk: 'verzuijing' betekent dat de samenleving is opgesplitst langs levensbeschouwelijke scheidslijnen, juist ook waar het gaat om aspecten van het maatschappelijk leven waarbij de levensbeschouwing niet per se op de voorgrond hoeft te staan. Meer concreet betekent verzuijing dat grote delen van de Nederlandse bevolking zich gedurende vele jaren bij hun stemgedrag, bij hun lidmaatschap van een vakbond of standsorganisatie, bij de keuze van sportvereniging en krant, bij de keuze van huwelijkspartner en vrienden en, zeker niet in de laatste plaats, bij de keuze van het onderwijs lieten leiden door hun levensbeschouwelijke opvattingen en wel in die zin dat alles onder één en dezelfde noemer werd gebracht. De personen en/of organi-saties die uitgingen van diezelfde noemer vormden de 'zuil'.

Tot zover stemmen de meningen nog wel overeen. Waar het gaat om het definiëren van het begrip 'zuil' blijken de meningen echter uiteen te lopen. 'Zuil' is voor de één het totaal aan organisaties gebaseerd op dezelfde levens-

42 Vgl. Boef van der Meulen/Van Kemenade (1986), 248.

43 De aandacht voor de verzuijing uit de juridische hoek is gering. Vgl. wel Van Wersch (1979), 35 e.v.; Van der Burg (1984).

beschouwing.⁴⁴ De katholieke zuil is in deze opvatting het geheel van onderling – meestal aan de top – met elkaar verbonden organisaties van katholieke signatuur: de katholieke politieke partij, de katholieke vakbonden, de katholieke scholen etc. Voor anderen wordt de zuil gevormd door de bevolkingsgroep die dezelfde levensbeschouwing tot uitgangspunt neemt.⁴⁵ De protestantse zuil wordt dan gevormd door al die Nederlanders die vanuit een protestantse levensovertuiging op een protestantse partij stemmen, een huwelijks-partner uit protestantse kring kiezen, als werkgever uitsluitend protestantse werknemers in dienst nemen etc. Voor beide opvattingen kunnen, lijkt mij, argumenten worden aangevoerd; de waarheid zal waarschijnlijk ergens in het midden liggen, in die zin dat verzuiling zowel blijkt uit het ontstaan van en de wijze van optreden van verzuilde organisaties, als uit het gedrag en de mentaliteit van 'de (individuele) Nederlander'.⁴⁶

Een belangrijk verschil van opvatting betreft de vraag hoeveel zuilen binnen de Nederlandse samenleving hebben bestaan. Over het bestaan van een katholieke zuil en een protestantse zuil is iedereen het eens. De vraag is of er daarnaast nog een algemene zuil, of eventueel een socialistische en een liberale zuil onderscheiden moeten worden.⁴⁷

Met name de opvatting dat naast de katholieke en de protestantse ook nog een socialistische zuil bestaan heeft, lijkt mij verdedigbaar. Op verschillende terreinen van het maatschappelijk leven, zowel in de politiek als daarbuiten, bestonden tenslotte socialistische naast katholieke en protestantse organisaties en vertoonden socialisten eenzelfde 'verzuild' gedrag als katholieken en protestanten. Anderzijds waren er ook wel degelijk verschillen. De socialistische zuil omvatte bijvoorbeeld niet alle sociale lagen, zoals met de katholieke en de protestantse zuil wel het geval was, en de verzuiling was ook minder alomvattend waar het ging om de verschillende levenssferen waarin de verzuiling doordrong.⁴⁸ Aan deze verschillen behoeft echter niet al te zwaar getild te worden; ook de katholieke en de protestantse zuil waren bepaald niet in alle opzichten vergelijkbaar. De protestantse zuil was aanzienlijk minder hecht georganiseerd dan de katholieke en was ook minder alomvattend. Gevolg daarvan was dat zeker niet alle protestanten ook tot de protestantse zuil gerekend konden worden; tot deze zuil behoorden met name de meer orthodoxen

44 Vgl. Kruijt (1957), 15: 'Zuilen zijn op levensbeschouwelijke grondslag gebaseerde, wettelijk gelijkgerechtigde blokken van maatschappelijke organisaties en samenlevingsvormen binnen een grotere, levensbeschouwelijk gemengde, maar raciaal en ethnisch overwegend homogene, democratische maatschappij (natie)'. Aldus ook: Thurlings (1971), 12.

45 Vgl. Lijphart (1979), 28, 34.

46 Aldus ook: Blom (1985), 12, 17. Thurlings (1971, 13) wijst er in dit verband terecht op dat niet alleen de organisatie, maar ook de feitelijke deelname aan die organisatie om een verklaring vraagt en dat de verklaringen voor de verschillende niveau's (of aspecten) van verzuiling (en ontzuiling) kunnen verschillen. I.v.m. de ontzuiling zal ik daar op terugkomen; vgl. par. 4.2.4.

47 Vgl. Stuurman (1983), 69-70; Van Schendelen (1984), 408; Blom (1985), 18; Van Doorn (1989b), 124-125.

48 Vgl. Van den Berg (1985), 164 e.v.; Van Doorn (1989b), 124-125.

(gereformeerd én hervormd).⁴⁹

Een duidelijk verschil tussen de katholieke en de protestantse zuil enerzijds en de socialistische zuil anderzijds was dat de zuilvorming onder de socialisten niet leidde tot de oprichting van eigen, socialistische bijzondere scholen. De socialisten toonden veeleer een voorkeur voor het openbaar onderwijs.⁵⁰ Om deze reden zal ik hierna de nadruk leggen op de katholieke zuil en de protestantse zuil.⁵¹

Voor alle (twee of drie) zuilen gold overigens dat er een niet gering verschil was tussen theorie en praktijk. De regel was duidelijk: iedere katholiek (bijvoorbeeld) diende katholiek te stemmen, binnen de eigen kring te trouwen, (uitsluitend) katholieke dagbladen te lezen etc. In werkelijkheid werd echter wel degelijk op andere partijen gestemd, werden socialistische kranten gelezen, gemengde huwelijken gesloten etc.⁵² Dit verschijnsel vestigt de aandacht erop dat verzuiling te maken heeft met – en waarschijnlijk zelfs in sterke mate afhankelijk is van – de instelling van individu ten opzichte van de verzuiling; er dient met andere woorden een duidelijke verzuilingsmentaliteit te heersen wil de verzuiling ontstaan en voortbestaan.⁵³

Tot zover het begrip 'zuil'. Staat eenmaal vast wat een zuil is, dan kan het begrip 'verzuiling' weinig problemen meer opleveren. Hoogstens kan gewezen worden op een verfijning in de terminologie, door een onderscheid te maken tussen 'verzuiling' en 'verzuildheid'. In de regel wordt 'verzuiling' gebruikt ter aanduiding van een toestand, namelijk die waarin in de Nederlandse samenleving zuilen kunnen worden onderscheiden. De verzuiling is echter niet van de ene op de andere dag ontstaan (ik kom daar hierna op terug); dat heeft bijvoorbeeld J.C.H. Blom ertoe geleid te spreken van 'verzuiling' als het proces van toenemende zuilvorming, waarbij het eindstadium dat van de 'verzuildheid' is.⁵⁴ Dit onderscheid wordt bepaald niet steeds aangebracht; het begrip 'verzuiling' is daarvoor waarschijnlijk te zeer ingeburgerd. Dat betekent wel dat 'verzuiling' twee dingen kan betekenen, namelijk 'proces leidend tot ...' en 'toestand van ...'; dat zal ook hierna het geval zijn:

3.1.3 Tijdsafbakening

Aldus is een volgend punt waarover meningsverschillen bestaan aangestipt. Verzuiling is een verschijnsel dat op kleine schaal begint, vervolgens een hoogtepunt bereikt en – aldus is inmiddels gebleken – ook weer ten einde gaat. In zoverre stemmen de meningen overeen; ten aanzien van de precieze tijdstippen waarop dat alles gebeurt, zijn de opvattingen bepaald verschillend.

49 Vgl. Kruijt/Goddijn (1962), 235 e.v.; Lijphart (1979), 28; Van Doorn (1989b), 133.

50 Vgl. de woorden van Troelstra in de Bevredigingscommissie, zoals aangehaald door Akkermans (1983), 46-47.

51 Vgl. wel par. 3.2.1, i.v.m. het algemeen-bijzonder onderwijs.

52 Vgl. Kruijt/Goddijn (1962), 242; Thurlings (1971), 48; Lijphart (1979), 64-65; Van der Burg (1984), 302.

53 Vgl. Verwey-Jonker (1957), 30 e.v. Vgl. i.v.m. het onderwijs: par. 3.2.1, 4.2.2 en 4.2.4.

54 Vgl. Blom (1985), 13.

De meningsverschillen betreffen met name het begin van de verzuiling. Sommigen zien al in en vlak na het midden van de vorige eeuw duidelijke aanzetten tot verzuiling. 'School, krant en politieke partijen waren (...) de eerste verzuilde gebieden', aldus Kruijt en Goddijn.⁵⁵ Anderen, zoals Stuurman, spreken pas over de periode 1895-1914 als de periode van de ontluikende verzuiling. Stuurman wijst in dat verband op het feit dat de vakbonden nog in het begin van deze eeuw niet in het zuilenschema pasten.⁵⁶ Hij erkent overigens dat de schoolstrijd een belangrijke rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de verzuiling, maar dan met name in de protestants-christelijke hoek. Aan rooms-katholieke zijde was dat zijns inziens veel minder het geval.⁵⁷ Mede daarom concludeert hij dan ook dat het verzuilingsproces aan protestants-christelijke zijde eerder begon dan aan rooms-katholieke zijde.⁵⁸

Over één ding is iedereen het wel eens: rond 1920 was de verzuiling zó duidelijk aanwezig dat, in de terminologie van Blom, de toestand van verzuildeheid was bereikt.⁵⁹ Het verzuilingsproces stopte toen overigens allerminst. 'Een zuil is een geprogrammeerd sociaal systeem dat uit zichzelf niet ophoudt met zich volgens zijn programma te gedragen, zolang dat program niet is voltooid', aldus Thurlings.⁶⁰ Op den duur omvatte de verzuiling dan ook vrijwel alle terreinen van het maatschappelijk leven. Op de dagbladen, scholen, politieke partijen en vakbonden volgden woningbouwverenigingen, inkoopcoöperaties, zangverenigingen en (het klassieke voorbeeld voor de alomvattendheid van de verzuiling) geitenfokverenigingen.⁶¹ Daarnaast uitte het verzuilingsproces zich doordat gestreefd werd naar het versterken van de interne samenhang van de verschillende verzuilde organisaties, door het in het leven roepen van koepelorganisaties, federaties, overlegorganen en dergelijke. In zoverre werd het hoogtepunt van de verzuiling in organisatorisch opzicht zelfs pas in de jaren vijftig bereikt.⁶²

Vlak daarna waren er overigens al weer zo veel tekenen van verval, dat algemeen van ontzuiling gesproken wordt.⁶³ Op dat aspect van de periodisering kom ik in par. 4.1.2 terug.

3.1.4 *Waarom verzuiling?*

Niet verwonderlijk is dat de meningen sterk verschillen waar het gaat om de

⁵⁵ (1962), 232.

⁵⁶ Vgl. Stuurman (1983), 401, 167-168.

⁵⁷ Vgl. Stuurman (1983), 132.

⁵⁸ In die zin ook: Kruijt/Goddijn (1962), 245; Van Kemenade (1968), 60.

⁵⁹ Vgl. Stuurman (1983), 60; Blom (1985), 16-17.

⁶⁰ (1971), 107.

⁶¹ Vgl. over de geitenfokvereniging: Thurlings (1971), 2. Vgl. over het zelfversterkende effect van de verzuiling: Kruijt (1957), 12; Kruijt/Goddijn (1962), 246-247; Lijphart (1979), 66; Ellemers (1984), 135-137.

⁶² Vgl. Kruijt/Goddijn (1962), 246-247; Thurlings (1971), 117.

⁶³ Duffhues c.s. (1985, 273) zien de versterkte aandacht voor organisatie en overkoepeling als een reactie op een gebrek aan 'echte' overeenstemming. Zo bezien is het hoogtepunt van de verzuiling tevens een teken van naderende ontzuiling.

interpretatie van het verschijnsel 'verzuiling', dat wil zeggen: om de motieven voor het ontstaan en voortbestaan gedurende enkele decennia van de verzuiling van de Nederlandse samenleving.

Vrij algemeen wordt een verband gelegd tussen verzuiling en emancipatie.⁶⁴ Uitgangspunt in de emancipatie-theorie zijn bevolkingsgroepen binnen een samenleving die niet als volwaardig worden beschouwd, op grond van sociaal-economische, religieuze en/of andere redenen. Gevolg is een gebrek aan macht; de leden van de groep worden gediscrimineerd en nemen een marginale positie in de samenleving in.⁶⁵ Een dergelijke bevolkingsgroep is een 'emancipatiegroep' als zij streeft naar integratie in de rest van de samenleving, maar dan wel in een positie van gelijkheid aan de overige bevolkingsgroepen.⁶⁶

Uitgaande van deze theorie kunnen in de tweede helft van de vorige eeuw zowel de katholieken als de (orthodox-)protestanten als emancipatiegroepen worden gezien.⁶⁷ De rooms-katholieken waren na 1795 weliswaar gelijk voor de wet; in de praktijk was van gelijkheid echter allerm minst sprake, politiek noch sociaal-economisch.⁶⁸ Voor de (orthodoxe) protestanten gold hetzelfde.⁶⁹ Dat maakte zowel de katholieken als de (orthodoxe) protestanten tot bevolkingsgroepen die belang hadden bij emancipatie. De zuil was in dit kader voor beide groepen de perfecte 'thuisbasis', van waaruit naar gelijkberechtiging gestreefd kon worden.

Thurlings signaleert een tweede verzuilingsmotief, dat in zijn ogen van het emancipatie-motief moet worden onderscheiden: dat van de verzuiling als middel om bevolkingsgroepen te isoleren. Achtergrond daarvan is enerzijds de (positieve) behoefte om zo veel mogelijk onder gelijkgezinden te verkeren, om aldus de eigen opvattingen te kunnen bewaren en verstevigen, anderzijds de (meer negatieve of defensieve) behoefte om de zuilgenoten af te schermten tegen ongewenste invloeden 'van buitenaf'.⁷⁰ Thurlings wijst op de samenhang tussen verzuiling en afscherming in verband met de katholieke zuil; ook in

64 Vgl. Van Heek (1954); Goddijn (1957); De Jong Edz. (1957), 4; Verwey-Jonker (1962); Kruijt/Goddijn (1962), 233; Van Kemenade (1968), 62; Thurlings (1971), 18-34; Hendriks (1971); Daalder (1974), 19-23; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 245-246. In meer recente literatuur worden wel vraagtekens gezet bij de wijze waarop het emancipatiemotief in de wat oudere literatuur wordt behandeld. Vgl. bijv. Stuurman (1983, 72-77) en Daalder (1985, 54-55). De grondgedachte, namelijk dat de verzuiling heeft bijgedragen aan de emancipatie van de protestanten en katholieken en dat zij op zijn minst voor een deel bewust met het oog daarop tot stand is gebracht en in stand is gehouden, blijft, naar mij lijkt, ondanks deze kritiek overeind.

65 Vgl. Hendriks (1971), 20-29.

66 Vgl. Hendriks (1971), 41 e.v., 59 e.v.; Thurlings (1971), 88.

67 Vgl. Verwey-Jonker (1962); Hendriks (1971), 80 e.v.

68 Vgl. Thurlings, (1971), 36; Lijphart (1979), 95-97; Van Doorn (1989a), 30-31.

69 Dit is althans de gangbare opvatting, o.a. nog terug te vinden bij Hendriks (1971, bijv.: 87 e.v.). In meer recent onderzoek worden bij deze opvatting vraagtekens gezet; bijvoorbeeld waar het gaat om de in sociaal-economisch opzicht achtergestelde positie van de 'kleine luyden'. Vgl. bijv. Brunt (1972), 49 e.v.

70 (1971), 37. Aldus ook: Van Kemenade (1968), 62 e.v.; Righart (1986), 29 e.v., 192 e.v.

verband met de protestantse zuil wordt dat verband gelegd.⁷¹

'Afschermen' betekende in de eerste plaats: afschermen van de rest van de samenleving, van organisaties, instellingen, kranten en omroepen die geen of een andere levensbeschouwing tot uitgangspunt namen, maar ook in de privé-sfeer, waar het ging om huwelijken en vriendschappen.⁷² Met name van contacten met het socialisme en het liberalisme dienden de leden van de katholieke en protestantse zuil verre gehouden te worden. De vrees voor de kwalijke invloed van liberalisme en socialisme wordt onder meer toegeschreven aan de angst voor geloofsafval.⁷³ Ook onderlinge contacten tussen katholieken en protestanten werden echter allerminst wenselijk geacht.

'Afschermen' betekende daarnaast dat de overheid zo veel mogelijk op afstand moest worden gehouden.⁷⁴ In verband daarmee werd in (orthodox-)protestantse kring de leer van de soevereiniteit in eigen kring geformuleerd. De katholieken konden aan de leer van de wereldkerk het subsidiariteitsbeginsel ontlelen. Er waren zeker inhoudelijke verschillen tussen de opvattingen van protestanten en katholieken.⁷⁵ Het resultaat van beide opvattingen was niettemin dat het ontplooiën van tal van activiteiten, waaronder die op het gebied van het onderwijs, allereerst als een taak van de eigen, verzuilde organisaties werd gezien. De overheid diende wel op te treden als dat gezien haar specifieke taak nodig was, maar dan zeer terughoudend.⁷⁶

Vanuit de behoefte aan afscherming lag zuilvorming zeer voor de hand. Met name toen de verzuiling in alle sectoren van de samenleving was doorgedrongen, maakte zij het mogelijk om uitsluitend onder geloofsgenoten te verkeren, van de wieg tot het graf en in alle facetten van het leven.

Een probleem van de afscherming, die met name na 1920 inderdaad tot op zeer grote hoogte gerealiseerd werd, was dat protestanten noch katholieken een meerderheidspositie innamen binnen de Nederlandse samenleving. Op zichzelf bevorderde dat de verzuiling, omdat protestanten en katholieken juist als minderheden de behoefte voelden om het eigene met kracht in stand te houden.⁷⁷ Dat geen van de zuilen een meerderheid kon verwerven, betekende echter tevens dat zij niet zonder elkaar konden, al was het maar omdat af en toe beslissingen op nationaal (politiek) niveau genomen moesten worden. Volstreekte afscherming was dan ook onmogelijk, wilde althans de samenle-

71 Vgl. Hendriks (1971), 216.

72 Vgl. Kruijt (1957), 17 e.v.

73 Vgl. Banning (1964), 97; Thurlings (1971), 182; Van Putten (1986), 193 e.v. (die een verband legt met ontwikkelingen in Italië in de negentiende eeuw, waar de Kerkelijke Staat juist door de liberalen in het gedrang werd gebracht); Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 244 (die een verband leggen met politieke consequenties van de combinatie van geloofsafval onder de arbeiders en de opkomst van de socialistische beweging).

74 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 248; Van Doorn (1989b), 119-121.

75 Vgl. Banning (1964), 88, 121 e.v.; Van Putten (1986), 173 e.v.

76 Vgl. Banning (1964), 92, 124; Daalder (1974), 26-28; Van Putten (1986), 174-175. In par. 3.2.1 kom ik, speciaal i.v.m. het onderwijs, terug op de rol van de overheid in de verzuilde samenleving.

77 Vgl. Blom (1985), 18.

ving niet uiteenvallen.

De behoefte aan afscherming en de noodzaak van contact tussen de zuilen waren – zo is in de decennia na 1920 gebleken – zeer wel te verenigen, door namelijk aan de top van de zuil, en uitsluitend daar, contacten over en weer te laten bestaan. Dit verschijnsel, van sterk van elkaar afgegrensde bevolkingsgroepen en complexen van organisaties, die elkaar uitsluitend op het niveau van zuilelites ontmoeten, is met name door A. Lijphart uitgebreid beschreven.⁷⁸ Lijphart karakteriseert de Nederlandse samenleving tussen 1917 en 1967 als een 'pacificatie-democratie'. Kenmerkend daarvoor waren (onder andere): een op pragmatische gronden berustende verdraagzaamheid; (zuil)elites die het voor het zeggen hadden; het hanteren van het evenredigheidsbeginsel als belangrijk uitgangspunt bij het voeren van overheidsbeleid, juist ook bij de verdeling van overheids gelden; depolitisering, dat wil zeggen: mogelijk gevoelige kwesties ontdoen van hun politieke lading door er zuiver juridische of economische kwesties van te maken. Om op deze wijze politiek te kunnen bedrijven, waren de zuilelites uiteraard aangewezen op het vertrouwen en de steun van hun achterban. Daarvan was dan ook decennia lang sprake, wat door Lijphart met name wordt verklaard vanuit de – op dat moment blijkbaar tot het volkskarakter behorende – volgzaamheid (passiviteit, lijdelijkheid) van 'de Nederlander'.⁷⁹ Mede bij de gratie daarvan bestond de Nederlandse samenleving enkele decennia lang uit vrijwel volstrekt van elkaar afgescheiden levende bevolkingsgroepen.

Een volgende, derde interpretatie van het verschijnsel 'verzuiling' is die van de verzuiling als instrument van sociale controle: door de samenleving op te delen langs levensbeschouwelijke scheidslijnen kreeg de ene groepering in de samenleving een middel in handen om het doen en laten van de andere groepering te controleren. Juist in verband met deze interpretatie zijn er grote verschillen in opvatting en wordt de vraag 'wie controleerde wie en waarom?' op zeer verschillende wijzen beantwoord.

Zo wordt gewezen op de verzuiling als een instrument in handen van politieke elites om kiezers te trekken en vast te houden.⁸⁰ Ook wordt verzuiling wel gezien als een middel in handen van de kerk(en) om de gelovigen in tijden van modernisering en industrialisering te bewaren voor geloofsafval.⁸¹ Een derde invalshoek is die waarbij de nadruk wordt gelegd op de sociaal-economische kant van de zaak: de verzuiling als middel in de handen van de hogere sociale lagen om met name de arbeiders te beheersen.⁸²

Stuurman combineert de tweede en derde invalshoek door er van uit te gaan dat de verzuiling de kerken en de confessionele burgerij een middel in handen

78 (1979), 116-130.

79 (1979), 135 e.v. Aldus ook: Daalder (1974), 9 e.v.; Van Doorn (1989a), 27 e.v.

80 Vgl. Van Schendelen (1978), 42 e.v.

81 Vgl. Van Doorn (1956), 41 e.v., m.n. 45-47. Verzuiling was in zoverre voor de katholieke kerk een middel om de na de reformatie verloren gegane invloed te herwinnen. Vgl. Matthijssen (1958), 70.

82 Vgl. De Jong Edz. (1957), 5; Stuurman (1983), 71, 83.

gaf om met name de arbeiders verre te houden van socialistische vakbonden en het socialisme in het algemeen, waarvan grote gevaren werden verwacht voor kerk en burgerdom.⁸³ Aldus is verklaarbaar waarom Stuurman sceptisch staat tegenover het verzuilingsmotief 'emancipatie': als verzuiling heeft bijgedragen aan de emancipatie van katholieken en protestanten, dan alleen van de bovenlaag; de arbeiders werden door de verzuiling juist gehinderd in hun eigen emancipatie, omdat de verzuiling klassentegenstellingen 'verdoozelde'.

Stuurmans opvattingen worden bepaald niet alom gedeeld.⁸⁴ Ik zal op dit punt geen stelling nemen. Het lijkt namelijk niet nodig en ook niet mogelijk om één van de drie verklaringen voor het ontstaan en voortbestaan van de verzuiling (emancipatie, afscherming, sociale controle) als de enig-ware tot uitgangspunt te nemen. Ondanks alle verschillen van opvatting heerst vrij algemeen de opvatting dat er verschillende factoren naast elkaar in het spel waren, factoren die in sommige opzichten onderling samenhangen, die in andere opzichten juist tegenstrijdig waren.⁸⁵ Samenhang is er bijvoorbeeld tussen de motieven 'afscherming' en 'sociale controle', want de feitelijke afscherming van de katholieken en protestanten kwam ten dele voort uit een eigen behoefte van de gelovigen (vgl. de aanvankelijke minderwaardigheidsgevoelens van de rooms-katholieken), maar werd zeker mede van bovenaf opgelegd (vgl. het Bisschoppelijk Mandement uit 1954).⁸⁶ Blom wijst op een aantal ogenschijnlijke tegenstrijdigheden: verzuiling betekende zowel emancipatie als controle, zowel passiviteit als mobilisatie van bevolkingsgroepen, zowel het opdelen van de samenleving als het streven naar overkoepeling en verzoening van tegenstellingen.⁸⁷

In dit verband is het goed om te bedenken dat de motieven achter de verzuiling niet op ieder moment dezelfde (hoeven te) zijn.⁸⁸ Met name kan er een verschil zijn tussen de factoren die het ontstaan van het verzuilingsproces verklaren en de factoren die, als het verzuilingsproces eenmaal op gang is gekomen, de verdere uitbouw en het instandblijven verklaren. Zo werd de behoefte aan afscherming in de periode voor 1900 voor een belangrijk deel ingegeven door een zeker minderwaardigheidsgevoel onder katholieken en orthodox-protestanten, met als gevolg een behoefte aan contacten uitsluitend binnen de beslotenheid van de eigen kring. In zoverre kwam de verzuiling voor een belangrijk deel voort uit de behoeften van de Nederlandse bevolking 'zelf'. Nadien, toen mede als gevolg van het groeiend succes van het streven naar emancipatie het zelfvertrouwen toenam, ging het verzuilingsproces echter onverminderd voort. Deze verdere uitbouw van de verzuiling kan niet meer (alleen)

83 (1983), 319. Stuurman relativeert die opvatting vervolgens op pp. 321-323.

84 Kritische besprekingen geven bijv. Van Schendelen (1984) en Daalder (1985).

85 Vgl. Blom (1985), 13-15.

86 Vgl. Kruijt (1962), 20; Lijphart (1979), 45.

87 (1985), 15. Aldus ook: Daalder (1985), 62.

88 Verwey-Jonker (1962, 117-119) onderscheidt verschillende 'generaties' binnen de katholieke en protestantse emancipatiebewegingen, waarbij elke nieuwe generatie bouwde op c.q. reageerde op wat de vorige had bereikt.

verklaard worden door te wijzen op het emancipatiestreven van de katholieken en de orthodox-protestanten of op de behoefte van dezelfde bevolkingsgroepen om zich vanuit een zeker minderwaardigheidsgevoel af te schermen. Andere motieven speelden op dat moment kennelijk een rol, waaronder met name dat van de sociale controle. Dat is niet zo vreemd, want de zuilorganisaties die inmiddels op ruime schaal waren opgericht, vormden een voortreffelijk middel in de handen van kerkelijke, politieke en/of sociaal-economische elites om het doen en laten van de zuilgenoten te beïnvloeden.

3.2 DE VERZUIILING EN HET BIJZONDER ONDERWIJS

3.2.1 *Het verzuiilde bijzonder onderwijs*

Na de beschouwingen over de verzuiiling in het algemeen is nu het moment gekomen om in te gaan op de relatie tussen bijzonder onderwijs en verzuiiling.⁸⁹ Ik zal dat doen vanuit twee invalshoeken: die van het onderwijs als een verzuiilde sector van de samenleving en die van het bijzonder onderwijs als stimulator voor het ontstaan en voortbestaan van de verzuiiling van de samenleving als geheel.

Het bijzonder onderwijs was vanaf het eerste begin van het verzuiilingsproces dé bij uitstek verzuiil(en)de sector van de Nederlandse samenleving.⁹⁰ Rondom de katholieke en protestantse scholen, die ten dele al vroeg in de negentiende eeuw werden gesticht, werd op den duur een heel netwerk van verzuiilde organisaties gecreëerd.⁹¹ Zo ontstonden katholieke en protestantse organisaties van schoolbesturen, katholieke en protestantse onderwijsvakbonden, katholieke en protestantse ouderverenigingen, het geheel vervolgens verenigd in katholieke en protestantse koepelorganisaties.⁹²

Ook het algemeen-bijzonder onderwijs raakte in deze zin op den duur verzuiild. Juist voor het algemeen bijzonder onderwijs gold wat Blom over de algemene zuil zegt: 'Paradoxaal geformuleerd is basis van deze zuil dan de wil geen zuil, maar juist algemeen te zijn'.⁹³ Het onderwijs, met zijn juridisch geformaliseerde en door overheidsgelden gesanctioneerde verzuiiling, noodzaakte de 'algemenen' tot het creëren van een eigen netwerk van onderwijsor-

89 Het openbaar onderwijs blijft hierna buiten beschouwing; veel van wat over het algemeen-bijzonder onderwijs gezegd wordt, geldt ook voor het openbaar onderwijs.

90 Vgl. Kruijt/Goddiijn (1962), 238-239.

91 Kenmerkend voor de verschillen tussen de katholieke en de protestantse zuil was dat de katholieke koepel, de NKSR, van begin af aan min of meer alomvattend is geweest, terwijl de protestantse koepel, de NPCS, nooit alle protestantse scholen en onderwijsorganisaties heeft omvat en ook een veel minder hecht georganiseerd geheel vormde dan de NKSR. Vgl. Drop (1985), 53-54; Leune (1987), 336.

92 Vgl. par. 4.2.1.

93 (1985), 18.

ganisaties, die zich alle als 'bewust algemeen' profileerden.⁹⁴ Aldus kon des te beter aanspraak worden gemaakt op een evenredig (vgl. Lijphart) deel van de overheidssubsidie voor het onderwijs. De organisatievorming gaf ook toegang tot het uitgebreide advies- en overlegcircuit rond de Minister van Onderwijs.⁹⁵

Deze twee aspecten, enerzijds de tot op grondwettelijk niveau verzekerde combinatie van vrijheid van onderwijs en aanspraak op bekostiging en anderzijds het eveneens voor een belangrijk deel in wetgeving geformaliseerde recht op inspraak en overleg, laten zien hoe zeer de overheid bij het proces van verzuiling betrokken raakte. De consequenties van de leer van de soevereiniteit in eigen kring en van het subsidiariteitsbeginsel worden hier in optima forma gedemonstreerd.⁹⁶ In dit verband moet overigens bedacht worden dat er vanaf het eerste begin een groot verschil was tussen theorie en praktijk waar het betreft de vrijheid van onderwijs. In hoofdstuk III zal blijken dat de vrijheid van onderwijs een bijzonder omvangrijke overheidsbemoeienis met het bijzonder onderwijs niet verhinderde. Integendeel, daadwerkelijke terughoudendheid was er in wezen alleen (maar dan ook vrijwel volledig) op het terrein van de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen binnen het bijzonder onderwijs. Het was dus allerm minst zo dat de overheid het formuleren en uitvoeren van het onderwijsbeleid geheel of zelfs maar voor een substantieel deel aan de organisaties binnen het bijzonder onderwijs overliet. Behalve door de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven als het openbaar onderwijs, kenmerkte de taakverdeling tussen overheid en 'bijzonder onderwijs' zich daarom niet zozeer door de vrijheid van overheidsop treden, maar veeleer door de grote invloed van de onderwijsorganisaties op het door de overheid te formuleren onderwijsbeleid.⁹⁷ Op het uitoefenen van die invloed waren de organisaties in het bijzonder onderwijs dan ook vooral gericht.

Was het onderwijs aldus in organisatorisch opzicht sterk verzuild, ook wanneer wordt gelet op het gedrag van de individuele leden van de zuil, wordt duidelijk hoe zeer het onderwijs tegen het eind van de negentiende eeuw verzuild raakte en dat vervolgens decennia lang bleef. Toen met de Wet-Mackay eenmaal voldoende financiële middelen werden geboden, groeide het aantal bijzondere scholen gestaag. En nog in 1959 kenden het katholieke en protestantse onderwijs een vullingsgraad van 90%, dat wil zeggen dat negen van de tien katholieken en protestanten daadwerkelijk koos voor katholiek respectie-

94 Vgl. Van der Burg (1984), 301-302. Hetzelfde geldt ook voor het openbaar onderwijs, 'onderwijs voor iedereen en tevens onderwijs in vooruitstrevend wereldse geest ten bate van de kinderen der niet-orthodox-kerkelijken'. Vgl. De Jong Edz. (1957); 3.

95 Vgl. Van der Burg (1984), 301-302; Leune (1987), 346.

96 Vgl. Drop (1985), 33 e.v. Leune (1987, 377 e.v.) wijst er overigens op dat ook de liberale en (ten dele) de socialistische opvattingen wezen in de richting van een grote mate van betrokkenheid van de onderwijsorganisaties bij het overheidsbeleid.

97 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4, par. 2.5.3, par. 2.6.4, par. 2.8.4. Daarnaast school de vrijheid van onderwijs vanaf het eerste begin in de tot op grote hoogte gewaarborgde vrijheid om scholen te stichten. Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.3.

velijk protestants bijzonder onderwijs.⁹⁸ Uit onderzoek door Van Kemenade, gepubliceerd in 1968, blijkt dat die hoge vullingsgraad geen toevalligheid was: 57% van de ondervraagde katholieke ouders was sterk tot zeer sterk gehecht aan katholiek onderwijs.⁹⁹ In zoverre werd de feitelijke deelname aan katholiek onderwijs gedragen door de opvatting dat katholieken uitsluitend katholiek onderwijs dienden te volgen. Er was met andere woorden sprake van een duidelijke verzuilingsmentaliteit. Van Kemenade beperkte zich in zijn onderzoek tot de katholieken; er zijn geen redenen om te veronderstellen dat voor de protestanten tegen het eind van de jaren vijftig niet hetzelfde gold.

3.2.2 *Schoolbesturen, werknemers en verzuiling*

Ook de verhoudingen tussen de schoolbesturen en de werknemers werden beïnvloed door de verzuiling. Hiervoor wees ik er reeds op dat beide partijen zich in eigen, verzuilde organisaties groepeerden. Ook de onderlinge verhoudingen tussen de individuele schoolbesturen en werknemers werden door de verzuiling beïnvloed, met name in die zin dat de tegenstelling werkgever-werknemer zelden erg duidelijk aan het licht trad.

Op welke wijze dit verzuilde 'uiterlijk' geïnterpreteerd moet worden, is niet geheel duidelijk. Uitgaande van het emancipatie-motief zou sprake kunnen zijn van twee partijen die, met het oog op de belangen van de zuil, de gezamenlijke levensbeschouwing zwaarder vonden wegen dan de sociaal-economische verschillen. Anderzijds zal ook het motief van de sociale controle, met name door de kerken, een rol hebben gespeeld. In die richting wijst het onderzoek van De Wolf naar de verhoudingen tussen schoolbesturen en werknemers in het Zuid-Limburg van de jaren dertig van deze eeuw, toen de economische crisis een grote werkloosheid onder onderwijzers veroorzaakte. Die werkloosheid bood de schoolbesturen de mogelijkheid om hun eisen op levensbeschouwelijk gebied door te zetten, zonder zich daarbij veel aan te trekken van de belangen en de opvattingen van de werknemers.¹⁰⁰ Of deze gang van zaken typisch was voor het gehele bijzonder onderwijs, gedurende de totale periode van verzuiling, is onduidelijk; informatie op dit punt is schaars. Er zijn echter wel redenen om aan te nemen dat de werknemers in het bijzonder onderwijs en hun vakbonden een andere positie innamen in de katholieke en de protestantse zuil dan de andere werknemers en vakbonden.¹⁰¹

De werknemers in het onderwijs waren, zeker rond de eeuwwisseling en daarna, relatief goed opgeleid. De salariëring bleef daar wellicht bij achter; daar stond echter een relatief groot aanzien tegenover. Leerkrachten waren ten dele afkomstig uit de betere kringen, zeker de vrouwen. Waar dat niet het geval was, bood juist een betrekking in het onderwijs de mogelijkheid om hoger op te komen. Daarnaast moet bedacht worden dat in het katholieke

98 Vgl. Kruijt/Goddijn (1962), 241-243; Van Kemenade (1968), 44 e.v.

99 (1968), 225.

100 (1982), 406-407.

101 Duidelijke aanwijzingen op dit punt biedt ook: Van Vugt (1980).

onderwijs vrij veel werknemers religieuzen waren, die zelf deel uitmaakten van de kerk.¹⁰² Voor alle werknemers in het bijzonder onderwijs gold dat zij door de aard van hun werk nauw betrokken waren bij het ontstaan en voortbestaan van de verzuijing. Ook moet bedacht worden dat voor een belangrijk deel niet het schoolbestuur de eigenlijke tegenpartij voor werknemers en vakbonden was, maar de overheid. Zij bepaalde en financierde, buiten verantwoordelijkheid van de schoolbesturen, de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

3.2.3 *Het onderwijs en de rest van de samenleving*

Tot zover het verzuijnde bijzonder onderwijs als zodanig. Het bijzonder onderwijs was van buitengewoon groot belang voor het ontstaan van de verzuijing. De schoolstrijd was, zeker onder de protestanten, lange tijd zelfs de motor van het verzuijingsproces.¹⁰³ En ook voor het voortbestaan van de eenmaal tot standgekomen verzuijing van de Nederlandse samenleving was het onderwijs van groot belang. In dat verband schrijft Lijphart:

‘Vooral de grondige scheiding naar zuilen in de lagere scholen verdeelde de jeugd niet alleen in aparte sociale kringen, maar leidde ook tot grote verschillen in waardenbesef. Dit was niet alleen het gevolg van het godsdienstonderwijs (...); de ethische maatstaven, die in de lagere scholen aan de leerlingen werden ingeprent, berustten minder op een geïntegreerde nationale cultuur dan op de afzonderlijke ‘subcultuur’ van elke zuil’.¹⁰⁴

Veelzeggend is in dit verband het op verschillende plaatsen in de verzuijingsliteratuur geschetste beeld van de kerk als middelpunt van de zuil, omringd door een aantal kringen van organisaties, waarbij het feit dat de kring verder verwijderd is van het centrum aangeeft dat de relatie tussen de eigenlijke doelstelling van de organisatie en de binnen de zuil aangehangen levensbeschouwing minder belangrijk is. Het onderwijs vormt in dit model de binnenste kring, qua belang voor de zuil onmiddellijk na de kerk zelf komend.¹⁰⁵ Kerk en school vielen vaak zelfs samen, met name in het rooms-katholiek onderwijs, omdat het de kerk zelf was die scholen in stand hield en omdat religieuzen als leerkrachten optraden.¹⁰⁶

Dat het onderwijs een dergelijk centrale plaats wordt gegeven, hoeft niet te verbazen; uitgaande van elk van de drie hiervoor genoemde motieven voor verzuijing wordt het centrale belang van het onderwijs onmiddellijk duidelijk.

Uitgaande van het emancipatie-motief was het onderwijs van groot belang,

¹⁰² Vgl. Röling (1982), 84-86; De Wolf (1982).

¹⁰³ Vgl. Idenburg (1964), 105; Van Kemenade (1968), 56. Anders, m.n. i.v.m. de katholieken: Stuurman (1983), 132.

¹⁰⁴ (1979), 62 (met sprekende voorbeelden ontleend aan het geschiedenisonderwijs).

¹⁰⁵ Vgl. Kruijt (1957), 16-17; Kruijt/Goddijn (1962), 255 e.v.; Thurlings (1971), 9 e.v. De kerk zelf wordt niet geacht deel uit te maken van de zuil. Vgl. Kruijt (1957), 16.

¹⁰⁶ Vgl. over dit laatste: De Wolf (1982), 402 e.v.

omdat het de mogelijkheid bood om het opleidingspeil van de zuilgenoten als geheel te verhogen.¹⁰⁷ Met name het universitair onderwijs gaf daarnaast de kans om een eigen elite op te leiden.¹⁰⁸ De gang van zaken rond het onderwijs, in par. 2 uitgebreid beschreven, past ook geheel en al binnen de emancipatietheorie. De aanspraak op bekostiging naar dezelfde maatstaven als het openbaar onderwijs, die in 1917 op grondwettelijk niveau werd vastgelegd en die nadien tot in de kleinste details in de wetgeving werd uitgewerkt, vormt bijvoorbeeld het perfecte voorbeeld van het streven naar (en bereiken van) een positie van gelijkheid.

Ook uitgaande van de behoefte aan afscherming was het belang van het onderwijs groot. Onderwijs was hét middel bij uitstek om de levensbeschouwelijke (en andere) opvattingen van de kring door te geven. Tegelijkertijd gaf het de kans om leerlingen te beschermen, of althans te wapenen tegen ongewenste invloeden van buitenaf.¹⁰⁹ In deze optiek was met name het lager onderwijs van groot belang.¹¹⁰

En tenslotte: als de verzuiling mede heeft gediend als een middel om het doen en laten van bevolkingsgroepen te controleren, ook dan is het onderwijs binnen de zuil van groot belang, omdat het de kans geeft om vooral jonge zuilgenoten de vereiste waarden en normen (gehoorzaamheid en trouw bijvoorbeeld) en ook kennis (van de eigen geschiedenis bijvoorbeeld) bij te brengen.¹¹¹

4 Ingrijpende veranderingen na 1960

4.1 VERANDERINGEN IN DE SAMENLEVING

4.1.1 *Restauratie of vernieuwing?*

Tussen 1920 en 1940 was de situatie zoals hiervoor geschetst: de Nederlandse samenleving, inclusief het bijzonder onderwijs, was grotendeels verzuild. De Tweede Wereldoorlog had vervolgens ingrijpende gevolgen voor de Nederlandse samenleving.

Aanvankelijk leek dat niet het geval te zullen zijn. Ondanks alle gedachten aan een nieuwe start, met name ook op politiek en sociaal-economisch gebied, werden de eerste jaren na de oorlog gekenmerkt door de restauratie van de vooroorlogse politieke en maatschappelijke verhoudingen. Van een doorbraak op grote schaal van het zuil-isolement was geen sprake.¹¹² Verzuilde structuren werden hersteld en zelfs verder uitgebouwd. De oprichting van de

107 Vgl. Matthijssen (1958).

108 Vgl. Hendriks (1971), 130 e.v.; Thurlings (1971), 30.

109 Vgl. Van Kemenade (1968), 63-64, 76-77; Thurlings (1971), 104.

110 Vgl. Van Kemenade (1968), 78.

111 Vgl. Stuurman (1983), 72-74, 129-131.

112 Vgl. over de 'doorbraak' en het bijzonder onderwijs: Pelkmans (1984), 45 e.v.

Stichting van de Arbeid en, niet lang daarna, de invoering van de op corporatistische leest geschoeide publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie pasten geheel binnen die ontwikkeling.¹¹³

Pas geleidelijk aan werd zichtbaar dat inderdaad veranderingen plaats hadden in de al in 1945 door velen verwachte (en gewenste) richting, namelijk die van de ontzuiling. Aan de ontzuiling van de samenleving als geheel en de achtergronden daarvan is deze paragraaf gewijd. In par. 4.2 zal ik ingaan op de verhouding tussen ontzuiling en bijzonder onderwijs.

4.1.2 *Het begin van het ontzuilingsproces*

Ontzuiling is, als het tegenovergestelde van verzuiling, het proces waarbij de opsplitsing van de samenleving langs levensbeschouwelijke scheidslijnen verdwijnt. Hiervoor merkte ik op dat verzuiling te maken had met organisatievorming, maar tevens met het gedrag én de mentaliteit van het individu. Voor de ontzuiling in de eerste decennia na de Tweede Wereldoorlog gold hetzelfde. Zij werd zichtbaar door de veranderingen in de wijze waarop tal van maatschappelijke activiteiten georganiseerd werden en in het gedrag en de mentaliteit van de individuele zuilgenoten. Dat alles was overigens niet op hetzelfde moment en in dezelfde mate het geval. Als dat bedacht wordt, dan zijn de verschillen in opvatting in de literatuur over het beginpunt van de ontzuiling (naar tijd, maar vooral naar plaats) voor een belangrijk deel te verklaren.

De ontzuiling op organisatorisch vlak was wellicht het duidelijkst zichtbaar.¹¹⁴ Algemene organisaties werden opgericht, die ten dele het werk overnamen van verzuilde organisaties (de omroepvereniging TROS bijvoorbeeld, in 1966). Eertijds verzuilde organisaties en instellingen namen een 'algemene' status aan (de Volkskrant bijvoorbeeld, in 1965). Ook vonden federatievorming en zelfs fusies plaats tussen soortgelijke organisaties uit verschillende zuilen, of tussen verzuilde en niet verzuilde organisaties.¹¹⁵ Zo vormden NVV en NKV een federatie in 1974 en fuseerden zij tot de FNV per 1 januari 1982. KVP, ARP en CHU fuseerden tot het CDA in 1980. De onderlinge contacten binnen de zuilen vervlakten daarentegen.¹¹⁶ Dit proces van organisatorische ontzuiling werd – gelet op de genoemde jaartallen – in het midden van de jaren zestig voor het eerst duidelijk zichtbaar; pas in de jaren zeventig zette het op grotere schaal door.¹¹⁷

Ook door het gedrag van het individu binnen de zuil werd de ontzuiling zichtbaar. De groei van de algemene organisaties was bijvoorbeeld alleen denkbaar doordat individuele katholieken en protestanten zich daarbij aansloten. Maar ook meer in de sfeer van het privéleven werd de ontzuiling zicht-

113 Vgl. Thurlings (1971), 115-116 en (1979), 470 e.v.; Ellemers (1984), 141; Van Doorn (1989b), 127-128 (over de PBO).

114 Vgl. Thurlings (1971), 133 e.v. en (1978), 210 e.v.

115 Vgl. Thurlings (1979), 476.

116 Vgl. i.v.m. de gereformeerden: Hendriks (1971), 228 e.v.

117 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 270.

baar: het aantal gemengde huwelijken nam toe; het geboortecijfer daalde, met name onder de katholieken.¹¹⁸

Een duidelijke aanwijzing voor het op gang komen van de ontzuiling was uiteraard ook het electoraal gedrag van de Nederlandse kiezers.¹¹⁹ De confessionele partijen verloren stemmen, juist ook in die regio's waar zij voordien een bijzonder trouwe aanhang hadden. Daarvan profiteerden met name de 'algemene' Democraten '66 en andere – nieuw opgerichte – partijen.¹²⁰

Wie op deze veranderingen in het stemgedrag de nadruk legt, laat de ontzuiling in de regel in 1967 beginnen. Dat doet bijvoorbeeld Lijphart.¹²¹ En inderdaad werd vanaf dat moment in toenemende mate duidelijk dat de kenmerken van de pacificatie-democratie uit de Nederlandse politiek aan het verdwijnen waren. De door pragmatische argumenten ingegeven verdraagzaamheid en de neiging om conflicten niet al te hoog te laten oplopen werden verdrongen door een sterke neiging tot polariseren. De tot dan toe gebruikelijke depolitisering werd vervangen door de neiging om juist alles in de politieke sfeer te trekken. (De aanspraak op) democratisering verving het verschijnsel dat (zuil)elites het voor het zeggen hadden; van volgzzaamheid van 'de Nederlander' was niet langer sprake. Het evenredigheidsbeginsel als belangrijk uitgangspunt van overheidsbeleid, juist ook bij de verdeling van overheidsgelden, kwam door nieuw beleid onder druk te staan. De politieke stabiliteit nam door deze ontwikkelingen duidelijk af.¹²²

Het was aldus rond het midden van de jaren zestig dat de ontzuiling zichtbaar werd in het gedrag van de individuele katholiek en protestant, op een moment derhalve dat op het organisatorische vlak van daadwerkelijke ontzuiling nog niet of nauwelijks sprake was, hoogstens van discussies over zin of onzin van het levensbeschouwelijke uitgangspunt.¹²³

Wie meer in het bijzonder let op de verzuilingsmentaliteit, kan al voor 1960 sporen van een op gang komende ontzuiling ontdekken. Thurlings wijst er op dat in de jaren dertig, met name onder de intellectuelen in de katholieke zuil, weerstand groeide tegen het (te) duidelijk ten toon gespreide katholieke triomfalisme.¹²⁴ De veranderingen in de opstelling ten opzichte van de verzuiling werden nog eens extra aangescherpt door de Tweede Wereldoorlog. Het waren juist de gezamenlijk doorgemaakte ervaringen en de onderlinge contacten over de zuilgrenzen heen die onmiddellijk na 1945 leidden tot de hoop op een doorbraak van de oude structuren. Die doorbraak liet vervolgens enige tijd op zich wachten, maar kwam uiteindelijk wel. Zo vermeldt Thurlings dat in 1966 nog ongeveer 80% van de katholieken op de KVP stemden,

118 Vgl. Thurlings (1979) 488. Vgl. over de relatie tussen geboortecijfer en verzuiling: Van Heek (1954).

119 Vgl. Thurlings (1978), 210-212; Lijphart (1979), 14 e.v.

120 Vgl. Thurlings (1979), 476 e.v.; Lijphart (1979), 21.

121 (1979), 11, 27-28.

122 Vgl. Lijphart (1979), 13 e.v.

123 Vgl. Thurlings (1979), 474.

124 (1971), 113-115. Vgl. over de periode na 1945: Van Doorn (1989b), 129-132.

terwijl op hetzelfde moment 50% van de katholieken verklaarde dat er geen band is tussen godsdienst en politiek.¹²⁵

Dit alles betekent dat de individuele katholiek en protestant zich kennelijk langer verzuild gedroeg dan hij strikt genomen noodzakelijk vond. Het betekent ook dat verschillende organisaties en instellingen nog verzuild waren op een moment dat hun achterban c.q. cliëntenkring dat al (lang) niet meer was.¹²⁶

De verschillen van opvatting over het beginpunt – naar tijd genomen – van de ontzuiling dienen overigens ook weer niet overdreven te worden: tussen 1960 en 1970 zijn de veranderingen in de Nederlandse samenleving zo duidelijk zichtbaar, dat alom van het begin van de ontzuiling gesproken wordt. Opvallend is in dit verband het verschil tussen de zuilen: de katholieke zuil 'ontzuilde' veel sneller en veel meer dan de protestantse.¹²⁷ Dat werd bijvoorbeeld zichtbaar bij de ontzuiling op organisatorisch gebied: het waren veelal alleen rooms-katholieke en algemene organisaties die federaties aangingen en fuseerden; protestantse organisaties hielden zich vaak afzijdig.¹²⁸ Binnen de protestantse zuil traden verschillen aan het licht tussen – grofweg aangeduid – hervormden en gereformeerden. Onder de gereformeerden hield de verzuiiling langer en in meer opzichten stand dan onder de hervormden.¹²⁹

4.1.3 Invloeden van binnenuit en van buitenaf

In de literatuur over de ontzuiling is, met name in een discussie tussen Thurlings en Van Heek, aandacht besteed aan de vraag waar precies in de samenleving de ontzuiling is begonnen.¹³⁰ Uitgaande van het beeld van de zuil als een verzameling kringen met de kerk als middelpunt is denkbaar dat de ontzuiling een aanvang nam in de sfeer van de kerk zelf en vervolgens een uitstraling had op de kringen rond de kerk. Denkbaar is eveneens dat de ontzuiling begon bij de buitenste kring, waar het verband met de levensbeschouwing het minst sterk was, en vervolgens naar binnen doorzette, om uiteindelijk ook de kerk zelf te bereiken.

Dat de kerken in de periode na 1960 ontwikkelingen doormaakten die bijdroegen aan de ontzuiling is wel zeker.¹³¹ Dat gold met name voor de rooms-katholieke kerk, waar het Tweede Vaticaans Concilie het (in Nederland) reeds op gang gekomen veranderingsproces bevestigde en stimuleerde.¹³² Dit

125 Vgl. Thurlings (1979), 475.

126 Vgl. Thurlings (1971), 144 en (1979), 475, 486; Van Wersch (1979), 35 e.v.; Van den Berg (1985), 165; De Loor/Peters (1985), 152 e.v.

127 Vgl. Van Doorn (1989b), 132-135.

128 Vgl. de vakcentrales NVV-NKV en CNV. Daarover: Thurlings (1978), 212; Stuurman (1986), 140 e.v.

129 Vgl. Hendriks (1971), 227 e.v.; Thurlings (1979), 475; De Loor/Peters (1985); Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986) 264; Van Doorn (1989b), 134-135.

130 Vgl. Van Heek (1973), 148 e.v.; Thurlings (1978), 218 e.v.

131 Paradoxaal genoeg was het juist het succes van de verzuiiling dat deze ontwikkeling stimuleerde. Vgl. Thurlings (1971), 132, 150-151; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 265.

132 Vgl. Thurlings (1971), 152 e.v.; dezelfde (1978), 222 e.v.; Duffhues e.s. (1985), 24-27.

veranderingsproces werd enerzijds toegejuicht; anderzijds stuitte het ook op weerstand. Het gevolg was dat de kerk op een weinig duidelijke en eenduidige wijze naar buiten trad. Verwarring en onzekerheid onder de gelovigen waren daarvan het gevolg. In protestantse kring had nooit de eenheid bestaan die de katholieke kerk lange tijd kenmerkte; toch kon ook binnen de protestantse kerken in de periode na 1960 een proces van afnemende eenheid gesignaleerd worden, met name onder de hervormden, minder – maar ook daar – onder de gereformeerden.¹³³

Deze veranderingen binnen de kerken lieten de gelovigen niet onberoerd. Zichtbaar onder katholieken en protestanten was een toenemende mate van geloofsafval (waarbij met het geloof als zodanig werd gebroken) en ontkerkelijking (waarbij aan de relatie met een bepaalde kerk een einde werd gemaakt).¹³⁴ Al in de vorige eeuw kwamen beide verschijnselen voor, met name onder de hervormden, in mindere mate onder de katholieken, waar het hoge geboortecijfer lange tijd een camouflerend effect had.¹³⁵ Zoals in par. 3.1.4 werd geschetst, kan de verzuiling juist worden gezien als een middel om geloofsafval en ontkerkelijking tegen te gaan. Een tijd lang had het middel succes; daaraan kwam echter een eind.

Dat de crisis in de kerken – qua leer én organisatie – ingrijpende consequenties zou hebben voor de katholieke zuil en de protestantse zuil lag voor de hand. Velen vonden het niet langer noodzakelijk om uitsluitend te verkeren onder in levensbeschouwelijk opzicht gelijkgestemden en om aanhanger, lid of cliënt te zijn van verzuilde organisaties en instellingen.¹³⁶ Deze ontwikkelingen waren vooral aan katholieke zijde zeer duidelijk merkbaar, vrijwel even sterk onder de hervormden, maar veel minder onder de gereformeerden.¹³⁷

Al met al kan dus zeker gezegd worden dat veranderingen binnen de kerken, als de kernen van de beide confessionele zuilen, een ontzuilingsproces 'van binnenuit' op gang brachten.

Anderzijds was juist ook in de sectoren wat verder van het centrum een sterke mate van ontzuiling zichtbaar. Dat gold voor woningbouwverenigingen, ontspanningsverenigingen en bibliotheken, maar ook – wat meer naar het centrum – voor ziekenhuizen en instellingen voor maatschappelijk werk. Dat deze sectoren in snel tempo ontzuilden was niet buitengewoon, juist vanwege de weinig of niet duidelijke band tussen de levensbeschouwing en de activiteit in kwestie. Daar konden de door Van Heek gesignaleerde externe factoren het eerst en het beste hun invloed uitoefenen.¹³⁸

Zo betekende het verschijnsel van de professionalisering, waarbij goed op-

133 Hendriks (1971), 1-2.

134 Vgl. Pijnenburg (1984), 487 e.v.

135 Vgl. De Loor/Peters (1985), 149.

136 Vgl. Van Kemenade (1968), 221; Thurlings (1971), 178, 224; Pijnenburg (1984), 491-492; Van Doorn (1989b), 134-135.

137 Vgl. Thurlings (1971), 121; Hendriks (1971), 1-5; Duffhues e.s. (1985), 26-27; De Loor/Peters (1985), 152-154; Van Doorn (1989b), 132 e.v.

138 Vgl. Van Wersch (1979), 49 e.v.

geleide beroepskrachten het werk overnamen van vrijwilligers, dat besturen van verzuiilde organisaties, die vaak sterk gehecht waren aan de levensbeschouwelijke grondslag van de organisatie, invloed verloren aan de werknemers, die daar veelal minder aan hechtten.¹³⁹ Dezelfde gevolgen had ook de – in veel gevallen gehonoreerde – aanspraak op democratisering.¹⁴⁰

Was nu sprake van ontzuiling van binnenuit of van buitenaf? Zoals ook al in verband met eerder weergegeven meningsverschillen werd opgemerkt: een combinatie van beide opvattingen is heel goed denkbaar. Er lijkt sprake te zijn (geweest) van twee ontwikkelingen, één van binnen naar buiten en één in omgekeerde richting, die beide hun invloed hadden en die elkaar waarschijnlijk zelfs versterkten.¹⁴¹

De positie van het bijzonder onderwijs is in dit verband overigens opvallend. Als daar in de jaren zestig geen ontzuilingsproces zichtbaar wordt (en zoals hierna zal blijken lijkt dat het geval te zijn), dan is dat hoe dan ook vreemd. Want of de ontzuiling nu begon in het centrum, of juist aan de periferie, in beide gevallen werd het onderwijs kennelijk overgeslagen. In par. 4.2 kom ik op deze kwestie terug.

4.1.4 *Waarom ontzuiling?*

In het verlengde van de vraag naar het beginpunt van het ontzuilingsproces die in vorige paragrafen centraal stond, ligt de vraag naar het waarom van de ontzuiling. Hier zijn opnieuw – en niet verwonderlijk – de meningen sterk verdeeld.

Uitgaande van de opvatting van Thurlings ligt het voor de hand om de oorzaken voor het op gang komen van het ontzuilingsproces te zoeken in de sfeer van de kerk. Uitgaande van de opvatting van Van Heek dient de oorzaak eerder gezocht te worden in de sfeer van de invloed van de massamedia, de toegenomen welvaart, de toegenomen mobiliteit, de professionalisering en de democratisering. Toch is hiermee niet alles gezegd over het 'waarom?' van de ontzuiling. Dat wordt duidelijk als gezien wordt welke rol de drie in par. 3.1.4 beschreven verzuilingsmotieven (emancipatie, afscherming, sociale controle) nog speelden in de jaren na 1960. Deze motieven geven aan dat de verzuiiling niet tot stand kwam omwille van zichzelf, maar om verderstrekkende doelen te bereiken. Daarvan uitgaande ligt de gedachte voor de hand dat toen deze doelen geheel of grotendeels bereikt waren, aan waarde verloren of niet langer realiseerbaar waren, ook de verzuiiling daarvan de gevolgen ondervond.

Zo ligt het uitgaande van de emancipatie-theorie voor de hand om er op te wijzen dat het emancipatieproces van katholieken en orthodox-protestanten was voltooid; dat werd al in de loop van de jaren vijftig alom duidelijk. De beide voordien achtergestelde (en zich achtergesteld voelende) bevolkingsgroepen hadden een grote mate van politieke invloed weten te verwerven. Zij

139 Vgl. Van Wersch (1979), 28 e.v., 51-53; Ellemers (1984), 143; Duffhues c.s. (1985), 269.

140 Vgl. Van Wersch (1979), speciaal i.v.m. de bestuurlijke democratisering.

141 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 276-277; Ramakers/Righart (1987), 115.

namen aan het maatschappelijk verkeer deel op voet van gelijkheid, zeker als gelijkheid gedefinieerd wordt als de principiële en praktische bereikbaarheid van gelijke kansen.¹⁴² De verzuiling als instrument van emancipatie had aan zijn doel beantwoord; in zoverre kan gezegd worden dat de verzuiling aan haar eigen succes ten onder ging.¹⁴³

Mede doordat de katholieken en protestanten zich niet langer gediscrimineerd voelden, viel, zo ligt voor de hand om vervolgens te concluderen, ook de behoefte aan afscherming weg.¹⁴⁴ Katholieken en protestanten voelden zich zeker genoeg om in contact te treden met andersgezinden, met name ook socialisten en liberalen. Veel reden voor afscherming was er ook niet meer, want van grote verschillen in normen en waarden was niet langer sprake. De groepsculturen van katholieken en (orthodox)-protestanten waren in vergaande mate geïntegreerd in de totale Nederlandse cultuur.¹⁴⁵ Andere tegenstellingen verscherpten daarentegen, zowel binnen de zuilen (tussen conservatieve en progressieve gelovigen met name) als over de zuilgrenzen heen (tussen werkgevers en werknemers bijvoorbeeld).¹⁴⁶ Een actief optreden van de overheid stuitte ook niet langer op grote weerstanden. 'Eigen' oplossingen, zoals het corporatisme, bleken niet het succes op te leveren dat ervan verwacht was.¹⁴⁷ De opvatting dat de overheid een actieve rol diende te spelen bij de opbouw van de verzorgingsstaat had dan ook meer aanhangers dan het subsidiariteitsbeginsel of de gedachte van de soevereiniteit in eigen kring.¹⁴⁸ Anderzijds noopte de dreigend-overheersende positie van de overheid tot samenwerking over de zuilgrenzen heen.¹⁴⁹ Zo verloor het tweede motief achter de verzuiling, de behoefte aan afscherming, zijn waarde.

Als middel voor sociale controle, de derde verklarende factor, was de verzuiling steeds minder geschikt. Het is mede in dit verband dat het verschil van opvatting tussen Thurlings en Van Heek geplaatst dient te worden. De ontwikkelingen binnen de kerken (vgl. Thurlings' opvatting) betekenden dat de kerkelijke autoriteiten niet langer in staat waren om op basis van het geloof het doen en laten van de gelovigen te controleren. Maar ook al zou dat anders zijn geweest, dan nog zouden externe factoren als de toegenomen welvaart en mobiliteit en de sterk gegroeide invloed van de massamedia (vgl. Van Heeks

142 Daarover: Thurlings (1971), 32; Hendriks (1971), 63 e.v., 155 e.v.

143 Vgl. Thurlings (1971), 23; dezelfde (1979), 486; Ellemers (1984) 142; Duffhues c.s. (1985), 274-275; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 264-265.

144 Vgl. Van Kemenade (1968), 71-72; Hendriks (1971), 5, 227; Thurlings (1979), 486.

145 Aldus reeds: Verwey-Jonker (1962, 122). Volgens Pijnenburg (1984, 501) zijn nog steeds duidelijke verschillen in opvatting aanwezig, maar deze conclusie heeft uitsluitend betrekking op de kerkse katholieken, hervormden en gereformeerden, in totaal ongeveer 20% van de Nederlandse bevolking.

146 Vgl. Thurlings (1971), 162 e.v.; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 264.

147 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 27-31; Van Doorn (1989b), 137-138.

148 Vgl. over de toenemende overheidsfinanciering en -invloed: Van Wersch (1979), 22 e.v.; Van der Burg (1984), 305 e.v. Vgl. speciaal i.v.m. het CDA: Albeda (1982), 59 e.v.

149 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 265. Vgl. over de relatie tussen verzuiling en welvaartsstaat: Ellemers (1984), 142-143.

opvatting) de invloed van de kerken grotendeels ongedaan hebben gemaakt.

4.1.5 Herzuiling (?)

De ontzuiling liet duidelijke sporen na in de samenleving.¹⁵⁰ Velen juichten de veranderingen toe. Openheid en individualisering, polarisering en democratisering, dat alles werd als een verandering ten goede gezien. Anderen zagen in de ontzuiling een ontwikkeling ten kwade. In hun ogen werd afbreuk gedaan aan essentiële waarden en zekerheden. Voor een deel legden degenen die de veranderingen ten gevolge van de ontzuiling betreunden zich bij die veranderingen neer, maar niet steeds. Hier ligt de oorsprong van het verschijnsel dat wel herzuiling wordt genoemd.

Herzuiling zou – analoog aan verzuiling – gekenschetst kunnen worden als het proces waarbij de samenleving opnieuw wordt opgesplitst langs levensbeschouwelijke scheidslijnen. Zo opgevat is herzuiling een minder gelukkige benaming, omdat wat in werkelijkheid gebeurde naar omvang noch naar achtergrond te vergelijken is met het verzuilingsproces rond 1920.

De omvang van het verzuilingsproces was slechts zeer beperkt. Bij de herzuiling waren uitsluitend de meer conservatieven onder de katholieken en de protestanten betrokken.¹⁵¹ De herzuiling betrof ook slechts enkele sectoren van de samenleving, waaronder de politieke partijen (de Rooms-Katholieke Partij Nederland), de omroepen (de Evangelische Omroep), de dagbladen (het Katholiek Nieuwsblad) – en het onderwijs.¹⁵² Herzuiling suggereert het herstel van iets dat voordien verloren was gegaan. Aan de levensbeschouwelijke opvattingen en het daarop gebaseerde gedrag van de bij de herzuiling betrokkenen was waarschijnlijk echter weinig veranderd. De strekking was ook in zoverre een beperkte: een klein deel van de bevolking riep voor zichzelf nieuwe instellingen en organisaties in het leven, passend bij de eigen levensbeschouwelijke opvattingen waarvoor in de ontzuil(en)de samenleving niet langer een vanzelfsprekende plaats was. Door die beperkte strekking had de herzuiling een polariserend effect, dat enerzijds nieuw was, omdat de polarisatie plaats vond binnen de afzonderlijke zuilen, maar dat anderzijds ook weer bijzonder goed paste in de algemene politieke cultuur van dat moment.

Van 'herzuiling' wordt vaak op negatieve toon gesproken, omdat achter het streven naar herzuiling oneigenlijke motieven worden vermoed. Met name wordt gewezen op de herzuiling als instrument tot behoud van macht en invloed – en van overheidssubsidie.¹⁵³ Dat ook deze motieven een rol speelden kan niet ontkend worden; juist het bijzonder onderwijs biedt in dit opzicht voorbeelden (ik kom daarop terug in par. 5.2.2). Maar in zijn algemeenheid geeft juist het conservatieve – en daardoor voor het overgrote deel van de Nederlanders weinig of niet aantrekkelijke – karakter van de nieuw opgerichte

150 Vgl. Daalder (1974), 37 e.v.

151 Vgl. Lijphart (1979), 204.

152 Vgl. Thurlings (1978), 218.

153 Vgl. Van den Berg (1982).

organisaties al wel aan dat de motieven 'zuiver' waren. Zouden het behoud van macht en invloed en het veiligstellen van overheidssubsidies de 'echte' motieven zijn geweest, dan zou de herzuilingsstrategie in elk geval als mislukt moeten worden beschouwd, want, hoe opvallend en interessant het herzuilingsverschijnsel ook was, de overheersende tendens in de Nederlandse samenleving in de jaren zestig en zeventig was die van de ontzuiling.

4.2 HET BIJZONDER ONDERWIJS NA 1960

4.2.1 *Eerste indruk: weinig veranderingen*

Na de behandeling van het hoe en waarom van de ontzuiling (en de gedeeltelijke herzuiling) van de Nederlandse samenleving als geheel, zal ik in deze paragraaf wat langer stilstaan bij de gang van zaken in het bijzonder onderwijs in de periode na 1960 en dan uiteraard met name bij de relatie tussen bijzonder onderwijs en ontzuiling. Zoals hiervoor al werd opgemerkt, was op dat punt iets vreemds aan de hand, want aan het einde van de jaren zestig en het begin van de jaren zeventig, toen elders op grote schaal 'ontzuild' werd, leek in het bijzonder onderwijs de verzuiling in stand te blijven.

Zo waren er in de periode tussen 1960 en 1970 geen opzienbarende verschuivingen in de aantallen bijzondere scholen en openbare scholen en – binnen het bijzonder onderwijs – tussen confessioneel-bijzondere en algemeen-bijzondere scholen.¹⁵⁴ Katholieken en protestanten bleven ook voor het overgrote deel trouw aan hun scholen.¹⁵⁵

Ook de organisaties van schoolbesturen en werknemers bleven verzuild.¹⁵⁶ Dat is in zekere zin opvallend, want elders in de Nederlandse samenleving bundelden werkgeversorganisaties en vakbonden hun krachten juist over de zuilgrenzen heen, waardoor de tegenstelling werkgever-werknemer sterker benadrukt werd dan ten tijde van de verzuiling wel het geval was geweest. In het onderwijs bleven daarentegen protestantse, katholieke en algemene besturenorganisaties naast elkaar bestaan; voor de vakbonden gold grotendeels hetzelfde.¹⁵⁷ Typisch voor de grote rol die de levensbeschouwing bleef spelen was dat de grootste katholieke onderwijsvakbond, de KOV, zich niet aansloot bij het FNV, maar bij het CNV en derhalve in confessionele kring bleef. De verschillende onderwijsorganisaties werkten wel samen, ook over de zuilgrenzen heen; de onderlinge contacten bleven echter in veel opzichten beantwoorden aan Lijpharts beeld van de pacificatiedemocratie: meer noodgedwongen dan van harte.¹⁵⁸ Juist de koepels, die besturen, werknemers en ouders ver-

154 Vgl. Van Wersch (1979), 38.

155 Vgl. Van Kemenade (1968), 43 e.v.

156 Uitgebreide informatie geven: Drop (1985), 51 e.v.; Leune (1987), 334 e.v.; 356 e.v.

157 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 123-126.

158 Zo viel het samenwerkingsverband van ABOP, KOV en PCO na enkele jaren weer uiteen door al te grote onderlinge meningsverschillen. Vgl. Leune (1987), 341, 359.

enigden, bleven door dit alles een belangrijke rol spelen in het onderwijs, bijvoorbeeld in de diverse overlegorganen met de Minister van Onderwijs, bij het totstandkomen van nieuwe wetgeving en bij de scholenplanning.¹⁵⁹

Ook de onderwijswetgever bleef in veel opzichten de verzuilde structuren respecteren. Aan andere gesubsidieerde confessionele instellingen dan scholen stelde de overheid veelal de (subsidie)voorwaarde dat de instelling bereid zou moeten zijn haar diensten ter beschikking te stellen van 'alle groepen van de bevolking zonder onderscheid van godsdienstige of politieke richting', waardoor zij de ontzuiling in de hand werkte.¹⁶⁰ De gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs, met het vereiste respect voor de vrijheid van onderwijs, bleef daarentegen een belangrijk beginsel. Voor zover de wetgever dat dreigde te vergeten, werd hij daar door de verzuilde onderwijsorganisaties – met een beroep op de Grondwet – op gewezen. Een goed voorbeeld is de Wet op het voortgezet onderwijs, die juist vanwege het risico van een aantasting van de positie van het bijzonder onderwijs van verschillende zijden fel bekritiseerd werd.¹⁶¹ Dat gebeurde in de periode 1960-1962. Ook de mislukte herziening van het onderwijsartikel in de Grondwet, in de periode 1975-1976, laat zien dat de wetgever (en in elk geval het parlement) oog bleef houden voor de belangen en aanspraken van het bijzonder onderwijs.¹⁶²

4.2.2 Bij nader inzien: wel degelijk veranderingen

De conclusie lijkt voor de hand te liggen: het bijzonder onderwijs onttrok zich in de jaren zestig en zeventig kennelijk aan het ontzuilingsproces dat elders in de samenleving plaats vond. Als die conclusie zou kloppen, dan zou dat opvallend zijn, want het zou betekenen dat katholieken en protestanten in vrijwel alle opzichten 'ontzuilden', maar niet als ouders en als leerkrachten en als (leden van) schoolbesturen.

Bij nader inzien blijkt dat er wel degelijk iets veranderde in het bijzonder onderwijs. Zo zonden katholieke en protestantse ouders hun kinderen nog wel redelijk trouw naar een katholieke of protestantse school, maar gevraagd naar hun voorkeur bleek dat aan factoren als de ligging van de school en de kwaliteit van het onderwijs even veel, zo niet meer belang werd gehecht dan aan de richting van de school. Dat gold met name voor de katholieken en de hervormden, minder voor de gereformeerden.¹⁶³ Ten dele werd die voorkeur niet alleen geuit, maar werd daar ook gevolg aan gegeven. Vanaf ongeveer 1970 groeide bijvoorbeeld de omvang van het openbaar onderwijs. Die groei was

159 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 123 e.v.; Drop (1985), 38 e.v., 56-57; Leune (1987), 365 e.v.

160 Vgl. Van der Burg (1984), 304.

161 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4, par. 2.6.4. Vgl. ook: hoofdstuk VI, par. 3.2.

162 Tussen onderwijsorganisaties en volksvertegenwoordiging bestonden (en bestaan nog steeds) intensieve relaties. Vgl. Leune (1987), 373 e.v. Vgl. over de (mislukte) herziening: Crijns (1982), 439 e.v.

163 Vgl. De Jonge (1977), 125 e.v.; Pijnenburg (1984), 494; Boef-van der Meulen/Van Kemena-de (1986), 250 e.v.; Versloot (1990), 81 e.v. (en m.n. 96).

weliswaar niet spectaculair, maar niettemin aanwijsbaar.¹⁶⁴

De grotere openheid en tolerantie op levensbeschouwelijk gebied hadden ook op het bijzonder onderwijs hun invloed. Katholieken en protestanten uit-ten steeds meer een voorkeur voor 'samenwerkingsscholen', dat wil zeggen: scholen waarbinnen leerlingen met een verschillende (al dan niet) levensbeschouwelijke achtergrond gezamenlijk aan het onderwijs deelnamen.¹⁶⁵ Ten dele werd die voorkeur wellicht ingegeven door pragmatische redenen, omdat de afzonderlijke richtingen bijvoorbeeld niet groot genoeg waren om een eigen school op te richten, maar niet alleen daardoor. Achtergrond was in de regel (ook) een streven naar verzoening van tegenstellingen die ten tijde van de verzuiling juist werden benadrukt.¹⁶⁶ Van de behoefte aan afscherming was kennelijk niet al te veel meer over.¹⁶⁷

Ook uit de samenstelling van de leerlingenpopulaties binnen de katholieke en protestantse scholen blijkt dat de ontzuiling niet voorbij ging aan het bijzonder onderwijs. Werd rond 1910, omwille van het gevaar voor 'afkeurenswaardige omgang', de toelating van niet-katholieke leerlingen tot de katholieke school ontoelaatbaar geacht¹⁶⁸, in de loop van de jaren zeventig steeg het aantal niet-katholieke leerlingen dat een katholieke school bezocht. Het ging hier met name om kinderen uit culturele minderheden, veelal kinderen van buitenlandse werknemers. Voor de protestantse scholen gold hetzelfde, zij het in iets mindere mate.¹⁶⁹ De verruiming van het toelatingsbeleid had wellicht vooral met het behoud van werkgelegenheid te maken (ik kom daar hierna op terug); in elk geval blijkt dat in de jaren zeventig contacten binnen de school tussen katholieke of protestantse leerlingen en andersgezinde leerlingen niet langer op bezwaren stuitten.

Het onderwijs als zodanig veranderde van inhoud. Dat gold voor het godsdienstonderwijs, dat zijn leerstellig karakter grotendeels verloor.¹⁷⁰ Dat gold ook – waar het toen nog bestond – voor al te zeer door de katholieke of protestantse geschiedenis geïnspireerd geschiedenisonderwijs. Debet daaraan was wellicht voor een belangrijk deel de steeds meer gecentraliseerde aanmaak van onderwijs- en toetsmateriaal.¹⁷¹ Van onoverkomelijke bezwaren van schoolbesturen, ouders en werknemers tegen deze koerswijziging bleek echter niet. Dat lag ook niet voor de hand, want deze ontwikkeling sloot aan bij ontwikkelingen elders in de samenleving. Waar in het algemeen het eman-

164 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 241.

165 Vgl. m.n. Pelkmans (1984); daarnaast: Van Kemenade (1968), 227; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 256, 262-263.

166 Vgl. Thurlings (1978), 215.

167 In dat kader past ook dat het confessionele karakter van instellingen voor bijzonder onderwijs van binnenuit ter discussie werd gesteld. Vgl. Thurlings (1978), 216; Van Wersch (1979), 48.

168 Vgl. Van Kemenade (1968), 77.

169 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 269-270.

170 Vgl. Joosten (1977), 37 e.v.

171 Vgl. Doornbos (1986), 308 e.v., 319 e.v., 332.

cipatie- en het afschermingsmotief achter de verzuiling aan waarde verloren, lag het ook in het onderwijs niet langer voor de hand om per se het zuil-eigene te onderstrepen.

Ook in juridisch opzicht werd de relatie tussen school en kerk zwakker. In 1954 werden nog 96,9% van de katholieke kleuterscholen en 83,3% van de katholieke lagere scholen in stand gehouden door rechtspersonen naar kerkelijk recht; al in 1964 was dat aantal teruggelopen tot 79,4% respectievelijk 75,7%, terwijl het aantal door kerkelijke rechtspersonen in stand gehouden scholen daarna nog verder daalde.¹⁷² Met de juridische verzelfstandiging van de scholen veranderde ook de samenstelling van de schoolbesturen. Ouders en deskundigen op onderwijskundig, financieel of juridisch gebied namen posities over die voordien door bekleeders van kerkelijke ambten werden ingenomen.¹⁷³

Op meer nationaal niveau nam de rechtstreekse invloed van de kerken eveneens af. De overheersende rol van de bisschoppen binnen de katholieke onderwijskoepel, de NKS, werd na 1966 bijvoorbeeld overgenomen door leken, die uitdrukkelijk (organisaties van) schoolbesturen, werknemers en ouders vertegenwoordigden.¹⁷⁴ Protestantse scholen waren al steeds juridisch zelfstandig geweest; ook daar werd de lossere opstelling ten opzichte van de kerken echter duidelijk, bijvoorbeeld door veranderingen in de samenstelling van de schoolbesturen en andere bestuurlijke colleges.¹⁷⁵ Kortom: de kerken lieten een van de belangrijkste instrumenten om het doen en laten van hun gelovigen te controleren en beïnvloeden los.

Ook op politiek niveau vonden er veranderingen plaats. Hiervoor wees ik erop dat de aanspraken van het bijzonder onderwijs ten opzichte van de overheid (evenredige financiering én inhoudelijke terughoudendheid) niet veranderden in de jaren zestig en zeventig en dat zij ook in veel gevallen gehonoreerd werden – maar niet steeds. De overheid ging in toenemende mate een eigen onderwijsbeleid voeren. De WVO vormde een van de eerste voorbeelden. Nog duidelijker werd dat in de jaren zeventig met het aantreden van J.A. van Kemenade als Minister van Onderwijs. Niet alleen de inhoud van het beleid, maar juist ook het feit dat de overheid beleid voerde, op tot dan toe niet of nauwelijks betreden terreinen, stuitte binnen het bijzonder onderwijs op bezwaren.¹⁷⁶ De aanspraken van het bijzonder onderwijs werden weliswaar niet uit het oog verloren en iedere (vermeende) aantasting werd zwaar bevochten, maar de vanzelfsprekendheid van de in de decennia daarvoor gegroeide

172 Vgl. Van Kemenade (1968), 39-40; Boef-van der Meulen/Bouhuijs (1977), 116.

173 Vgl. Boef-van der Meulen/Bouhuijs (1977), 119; Holtkamp (1986); Van Esch (1988), 171.

174 Vgl. Duffhues c.s. (1985), 123 e.v.; Leune (1987), 347.

175 Hendriks (1971), 200.

176 Vgl. Dodde (1984), 32 e.v.; Van Doorn (1989b), 143.

taakverdeling tussen overheid en 'bijzonder onderwijs' was in elk geval verdwenen.¹⁷⁷

4.2.3 *Schoolbesturen, werknemers en ontzuiling*

Niet in de laatste plaats waren er grote veranderingen in de verhouding tussen schoolbesturen en werknemers.

Nam de zelfstandigheid van de schoolbesturen ten opzichte van de kerken bijvoorbeeld toe, intern verloren zij aan invloed. Ook het onderwijs ondervond de gevolgen van het hiervoor kort aangeduide verschijnsel van de professionalisering. Het geven van onderwijs was uiteraard al lang geprofessionaliseerd. De andere en ook hogere eisen aan het onderwijs en de schaalvergroting eisten daarnaast meer professioneel bestuur. De toegenomen welvaart maakte het mogelijk om aan deze verlangens tegemoet te komen; de overheid steunde het streven naar professionalisering van harte.¹⁷⁸ Daardoor veranderde de positie van de schoolbesturen ten opzichte van hun werknemers. Van autoriteiten, die hun gezag – ook over de werknemers – voor een deel ontleenden aan hun positie binnen de zuil en eventueel ook binnen de kerk, werden zij amateurs, zonder een duidelijke achtergrond, die professionals dienden te besturen. Daardoor verschoof een deel van de zeggenschap over de gang van zaken binnen de school van de schoolbesturen, gehecht aan de confessionele grondslag van de school, naar de werknemers, die meer belang hechtten aan continuïteit en het behoud van werkgelegenheid.¹⁷⁹

Ook in andere opzichten lieten veranderingen in de positie van de werknemers zien dat het bijzonder onderwijs de invloed onderging van veranderingen elders in de samenleving. In het katholiek onderwijs namen bijvoorbeeld leken in toenemende mate taken over van religieuzen.¹⁸⁰ Zowel in het protestantse als het katholieke bijzonder onderwijs nam het aantal conflicten tussen schoolbesturen en werknemers toe, juist op het punt van de eisen die de schoolbesturen op grond van de richting van de school aan de werknemer werden gesteld. Onder de werknemers in het bijzonder onderwijs veranderden de opvattingen over – bijvoorbeeld – trouwen en scheiden en over de (on)mogelijkheid om werknemer te zijn aan een confessioneel-bijzondere school en tegelijk naar buiten te treden als lid van de CPN. Wellicht waren de veranderingen niet zo groot als elders (onderzoeksgegevens ontbreken), maar onder andere uit het duidelijk toegenomen aantal aan de rechter voorgelegde

177 Vgl. Van Doorn (1989a), 56-57. Vgl. daarnaast Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 268-269, over wetgeving in de jaren zeventig die de verzuijing negeerde (streekscholen, schoolbegeleiding).

178 Vgl. Van Doorn (1989b), 142.

179 Vgl. reeds Van Kemenade (1968), 240-241 en voorts: Smets/Bakker (1979), 34 e.v.; Willemsz/Van Wieringen (1986), 137-139; Van Esch (1988), 33-34, 167-168.

180 Vgl. Holtkamp (1986) (met cijfers betreffende de jaren 1984-1985).

arbeidsgeschillen van richtinggevoelige aard blijkt dat er wel degelijk iets veranderde.¹⁸¹

De democratiseringsgolf ging tenslotte evenmin aan de bijzondere scholen voorbij. Werknemers (en daarnaast uiteraard ook ouders, leerlingen en studenten) maakten aanspraak op medezeggenschap. Het wetenschappelijk onderwijs liep in dit opzicht zelfs voorop binnen de samenleving als geheel.¹⁸² Maar ook elders in het onderwijs werd aanspraak gemaakt op medezeggenschap en werd die aanspraak ook gehonoreerd, ten dele op wettelijke, ten dele op informele basis.¹⁸³

4.2.4 Mentaliteit, gedrag, organisatie

Het bijzonder onderwijs in de jaren zestig en zeventig biedt al met al een wat tweeslachtig beeld: bepaalde ontwikkelingen suggereren dat ook in het bijzonder onderwijs sprake was van ontzuiling; in andere opzichten lijkt het erop dat alles bij het (verzuiilde) oude bleef.

Hiervoor werd geconstateerd dat de verzuiiling en de ontzuiling van de samenleving zowel te maken hadden met het ontstaan c.q. verdwijnen van verzuiilde organisaties als met veranderingen in het gedrag en de mentaliteit van het individu. Aan de hand van deze driedeling is het mogelijk om preciezer aan te geven wat de geconstateerde veranderingen in het bijzonder onderwijs betekenden.

Uitgaande van dit onderscheid moet namelijk de conclusie zijn dat, voor zover verzuiiling c.q. ontzuiling blijkt uit de mentaliteit van de individuele katholieken en protestanten, ook in verband met het onderwijs duidelijk sprake was van ontzuiling. Veel katholieken en protestanten verlieten in de loop van de jaren zestig en zeventig de opvatting dat uitsluitend onderwijs dat uitdrukkelijk gebaseerd was op de eigen levensbeschouwing in aanmerking kwam. De verschuivingen waren ten aanzien van het onderwijs minder ingrijpend dan elders in de samenleving het geval was.¹⁸⁴ Niettemin waren zij duidelijk aanwijsbaar: de schoolkeuze-enquêtes, waarvan hiervoor sprake was, laten dat zien. De conflicten tussen schoolbesturen en werknemers over de eisen die op basis van de grondslag van de school aan de werknemer gesteld konden worden, laten zien dat veranderde opvattingen over – bijvoorbeeld – trouwen en scheiden wel degelijk in het bijzonder onderwijs doorwerkten.

Natuurlijk moet hier een uitzondering worden gemaakt voor die delen van de bevolking voor wie er een sterke band was en bleef tussen de levensbeschouwelijke opvattingen enerzijds en het persoonlijk gedrag en de wijze van deelname aan het maatschappelijk leven anderzijds. Zij bleven gehecht aan onderwijs op een uitgesproken levensbeschouwelijke grondslag; van conflic-

181 Vgl. Joosten (1977), 39; Thurlings (1979), 479; Van Esch (1988), 296-297. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986, 269) wijzen in dit verband op de krapte op de arbeidsmarkt in het begin van de jaren zeventig. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 4.1; hoofdstuk VIII, par. 4.4.3.

182 Stoelinga (1987), 384 e.v.

183 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.1.

184 Vgl. Pijnenburg (1984), 494, tabel 1.

ten tussen schoolbesturen en werknemers met een levensbeschouwelijke achtergrond was hier niet of nauwelijks sprake. Het ging hier echter om een minderheid van met name gereformeerden.¹⁸⁵

De veranderingen in de mentaliteit hadden slechts ten dele een weerslag op het gedrag van de individuele katholieken en protestanten. Tot ver in de jaren zeventig bleven katholieken en protestanten zich bijvoorbeeld qua schoolkeuze verzuild gedragen. Er waren weliswaar verschuivingen waarneembaar ten gunste van het algemeen-bijzonder en het openbaar onderwijs, maar deze verschuivingen hadden zelfs niet bij benadering dezelfde omvang als die in verband met – bijvoorbeeld – de politieke partijen, de vakbonden en de omroepen.

Dit verschil tussen mentaliteit en gedrag was voor een deel wellicht te wijten aan wat in de verzuilingsliteratuur de nawerking van de verzuiling wordt genoemd: structuren die eenmaal tot stand waren gebracht, bleven bestaan, omdat ze, ook zonder de oorspronkelijke verzuilingsmotieven op de achtergrond, nog steeds als waardevol werden aangeprezen en ervaren.¹⁸⁶ Die meerwaarde had het confessionele bijzonder onderwijs vanwege de mogelijkheid die het ouders bood om hun kinderen een zekere mate van godsdienstige vorming te laten krijgen. Ondanks de toegenomen ontkerkelijking en de toegenomen belangstelling voor de kwaliteit van het onderwijs in onderwijskundig opzicht werd daaraan kennelijk nog steeds belang gehecht, werd althans niet de beslissing genomen om in alle opzichten – en dus ook in de sfeer van de opvoeding – met geloof en kerk te breken.¹⁸⁷ Voor een deel werd zelfs een duidelijke relatie gelegd tussen de kwaliteit van het onderwijs en de levensbeschouwelijke grondslag.¹⁸⁸

Maar er speelde ook iets geheel anders een rol: dat het bezoek van katholieke en protestantse scholen niet of nauwelijks afnam, had ook te maken met een gebrek aan keuzemogelijkheden. Ook al zouden ouders voor hun kinderen een andere, niet-confessionele school willen kiezen, de mogelijkheden daartoe waren op veel plaatsen in Nederland beperkt.¹⁸⁹ Juist op het niveau van de onderwijsorganisaties en -instellingen was de verzuiling namelijk vrijwel geheel overleefd gebleven.

Dat juist daar de verzuiling zo lang stand hield, hoeft niet te verbazen. Er stonden voor de verzuilde onderwijsorganisaties grote belangen op het spel: aanzienlijke overheidssubsidies, invloed op de politieke besluitvorming en onafhankelijkheid van de overheid bijvoorbeeld. Dat was ook elders wel het geval, maar het bijzonder onderwijs verkeerde in een unieke positie, want

185 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 239, 257-258.

186 Vgl. Goddijn (1957); Van Doorn (1958), 194 e.v. en (1989b), 136; Van Kemenade (1968), 66 e.v., 224 e.v.

187 Vgl. Van Kemenade (1968), 224 e.v.; Joosten (1977), 40-42; Thurlings (1979), 472; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 267-268.

188 Vgl. De Jonge (1977), 125.

189 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 251: in 1978 was in 20% van de gemeenten slechts lager onderwijs van één richting beschikbaar.

datgene waarop het aanspraak maakte was, na een lange strijd, 'voor eens en voor altijd', gegarandeerd in Grondwet en onderwijswetgeving.¹⁹⁰ Daar lag de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven als het openbaar onderwijs tot in details vast en werd tevens de vrijheid van onderwijs (met name op levensbeschouwelijk gebied) gegarandeerd; daar werd geregeld welke advies- en overlegorganen de overheid diende te raadplegen alvorens beleidsvoornemens in de praktijk om te zetten.

Binnen de afzonderlijke scholen waren er enerzijds de gevolgen van de professionalisering in het onderwijs, waardoor de schoolbesturen zich in veel gevallen steeds terughoudender opstelden waar het ging om de dagelijkse gang van zaken. Anderzijds bleek op momenten dat meer ingrijpende besluiten genomen moesten worden, met consequenties op levensbeschouwelijk gebied (bijvoorbeeld in geval van fusies), dat de schoolbesturen nog steeds tot op grote hoogte de gang van zaken in de scholen konden bepalen – en dat ook wilden.¹⁹¹

Veel van de hiervoor genoemde veranderingen in het bijzonder onderwijs, die in eerste instantie betrekking hadden op de ouders en de leerlingen en op de werknemers, konden daardoor niet (of slechts langzaam, of maar ten dele) doorwerken op schoolniveau en op nationaal niveau.

5 De situatie op dit moment

5.1 DE SAMENLEVING ALS GEHEEL

Tot slot van de beschouwingen over het bijzonder onderwijs tegen de achtergrond van de verzuiling en ontzuiling in de Nederlandse samenleving komt hierna het afgelopen decennium aan de orde. In par. 5.2 zal ik stilstaan bij het bijzonder onderwijs; eerst volgen enkele korte opmerkingen over de samenleving als geheel.

Voor de Nederlandse samenleving in de jaren tachtig en het begin van de jaren negentig geldt grotendeels dat lijnen uit de twee decennia daarvoor worden doorgetrokken. In sommige sectoren van de samenleving die in de jaren zeventig nog geheel of grotendeels verzuild waren gebleven, zet in de loop van de jaren tachtig de ontzuiling in. Dat geldt bijvoorbeeld voor de omroepen, die ondanks de komst van TROS en Veronica in de jaren zeventig een verzuild beeld waren blijven bieden. Door de komst van de commerciële televisie lijkt het einde van de verzuiling in de sfeer van de omroepen in zicht. Op andere plaatsen blijkt dat aspecten van verzuiling stand houden of zich zelfs versterken. Dat geldt bijvoorbeeld, in de sfeer van de politiek, voor de positie van het

¹⁹⁰ Vgl. Duffhuës c.s. (1985), 270; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 272; Koelman (1987), 99 e.v. (met name over de scholenplanning).

¹⁹¹ Vgl. in dit verband de jurisprudentie aangehaald in Medezeggenschap in de school I 4026.

CDA, dat electoraal een sterke positie blijft innemen in de Nederlandse politiek.

Van herzuiling op grote schaal is geen sprake. De ontwikkelingen in die richting uit de jaren zeventig hebben ten dele stand gehouden (met name aan protestantse zijde, de EO bijvoorbeeld), voor een ander deel niet (de RKPN).¹⁹² In elk geval is van een verdere voortzetting van het herzuilingsproces geen sprake. Dat ligt ook voor de hand, want op individueel niveau is het proces van geloofsafval en ontkerkelijkheid allerm minst tot stilstand gekomen.

De hervormden vormden in 1900 nog 48% van de bevolking; in 1981 was dat 20,8%. Inmiddels is het aandeel hervormden gedaald tot onder de 20%. De katholieken vormden in 1960 nog 40% van de Nederlandse bevolking. In de jaren zeventig zet een daling in, waardoor het aandeel katholieken inmiddels is gedaald tot onder de 30%. Uitsluitend de gereformeerden slagen erin om het niveau uit 1960 (9%) vast te houden, zij het dat ook daar van een dalende tendens sprake is. Het ingrijpende karakter van deze verschuivingen wordt nog duidelijker als bedacht wordt dat ongeveer 40% van de hervormden en katholieken randkerkelijk is, wat bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat zij nog maar weinig naar de kerk gaan of anderszins betrokken zijn bij kerkelijke activiteiten.¹⁹³

De groep Nederlanders die zich aangesproken voelt door een uitgesproken levensbeschouwelijk-geïnspireerde benadering van de politiek (en dat geldt ook voor andere maatschappelijke activiteiten) wordt daardoor steeds kleiner. Als uitsluitend naar de jongeren binnen de Nederlandse samenleving wordt gekeken, dan wordt duidelijk dat aan de veranderingen op dit punt nog lang geen einde is gekomen. Zo constateert De Hart op basis van een onderzoek naar de levensbeschouwelijke praktijken van middelbare scholieren – bijvoorbeeld – dat slechts een minderheid van de katholieke ouders erin slaagt de relevantie van het geloof voor de kinderen duidelijk te maken en hen te bewegen tot het inruimen van een even belangrijke plaats voor de godsdienst als binnen hun eigen leven het geval is.¹⁹⁴

Kortom: de grote lijn is die van de voortzettende ontzuiling, zowel uiterlijk als meer verborgen, waarbij de situatie aan het eind van de jaren tachtig toelaat dat het begrip 'ontzuiling' langzamerhand niet langer gebruikt wordt in de betekenis van 'proces leidend tot ...' maar van 'toestand van (volledige) ontzuildheid'.¹⁹⁵

192 Vgl. Van Doorn (1989b), 135.

193 Vgl. De Loor/Peters (1985). Vgl. daarnaast: Stuurman (1986), 140; Dekker (1989), 18-19.

194 Vgl. (1990), 246.

195 Vgl. over de katholieke zuil: Duffhues c.s. (1985), 238.

5.2 HET BIJZONDER ONDERWIJS

5.2.1 Doorzettende veranderingen

Wat voor de Nederlandse samenleving in het algemeen geldt, geldt ook voor het bijzonder onderwijs: waar het gaat om de mate van verzuiling c.q. ontzuiling worden in de jaren tachtig en in het begin van de jaren negentig de lijnen uit de twee decennia daarvoor doorgetrokken. Dat is in twee opzichten het geval: intern zetten de veranderingsprocessen uit de jaren zestig en zeventig door (aan dat aspect is deze paragraaf gewijd); uitwendig blijft het bijzonder onderwijs daarentegen nog steeds een verzuilde aanblik bieden, zij het dat de tegenstelling die hierin besloten ligt in de loop van de jaren tachtig steeds zichtbaarder en problematischer wordt (vgl. par. 5.2.2).

Dat de interne veranderingen doorzetten blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat een nog steeds toenemend aantal leerlingen binnen het katholiek en het protestants bijzonder onderwijs geen enkele relatie heeft met de richting van de school. In sommige gevallen geldt dat voor meer dan de helft van het totale aantal leerlingen. Veel van deze scholen zijn dan ook alleen nog in naam en statutair katholiek of protestants; in werkelijkheid is de levensbeschouwelijke grondslag sterk verwaterd of zelfs geheel verdwenen.¹⁹⁶ Dit verschijnsel is niet verwonderlijk, want de aandacht van ouders en leerlingen voor het levensbeschouwelijke aspect van het bijzonder onderwijs neemt steeds verder af.¹⁹⁷ De voorkeur voor openbaar onderwijs neemt daardoor toe, maar juist ook de voorkeur voor het algemeen-bijzonder onderwijs. Boef-van der Meulen en Van Kemenade signaleren in dit verband een verschuiving van de aandacht van het onderscheid confessioneel-niet confessioneel naar het onderscheid openbaar-bijzonder. Anders gezegd: niet de – eventuele – levensbeschouwelijke grondslag trekt de aandacht, maar de bestuursvorm. Als een voorkeur wordt geuit voor bijzonder onderwijs, dan is dat in toenemende mate vanwege de grotere mogelijkheden die deze bestuursvorm biedt voor ouders en leerlingen om invloed te hebben op het bestuur van de school. Daarnaast groeit de aandacht voor onderwijs vanuit een specifieke onderwijskundige opzet. Ook confessioneel-bijzondere en openbare scholen passen zich daaraan aan. Daarom komt de toegenomen aandacht voor een speciale onderwijskundige aanpak niet alleen aan het algemeen-bijzonder onderwijs ten goede. Toch blijkt ook uit deze ontwikkeling dat bijzonder onderwijs niet langer alleen vanwege de mogelijkheid om het onderwijs een levensbeschouwelijke ondergrond te geven aantrekkelijk wordt geacht; de bestaansgrond wordt door velen juist in een andere richting gezocht.¹⁹⁸

196 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 269-270; Willemsz (1988), 80 e.v.

197 Vgl. Versloot (1990), 192: 'Een relatief gering aantal ouders blijft voorstander van een gericht levensbeschouwelijke vorming door de school. Min of meer ter wille van hen bestaat het verzuilde stelsel. Voor 32.5% van de ouders'.

198 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 240, 260 e.v. In de praktijk blijkt het nog steeds erg moeilijk om daadwerkelijk voor die school te kiezen die overeenstemt met de eigen wensen. Vgl. Versloot (1990), 233 e.v.

Ook in andere opzichten worden lijnen uit de jaren zestig en zeventig doorgetrokken. Het aantal scholen dat rechtstreeks in stand wordt gehouden door de kerken – in de jaren zestig al sterk afgenomen – daalt nog verder. Dat is zozeer het geval dat de scholen uitgaande van kerkelijke rechtspersonen geheel uit de statistieken verdwijnen.¹⁹⁹ Ook overigens is en blijft de relatie tussen het bijzonder onderwijs en de kerken een vrij afstandelijke. De gang van zaken rond het Algemeen reglement voor het katholiek onderwijs is in dit verband een goed voorbeeld. Onder invloed van veranderingen in de kerkelijke wetgeving zijn de verhoudingen tussen de bisschoppen en het katholiek onderwijs in die zin veranderd dat de bevoegdheid tot het uitoefenen van formele bevoegdheden niet langer is gedelegeerd aan de NKSR, maar gemandateerd. Materieel is daardoor weinig of niets veranderd aan de terughoudende opstelling van de bisschoppen. De bisschop van Roermond die in zijn eigen reglement verder gaat, en die weer wil invoeren wat nog in jaren vijftig normaal was (een vetorecht voor een vertegenwoordiger van de kerk in het schoolbestuur bijvoorbeeld²⁰⁰), gaat in de ogen van zeer velen té ver.²⁰¹

Opvallend is dat ook de schoolbesturen 'ontzuilen'. In de jaren zestig en zeventig bleek vooral uit de veranderde opstellingen van werknemers, ouders en leerlingen dat de ontzuiling niet aan het bijzonder onderwijs voorbij ging; de schoolbesturen bleven daarentegen in de regel vasthouden aan de verzuilde structuren. In de jaren tachtig blijken ook schoolbesturen de zuilband als te knellend te ervaren. Dat blijkt uit de geschillen tussen (fuserende) schoolbesturen en koepelorganisaties over een eventuele verandering van de grondslag van de school: het schoolbestuur en de overige betrokkenen binnen de school zijn het er over eens dat een verandering van grondslag wenselijk of zelfs noodzakelijk is, maar de koepelorganisatie, die de vereiste statutenwijziging veelal dient goed te keuren, weigert in veel gevallen om accoord te gaan met de verandering van grondslag of formuleert zeer stringente voorwaarden.²⁰² Ook het feit dat schoolbesturen in ontslagzaken steeds vaker de kring-eigen commissies van beroep mijden, of aan een beslissing daarvan trachten te ontkomen door een beroep te doen op de overheidsrechter, wijst erop dat de verzuiling van het bijzonder onderwijs ook voor de schoolbesturen niet langer in alle opzichten een vanzelfsprekende zaak is.²⁰³

Tenslotte verdient in dit verband gesignaleerd te worden dat op het gebied

199 Vgl. Holtkamp (1986).

200 Vgl. Van Kemenade (1968), 41.

201 Het Algemeen reglement voor het katholiek onderwijs in het bisdom Roermond kent een overgangsbepaling, die de schoolbesturen tot 1-1-1993 de tijd geeft om de vereiste aanpassingen tot stand te brengen. Waarschijnlijk zal pas in de loop van 1993 duidelijk worden hoeveel schoolbesturen daartoe daadwerkelijk bereid zijn en hoeveel schoolbesturen gebruik gaan maken van de zgn. constaterende verklaring van de NKSR, waardoor wordt vastgesteld dat de statuten van de rechtspersoon overeenstemmen met het Algemeen reglement voor het katholiek onderwijs. (De beide reglementen zijn opgenomen in School en Besturen 2-1988.)

202 In de praktijk blijkt dit een reëel probleem; in de literatuur wordt het voorzichtig aan de orde gesteld door Veenhuijs (1988).

203 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.1.6, par. 3.

van de rechtspositie van de werknemers in het beroepsonderwijs de zuilgrenzen geheel of grotendeels verdwijnen. Dat laatste is het geval in het middelbaar beroepsonderwijs, waar katholieke en protestantse besturen- en werknemersorganisaties gezamenlijk een regeling inzake de rechtspositie van de werknemers hebben getroffen.²⁰⁴ In het hoger beroepsonderwijs lijken alle zuilgrenzen binnenkort uitgewist te gaan worden, als namelijk het voornemen tot het sluiten van één cao voor het gehele hoger beroepsonderwijs wordt gerealiseerd.²⁰⁵

De achtergrond van deze ontwikkelingen wordt voor een belangrijk deel gevormd door de ook in de jaren tachtig doorzettende ontkerkelijking. In zoverre is sprake van veranderingen van binnenuit (vgl. de hiervoor weergegeven opvatting van Thurlings over de ontzuiling in het algemeen). Anderzijds spelen ook externe factoren een rol. Dat was in de jaren zestig en zeventig al het geval; in de jaren tachtig wordt dat nog duidelijker. Dat in het confessioneel-bijzonder onderwijs op ruime(re) schaal (dan voorheen) leerlingen worden toegelaten die niet de grondslag van de school onderschrijven heeft niet alleen, zelfs niet in de eerste plaats, te maken met de toegenomen openheid ten opzichte van andersdenkenden; het heeft naar het lijkt in de eerste plaats te maken met de noodzaak om ter wille van het behoud van werkgelegenheid het leerlingenaantal zo veel mogelijk op peil te houden. De dalende hoeveelheid leerlingen dwingt ook tot fusies, waardoor in veel gevallen het confessionele karakter van de school verloren gaat.²⁰⁶ Ook overheidsmaatregelen, ten dele ingegeven door de voordelen van schaalvergroting, ten dele door de noodzaak om te bezuinigen, hebben een ontzuilend effect.²⁰⁷ In zoverre is terecht dat Van den Berg spreekt van 'ontzuiling door geldgebrek'.²⁰⁸

5.2.2 *Herzuiling in het onderwijs?*

Ondanks dit alles blijven de aanspraken van het bijzonder onderwijs ten opzichte van de overheid (vrijheid én subsidie) gelijk. Voor een belangrijk deel worden zij ook nog steeds gehonoreerd. Dat blijkt treffend uit de gang van zaken rond de totstandkoming van de WMO. Enerzijds krijgen de werknemers, ouders en leerlingen uitdrukkelijk medezeggenschap; dat kan gezien worden als een – sterk verlaet – gevolg van de aanspraak op meer democratisering uit de jaren zestig en zeventig. Anderzijds houdt de wetgever in vergaande mate rekening met de positie van het bijzonder onderwijs en dan met name met de positie van het schoolbestuur, dat als drager van het onderwijsgrondrecht wordt gezien.²⁰⁹

In zekere zin is zelfs sprake van een heropleving van de aandacht voor het

204 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.3.7.

205 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.5.5.

206 Vgl. Boef van der Meulen/Van Kemenade (1986), 274.

207 Vgl. m.n. de hiervoor aangeduide veranderingen in het mbo en hbo.

208 Vgl. Van den Berg (1982), 65. Verderop zal blijken dat ook 'herzuiling door geldgebrek' bestaat.

209 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.7 en hoofdstuk X, par. 2.5.

confessionele in het bijzonder onderwijs. Zo zijn in het hoger beroepsonderwijs tegen het eind van de jaren zeventig een katholieke school voor journalistiek en een gereformeerde school voor maatschappelijk werk opgericht.²¹⁰ In verband met het (al dan niet) opheffen van scholen en in verband met de verzorgingsstructuur wordt in de jaren tachtig eveneens vastberadener dan daarvoor wel het geval was aandacht gevraagd voor de speciale positie van het confessioneel-bijzonder onderwijs.²¹¹ Tegen (vermeende) aantastingen van de positie van de schoolbesturen in het confessioneel-bijzonder onderwijs, zoals door (voorgenomen) wetgeving die de overheid invloed geeft op de doelstellingen en resultaten van het onderwijs (de 'eindtermen'), wordt fel verweer gevoerd, feller dan in de jaren zeventig wel gebruikelijk was.²¹²

Dat dat gebeurt is niet onverklaarbaar. De externe factoren waarvan hiervoor sprake was (teruglopende leerlingenaantallen, overheidsbeleid gericht op schaalvergroting, bezuinigingen) hebben een nadelige invloed op het onderwijs als geheel. Het bijzonder onderwijs kan niet meer onverkort rekenen op steun van de overheid. De bescherming van de positie van het bijzonder onderwijs heeft in de ogen van de overheid niet langer in alle opzichten de hoogste prioriteit; dat hebben de hiervoor geschetste gebeurtenissen in de jaren zestig en zeventig duidelijk gemaakt. Daarnaast zijn er hoe dan ook de financiële beperkingen aan de zijde van de overheid. Uitdrukkelijk aandacht vragen en opkomen voor de belangen van het bijzonder onderwijs lijkt dan ook geboden. Het onderstrepen van de eigen levensbeschouwelijke identiteit is daarbij een voortreffelijke ingang, juist vanwege de verankering in de Grondwet en in de onderwijswetgeving. Daarnaast moet niet uit het oog worden verloren, dat de positie van het bijzonder onderwijs van groot belang is voor de onderwijsorganisaties als zodanig; hun macht en hun invloed op het overheidsbeleid berusten in belangrijke mate op de omvang van de 'achterban'. Daarom zijn de onderwijsorganisaties juist ook met het oog op hun eigen positie gebaat bij het tegengaan van een verzwakking van de positie van het bijzonder onderwijs.

Ook in het onderwijs lijkt aldus sprake te zijn van herzuiling. Dat inderdaad sprake is van herzuiling in het onderwijs staat niet of nauwelijks ter discussie in de literatuur. Van verschillende zijden wordt het bijzonder onderwijs opgevoerd als een schoolvoorbeeld van herzuiling. Het is ook juist de herzuiling in het onderwijs die bekritiseerd wordt. Zo spreekt Van den Berg van 'reconfessionalisering door geldgebrek', waarmee hij wil aangeven dat de herzuiling niet berust op een behoefte van onderwijsafnemers, maar wordt ingegeven door externe, in wezen niet ter zake doende motieven, zoals het behoud van

210 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 271 e.v., waar ook andere voorbeelden worden gegeven. Vgl. ook (eveneens in de sfeer van het hbo) art. 37 lid 5 en 6 WHBO, dat het schoolbestuur de mogelijkheid geeft om van (potentiële) studenten te verlangen dat deze schriftelijk verklaren de grondslag en de doelstellingen van de school te onderschrijven dan wel te respecteren. Vgl. over deze bepaling Van der Burg (1984), 306.

211 Vgl. Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 271 e.v.

212 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4, par. 2.6.4.

macht en invloed – en van werkgelegenheid.²¹³

Het bijzonder onderwijs biedt op dit punt inderdaad voorbeelden. Een daarvan is de oprichting van de katholieke school voor journalistiek waarvan hiervoor sprake was. In het beroepsonderwijs is de relatie tussen onderwijs en levensbeschouwing nooit erg sterk benadrukt. En in de sfeer van de pers en de omroepen is wel sprake van een zekere herzuiling, maar niet in die mate dat sprake kan zijn van een behoefte aan uitgesproken katholieke journalisten. De oprichting van de katholieke school voor journalistiek lijkt dan ook vooral het gevolg te zijn geweest van het feit dat een afzonderlijke, 'toevallig' katholieke onderwijsinstelling met werkgelegenheidsproblemen kampte, terwijl anderzijds de Minister van Onderwijs weinig verweer had tegen het verzoek om een nieuwe journalistenopleiding, juist omdat het verzoek een confessionele opleiding betrof.²¹⁴ In dit concrete geval lijkt inderdaad sprake van 're-confessionalisering (of: herzuiling) door geldgebrek'.²¹⁵

Of de verhoogde aandacht voor de levensbeschouwelijke aspecten van het bijzonder onderwijs in alle opzichten als 'herzuiling' moet worden gekenschetst, is mijns inziens echter de vraag. Anders dan in de sfeer van de omroepen, de pers en de politiek gaat de 'herzuiling' namelijk allerm minst uit van een kleine groep behoudenden. De relatief sterke opkomst van deel-richtingen binnen het protestants-christelijk onderwijs kan als 'echte' herzuiling worden gezien.²¹⁶ Ook het optreden van Bisschop Gijsen kan wellicht in dit kader worden geplaatst.²¹⁷ Over het algemeen betreffen de opnieuw geldend gemaakte aanspraken echter het gehele bijzonder onderwijs, in al zijn facetten. Het lijkt er dan ook eerder op dat de oude aanspraken, stammend uit de periode vóór en ten tijde van de verzuiling, onverkort, maar – door de omstandigheden gedwongen – feller en vastberadener naar voren worden gebracht.²¹⁸

Of in verband met de versterkte aandacht voor de positie van het confessioneel-bijzonder onderwijs nu sprake is van (onverminderde, maar feller verdedigde) verzuiling of van herzuiling, het gaat hoe dan ook om een opvallend en ook problematisch verschijnsel. Op geen enkele wijze blijkt namelijk dat rekening wordt gehouden met het feit dat in het bijzonder onderwijs wel degelijk grote veranderingen hebben plaatsgehad, veranderingen die juist in een aan 'herzuiling' tegengestelde richting wijzen. Ouders en leerlingen richten hun aandacht sterker dan voorheen op de kwaliteit van het onderwijs; een confessioneel-bijzondere school is in de ogen van veel ouders en leerlingen eerder te veel dan te weinig katholiek of protestants. Werknemers, en ten dele

213 (1982), 67.

214 Vgl. Van den Berg (1982), 63. Vgl. ook: Van Schoten/Wansink (1984), 55-63.

215 Openbaar onderwijs en algemeen-bijzonder onderwijs doen overigens hetzelfde, maar staan wettelijk minder sterk.

216 Vgl. in dit verband: Willemsz (1988), 80 e.v. en (1989).

217 Vgl. reeds: Thurlings (1978), 223.

218 Vgl. in dit verband: hoofdstuk VIII, par. 4.4.6, i.v.m. de ontwerp-AWGB. Daar zal blijken dat de wetgever (althans de regering) ook bereid is om voor het totale bijzonder onderwijs een uitzonderingspositie te creëren.

ook individuele schoolbesturen, richten hun aandacht op het behoud van werkgelegenheid; al naar gelang de omstandigheden leidt dat tot ontzuiling dan wel herzuiling. In versterkte mate wordt duidelijk dat de belangen van onderwijsorganisaties en directe betrokkenen niet meer per se parallel lopen. De kerken houden zich nog wel bezig met de gang van zaken in het onderwijs, maar op een erg indirecte manier. Waar, zoals in verband met het katholiek onderwijs in het Bisdom Roermond, de kerk een rechtstreekse en meer vergaande invloed wil, leidt dat tot tal van protesten.

5.2.3 Tot slot

In een onderzoek naar de onderlinge relaties van organisaties en personen binnen de katholieke zuil leggen Duffhues, Felling en Roës, in navolging van (onder anderen) Schreuder, een verband tussen de verzuiling en de theorieën omtrent de 'sociale beweging'.²¹⁹ De kerngedachte van de sociale beweging geven zij als volgt weer:

'Elke sociale beweging wordt gedragen door bepaalde ideologische motieven. Maar zonder een actief en wervend optreden van een betrekkelijk invloedrijke en ondernemende elite komt deze beweging niet van de grond. Bovendien kan de beweging het op de lange duur nauwelijks stellen zonder organisatorische kaders. (...) Dit organiseren brengt echter een aantal gevaren met zich mee. Op de lange termijn vertonen organisatorische ontwikkelingen meestal een geheel eigen karakter. Zij gaan als gevolg van betrekkelijk autonome processen van differentiatie en centralisatie een geheel eigen leven leiden. De ontstane structuren gaan de weg op van doelverandering, doelverlegging en oligarchie. Pragmatische motieven die betrekking hebben op het welslagen van de organisaties winnen het daarbij geleidelijk van de ideologische zuiverheid. De oorspronkelijke motieven en ideologische uitgangspunten doen daarbij steeds minder ter zake. Dit brengt een ideologische crisis mee, die evenwel niet per se het einde van de sociale beweging impliceert. De beweging heeft zich inmiddels gekristalliseerd in organisatorische verbanden, die blijven bestaan zolang er behoefte aan is, zolang ze in materieel opzicht floreren (aantal leden, inkomsten e.d.) en zolang ze carrières bevorderen.'²²⁰

Zonder veel moeite kan in deze schets een samenvatting worden gezien van de ontwikkelingen die het bijzonder onderwijs heeft doorgemaakt, van het midden van de vorige eeuw tot op dit moment. Ook al zijn er geenszins te verwaarlozen uitzonderingen²²¹; als geheel genomen vertoont het bijzonder onderwijs in sterke mate de kenmerken van een sociale beweging die zichzelf heeft 'overleefd'. Aanvankelijk was sprake van een beweging met een duidelijk doel voor ogen (vgl. de verschillende fasen van de schoolstrijd). Om dat doel te bereiken werden organisaties opgericht (scholen, maar ook onderwijs-

219 Vgl. (1985), 21 e.v.

220 (1985), 21-22.

221 Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.4.5.

organisaties). Op den duur is er iets 'misgegaan' (in dit geval verschijnselen als geloofsafval, ontkerkelijking, ontzuijing, die hun oorsprong niet in de eerste plaats binnen het bijzonder onderwijs vinden, maar die daarvoor wel grote gevolgen hebben). De oorspronkelijke bezieling is daardoor voor een belangrijk deel verdwenen. De inmiddels tot stand gebrachte organisaties zijn niettemin blijven bestaan, voor een belangrijk deel echter om andere redenen dan waarvoor zij in het leven zijn geroepen. Op dit laatste punt verkeert het bijzonder onderwijs, door de uitgebreide juridische bescherming van zijn belangen in Grondwet en onderwijswetgeving, zelfs in een zeer gunstige positie; dat zal in het volgende hoofdstuk blijken.

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk gaf ik aan na te willen gaan of juist is de stelling dat het bijzonder onderwijs in de vorige eeuw en in de eerste decennia van deze eeuw zeer duidelijk deel uitmaakte van de verzuil(en)de Nederlandse samenleving, dat het bijzonder onderwijs op dit moment uitwendig nog steeds een verzuilde aanblik biedt, maar dat het verzuilde als het ware is uitgehold, door ontwikkelingen in de samenleving als geheel, die binnen het bijzonder onderwijs hebben doorgewerkt.

De inhoud van de voorgaande paragrafen bevestigt de juistheid van deze stelling.

Hoofdstuk III – Grondrechten

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de grondrechten die van belang zijn voor de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Dat is in de eerste plaats het onderwijsgrondrecht; par. 2 is daaraan gewijd. Voor zover van invloed op de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer, is het onderwijsgrondrecht een 'werkgeversgrondrecht'. De aan dat grondrecht te ontlelen aanspraken zijn aanspraken van de werkgevers in het bijzonder onderwijs, de schoolbesturen. Werknemers kunnen aan het onderwijsgrondrecht geen bescherming van hun belangen ontlelen. Zij worden uitsluitend geconfronteerd met op het onderwijsgrondrecht gebaseerde aanspraken van anderen, die vervolgens consequenties hebben voor hun rechtspositie.

Ook het belang van de werknemers², omschreven als het belang bij een zo goed mogelijke rechtspositie (zowel individueel als collectief), kan geformuleerd worden in termen van grondrechten. Dat is niet specifiek voor het onderwijs. De Grondwet, verdragen en andere internationale rechtsbronnen bevatten tal van bepalingen die betrekking hebben op de rechtspositie van werknemers. Aan deze 'sociaal-rechtelijke' grondrechten is par. 3 gewijd.

Aldus is het beeld geschetst van een belangentegenstelling tussen schoolbestuur en werknemer, in het kader waarvan grondrechten, aan beide zijden, een wezenlijke rol spelen. Die belangentegenstelling is niets nieuws; zij is de oorsprong van het sociaal recht als geheel. De grondrechten geven aan de tegenstelling tussen schoolbestuur/werkgever en werknemer echter een extra dimensie: zij scherpen van elders bekende problemen aan en zij roepen nieuwe problemen op. Par. 4 is gewijd aan deze problemen.

Par. 5 tenslotte bevat een aantal conclusies.

1 Vgl. par. 2.7.

2 Waar hierna sprake is van 'de werknemer' wordt daaronder verstaan de individuele werknemer, maar ook (waar dat relevant is) groepen van werknemers, organisaties van werknemers en (de werknemersgeleding in) de MR.

2 Het onderwijsgrondrecht

2.1 VOORAF

Het meest voor de hand liggende uitgangspunt bij de bespreking van 'het onderwijsgrondrecht' is het onderwijsgrondrecht zoals dat is vastgelegd in art. 23 Gw. Daarnaast kunnen (wellicht) andere grondrechten in de Grondwet relevant zijn. Hetzelfde geldt voor de onderwijsgrondrechten zoals opgenomen in internationale bronnen. In par. 2.2 zal ik kort stilstaan bij deze rechtsbronnen en hun belang voor het onderzoek naar de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Daarna zal ik in par. 2.3 enkele opmerkingen maken over de interpretatie van art. 23 Gw. In de par. 2.4 en volgende zal ik vervolgens dieper ingaan op de diverse aspecten van het onderwijsgrondrecht. Achtereenvolgens komen aan de orde: de vrijheid van onderwijs (par. 2.4.), de financiële gelijkstelling (par. 2.5), de deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden (par. 2.6), de drager(s) van het onderwijsgrondrecht (par. 2.7) en het belang van het onderwijsgrondrecht voor de rechtspositie van de werknemers (par. 2.8).

2.2 DE RECHTSBRONNEN

2.2.1 Art. 23 Gw

Het onderwijsartikel in de Grondwet heeft een lange geschiedenis. Belangrijke jaartallen zijn 1848, toen de vrijheid van onderwijs in de Grondwet werd vastgelegd, en 1917, toen de aanspraak op gelijke bekostiging in de Grondwet werd opgenomen. Na 1917 is de Grondwet nauwelijks gewijzigd, behalve op relatief ondergeschikte punten. In het kader van de Grondwetsherziening van 1983 is gepoogd het onderwijsartikel meer ingrijpend te herzien. Die poging had geen succes. Het huidige art. 23 Gw is daarmee een van de zeer weinige grondwetsartikelen die (vrijwel) zonder enige wijziging uit de oude Grondwet zijn overgenomen.³

In de par. 2.4 en volgende zal ik meer uitgebreid ingaan op art. 23 Gw. Van de acht leden waarin het Grondwetsartikel uiteenvalt, zal ik mij concentreren op de bepalingen in de leden 2, 5, 6 en 7, die van groot belang zijn voor het onderzoek naar de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. De overige onderdelen van art. 23 Gw blijven hierna buiten beschouwing, omdat hun juridisch belang uiterst beperkt is (de leden 1 en 8)⁴ dan wel

³ Vgl. over de (poging tot) herziening: Crijns (1982), Kortmann (1987), 124 e.v.

⁴ In lid 1 wordt wel een sociaal grondrecht gelezen. De bepaling is echter te ruim en te onbepaald om er veel belang aan te kunnen hechten. Vgl. Akkermans (1980), 47-49; Akkermans, red. (1987), 359-360.

omdat zij uitsluitend van belang zijn voor het openbaar onderwijs (de leden 3 en 4).⁵

2.2.2 *Verwante grondrechten in de Grondwet*

Het eerste hoofdstuk van de Grondwet bevat een aantal grondrechten die verwant zijn aan het onderwijsgrondrecht. De vrijheid van onderwijs geeft aanspraak op een zekere overheidsvrije sfeer, die, in historisch perspectief bezien, met name is opgeëist om zonder al te veel overheidsbemoeienis confessioneel bijzonder onderwijs te kunnen geven. In zoverre is er een sterke relatie tussen de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van godsdienst.⁶ De vrijheid van onderwijs komt naar heersende leer toe aan de schoolbesturen, dat wil zeggen: de rechtspersonen naar privaatrecht die de bijzondere scholen in stand houden. In zoverre is er een zekere relatie met de vrijheid van vereniging.

Deze verwante grondrechten geven het onderwijsgrondrecht meer reliëf. Concreet juridisch belang heeft het echter niet om (bijvoorbeeld) de vrijheid van onderwijs te beschouwen als een speciës van de vrijheid van godsdienst of als een nauw daaraan verwant grondrecht. Gevolg daarvan zou zijn dat de besturen van confessioneel-bijzondere scholen niet alleen een beroep zouden kunnen doen op art. 23 Gw, maar ook op de nationale en internationale bepalingen inzake de vrijheid van godsdienst. Dat kan ook; het onderwijsgrondrecht is echter te nauwgezet uitgewerkt om daaraan veel belang te hechten.

2.2.3 *De internationale dimensie*

Niet alleen in art. 23 Gw, maar ook in internationaal verband zijn grondrechten in verband met het onderwijs vastgelegd. Zo bepaalt art. 2 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) als volgt:

'Niemand zal het recht op onderwijs worden onttrokken. Bij de uitoefening van alle functies welke de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, zal de Staat het recht eerbiedigen van de ouders om (voor hun kinderen) zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, welke overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.'

Het artikel is kenmerkend voor de inhoud van de internationale verdragen en

5 Vgl. over deze bepalingen: Akkermans, red. (1987), 364-367.

6 Vgl. Van der Hoeven (1984), 123.

de andere rechtsbronnen inzake het onderwijs(grondrecht)⁷, in de eerste plaats omdat het zich vrijwel volledig concentreert op de positie van de ouders en de leerlingen en hun recht op passend onderwijs.⁸ Kenmerkend is ook de terughoudendheid van art. 2 Eerste Prot. EVRM ten aanzien van de taak van de overheid op onderwijsgebied; art. 23 Gw is veel concreter.⁹ Kenmerkend is tenslotte dat onderwijsorganisaties (zoals in de Nederlandse situatie de schoolbesturen) en werknemers in het geheel niet aan de orde komen in het artikel.¹⁰

Een uitzondering op dit laatste punt vormt, in dubbel opzicht, art. 13 van het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). In lid 2 van art. 13 IVESCR wordt (onder andere) erkend dat 'de materiële omstandigheden van het onderwijzend personeel voortdurend verbeterd dienen te worden'. Art. 13 lid 4 IVESCR stelt de vrijheid van 'individuele personen of rechtspersonen inrichtingen voor onderwijs op te richten en daaraan leiding te geven' voorop. Veel belang voor de Nederlandse situatie hebben deze bepalingen niet. Art. 23 Gw biedt bijvoorbeeld meer bescherming dan art. 13 lid 4 IVESCR, omdat daarin uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de door de overheid te respecteren vrijheid van richting.¹¹

Bieden internationale verdragen weinig onderwijs(grond)rechtelijke aanknopingspunten die voor het onderzoek naar de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs van belang zijn, datzelfde geldt voor het recht van de Europese Gemeenschap. Het EG-recht bevat zelfs in het geheel geen bepalingen die als 'echte' onderwijsgrondrechten gezien kunnen worden.¹² Een zekere relevantie heeft het EG-recht wel waar het gaat om de erkenning van diploma's, dit in verband met vrij verkeer van werknemers.¹³ Overigens bevat het EG-recht geen aanknopingspunten die uitdrukkelijk rele-

7. Vgl. art. 26 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens; de (VN-)Verklaring van de Rechten van het Kind; art. 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM); de artt. 13 en 14 van het Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten; art. 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten; art. 1 van het Europees Sociaal Handvest (specifiek i.v.m. vakopleidingen); het (UNESCO-)Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs; de artt. 2 lid 1 en 5 aanhef en sub e. onder v. van het Internationale verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie van de Verenigde Naties en - zeer recent - de artt. 28 en 29 van de (VN-)Conventie inzake de rechten van het kind (Trbl. 1990, 46). Vgl. hieromtrent: Akkermans (1980), 161 e.v. en (1989c); Akkermans red. (1987), 347 e.v.; Drop (1985), 259 e.v.; Cohen (1989), 83 e.v.; Coomans (1989), 14 e.v. en (1990), 17-18.

8. Vgl. Akkermans (1980), 165 e.v.; Drop (1985), 243 e.v., 260-261; Coomans (1989), 15 e.v. en 18 e.v.

9. Vgl. Akkermans, red. (1987), 348; Coomans (1989), 16.

10. Rechtspersonen kunnen zelfs geen beroep doen op art. 2 Eerste Prot. EVRM. Vgl. Coomans (1989), 16.

11. Vgl. Cohen (1989), 84 e.v.

12. Een uitzondering vormt art. 6 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, dat een recht op beroepsopleiding erkent; de concrete juridische betekenis van deze bepaling is gering. Vgl. Betten (1990a en b).

13. Vgl. Drijber (1990), 23-24.

vant zijn voor de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. De conclusie moet zijn dat de internationale dimensie, voor zover het onderwijsgrondrecht in dit onderzoek aan de orde is, van weinig concreet belang is. Vandaar dat ik mij hierna zal concentreren op het onderwijsgrondrecht zoals dat is vastgelegd in art. 23 Gw; de internationale dimensie komt alleen aan de orde als zij uitdrukkelijk iets toevoegt aan het bepaalde in de Grondwet.

2.3 DE INTERPRETATIE VAN ART. 23 GW

2.3.1 Een belangrijke rol voor de Grondwet

De onderwijssector neemt in de Nederlandse samenleving een vrij unieke positie in, in die zin dat dáár, veel meer dan elders, een duidelijk verband wordt gelegd tussen een bepaalde maatschappelijke activiteit en het overheidsoptreden dienaangaande enerzijds en een grondwettelijk geformuleerd grondrecht anderzijds.

Die uitgesproken relatie tussen onderwijs en grondrecht heeft een lange geschiedenis. De grondwetsbepaling inzake het onderwijs speelde al ten tijde van de schoolstrijd een centrale rol: de voorstanders van het bijzonder onderwijs waren niet eerder tevreden dan nadat hetgeen zij voorstonden uitdrukkelijk in de Grondwet was vastgelegd. Dat gold met name voor de aanspraak op gelijke bekostiging.¹⁴ Na de pacificatie werd de aandacht geconcentreerd op de wetgeving ter uitvoering van (toen) art. 192 Gw. Tot 1967 zouden de confessionele partijen een meerderheidspositie hebben in het parlement. Daardoor was het mogelijk om deze wetgeving zonder al te veel problemen tot stand te brengen.

De aandacht voor de grondwettelijke verankering van de aanspraken van het bijzonder onderwijs verflauwde daardoor echter niet definitief. Vanaf het begin van de jaren zestig werd opnieuw veelvuldig een beroep gedaan op de Grondwet. Het bijzonder onderwijs werd geconfronteerd met een overheid die eigen onderwijsbeleid ging voeren en die in verband daarmee niet langer de positie van het bijzonder onderwijs zonder meer respecteerde. Daar kwam bij dat de politieke verhoudingen waren veranderd, ten nadele van de partijen die steeds voorstander waren geweest en nog steeds waren van bijzonder onderwijs.¹⁵ Daardoor nam zowel in kringen van het bijzonder onderwijs als in de sfeer van de politiek (en met name in het parlement) de aandacht toe voor de extra waarborgen die de Grondwet bood.

Hoe belangrijk de functie van de Grondwet als laatste en belangrijkste waarborg voor de belangen van het bijzonder onderwijs wel wordt geacht, bleek uit de gang van zaken rond de herziening van het onderwijsartikel in de Grondwet, toen een meerderheid in de Tweede Kamer zeer wantrouwend

14 Vgl. Mentink (1989a), 78 e.v. Vgl. ook: hoofdstuk II, par. 2.2.5; par. 2.3.1.

15 Vgl. Bosmans (1990), 82 e.v.; hoofdstuk II, par. 4.1.2.

bleek te staan tegenover welke verandering dan ook in het onderwijsartikel in de Grondwet en wetsontwerp 13874 dientengevolge geen meerderheid in de Tweede Kamer bleek te kunnen behalen.

Sedert 1976 is niet duidelijker geworden welk lot de huidige tekst van art. 23 Gw zal hebben. Ook al is de opwinding inmiddels wat gezakt, niettemin moet uitgesloten worden geacht dat op afzienbare termijn iets fundamenteels veranderd kan worden aan art. 23 Gw, of het zou al moeten zijn om tegemoet te komen aan de destijds door het CDA geuite verlangens.¹⁶ Daarom zal het grotendeels uit 1848 en 1917 stammende onderwijsartikel nog wel enige tijd de gang van zaken op onderwijsgebied bepalen.

2.3.2 *Relativerende opmerkingen*

Dat aan de Grondwet zo'n groot belang wordt gehecht, als waarborg voor de belangen van het bijzonder onderwijs, is op zichzelf gezien geheel terecht. De Grondwet vervult precies de rol die zij moet, of althans kan vervullen waar het gaat om de grondrechten: zij formuleert rechten van burgers ten opzichte van de overheid en zij draagt de overheid bepaalde taken op, een en ander op een zodanig hoog niveau dat de totale overheid, inclusief de (formele) wetgever, zich er naar moeten richten. De burgers en hun organisaties hebben zo de garantie dat hun belangen gewaarborgd zijn, ten opzichte van de gehele overheid en onafhankelijk van de politieke verhoudingen op een bepaald moment.¹⁷

Toch heeft het grote belang dat aan het onderwijsartikel in de Grondwet wordt gehecht ook wel bezwaren; in zoverre is het nodig om een relativerende kanttekening te plaatsen. Die kanttekening betreft overigens niet de inhoud van art. 23 Gw als zodanig, maar de wijze waarop de bepaling gehanteerd wordt. Ik doel op het feit dat bij de interpretatie van art. 23 Gw over het algemeen uitsluitend de ontstaansgeschiedenis van het onderwijsartikel (en van de onmiddellijk na 1917 tot stand gekomen onderwijswetgeving) acceptabel wordt geacht als bron van informatie.¹⁸ Deze wijze van omgaan met art. 23 Gw is aan te treffen in kringen van het bijzonder onderwijs¹⁹, maar bijvoorbeeld ook bij de wetgever²⁰ en in een deel van de wetenschappelijke litera-

16 In die richting is verschillende keren een besluit genomen en is ook een wetsontwerp ingediend bij het parlement (TK 1984-1985, 19032, nr 1 e.v.). Op het wetsontwerp is veel kritiek geuit. Vgl. Crijns (1985), Hermans/Postma (1986); Vermeulen (1989); Mentink (1989a), 130 e.v., 159 e.v. Inmiddels is het ingetrokken bij brief van de Minister van Binnenlandse Zaken d.d. 10-4-1990 (TK 1989-1990, 19032 nr 19). Vgl. Vermeulen (1990), 36-37.

17 Vgl. Van der Hoeven (1984), 123-124, (1987), 22-24 en (1988), 13; Olde Kalter (1988), 22.

18 Vgl. over de interpretatie van art. 23 Gw: Kortmann (1977), 27 e.v.; Crijns (1982), 484-485; Akkermans (1983), 30 e.v. en (1989a); Mentink (1989a), 22 e.v. Vgl. over de interpretatie van grondrechten in het algemeen: Van der Burg (1982); Den Boer (1988).

19 Vgl. de open brief van de zeven onderwijsorganisaties aan de Minister van Onderwijs, aangehaald door Deetman (1976).

20 De poging tot herziening van het onderwijsartikel in de Grondwet vormt een perfect voorbeeld. Vgl. ook Van der Burg (1982), 63 l.k.

tuur.²¹ Als geheel is zij bepalend voor de wijze waarop art. 23 Gw op dit moment geïnterpreteerd wordt.

Naar ik meen zijn daaraan bezwaren verbonden. Donner wijst erop dat staatkundige grondrechten meestal zijn geformuleerd 'met het oog op bepaalde, historische toestanden (misstanden)'.²² Het onderwijsgrondrecht vormt daarvan een goed voorbeeld; in het vorige hoofdstuk is dat uitvoerig aan de orde gekomen. In zoverre zijn het feit dat het onderwijsgrondrecht in de Grondwet is vastgelegd, maar vooral ook de wijze waarop dat is gebeurd, beïnvloed door de gebeurtenissen, opvattingen en verhoudingen uit (grotendeels) de periode 1820-1920.

De naar aanleiding van de omstandigheden in die periode gevormde onderwijsbepaling in de Grondwet is ook nu nog van toepassing, terwijl – dat staat wel vast – op politiek en maatschappelijke gebied de verhoudingen en opvattingen ingrijpend zijn gewijzigd. Met name als gevolg van de afnemende rol die de (protestantse en katholieke) godsdienst speelt, heeft voor velen de specifieke invulling die het onderwijsgrondrecht in 1848 en 1917 heeft gekregen geen uitgesproken belang meer. Door vast te houden aan een uitsluitend (wets)historische interpretatie van art. 23 Gw wordt aldus verhinderd, of op zijn minst bemoeilijkt, dat de politieke en maatschappelijke veranderingen van de laatste decennia en de daaraan ten grondslag liggende beginselen en opvattingen doorwerken op het gebied van de onderwijswetgeving en het onderwijsbeleid.²³

Voor andere bevolkingsgroepen zijn schoolstrijd en pacificatie daarentegen nog steeds uiterst actueel. Voor deze bevolkingsgroepen biedt een interpretatie van art. 23 Gw vanuit de tekst en de geschiedenis de waarborg dat bepaalde misstanden voorgoed tot het verleden blijven behoren. Algemene uitspraken moeten in dit verband daarom bij voorbaat onmogelijk worden geacht. Het is nodig om onderwerp voor onderwerp na te gaan in hoeverre de geschiedenis nog steeds als maatgevend mag worden gezien c.q. in hoeverre het nodig is om recente ontwikkelingen uitdrukkelijk te verdisconteren in de interpretatie van art. 23 Gw. Op deze basis zal ik hierna nagaan in hoeverre de veranderingen in onderwijs en samenleving sedert 1917 consequenties moeten hebben voor de interpretatie en toepassing van art. 23 Gw op dit moment.

2.4 DE VRIJHEID VAN ONDERWIJS

2.4.1 Klassiek grondrecht

De vrijheid van onderwijs is vastgelegd in art. 23 lid 2 Gw: 'Het geven van onderwijs is vrij (...)', zo luidt de aanhef van het artikel-lid. Die vrijheid is niet onbeperkt; dat blijkt al meteen uit de toevoeging '(...) behoudens het toezicht

21 Vgl. zeer nadrukkelijk: Postma (1988) en (1989).

22 (1987b), 27. Zo ook: Burkens (1971), 3; Meuwissen (1984), 63-64.

23 Vgl. par. 2.4.6 i.v.m. het algemeen-bijzonder onderwijs.

van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen'.²⁴

De vrijheid van onderwijs wordt alom gezien als een klassiek grondrecht: het is dát onderdeel van het onderwijsgrondrecht dat een aanspraak geeft op een overheidsvrije sfeer, waarbinnen individuele burgers en hun organisaties bevoegdheden toekomen, die door de overheid niet aangetast mogen worden.

Deze aanspraak op een staatsvrije sfeer heeft alleen betekenis wanneer er van uit wordt gegaan dat de overheid optreedt of mogelijk zou willen optreden op het gebied van het onderwijs. In de Nederlandse situatie is het niet bij een mogelijk optreden gebleven. Al vanaf het begin van de vorige eeuw is sprake van een grote mate van daadwerkelijke overheidsbemoeienis met het onderwijs.²⁵ Die bemoeienis houdt in de eerste plaats verband met het onderwijs als zodanig: de toegang, de kwaliteit, de te bereiken resultaten – in het algemeen: de deugdelijkheid. Overheidsbemoeienis is er ook vanwege de kosten van het onderwijs, die voor het overgrote deel door de overheid gedragen worden. Daarnaast is er overheidsoptreden dat niet uitsluitend, maar mede het onderwijs betreft: de zorg voor de openbare orde, voor de gezondheid en, zeker niet in de laatste plaats, voor de rechtspositie van werknemers.

In al deze gevallen treedt de overheid op op grond van het algemeen belang, zoals zij dat in beginsel zelf formuleert.²⁶ Overheidsoptreden direct of mede gericht op het onderwijs moet in zoverre als een noodzakelijk (in de zin van: wenselijk én onafwendbaar) gegeven worden beschouwd.

2.4.2 *Vrijheid van richting*

De vrijheid van onderwijs staat daar diametraal tegenover; zij wil de overheid juist op afstand houden.

Aldus is een probleem geschetst dat in dit en in de volgende hoofdstukken steeds opnieuw aan de orde zal komen: het probleem van de botsing van op het onderwijs gericht overheidsoptreden en de vrijheid van onderwijs. Op voorhand mag er van uit worden gegaan dat dat probleem alleen kan worden opgelost door middel van een proces van passen en meten, teneinde een juiste verhouding tussen overheidsoptreden en particuliere vrijheid te vinden.

Zo rijst de vraag hoe ver de vrijheid van onderwijs reikt c.q. in hoeverre de overheid mag optreden op onderwijsgebied. Het antwoord op die vraag wordt duidelijk(er) als de vrijheid van onderwijs niet wordt gezien als een 'vrijheid van iets', maar een 'vrijheid tot iets'. Met name het historisch perspectief werkt hier verduidelijkend.

De vergaande overheidsbemoeienis met het onderwijs was in de vorige eeuw vooral de katholieken en de (orthodoxe) protestanten een doorn in het

²⁴ De bepalingen inzake bekwaamheid en zedelijkheid komen aan de orde in hoofdstuk VI, par. 3.1 en in hoofdstuk VIII, par. 3.2.2.

²⁵ Vgl. par. 2.4.4; par. 2.6.4; hoofdstuk II, par. 2.

²⁶ Vgl. ook: Idenburg (1964), 286 e.v.

oog. Zij waren het dan ook die aanspraak maakten op de vrijheid om zelf, in eigen scholen, leerlingen onderwijs te geven, dat uitging van hun godsdienstige opvattingen. Tegelijkertijd wilden zij dat de overheid zich niet zou inlaten met onderwijs op godsdienstige grondslag. Beide aanspraken werden in 1848 gehonoreerd.²⁷

Sedert dat moment is sprake van een onderwijsstelsel dat niet zozeer bepaald wordt door een duidelijke voorkeur voor openbaar dan wel bijzonder onderwijs, maar dat in de eerste plaats wordt gekenmerkt door een uitgesproken taakverdeling ten aanzien van het onderwijs op godsdienstige grondslag.²⁸ Inmiddels dient in plaats van 'godsdienst' gesproken te worden van 'godsdienst of levensovertuiging'; dat is echter een recente ontwikkeling.²⁹ In oorsprong is de vrijheid van onderwijs de vrijheid om onderwijs op godsdienstige, met name rooms-katholieke en protestants-christelijke grondslag te geven.³⁰

Het is goed om te bedenken dat dit in veel opzichten een typisch Nederlandse inkleuring van de vrijheid van onderwijs is. Vrijheid van onderwijs is ook denkbaar in die zin dat de onderwijsafnemers de vrije keuze wordt gelaten uit een breed scala van door de overheid aangeboden onderwijs. Denkbaar is ook het tegenovergestelde, namelijk dat de overheid niet zelf onderwijsvoorzieningen in stand houdt, maar de vrije keuze garandeert uit uitsluitend bijzondere scholen. Beide alternatieven zijn in 1848 verworpen. Evenmin is na 1848 bijzonder onderwijs tot stand gebracht van een uitgesproken politieke kleur, dat zich richt op bepaalde maatschappelijke klassen, of dat zich onderscheidt door uitgesproken onderwijskundige opvattingen. Verschil in pedagogisch-didactische opvattingen is zeker aanwezig in het Nederlandse onderwijsbestel; het wordt ook nagestreefd, maar is tot op heden niet een grondtrek van het bestel te noemen.

De grens aan de mogelijkheden voor de overheid om zich te bemoeien met het bijzonder onderwijs wordt dan ook in eerste instantie aangegeven door de vrijheid van richting, veelal omschreven als 'de vrijheid om in het onderwijs een eigen visie op mens en samenleving tot uitdrukking te brengen'.³¹

De vrijheid van richting wordt vrij algemeen gezien als de in beginsel onaan-

27 Aan protestantse zijde had aanvankelijk godsdienstig gekleurd openbaar onderwijs de voorkeur. Vgl. hoofdstuk II, par. 2.2.1.

28 Dat de beheersvorm (publiek dan wel privaat) een zeer marginale rol speelt, blijkt alleen al uit het feit dat het algemeen-bijzonder onderwijs in het kader van de scholenstichting decennia lang min of meer vereenzelvigd is met het openbaar onderwijs; pas de laatste jaren komt daarin verandering. Vgl. Zijlstra (1989), 74 e.v.; Vermeulen (1989), 60.

29 Vastgelegd in de Grondwet sedert 1983 (een kleine 'technische' aanpassing, aangebracht ondanks de afwijzing van wetsontwerp 13874); eerder in jurisprudentie erkend: KB 28-6-1980, nr 32, AB 1980, 476.

30 Aldus ook: J. Donner (1978), 15.

31 Vgl. Akkermans (1980), 17; Crijns (1982), 498. In art. 23 lid 6 wordt in dat verband een speciale relatie gelegd met de 'keuze der leermiddelen' en de 'aanstelling der onderwijzers'. De leermiddelen blijven verder buiten beschouwing; de aanstelling komt aan de orde in par. 2.8.2.

tastbare kern van de vrijheid van onderwijs.³² Dat is begrijpelijk, gezien het sterk aan godsdienst en levensbeschouwing gebonden karakter van de vrijheid van richting. De vrijheid van richting kan gezien worden als een van de manieren waarop de scheiding van kerk en staat aan het licht treedt. Als zodanig is zij bij uitstek geschikt om de aanspraak op overheidsonthouding te rechtvaardigen. De confessioneel c.q. levensbeschouwelijk ingevulde vrijheid van richting biedt daarnaast een (relatief) duidelijke omgrenzing van de aanspraak op overheidsbemoeienis en is daardoor goed hanteerbaar; ook dat draagt zonder twijfel bij aan de 'kracht' van de aanspraak op vrijheid van richting. Kortom: door de wijze waarop zij is ingevuld, kan de vrijheid van richting precies dat doen wat zij moet doen: de aanspraak op overheidsonthouding ten aanzien van het bijzonder onderwijs legitimeren en concretiseren.

Het is niet zo dat iedere door particulieren ondernomen onderwijsactiviteit per se uit moet gaan van een bepaalde richting. Art. 23 lid 2 Gw formuleert de vrijheid van onderwijs in absolute termen. Ook de geschiedenis van art. 23 Gw noodzaakt niet om de vrijheid van onderwijs toe te spitsen op de vrijheid om onderwijs op rooms-katholieke dan wel protestants-christelijke grondslag te geven. Op dit punt lopen de meningen overigens uiteen. Akkermans komt op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 192 Gw tot de conclusie dat op dat moment onder 'richting' ook onderwijskundige opvattingen konden vallen.³³ Zijlstra concludeert op basis van dezelfde bronnen dat onder 'richting' uitsluitend godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen werden begrepen.³⁴ Mijn conclusie op basis van het door beide schrijvers aangehaalde bronnenmateriaal is dat een zeer ruim, niets bij voorbaat uitsluitend richting-begrip werd gehanteerd, zonder dat overigens erg concrete opvattingen bestonden over een andere dan katholieke en protestantse (en in het algemeen: godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke) invulling.³⁵ Dat is niet onbegrijpelijk, want het waren tot dan toe vooral de katholieken en de protestanten geweest die aanspraak maakten op erkenning van de vrijheid van onderwijs en die ijverden voor gelijke bekostiging; het waren diezelfde bevolkingsgroepen voor wie het onderwijsgrondrecht ook in de toekomst reële betekenis leek te zullen hebben.

Kortom, en het is belangrijk om dat te benadrukken: in 1848 én in 1917 was duidelijk waartoe de vrijheid van onderwijs (en de aanspraak op bekostiging) in concreto verleend werden, namelijk ten behoeve van het op godsdienstige, en met name rooms-katholieke en protestants-christelijke grondslag geba-

32 Vgl. Burkens (1976), 715; Drop (1987), 19, 20; Akkermans c.s. (1988), 76.

33 Vgl. Akkermans (1983), 40-41.

34 (1989), 24, maar diens stellige conclusie wordt m.i. niet gedragen door de citaten uit de totstandkomingsgeschiedenis. En wat te denken van de nevenschikking 'iedere richting en iedere levensbeschouwing' in het citaat dat voor Zijlstra (1989, 17) kennelijk doorslaggevend is?

35 Ook het feit dat de Lager onderwijswet scholienstichting toeliet uitsluitend op basis van getalsnormen wijst m.i. in deze richting. Vgl. daarover: Zijlstra (1989), 26.

seerde bijzonder onderwijs.³⁶ Daarom hoeft het niet te verbazen dat het stelsel van onderwijswetgeving dat na 1917 op basis van de onderwijsbepaling in de Grondwet tot stand werd gebracht, vooral de vrijheid van deze twee richtingen beschermde – en nog steeds beschermt.³⁷ De feitelijke situatie rond 1917 is op den duur, door bezuinigingen onmiddellijk na 1920³⁸ en vervolgens door constante jurisprudentie van de Kroon³⁹ tot norm geworden.

Net als op grondwettelijk niveau is ook in het kader van de onderwijswetgeving ruimte voor onderwijs dat niet op rooms-katholieke dan wel protestants-christelijke grondslag wordt gegeven, maar het is niet voor niets dat het algemeen-bijzonder onderwijs vaak een 'restgroep' wordt genoemd.⁴⁰ In veel opzichten is het dat ook. Een deel van de algemeen-bijzondere scholen is confessioneel of anderszins levensbeschouwelijk⁴¹; het overgrote deel niet. Een deel van de algemeen-bijzondere scholen onderscheidt zich door een speciale onderwijskundige aanpak, maar dat doen ook sommige confessionele (en openbare) scholen. Bij sommige algemeen-bijzondere scholen heeft dat 'algemene' een min of meer levensbeschouwelijke achtergrond; andere algemeen-bijzondere scholen onderscheiden zich niet op dit punt.⁴² Het algemeen-bijzonder onderwijs neemt door dit alles een wat vreemde positie in in het kader van de vrijheid van onderwijs; dat zal ook in de volgende paragrafen blijken.

2.4.3 *Vrijheid van oprichting*

De vrijheid om in het onderwijs een eigen visie op mens en samenleving uit te drukken is illusoir; als niet de mogelijkheid bestaat om de daarvoor vereiste scholen op te richten. In zoverre impliceert de vrijheid van richting de vrijheid van oprichting, dat wil zeggen: de vrijheid om een school in het leven te roe-

36 Aldus ook, zeer nadrukkelijk: Drop (1985), 188, 200. Vgl. ook: J. Donner (1978), 16; Burkens (1987), 6; Donner (1987b), 31.

37 Vgl. over de scholenplanning: par. 2.4.3; Akkermans (1983), 30 en (1989a), 25 e.v.; Van der Net (1983b); Zijlstra (1989), 62 e.v.

38 Vgl. Akkermans (1983), 50-51; Drop (1985), 188.

39 Onder bijzonder onderwijs van een bepaalde richting moet volgens de Kroon worden verstaan 'bijzonder onderwijs, dat uitgaat van een van de richtingen, welke zich in het Nederlandse volk op geestelijk terrein openbaren' (KB 15-5-1933, nr 22, AB 1933, 543).

40 In een advies van de Onderwijsraad, aangehaald door Akkermans, red. (1987), 352.

41 Dat geldt bijvoorbeeld voor de joodse, de islamitische en de hindoestaanse scholen, maar ook voor de vrije scholen. Vgl. Akkermans, red. (1987), 352. Deze confessioneel-bijzondere scholen zijn aangesloten bij algemeen-bijzondere organisaties. De kwalificatie als 'algemeen-bijzonder' is hier dus een kwestie van organisatie.

42 Namelijk: onderwijs vanuit een bewust nagestreefde levensbeschouwelijke pluriformiteit inzake levensbeschouwelijke en maatschappelijke opvattingen. Vgl. de opvatting van de VBS, zoals aangehaald door Zijlstra (1989), 75-76.

pen.⁴³ Deze vrijheid werd in 1848 in de Grondwet opgenomen en in 1857 werkelijkheid. Echt interessant werd de vrijheid van oprichting echter pas later, toen bleek dat de vrijheid van onderwijs alleen betekenis had als de overheid het bijzonder onderwijs zou subsidiëren.

In die situatie is geen verandering gekomen. De wezenlijke vraag is daarom nog steeds hoe het is gesteld met de vrijheid van oprichting van bekostigde bijzondere scholen. In dat verband blijkt dat de onderwijswetgeving het in ruime mate mogelijk maakt om zelfs een onwillige overheid te dwingen om mee te werken aan de stichting van een nieuwe school.⁴⁴ In zoverre is ook de 'vrijheid van oprichting van bekostigde scholen' realiteit. Absoluut is die vrijheid echter niet; met name de beperkte overheidsfinanciën brengen beperkingen met zich mee.⁴⁵

Lange tijd is dat geen al te groot probleem geweest, ook al niet omdat zonder meer aan redelijke verlangens vanuit het toenmalige bijzonder onderwijs voldaan kon worden. De laatste tijd levert de vrijheid van oprichting meer problemen op. De godsdienstige grondslag is voor veel ouders en leerlingen niet langer de doorslaggevende factor. De aandacht voor onderwijskwaliteit en, in verband daarmee, voor de door de school gevolgde onderwijskundige aanpak is daarentegen sterk toegenomen. Ook de bestuursvorm, voor zover die ouders een zekere mate van invloed geeft, wordt steeds meer een argument om voor bijzonder onderwijs te kiezen.⁴⁶ De oprichting van de scholen die zich uitsluitend door hun onderwijsaanpak en/of door hun bestuursvorm onderscheiden is echter met minder waarborgen omgeven dan die van rooms-katholieke of protestants-christelijke scholen. Dat is met name het geval als het er op aan komt, dat wil zeggen: als het aantal leerlingen dat de school zal bezoeken niet (geheel) voldoet aan de te stellen normen of als afwegingen moeten worden gemaakt.⁴⁷ Het is om deze reden dat wel gepleit wordt voor een verbreding van het begrip 'richting', waardoor andere dan confessioneel-bijzondere scholen beter tot hun recht kunnen komen in het kader van de scholenstichting.⁴⁸

43 Het lijkt mij onjuist om in art. 23 lid 2 Gw alleen of zelfs maar voornamelijk de vrijheid van oprichting te lezen (Drop (1987), 14) tendeert bijvoorbeeld in deze richting). In lid 2 wordt sedert 1848 in volle omvang de vrijheid van onderwijs gegarandeerd. Wat die 'volle omvang' is, is naderhand verder gepreciseerd, m.n. ten aanzien van het huidige basis- tot en met wetenschappelijk onderwijs, onder andere door in lid 5 uitdrukkelijk naar de vrijheid van richting te verwijzen. Ook het niet-bekostigd onderwijs heeft echter aanspraak op vrijheid van richting, al wordt die alleen in lid 5 genoemd. Voor het bekostigd bijzonder onderwijs heeft de aanspraak op vrijheid van richting een dubbele grondslag. In de par. 4.4.2 en 4.4.3 zal blijken dat dat niet zonder zin is.

44 M.n. de WBO is op dit punt een goed voorbeeld. Vgl. art. 56 WBO.

45 Vgl. ook par. 4.4.2 en 4.4.3.

46 Hoofdstuk II, par. 5.2.1.

47 Vgl. Van Wezel (1989), 49 e.v.

48 Vgl. Akkermans (1983), 58 e.v.; Van der Net (1983b), 105-106; Boef-van der Meulen/Van Kemenade (1986), 250 e.v.; Burkens (1987), 6; Donner (1987b), 27.

2.4.4. *Vrijheid van inrichting*

Naast de vrijheid van richting en de vrijheid van oprichting wordt nog een derde aspect van de vrijheid van onderwijs onderscheiden: de vrijheid van inrichting. Daaronder wordt wel verstaan: (de vrijheid) 'betrekking hebbend op de interne organisatie van de school'.⁴⁹ Meer concreet wordt 'inrichting' in de eerste plaats geacht betrekking te hebben op het eigenlijke onderwijs. Daarnaast wordt tot de inrichting gerekend: de organisatie van de school, de wijze waarop zij en de rechtspersoon die de school in stand houdt bestuurd worden, de wijze waarop ouders, leerlingen en werknemers medezeggenschap wordt gegeven, het beheer van het schoolgebouw, maar ook de rechtspositie van de werknemers.

Op alle genoemde onderwerpen heeft de vrijheid van inrichting dan ook betrekking. Daarop zou zij althans betrekking kunnen hebben, want juist in verband met de inrichting treedt het probleem van zoeken van de juiste verhouding tussen overheidsinvloed en particuliere vrijheid het duidelijkst aan het licht.

Dat de vrijheid van inrichting zo sterk omstreden is, ligt voor de hand. Het is vooral de inrichting van het onderwijs die de overheid als beleidsvoerder op onderwijsgebied moet interesseren. Daarom loopt juist de vrijheid van inrichting gevaar door overheidsoptreden aangetast te worden.⁵⁰ Vanuit het bijzonder onderwijs wordt daartegen verzet gevoerd. Ook dat ligt voor de hand, met name op die gebieden waar sprake is van een onmiddellijk verband tussen richting en inrichting. Daarvan is vooral sprake in verband met de inrichting van het eigenlijke onderwijs. De godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school kan tenslotte alleen tot zijn recht komen als de onderwijsactiviteiten op een bepaalde wijze ingericht worden. Maar ook buiten de sfeer van het eigenlijke onderwijs is een verband tussen richting en inrichting denkbaar. Aan godsdienst of levensbeschouwing ontleende opvattingen over de herkomst van het gezag van het schoolbestuur kunnen bijvoorbeeld strijdig zijn met opvattingen over bestuurlijke democratisering en medezeggenschap.⁵¹

Toch is dit het minst problematische deel van de vrijheid van inrichting. De 'echte' problemen ontstaan als gevolg van het feit dat de aanspraak op inrichtingsvrijheid de inrichting van onderwijs, school en rechtspersoon in zijn totaliteit betreft. Ieder overheidsoptreden is in deze opvatting meteen een beperking van de vrijheid van inrichting; die beperking kan gerechtvaardigd zijn, maar het is niettemin een beperking.⁵²

⁴⁹ Vgl. Drop (1987), 16. Drop onderscheidt in totaal drie betekenissen; de andere twee zijn: (meer globaal z.i.) 'de organisatie van het onderwijs' en (beperkt) 'de pedagogisch-didactische relatie tussen docent en leerling tijdens het eigenlijke onderwijsproces'.

⁵⁰ Dat is des te sterker het geval, omdat art. 23 lid 5 Gw niet toestaat dat de overheid openbaar en bijzonder onderwijs loskoppelt en zich concentreert op (de deugdelijkheid van) het openbaar onderwijs. Vgl. Drop (1987), 16.

⁵¹ Vgl. hoofdstuk X, par. 3.11.3.

⁵² Vgl. de betoogtrant van Drop (1985), 199 en (1987), 16-18.

Feitelijk is de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs steeds zeer beperkt geweest, in elk geval vanaf 1889, toen de bekostiging de overheid de mogelijkheid gaf om zich op meer uitgebreide schaal dan voordien mogelijk was met de gang van zaken in het bijzonder onderwijs te bemoeien.⁵³ Deze overheidsbemoeienis met de inrichting van het onderwijs werd echter niet als een groot probleem ervaren, ook niet na 1917, toen de aan de bekostiging verbonden bepalingen er toe leidden dat het bijzonder onderwijs het onderwijskundig model van het openbaar onderwijs overnam.⁵⁴ Dat had te maken met het feit dat ook bij 'rechts' de overtuiging bestond dat overheidsoptreden geboden was in het belang van de deugdelijkheid van het onderwijs, zo lang de vrijheid ten aanzien van de godsdienstige aspecten van het onderwijs maar niet in het gedrang kwam.⁵⁵

Pas toen de overheid, te beginnen met de WVO, meer en andere dan de gebruikelijke eisen ging stellen aan de inrichting van onderwijs, school en rechtspersoon, riep het overheidsoptreden duidelijk bezwaren op. Vanaf dat moment werd de vrijheid van inrichting, naast de vrijheid van richting, een argument om overheidsbemoeienis tegen te gaan.⁵⁶ Voor de overheid was de aanspraak op volledige inrichtingsvrijheid niet acceptabel. Vandaar dat keer op keer controverses ontstonden (en nog steeds ontstaan), zowel in verband met het eigenlijke onderwijs⁵⁷ als in verband met de bestuurlijke inrichting en de medezeggenschap.⁵⁸

Tegen deze achtergrond is het van groot belang om te bezien hoe sterk precies de aanspraak op volledige vrijheid van inrichting is.

Voor al te hoog gespannen verwachtingen is geen plaats. De ontwikkelingen die het onderwijsgrondrecht sedert 1917 heeft doorgemaakt, keren zich namelijk tegen degenen die zich uitdrukkelijk op de 'volledige' vrijheid van inrich-

53 Vgl. Mentink (1989a), 49 e.v., 58 e.v., 65 e.v., 70 e.v.

54 Vgl. Akkermans (1983), 47-49; Drop (1987), 19. Problemen waren er overigens wel (vgl. de gang van zaken rond het Plan-Colijn, waarover: Drop (1987), 199; Mentink (1989a), 111 e.v.), maar zij werden niet hoog opgespeeld.

55 Vgl. het volgende citaat uit De Savornin Lohman (1926, 528-529): 'Het valt niet te ontkennen dat wat de inrichting van het onderwijs aangaat de vrijheid goeddeels is prijsgegeven. Maar dat was reeds in meerdere of mindere mate het geval zoodra in 1889 het subsidiestelsel zijn intrede deed. Doch dat was bij de grote vlucht die het onderwijs genomen had, een onvermijdelijkheid. Immers zonder nauwen samenhang tusschen de scholen, waarvoor de overheid, door er de publieke penningen voor te besteden, mede de verantwoordelijkheid draagt, is in den tegenwoordigen tijd vruchtbaar onderwijs een onmogelijkheid. (...) En die samenhang is zonder zekere gelijkvormigheid, die regeling van overheidswege onderstelt, niet te verkrijgen. Om die vrijheid is echter de schoolstrijd niet begonnen, getuige de voorliefde die Groen van Prinsterer aanvankelijk voor de zg. gezindtescholen koesterde (...). Doch de vrijheid waarop het wezenlijk aankomt: een school met den Bijbel voor wie het begeert, is thans in den volsten zin des woords grondwettelijk en wettelijk verzekerd.' Vgl. ook J. Donner (1978), 15; Drop (1987), 14; Mentink (1989a), (o.a.) 51. Daarnaast was er als pleister op de wonde de steeds vollediger wordende en op den duur volledige bekostiging. Vgl. par. 2.6.4.

56 Mentink (1989a), 117 e.v., 133 e.v.

57 Vgl. de problemen rond basisvorming en eindtermen. Vgl. daarover Drop (1987) en par. 2.6.4.

58 Vgl. de WMO. Vgl. ook par. 2.6.4 en 2.8.3.

ting beroepen. Dat is in de eerste plaats het geval als gevolg van de vernauwing van het richtingbegrip tot godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke opvattingen.⁵⁹ Daardoor is het bijvoorbeeld niet mogelijk om in verband met de onderwijskundige aanpak van de school een beroep te doen op de vrijheid van richting. En op eigen kracht is de vrijheid van inrichting weinig sterk. Natuurlijk kan een beroep worden gedaan op art. 23 lid 2 Gw, met de stelling dat als de inrichting van onderwijs, school en rechtspersoon al te zeer door de overheid bepaald wordt, er weinig meer over is van de vrijheid om onderwijs te geven. Maar ook hier is de geschiedenis een probleem: erg sterk is de aanspraak op volledige vrijheid van inrichting niet als die vrijheid feitelijk al vele decennia lang niet of nauwelijks bestaat, zonder dat daar, eveneens vele decennia lang, veel verzet tegen is gevoerd.

Mijn conclusie is dan ook dat het bijzonder onderwijs in elk geval aanspraak kan maken op vrijheid van inrichting indien en voor zover de inrichting van onderwijs, school en rechtspersoon raakt aan de richting van de school. In dat geval bestaat een aanspraak op overheidsonthouding die in beginsel net zo sterk is als die ontleend aan de vrijheid van richting als zodanig. Overigens is het goed om zeer terughoudend te zijn met het erkennen van een aan art. 23 Gw te ontleenen aanspraak op vrijheid van inrichting.⁶⁰

Dat wil niet zeggen dat de overheid een vrijbrief heeft om op te treden ten aanzien van (bijzonder) onderwijs, zo lang de richting maar niet in geding is (en de vrijheid van oprichting niet al te zeer wordt belemmerd). Ook waar er geen verband is tussen richting en inrichting, ligt het voor de hand dat de onderwijswetgever een zekere mate van terughoudendheid in acht neemt ten aanzien van het bijzonder (maar ook het openbaar) onderwijs.⁶¹ Mentink legt in zijn dissertatie over de deugdelijkheidseisen een verband tussen deze terughoudendheid en het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel.⁶² Beide beginselen zijn inderdaad relevant in dit kader, maar tegelijkertijd is het opvallend en veelzeggend genoeg dat Mentink zijn heil moet zoeken in ongeschreven beginselen van behoorlijke wetgeving – en niet in art. 23 Gw.⁶³

2.4.5 *Het confessioneel-bijzonder onderwijs op dit moment*

Aldus zijn de drie componenten die tezamen de vrijheid van onderwijs vor-

59 Vgl. par. 2.4.2.

60 Aldus (uiteindelijk) ook Drop (1987). Vgl. in soortgelijke zin: Koekkoek (1989). Kortmann (1987, 145) leidt uit de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13874 af dat naast de vrijheid van richting ook de vrijheid van oprichting en inrichting bestaan. Dat is terecht, maar daarmee is niet de veel wezenlijkere vraag beantwoord welke omvang de vrijheid van inrichting heeft. Datzelfde bezwaar kleeft aan de volgende stelling van Burkens (1976, 715): '(...) terwijl de vrijheid van inrichting een zaak blijft van het bevoegd gezag van het bijzonder onderwijs voor zoveel niet de deugdelijkheidseisen of de subsidievoorwaarden inbreuk op deze regelingsvrijheid maken.'

61 Vgl. over het openbaar onderwijs: Gielen (1977), Akkermans, red. (1987), 371.

62 Vgl. Mentink (1989a), 209.

63 In par. 2.6 kom ik terug op de kwestie van de omvang van de vrijheid van inrichting, i.v.m. de deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden.

men geschetst: de vrijheid van richting, de vrijheid van oprichting en de vrijheid van inrichting. Van die drie is het de vrijheid van richting die (tezamen met de aanspraak op gelijke bekostiging) hét kenmerk is van het 'Nederlandse' onderwijsgrondrecht.

Tegen de achtergrond van de maatschappelijke en politieke omstandigheden die tot de schoolstrijd aanleiding hebben gegeven en die vervolgens tot de verzuiling van de Nederlandse samenleving hebben geleid, heeft deze invulling van de vrijheid van onderwijs iets heel vanzelfsprekends. En dat niet alleen; ik wees er al op in par. 2.4.2: juist door het sterk aan godsdienst en levensbeschouwing gebonden karakter van de vrijheid van richting is deze bij uitstek in staat om de aanspraak op overheidsonthouding ten aanzien van het bijzonder onderwijs te legitimeren en concretiseren!

Inmiddels is er echter het nodige veranderd in de Nederlandse samenleving. In het vorige hoofdstuk werd geconstateerd dat het bijzonder onderwijs na 1960 weliswaar ogenschijnlijk dezelfde verzuilde aanblik is blijven bieden als in de decennia daarvoor, maar dat meer inwendig de nodige veranderingen hebben plaatsgevonden ten gevolge van geloofsafval en ontkerkelijking. Het belang van deze veranderingen kan worden gerelativeerd, met name door er op te wijzen dat de vrijheid om in eigen scholen onderwijs op godsdienstige c.q. levensbeschouwelijke basis te geven c.q. te ontvangen hoe dan ook een belangrijk grondrecht is, ook al zijn het op dit moment minder Nederlanders die daar uitgesproken belang aan hechten dan in 1848, in 1917 of nog in 1960. Deze tegenwerping is bepaald niet zonder belang (ik kom daar hierna op terug), maar afdoende is zij niet.

Gezien de uitwerking die in de Nederlandse context aan de vrijheid van onderwijs is gegeven, is het wel degelijk een probleem dat de mogelijkheid om onderwijs op godsdienstige c.q. levensbeschouwelijke basis te ontvangen voor velen niet langer van wezenlijke betekenis is en dat een aanzienlijk deel van de confessioneel-bijzondere scholen daarop heeft gereageerd door in het toelatingsbeleid weinig of geen belang meer te hechten aan de eigen identiteit, door het onderwijs als zodanig geheel of grotendeels zijn confessionele kleur te laten verliezen, door in geval van fusies veelal het behoud van werkgelegenheid of de kwaliteit van het onderwijs belangrijker te achten dan het behoud van de eigen richting etc.⁶⁴

Deze gebeurtenissen zijn begrijpelijk; de achterliggende motieven zijn voor een deel zelfs uiterst respectabel. Maar de consequenties voor de in de vrijheid van onderwijs besloten aanspraak op overheidsonthouding zijn niettemin aanzienlijk. Kortmann is zeer duidelijk op dit punt:

64 Opzienbarend in dit verband zijn de gebeurtenissen in Utrecht, waar in de loop van 1989 ouders en leerkrachten van de katholieke school A 'en masse' overstapten naar de protestantse school B, omdat ten gevolge van fusieplannen van het schoolbestuur van school A de nadruk op de sociaal-emotionele ontwikkeling in het onderwijs binnen die school in gevaar kwam. Vgl. Van der Ven (1989), 123-124.

'Het is nu en in de toekomst gevaarlijk zich te beroepen op de vrijheid van het bijzonder onderwijs, indien men niet bij machte is aan te geven wat het bijzondere is dat aanleiding moet geven tot het vrij zijn in oprichting en inrichting. Het is gevaarlijk zich te beroepen op de plicht tot onthouding, indien niet duidelijk kan worden gemaakt waarom de overheid zich dient te onthouden. Men moet niet uit het oog verliezen dat (volledige) bekostiging van het bijzonder onderwijs enerzijds en overheidsonthouding anderzijds slechts haar rechtvaardiging kan vinden in bijzonder onderwijs dat inderdaad bijzonder is (...). Een bijzonder onderwijs dat zich uiteindelijk niet of nauwelijks onderscheidt van het openbare onderwijs, daarentegen wel de voordelen zou genieten van de geringere overheidsbemoeienis tegen gelijke kosten als die besteed aan het openbaar onderwijs, zal de wetgever er beetje bij beetje toe brengen het grondrecht van de onderwijsvrijheid te beperken en dit niet ten onrechte.'⁶⁵

Dat laatste is ook de opvatting van Donner die in verband met de vrijheid van onderwijs concludeert:

'Als alle staatkundige vrijheden wordt die vrijheid pas verkregen, als men de ontvangens aanspraken ook verwerft en verdient.'⁶⁶

Het zou overigens onjuist zijn om het confessioneel-bijzonder onderwijs in dit verband over één kam te scheren. Voor een deel van de confessioneel-bijzondere scholen is de rooms-katholieke dan wel protestants-christelijke grondslag nog steeds zeer wezenlijk, wat blijkt uit hun aanstellings- en toelatingsbeleid, uit de inhoud van het onderwijs en eventueel ook uit de organisatie van de school en de wijze waarop zij bestuurd wordt.⁶⁷ Voor deze scholen geldt dat zij 'als vanouds' aan de vrijheid van richting een krachtige en duidelijke aanspraak op overheidsonthouding kunnen ontleenen.

Voor een ander, niet gering deel van de confessioneel-bijzondere scholen geldt dat echter zij alleen nog in naam en door het lidmaatschap van een confessionele besturenorganisatie rooms-katholiek dan wel protestants-christelijk zijn. Ten aanzien van deze scholen is het inderdaad maar zeer de vraag in hoeverre de vrijheid van onderwijs, zoals die vele decennia lang is ingevuld, nog in staat is om de aanspraak op overheidsonthouding volledig te legitimeren.

In dit verband volsta ik met deze vraag te stellen. In het vervolg van dit hoofdstuk en in de hoofdstukken hierna zal ik nagaan in hoeverre aan de geconstateerde veranderingen in het confessioneel-bijzonder onderwijs consequenties moeten worden verbonden in verband met de rechtspositie van de werknemers en, in direct verband daarmee, in hoeverre het nodig is om verschil te maken tussen de afzonderlijke (groepen van) confessioneel-bijzondere scholen.

65 (1977), 30.

66 (1987b), 28.

67 Vgl. Willemsz (1989).

2.4.6 *Het algemeen-bijzonder onderwijs op dit moment*

Naast het confessioneel-bijzonder onderwijs is er het algemeen-bijzonder onderwijs. Hiervoor wees ik er op dat het gaat om een groep onderling zeer verschillende scholen, die in zekere zin een restcategorie vormen. Lange tijd is het aantal algemeen-bijzondere scholen erg gering geweest.⁶⁸ In de laatste decennia is de omvang van de algemeen-bijzondere 'zuil' echter aanzienlijk toegenomen, onder andere als gevolg van geloofsafval en ontkerkelijkheid.⁶⁹

Daarom is er alle aanleiding om de relatie van het algemeen-bijzonder onderwijs ten opzichte van de vrijheid van onderwijs zoals die op dit moment wordt ingevuld, aan de orde te stellen. Zoals zal blijken maken de algemeen-bijzondere scholen ook in dat verband de benaming 'restcategorie' nadrukkelijk waar. Dat geldt in elk geval voor de vrijheid van oprichting en wellicht ook voor de vrijheid van richting.

In verband met de vrijheid van oprichting is het probleem dat het algemeen-bijzonder onderwijs geen richting kent, althans niet in de zin waarin dat begrip sedert lang wordt opgevat. Dat er in vrij ruime mate algemeen-bijzonder onderwijs bestaat, is te danken aan het feit dat over de oprichting van scholen voor een belangrijk deel wordt beslist op basis van criteria waaraan ook een richting-loze school kan voldoen. In zoverre is er ook voor de niet-confessionele bijzondere scholen een zekere mate van vrijheid van oprichting, al is die met minder waarborgen omgeven dan de oprichtingsvrijheid van de confessioneel-bijzondere scholen.⁷⁰

In verband met de vrijheid van richting zou het probleem wel eens hetzelfde kunnen zijn. De algemeen-bijzondere scholen geven in de heersende opvatting geen onderwijs waarin een eigen visie op mens en samenleving tot uitdrukking wordt gebracht.⁷¹ Een school die geen richting kent, zo zou geredeneerd kunnen worden, kan ook geen aanspraak maken op vrijheid van richting. Op dit punt kan worden tegengeworpen dat het begrip 'richting' met name is uitgewerkt (dat wil zeggen: beperkt) in het kader van de oprichting van nieuwe scholen, terwijl het in dit verband gaat om de vrijheid van richting als aanspraak op overheidsonthouding van bestaande scholen. In dat verband zou 'richting' een afwijkende betekenis kunnen hebben. Of en in hoeverre dat inderdaad het geval is, zal echter nog moeten worden vastgesteld.

Ik teken daarbij aan dat in verband met de vrijheid van richting een uitbreiding van het richtingbegrip tot onderwijskundige opvattingen weinig soelaas bied. Een dergelijke uitbreiding lijkt hoogstens denkbaar ten aanzien van (een zeer klein aantal) 'gevestigde' stelsels van zeer uitgesproken aard. Een nog verdere uitbreiding zou al snel betekenen dat de huidige problemen rond

68 Vgl. Akkermans (1983), 50 (en m.n. nt 64).

69 Vgl. hoofdstuk II, par. 5.2.

70 Vgl. par. 2.4.3.

71 Evenmin als het rooms-katholiek en het protestants-christelijk onderwijs kan het algemeen-bijzonder onderwijs over één kam geschoren worden: het (kleine) deel van het algemeen-bijzonder onderwijs dat confessioneel is, kan (eenmaal opgericht) aanspraak maken op de vrijheid om de richting in onderwijs, school en rechtspersoon gestalte te geven.

de vrijheid van inrichting verschuiven naar het terrein van de vrijheid van richting; daarbij lijkt niemand gebaat.

Ook hier volsta ik met het (mogelijke) probleem te signaleren. In de hoofdstukken hierna zal ik nagaan of het algemeen-bijzonder onderwijs een uitzonderingspositie inneemt in het kader van de aanspraak op vrijheid van richting en, zou dat inderdaad het geval blijken te zijn, welke gevolgen daaraan verbonden dienen te worden in verband met de rechtspositie van de werknemers in dat deel van het bijzonder onderwijs.

2.5 DE FINANCIËLE GELIJKSTELLING

2.5.1 Sociaal grondrecht

De tweede component van onderwijsgrondrecht is de aanspraak van het bijzonder onderwijs op bekostiging naar gelijke maatstaven als het openbaar onderwijs, onder verwijzing naar '1917' nog steeds de financiële gelijkstelling genoemd. De aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven is vastgelegd in art. 23, leden 5, 6 en 7 Gw. In de Grondwet wordt daarbij een verschil gemaakt tussen de verschillende onderwijstypes. De onderwijswetten maken inmiddels echter geen onderscheid meer; volledige bekostiging is regel.⁷² De bekostiging wordt niet zonder meer verleend. De te bekostigen bijzondere school zal aan bepaalde eisen en voorwaarden moeten voldoen, wil zij bekostiging ontvangen; in par. 2.6 kom ik daar op terug.

De aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven vormt de sociale component van het onderwijsgrondrecht.⁷³ Door het bijzonder onderwijs op gelijke voet als het openbaar onderwijs te bekostigen, geeft de overheid vorm aan haar taak om op bepaalde gebieden actief op te treden teneinde fundamentele belangen van burgers te verwezenlijken.⁷⁴ De klassieke en de sociale component van het onderwijsgrondrecht zijn overigens nauw verbonden. De voorgeschiedenis van het huidige art. 23 Gw maakt dat meer dan duidelijk: de in 1848 verkregen vrijheid van onderwijs had alleen reële betekenis als de overheid de kosten van het bijzonder onderwijs voor haar rekening zou nemen; vanaf 1889 gebeurde dat dan ook. Daarom is begrijpelijk dat Donner de klassieke en de sociale component van het onderwijsgrondrecht typeert als respectievelijk 'vrijlaten' en 'vrijmaken'.⁷⁵

Gezien het grote belang van de bekostiging is begrijpelijk dat al op grondwettelijk niveau sprake is van een dwingend omschreven overheidstaak c.q. -plicht. In de onderwijswetgeving is art. 23 lid 7 Gw vervolgens zodanig uitgewerkt dat sprake is van een 'echt' afdwingbare, met veel waarborgen omgeven aanspraak op overheidsfinanciering.

72 Vgl. Veugelers (1990), 186.

73 Vgl. Drop (1985), 250; Akkermans, red. (1987), 373; Burkens (1987), 4.

74 Vgl. Heringa (1989), 73-80.

75 (1987b), 30.

2.5.2 *Consequenties van de financiële gelijkstelling*

De nauwe band tussen 'vrijheid' en 'bekostiging' geeft het geheel een grote spanning. Want, hoe zeer de overheidssteun van de ene kant ook onmisbaar is om de vrijheid van onderwijs werkelijk betekenis te laten hebben, van de andere kant vormt zij voor die vrijheid een grote bedreiging. Dat is te meer het geval nu sprake is van bekostiging naar gelijke maatstaven als het openbaar onderwijs.

Het streven naar gelijke bekostiging is in zekere zin begrijpelijk. Streven naar gelijkheid – zo bleek in het vorige hoofdstuk – is kenmerkend voor emancipatiebewegingen. Verwey-Jonker zegt het als volgt:

'Opmerkelijk is, dat bij en na hun optreden de bewegingen uitdrukkelijk als vrijheidsbewegingen worden aangediend, hoewel men hen achteraf wellicht liever als vormen van een gelijkheidsstreven zou willen zien.'⁷⁶

Niet alleen de vrijheid van onderwijs, maar ook de aanspraak op bekostiging heeft daardoor iets typisch Nederlands. Ook elders subsidieert de overheid het onderwijs, maar zelden volledig. Het bijzonder onderwijs heeft daardoor in de regel minder betekenis dan in Nederland, maar het staat in veel gevallen ook (wat) vrijer ten opzichte van de overheid.⁷⁷

In de Nederlandse situatie is de volledige bekostiging door de overheid voor een belangrijk deel verantwoordelijk voor de bloei van het bijzonder onderwijs. Tegelijkertijd maakt zij het bijzonder onderwijs extra vatbaar voor overheidsbemoeienis, door de grote bedragen die ermee gemoeid zijn, maar vooral door het grote belang dat het bijzonder onderwijs heeft voor de samenleving als geheel. Een plaats in de marge van het onderwijsbestel, met een dienovereenkomstig geringe overheidsbemoeienis, behoort daardoor niet tot de mogelijkheden. Als wezenlijk deel van het totale Nederlandse onderwijsbestel kan het bijzonder onderwijs zich niet onttrekken aan de eisen die de samenleving bij monde van de overheid stelt aan het onderwijs.

2.5.3 *Centralisme*

Naar heersende opvatting dient de onderwijswetgeving zo veel mogelijk door de centrale overheid, en liefst door de formele wetgever, te worden vastgesteld. Dat centralisme is niets nieuws. Al ten tijde van de Bataafse Republiek trok de centrale overheid vrijwel alle taken op onderwijsgebied naar zich toe. Dat gebeurde, omdat een krachtig, centraal overheidsoptreden gewenst was, om de kwaliteit van het onderwijs te verbeteren, maar vooral ook om de pas

76 (1962), 111-112. Vgl. ook Bavinck, zoals aangehaald door Drop (1985, 196), die de 'rechtsgelijke school' van na pacificatie plaatst tegenover (en blijkbaar verkiest boven) de vrije bijzondere school van daarvoor.

77 Vgl. Lee/Cohen (1990) i.v.m. de situatie in Engeland. In de Nederlandse situatie wordt dat geïllustreerd door de grotere vrijheid in het beroepsonderwijs (ook op rechtspositioneel gebied) ten aanzien van onderwijsactiviteiten die in aparte stichtingen zijn ondergebracht. Vgl. hoofdstuk I, par. 3.2.1.

gevormde nationale staat te verstevigen.⁷⁸

Het centralisme van dit moment heeft nog maar zeer ten dele te maken met de noodzaak van krachtig overheidsoptreden in het nationaal belang. De toenemende bemoeienis van de overheid met het (bijzonder) onderwijs na de Tweede Wereldoorlog is inderdaad vooral een zaak geweest van de centrale overheid. Voor de lagere overheden was en is nog steeds niet of nauwelijks een rol weggelegd waar het gaat om onderwijsbeleid en -wetgeving. Maar zoals hierna zal blijken, wordt de laatste jaren juist door de overheid de noodzaak ingezien van meer provinciale en gemeentelijke bemoeienis met het onderwijs. In dat kader wordt er dan ook naar gestreefd om wetgevende taken over te dragen aan de lagere overheden.⁷⁹

Dat dit streven op fel verzet stuit in kringen van het bijzonder onderwijs, vestigt de aandacht er op dat het centralisme wellicht niet is ontstaan, maar wel is blijven voortbestaan met het oog op de belangen van het bijzonder onderwijs. Sedert lang bestaat namelijk de opvatting dat de belangen van het bijzonder onderwijs het beste behartigd kunnen worden op het niveau van de centrale overheid, en liefst met een zo groot mogelijke mate van betrokkenheid van het parlement.⁸⁰

De wijze van bekostiging en de voorwaarden waaronder zij wordt verleend, worden dan ook zo veel mogelijk door de formele wetgever vastgesteld. Als gevolg daarvan is de rol van de regering en de Minister van Onderwijs en zeker ook van de provinciebesturen en de gemeentebesturen beperkt. Ook de afzonderlijke scholen hebben weinig invloed op (de wijze van besteden van) de bekostiging. Het streven naar zo veel mogelijk gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs heeft ten aanzien van de personele uitgaven namelijk geleid tot een bekostigingssysteem waarbij in de onderwijswetgeving tot in detail en zo objectief mogelijk kaders worden gesteld. Blijft een school binnen die kaders, dan volgt (strikt genomen: achteraf) bekostiging conform de vastgestelde regels. De speelruimte voor de afzonderlijke scholen is daardoor miniem.⁸¹

2.5.4 Wijzigingen in wetgeving en beleid

De centralistische en erg gedetailleerde uitwerking van de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs wordt al enige tijd als problematisch ervaren. Dat geldt niet alleen voor de overheid, maar ook voor de direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs. Vandaar dat gestreefd wordt naar een ingrijpende vereenvoudiging van het bekostigingssysteem.

Ten dele is die vereenvoudiging al verwerkelijkt, in het middelbaar en hoger

78 Vgl. hoofdstuk II, par. 2.1.

79 In het kader van dat streven stelde de regering dan ook voor om in art. 23 Gw uitdrukkelijk de bevoegdheid tot delegeren op te nemen. Vgl. Crijns (1982), 449 e.v.

80 Vgl. Crijns (1982), 450; Kortmann (1987), 129 e.v.; Postma (1989); Storimans (1989), 104 e.v.

81 Vgl. School 2000, 7-13; Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 2-3, 9-10, 23-24; Veugelaers (1990), Backx (1990), 111 e.v.

beroepsonderwijs. De veranderingen zijn tweeledig. De afzonderlijke scholen worden niet langer achteraf, uitgave voor uitgave, bekostigd, maar krijgen een 'lump sum' in handen. Over de wijze waarop zij dat bedrag besteden, kunnen zij in (grotere) vrijheid (dan voorheen) beslissen, omdat de bekostigingsbepalingen daarvoor ruimte laten, met name omdat een aantal overheidsbevoegdheden is overgelaten aan de schoolbesturen.

Ook buiten de sfeer van het beroepsonderwijs is de overheid voornemens om wijzigingen als deze aan te brengen. Hier is echter nog sprake van beleidsvoornemens, onder andere verwoord in de Nota 'De school op weg naar 2000', waarvan onduidelijk is of en zo ja, hoe zij in de praktijk gebracht zullen worden.⁸² Niet alleen de huidige situatie, maar ook de voorgestelde wijzigingen blijken namelijk op bezwaren te stuiten. Zoals hierna zal blijken, hangen die voor een belangrijk deel samen met het onderwijsgrondrecht.

2.5.5 De financiële gelijkstelling op dit moment

In par. 2.4 bleek dat in verband met de vrijheid van onderwijs problemen zijn ontstaan als gevolg van ontwikkelingen die het onderwijs en de samenleving als geheel in de afgelopen decennia hebben doorgemaakt. Voor de aanspraak op bekostiging naar dezelfde maatstaven als het openbaar onderwijs geldt dat veel minder.

Dát de overheid het bijzonder onderwijs bekostigt, is geen punt van discussie. Het principe van de gelijke behandeling van openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs is dat evenmin.⁸³ De problemen rond de financiële gelijkstelling hebben vooral te maken met de aard van de aan de bekostiging te verbinden voorwaarden.⁸⁴ De wijziging in het bekostigingssysteem als zodanig roept minder bezwaren op. Er van uitgaande dat de criteria op basis waarvan de 'lump sum' wordt berekend deugdelijk zijn, blijft inderdaad aan de grondwettelijke opdracht om 'naar gelijke maatstaf te bekostigen voldaan'.⁸⁵

Uitdrukkelijke conclusies hoeven in verband met de financiële gelijkstelling dan ook niet getrokken te worden. De discussie over de voors en tegens van eindtermen is als zodanig niet relevant voor de rechtspositie van de werknemers. De wijziging van het bekostigingstelsel is dat wel; zij komt in par. 2.8 nader aan de orde.

82 Op korte termijn zal een gedeeltelijke herziening van het bekostigingssysteem plaatsvinden, in de vorm van het zgn. formatiebudgetsysteem. Vgl: hoofdstuk VII, par. 1.

83 Ook al wordt van tijd tot tijd discussie gevoerd over het onderwerp 'de kosten van de verzuiling'. Vgl. Koelman (1987).

84 Vgl. op dit punt: par. 2.6.4.

85 Vgl. Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 11 e.v.

2.6 DEUGDELIJKHEIDSEISEN EN BEKOSTIGINGSVOORWAARDEN

2.6.1 Een kwestie van groot belang

Het bijzonder onderwijs wordt alleen bekostigd als het aan bepaalde eisen en voorwaarden voldoet.⁸⁶ Zij geven de overheid invloed op de gang van zaken in het onderwijs, maar vormen anderzijds een risico voor de vrijheid van onderwijs.

Van een dergelijk risico lijkt strikt genomen geen sprake te zijn. Aan de beperkingen van de vrijheid van onderwijs als gevolg van de wetgeving op grond van art. 23 lid 2 Gw zal geen enkele bijzondere school kunnen ontkomen. Overigens dient de wetgever zich ten aanzien van het bijzonder onderwijs te beperken tot het stellen van deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden aan scholen die bekostiging ontvangen.⁸⁷ Een school die geen aanspraak maakt op bekostiging, heeft daarom met de deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden, en dus met het overgrote deel van de onderwijswetgeving, geen bemoeienis.⁸⁸

Vrijwel geen enkele bijzondere school is echter in staat om te bestaan zonder overheidsbekostiging. De vrijheid om daarvan af te zien omdat de door de wetgever gestelde eisen en voorwaarden het schoolbestuur niet aanstaan, is daarom grotendeels illusoir. Daarvan uitgaande wordt de interpretatie van de begrippen 'deugdelijkheidseis' en 'bekostigingsvoorwaarde' uiterst relevant. Zij bepaalt aard en omvang van de vrijheid van onderwijs, anders(om) gezegd: de ruimte die de wetgever heeft om invloed uit te oefenen op het bijzonder onderwijs.⁸⁹

Uit de tekst van art. 23 Gw is het volgende af te leiden. Lid 5 geeft aan dat de wetgever zich dient te bemoeien met de deugdelijkheid van het bekostigde bijzonder onderwijs. Tevens blijkt dat de wetgever de deugdelijkheid van openbaar en bekostigd bijzonder onderwijs 'even afdoende' moeten waarborgen. Daaruit kan worden afgeleid dat het mogelijk is om verschillende eisen te

86 De vraag welke eisen en voorwaarden de overheid mag stellen, heeft tot grote geschillen aanleiding gegeven, m.n. ook in het kader van de poging tot herziening van het onderwijsartikel in de Grondwet. Dat zal hierna blijken. Daarnaast waren er problemen i.v.m. de vraag naar de bevoegdheid van de formele wetgever om de bevoegdheid tot het vaststellen van deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden te delegeren. Vgl. Crijns (1982), 448 e.v., 474 e.v.; Kortmann (1987), 129 e.v.; Vermeulen (1989), 53-57; Storimans (1989). Deze kwestie zal hierna grotendeels buiten beschouwing blijven, omdat zij i.v.m. de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs weinig relevant is. Ten aanzien van rechtspositionele aangelegenheden, en zeker de rechtspositionele onderwerpen die hierna centraal zullen staan, wordt delegatie niet of nauwelijks mogelijk en wenselijk geacht. Vgl. Mentink (1989a), 157; Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 24.

87 Vgl. Akkermans (1980), 27; Mentink (1989a).

88 De 'tussenvorm' van de voorwaarden voor erkenning van diploma's laat ik verder buiten beschouwing; het principe is hetzelfde.

89 Vgl. par. 4.4.3.

stellen aan openbaar en bijzonder onderwijs, mits het resultaat hetzelfde is.⁹⁰ Daarnaast is duidelijk dat de deugdelijkheidseisen de vrijheid van richting intact dienen te laten. In lid 6 wordt dat nader gespecificeerd door de (niet limitatieve) verwijzing naar de aanstelling van de onderwijzers en de keuze van de leermiddelen. Andere aanknopingspunten biedt de tekst van de leden 5 en 6 niet. Waar het gaat om de bekostigingsvoorwaarden biedt art. 23 lid 7 zelfs in het geheel geen aanknopingspunten; hoogstens valt op dat in lid 7 een verwijzing naar de vrijheid van richting ontbreekt.

2.6.2 'Niets mag, tenzij...'

Op basis van deze tekst zijn verschillende interpretaties gegeven van 'deugdelijkheidseis' en 'bekostigingsvoorwaarde'. Beter gezegd: er is één opvatting, die zowel uitgesproken voorstanders als tegenstanders heeft.

Deze opvatting luidt als volgt: 'deugdelijkheidseisen' zijn eisen die rechtstreeks betrekking hebben op de deugdelijkheid van het onderwijs, dat wil zeggen: op de inhoudelijke kwaliteit of het peil of de voortreffelijkheid daarvan; 'bekostigingsvoorwaarden' zijn louter administratief-technische voorschriften; zij betreffen de bekostiging en het beheer en de administratie daarvan, maar ook de salarissen, het schoolgebouw etc.

Deze interpretatie gaat terug op Huart⁹¹; zij dateert aldus uit het begin van de jaren twintig. Lange tijd heeft zij weinig aandacht getrokken. Dat veranderde bij de parlementaire behandeling van de Wet op het voortgezet onderwijs.⁹² Sinds die tijd staat zij juist sterk in de aandacht en wordt zij in kringen van het bijzonder onderwijs⁹³, maar ook in de wetenschappelijke literatuur⁹⁴ en door politieke partijen als het CDA, als de geldige interpretatie van art. 23 leden 5 en 7 Gw aangehangen. Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel tot wijziging van het onderwijsartikel in de Grondwet heeft deze interpretatie sterk de discussie en de uiteindelijke besluitvorming beheerst.⁹⁵ Ook in verband met de vaststelling van andere onderwijswetgeving, zoals de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO), heeft zij een rol gespeeld.⁹⁶ Al met al is, zeker sedert 1976, sprake van een zeer gangbare, zo niet dé toonaangevende interpretatie van art. 23 leden 5 en 7 Gw.

De achtergrond van deze opvatting is de wens om de invloed van de wetgever op het bijzonder onderwijs zo veel mogelijk te beperken; ik kom daarop terug in par. 2.6.4. Daarvoor is zij dan ook bijzonder geschikt. In deze opvatting is namelijk sprake van twee onderscheiden stelsels van bepalingen, die beide zodanig duidelijk naar hun inhoud zijn omschreven, dat daaruit recht-

90 Vgl. Mentink (1989a), 101-102. Vgl. ook Huart (1925, 375): niet 'gelijke eisen van deugdelijkheid', maar 'eisen van gelijke deugdelijkheid'.

91 Vgl. Huart (1925), 374, 380.

92 Vgl. Mentink (1989a), 119 e.v.

93 Vgl. de brief van de zeven onderwijsorganisaties, aangehaald door Deetman (1976).

94 Vgl. J. Donner (1978), 159; Drop (1985), 180 en (1987), 17.

95 Vgl. Crijns (1982), 464-465; Kortmann (1987), 133 e.v.; Mentink (1989a), 127 e.v.

96 Vgl. Mentink (1989a), 143-145. Vgl. ook par. 2.8.3; hoofdstuk X, par. 2.

streeks conclusies kunnen worden getrokken ten aanzien van aard en omvang van de overheidsinvloed op het bijzonder onderwijs. Niet alleen dient de wetgever zich te onthouden van optreden dat inbreuk maakt op de vrijheid van richting, aan deze negatieve beperking wordt een positieve toegevoegd: het overheidsoptreden dient (de bekostigingsvoorwaarden buiten beschouwing latend) uitdrukkelijk betrekking te hebben op de deugdelijkheid van het onderwijs. Kortom: 'niets mag, tenzij...'.

De beperking die daarin gelegen is wordt extra groot als bedacht wordt dat over het algemeen een enge uitleg wordt gegeven aan 'deugdelijkheid': daarvan is sprake waar het gaat om de in art. 23 lid 2 Gw genoemde onderwerpen en daarnaast hoogstens ten aanzien van die zaken die rechtstreeks met de kwaliteit van het eigenlijke onderwijs te maken hebben.⁹⁷ Uitvloeisel van deze opvatting is voorts al gauw dat op de overheid de 'bewijslast' rust: zij zal in beginsel moeten aantonen dat hetgeen zij beoogt de deugdelijkheid van het onderwijs dient (en niet strijdt met de vrijheid van richting) dan wel een uitsluitend technisch-administratieve aangelegenheid betreft.⁹⁸ Ook dat sluit aan op de achtergrond van deze opvatting.

Dat de Grondwet alleen in verband met de deugdelijkheidseisen de toevoeging bevat dat zij de vrijheid van richting in acht dienen te nemen, is uitgaande van deze opvatting, geen al te groot bezwaar; de vrijheid van richting is niet gauw in het geding als de bekostigingsvoorwaarden uitsluitend betrekking (kunnen) hebben op administratief-technische aangelegenheden.

Vooral tegen de achtergrond van de in par. 2.4.4 besproken ruime opvatting over de vrijheid van inrichting is deze interpretatie zeer aantrekkelijk: overheidsoptreden in verband met de inrichting van de school en de rechtspersoon houdt veelal geen verband met de deugdelijkheid van het onderwijs als zodanig en is dus vrijwel niet denkbaar.

2.6.3 Kritiek: 'alles mag, tenzij...'

De aan Huart ontleende opvatting over de interpretatie van art. 23 leden 5 en 7 Gw wordt van verschillende kanten bestreden:

Zo wordt er op gewezen dat deugdelijkheid een 'neutraal begrip' is.⁹⁹ De vanzelfsprekende begrenzing van de overheidsinvloed die 'deugdelijkheid' in de eerste opvatting biedt, vervalt daardoor. De begrenzing ligt nu uitsluitend in de vrijheid van richting (en de vrijheid van inrichting voor zover daaraan belang wordt gehecht). Ook wordt afgewezen de opvatting dat sprake is van twee stelsels. Deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden zijn één, zo wordt gesteld. Dat betekent dat de wetgever in verband met alle aan bekostigde bijzondere scholen te stellen eisen en voorwaarden de vrijheid van richting

97 Vgl. Crijns (1982), 462-466.

98 Concrete (juridische) voorbeelden van de invloed van deze bewijslastverdeling zijn mij overigens niet bekend.

99 Vgl. Schelfhout (1959), 234; Mentink (1989a), 202; Akkermans (1989b), 130.

in acht dient te nemen.¹⁰⁰

Resultaat van dit alles is al gauw dat het principe moet worden omgedraaid: 'alles mag, tenzij...', namelijk tenzij de vrijheid van richting in het geding is.¹⁰¹ Gevolg is ook al gauw dat de wetgever verlangt dat het bijzonder onderwijs aangeeft waarom er strijd bestaat met de vrijheid van richting en aldus de bewijslast omkeert.¹⁰²

2.6.4 De feitelijke gang van zaken sedert 1889

Als beschrijving van de feitelijke gang van zaken is 'alles mag, tenzij...' voor een groot deel van de periode na 1889 accuraat.

Al in par. 2.4.4 bleek dat de overheid zich sedert 1889 in toenemende mate is gaan bemoeien met de gang van zaken in het bijzonder onderwijs. Tevens bleek dat daar vanuit bijzonder onderwijs niet erg veel verzet tegen werd gevoerd. Geconstateerd werd dat dat te maken had met de grote mate van instemming met het overheidsoptreden, dat de tot dan toe feitelijk bestaande inrichtingsvrijheid weliswaar vergaand beperkte, maar de vrijheid van richting ontzag.

Daarnaast was er als factor van groot belang de bekostiging: de inbreuken op de inrichtingsvrijheid werden óók geaccepteerd, omdat daar een steeds omvangrijker wordende bekostiging tegenover stond.¹⁰³ Zelfs in verband met de WVO werd de uitbreiding van de overheidsinvloed op het bijzonder onderwijs, die van de invoering van de wet het gevolg was, nog op grond van die argumentatie geaccepteerd.¹⁰⁴ De WVO vormde in zekere zin echter een omslagpunt. De uitbreiding van de overheidsinvloed op de inrichting van het bijzonder onderwijs werd namelijk wel degelijk als problematisch ervaren, zowel vanwege inhoudelijke bezwaren als omwille van het enkele feit dát de overheid haar invloed uitbreidde.¹⁰⁵ In verband met de WVO kreeg de overheid uiteindelijk nog haar zin. De gang van zaken rond de invoering van de WMO bood aanvankelijk eenzelfde beeld: zowel het feit dát als de wijze waarop de wetgever de medezeggenschap van werknemers, ouders en leerlingen wilde regelen stuitten op grote bezwaren. Daarnaast werd gesteld dat medezeggenschap geen verband houdt met de deugdelijkheid van het onderwijs, zodat ook om die reden de wetgever zich afzijdig diende te houden. Het uiteindelijke resultaat was hier dat de wetgever het bijzonder onderwijs een belangrijk stuk tegemoet kwam.¹⁰⁶

Een van de meest recente voorbeelden vormt de gang van zaken rond de

100 Vgl. Schelfhout (1959), 234; Mentink (1989a), 147.

101 Drop (1987) geeft de beide opvattingen (niets mag c.q. alles mag, tenzij...) treffend weer onder 4 en 5 op de pp. 19-20.

102 Hier bestaat wel een voorbeeld in de onderwijswetgeving: art 42 lid 2 van de Wet universitaire bestuursvorming 1970 (nu: art. 131 lid 1 WWO). Vgl. daarover: J. Donner (1978), 172 e.v.

103 Vgl. Drop (1985), 196; Donner in: Klifman (1989a), 57; Mentink (1989a), 87.

104 Vgl. Drop (1987), 19.

105 Vgl. Drop (1987), 19.

106 Vgl. par. 2.8.3; hoofdstuk X, par. 2.

'eindtermen'.¹⁰⁷ In par. 2.5.5 bleek dat de overheid de financiële autonomie van de scholen wil vergroten. Daar staat tegenover dat de overheid zich door het vaststellen van eindtermen meer dan voorheen wil bemoeien met de resultaten van het onderwijs. Zowel het feit dat de overheid haar invloed wil uitbreiden (c.q. van karakter wil veranderen), als de wijze waarop dat zou moeten gebeuren, roepen grote bezwaren op.¹⁰⁸ Ook hier geeft de overheid uiteindelijk toe, met name in die zin dat de 'eindtermen' worden afgezwakt tot meer globale 'kerndoelen'.¹⁰⁹

De geschetste gang van zaken sedert ongeveer 1960 laat zien dat de overheid zich ook in de afgelopen decennia bepaald niet terughoudend heeft opgesteld tegenover het bijzonder onderwijs; in zoverre is er niets nieuws aan de hand. Nieuw is wel dat de overheid duidelijk meer weerstand heeft ontmoet dan voordien het geval was. Niet langer is het alleen de vrijheid van richting die onaantast dient te blijven. Daarnaast wordt een uitdrukkelijk beroep gedaan op de vrijheid van inrichting. In de derde plaats wordt de aan Huart ontleende interpretatie van de begrippen 'deugdelijkheidseisen' en 'bekostigingsvoorwaarde' met veel nadruk in stelling gebracht.

2.6.5 *Beoordeling*

Het beroep op de vrijheid van inrichting is maar zeer ten dele gerechtvaardigd. Ik verwijs naar de dienaangaande in par. 2.4.4 getrokken conclusie. Ook het beroep op de opvatting van Huart is in mijn ogen niet terecht. Zowel Schelfhout als, meer recent, Mentink hebben aangetoond dat er in de ogen van de Bevredigingscommissie en de Grondwetgever uit 1917 geen verschil was tussen de deugdelijkheidseisen in lid 5 en de bekostigingsvoorwaarden in lid 7. Er was sprake van één stelsel van aan de bekostiging te verbinden voorwaarden c.q. eisen.¹¹⁰ Als gevolg hiervan moet de uitdrukkelijk op de ontstaansgeschiedenis van de grondwetsbepaling gebaseerde opvatting dat sprake is van twee stelsels worden afgewezen.

Als de 'deugdelijkheidseisen' en de 'bekostigingsvoorwaarden' dezelfde zijn, dan ligt niet voor de hand om het begrip 'deugdelijkheidseisen' een inhoudelijke betekenis te geven, zoals Huart dat doet. Meer voor de hand ligt om het neutraal op te vatten. Ook de opvatting dat per se de deugdelijkheid van het onderwijs als zodanig in geding moet zijn, wil overheidsingrijpen zijn toegestaan, moet daarom niet houdbaar worden geacht.¹¹¹

Het voorgaande betekent dat (de vrijheid van oprichting buiten beschou-

107 Vgl. Mentink (1989a), 139 e.v., 146-147; Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 18 e.v.

108 Vgl. Klifman (1989a) en (1989b). Vgl. ook Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 21-22.

109 Vgl. de NvW, TK 1988-1989, 21132 nr 9.

110 Vgl. Mentink (1989a), 89 e.v.; 101.

111 Vgl. in dit verband: Koekkoek (1989), 11: 'Uit de parlementaire geschiedenis van art. 23 valt af te leiden dat deugdelijkheid een ruim begrip is. Ik meen dan ook dat de memorie van toelichting op het Wetsvoorstel inzake de basisvorming een te beperkte omschrijving van deugdelijkheidseisen geeft als zij daaronder verstaat: 'kwaliteitseisen die betrekking hebben op de inhoud van het onderwijs'.'

wing latend) uitsluitend de vrijheid van richting en, voor zover zij daarmee samenhangt, de vrijheid van inrichting grenzen stellen aan het overheidsoptreden ten aanzien van bekostigde bijzondere scholen. Die grenzen gelden dan wel voor alle overheidsoptreden gebaseerd op art. 23 leden 5 en 7 Gw. Dat is de consequentie van de opvatting dat sprake is van één stelsel.¹¹² Vanuit de opvatting dat de overheid zich zo terughoudend mogelijk moet opstellen ten aanzien van het bijzonder onderwijs, is dat duidelijk een voordeel. Uitgaande van Huarts opvatting is de wetgever bij het vaststellen van bekostigingsvoorwaarden namelijk niet gehouden om de vrijheid van richting in acht te nemen.¹¹³ Ook dat is een argument om Huarts opvatting snel te vergeten.

Waar beide vrijheden niet in het geding zijn, is sprake van een open situatie: overheidsoptreden kan niet geweerd worden op basis van art. 23 Gw; anderszits heeft de overheid geen absolute vrijheid om naar eigen wens de gang van zaken in het bekostigde bijzonder onderwijs te bepalen. Al in par. 2.4.4 heb ik gewezen op het belang dat het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel in dit verband kunnen hebben, dit ten dele in navolging van Mentink. Ik zeg met nadruk 'ten dele', omdat voor Mentink de beide beginselen kennelijk uitsluitend een functie hebben waar het gaat om een als gevolg van voorgenomen overheidsoptreden dreigende inbreuk op de vrijheid van onderwijs.¹¹⁴ In de hier verdedigde opvatting is de primaire functie van de beide beginselen dat zij overheidsoptreden normeren op het gebied waar de vrijheid van onderwijs niet in het geding is. Zij vervullen met andere woorden de rol die de vrijheid van inrichting op dit moment niet kan vervullen.¹¹⁵ Het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel hebben minder juridische status dan de vrijheid van onderwijs, of welk grondrecht dan ook. Hierna zal ik niettemin nagaan in hoeverre beide beginselen relevant zijn in verband met de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

2.6.6 Relevantie

Intussen moet uiteraard rekening worden gehouden met het feit dat de wetgever in het verleden wel degelijk waarde heeft gehecht aan het onderscheid tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden en dat nog steeds doet.¹¹⁶ Dat heeft bij nader inzien overigens weinig concrete betekenis. Dat komt omdat het verschil in interpretatie vooral een rol speelt in het kader van het totstandkomen van de onderwijswetgeving. Is de wet eenmaal tot stand gekomen, dan vervalt de relevantie van het onderscheid. Het begrip 'deugdelijkheidseisen' komt namelijk niet voor in de onderwijswetgeving; in de onderwijswetgeving is uitsluitend sprake van 'bekostigingsvoorwaarden'. Er is

¹¹² Vgl. Mentink (1989a), 148.

¹¹³ Vgl. par. 4.4.2, i.v.m. de WMO.

¹¹⁴ (1989a), 209.

¹¹⁵ In de hiervoor gebezigde terminologie: 'alles mag, tenzij...'; waarbij de bewijslast in eerste instantie rust op de overheid.

¹¹⁶ Vgl. bijv. TK 1987-1988, 20381, nr 8, 25.

slechts één uitzondering: art. 9 WWO, waarin sprake is van (kort gezegd) 'bekostigingsvoorwaarden ter waarborging van de deugdelijkheid' en (overige) 'bekostigingsvoorwaarden'. Deugdelijkheidseisen kunnen dus ook bekostigingsvoorwaarden zijn; kennelijk zegt het bekostigingsvoorwaardenkarakter niet (alleen) iets over de inhoud van de onderwijswetgeving, maar (ook) over de vorm of de werking van de desbetreffende bepalingen. In het kader van deze paragraaf, waarin de vraag welk overheidsoptreden zich naar zijn inhoud verdraagt met de vrijheid van onderwijs, kan deze kwestie onbesproken blijven. Zij is echter zeer relevant voor de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs. In par. 4.4.3 en vervolgens in hoofdstuk VI zal deze kwestie dan ook uitgebreid aan de orde komen.

2.7 DE DRAGER(S) VAN HET ONDERWIJSGRONDRECHT

2.7.1 Een omstreden kwestie

In de voorgaande paragrafen heb ik grotendeels in het midden gelaten wie drager is van het onderwijsgrondrecht. Het is van belang om deze vraag uitdrukkelijk te beantwoorden. Het is de drager van het onderwijsgrondrecht die zich kan opwerpen als verdediger van de vrijheid van onderwijs en die in beginsel zelf beslist over de wijze waarop en de mate waarin de vrijheid van onderwijs wordt ingevuld. Niet alleen de overheid, maar ook andere bij het onderwijs betrokkenen zullen die positie in beginsel moeten respecteren. Het is de drager van het onderwijsgrondrecht die aanspraak kan maken op bekostiging, maar die tevens gehouden is om de daaraan verbonden eisen en voorwaarden na te leven. Andere betrokkenen kunnen geen aanspraak maken op bekostiging, maar worden op het eerste oog ook niet gebonden door de eisen en voorwaarden.

2.7.2 De leerkrachten?

Aan de hand van de tekst van art. 23 Gw is de vraag wie drager is van het onderwijsgrondrecht niet te beantwoorden. De formulering van lid 2 ('Het geven van onderwijs...') suggereert dat de vrijheid van onderwijs toekomt aan de leerkrachten, als degenen die het onderwijs 'geven' in de meest letterlijke zin van het woord.

Dat zij de dragers zijn van het onderwijsgrondrecht is met name in de vorige eeuw wel verdedigd.¹¹⁷ Ook nu worden de leerkrachten nog wel als dragers van het onderwijsgrondrecht gezien, van een bepaald deel althans. Met name wordt in verband met de leerkrachten gewezen op de vrijheid van onderwijs als vrijheid van beroepskeuze.¹¹⁸

Uitgaande van de situatie in de decennia onmiddellijk na 1848 was de op-

117 Vgl. Van Bruggen c.s. (1977), 47; Akkermans (1980), 49; Van der Ven (1988b), 123; Van Wezel (1989), 13.

118 Vgl. Akkermans, red. (1987), 11; Mentink (1989a), 151; Van Wezel (1989), 13 e.v.

vatting dat de leerkrachten de dragers waren van het onderwijsgrondrecht niet zonder grond. In die tijd waren er door particulieren met winstoogmerk gedreven scholen.¹¹⁹ Sedert 1889 wordt echter geëist dat een bijzondere school, wil zij bekostigd worden, uitgaat van een rechtspersoon.¹²⁰ Daardoor is er een splitsing aangebracht tussen degenen die de school in stand houden en degenen die het onderwijs geven, de laatsten als werknemers in dienst van de eersten. Om nu nog langer de leerkrachten in het bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs te zien als dragers van het onderwijsgrondrecht is weinig zinvol.¹²¹ Dat geldt voor het onderwijsgrondrecht als geheel, waar met de schoolbesturen en de ouders toch meer voor de hand liggende gegadigden beschikbaar zijn.¹²² Evenmin heeft het veel zin om de vrijheid van beroepskeuze van de vrijheid van onderwijs af te splitsen, zeker niet nu de vrije keuze van arbeid sedert 1983 afzonderlijk in art. 19 lid 3 Gw gegarandeerd wordt. Tenslotte wijs ik erop dat Akkermans van mening is dat de leerkracht aanspraak kan maken op een zekere vrijheid van handelen ten opzichte van het schoolbestuur en de ouders; die zou in zijn ogen gebaseerd kunnen worden op de vrijheid van onderwijs.¹²³ In hoofdstuk IV zal blijken dat die vrijheid (ten opzichte van het schoolbestuur en vervolgens ten opzichte van de ouders) ook — meer passend — gebaseerd kan worden op de arbeidsverhouding tussen schoolbesturen en werknemer.¹²⁴ Ook in dat opzicht behoeft de werknemer in het bijzonder onderwijs dus niet als de drager van (een deel van) het onderwijsgrondrecht gezien te worden.

2.7.3 Schoolbestuur of ouders

Binnen het bekostigde bijzonder onderwijs moet de vrijheid om onderwijs 'te geven' zodoende worden opgevat als de vrijheid om onderwijs 'te laten geven'. Die formulering wijst in eerste instantie naar de schoolbesturen, als werkgevers van de leerkrachten.

Heersende leer is inderdaad dat de schoolbesturen op eigen titel de dragers van het onderwijsgrondrecht zijn. Dat betekent dat ook een constructie waarbij de schoolbesturen als dragers namens de ouders (en leerlingen en studenten) worden gezien, wordt afgewezen. Dat blijkt uit de onderwijswetgeving¹²⁵ en de jurisprudentie.¹²⁶ Het is ook de gangbare opvatting van diverse onder-

119 Vgl. Mentink (1989a), 151.

120 Vgl. Mentink (1989a), 56.

121 De vrijheid om onderwijs te geven kan nog steeds betrekking hebben op natuurlijk personen: de pianoleraar, de huisonderwijzer, eventueel zelfs degene die als 'kleine zelfstandige' zonder bekostiging en erkenning van diploma's voortgezet onderwijs zou willen geven. Hier is de vrijheid van onderwijs inderdaad (mede) de vrijheid van beroepskeuze.

122 Aldus ook: J. Donner (1978), 196-197; Akkermans (1980), 112-113; 125-126.

123 (1987), 14.

124 Vgl. par. 3.3.2-slot, par. 3.3.3. In die zin ook: Alkema in zijn nt onder HR 30-3-1984, NJ 1985, 350, die (i.v.m. art. X Gw) nog verwijst naar de artt. 1 ESH en 6 IVESCR.

125 M.n. uit de (hierna nog nader aan de orde te stellen) WMO, maar ook uit de (ontwerp)-AWGB (vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6).

126 HR 22-1-1988, AB 1988, 96 (Maimonides). Van der Ven (1989, 121) maakt overigens terecht

wijsorganisaties in het bijzonder onderwijs¹²⁷ en in een deel van de wetenschappelijke literatuur.¹²⁸

Deze opvatting is van invloed geweest op de inhoud van de onderwijswetgeving, onder andere in verband met de medezeggenschap van de ouders. Aan de opvatting dat het schoolbestuur drager is van het onderwijsgrondrecht wordt namelijk de consequentie verbonden dat de wetgever niet alleen zelf de nodige afstand moet bewaren ten opzichte van het schoolbestuur, maar daarnaast ook moet bewerkstelligen dat de ouders de vrijheid van het schoolbestuur respecteren (ik kom daar in par. 2.7.9 op terug).

De ouders (en de leerlingen en studenten) staan overigens niet geheel buiten spel in deze opvatting. Binnen de heersende leer wordt hen een 'recht op (vrije keuze van) onderwijs' toegekend.¹²⁹ Dat is, net als de vrijheid van beroepskeuze, een van de vrijheid van onderwijs afgeleid, maar daarvan te onderscheiden vrijheidsrecht, dat de overheid verplicht om de vrijheid om te kiezen uit het bestaande onderwijsaanbod te respecteren.

De opvatting dat de schoolbesturen dragers zijn van het onderwijsgrondrecht is heersend, maar zij wordt niet alom gedeeld. In de alternatieve opvatting zijn de ouders de dragers van het onderwijsgrondrecht. Deze opvatting is in zekere zin zo oud als het onderwijsgrondrecht (vgl. par. 2.7.5); het is echter met name de laatste decennia dat zij met kracht wordt verdedigd.¹³⁰

Ook de voorstanders van de opvatting dat de ouders dragers zijn van het onderwijsgrondrecht gaan er overigens in de regel van uit dat naar positief recht de schoolbesturen als zodanig moeten worden gezien.¹³¹ De kwestie speelt in zoverre vooral 'de jure constituendo'.

2.7.4 Juridische argumenten

Op de juridische argumentatie vóór het standpunt dat de schoolbesturen de dragers zijn van het onderwijsgrondrecht is het nodige aan te merken. J. Donner hanteert in dat verband bijvoorbeeld een zeer ongebruikelijke en aanvechtbare opvatting over kernrechten en connexe rechten.¹³² Maar ook het standpunt dat de ouders dragers zijn van de vrijheid van onderwijs wordt niet steeds met steekhoudende argumenten verdedigd. Zo wordt wel betoogd dat

← een onderscheid tussen het schoolbestuur als drager van de vrijheid van richting in het kader van de scholenstichting en in het kader van de toelating van een individuele leerling tot een bestaande school. Alleen op deze laatste kwestie heeft het Maimonides-arrest betrekking. Vgl. ook nt 151 hierna.

127 Vgl. bijv. de brief van de zeven onderwijsorganisaties uit 1976, aangehaald in Deetman (1976), 265 l.k. Vgl. ook – kritisch – Van der Ven (1988a), 78, over de bezwaren van NKSR en BPCO tegen de 'directe meting'.

128 Vgl. J. Donner (1978), 20-22, 37-38, 197; Postma (1988), 15; Burkens (1989), 59-60.

129 Vgl. J. Donner (1978), 21, 208-210; Drop (1985), 251 e.v.; Burkens (1989), 59-60.

130 Vgl. Akkermans, (1987); Van der Ven (1988a) 73 e.v., (1988b), 123 e.v. en (1989), 120; Van Wezel (1989), 18.

131 Vgl. Akkermans/Mentink (1987), 83.

132 (1978), 21-22. Daarover – kritisch – Crijns (1982), 485, nt 258; Van der Ven (1988a), 77-78.

de grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet aan natuurlijke personen toekomen, zodat als het schoolbestuur optreedt als drager van de vrijheid van onderwijs, dat alleen kan zijn namens de ouders.¹³³ Tijdens de parlementaire behandeling van het eerste hoofdstuk van de Grondwet is echter nadrukkelijk gesteld dat de daarin opgenomen grondrechten ook aan rechtspersonen aanspraken kunnen verlenen 'voor zover dat naar de aard van het betreffende grondrecht zin kan hebben'.¹³⁴

Met het onderwijsgrondrecht zou dat heel goed het geval kunnen zijn. Dat geldt in elk geval voor een aantal aspecten daarvan: de vrijheid van oprichting, die toekomt aan de rechtspersonen die schoolbestuur zijn of willen worden, en de aanspraak op bekostiging, die de ouders als zodanig evenmin toekomt. In zoverre kan geconcludeerd worden dat de controverse uitsluitend de vrijheid van richting en (eventueel ook) de vrijheid van inrichting betreft.

2.7.5 Historische argumenten: de samenleving als geheel

Juridische argumenten hebben overigens niet de overhand in het debat over de vraag wie drager is van de vrijheid van onderwijs. In de argumentatie voor beide opvattingen neemt – kenmerkend – vooral de geschiedenis een belangrijke plaats in. Het is daarom interessant om de historische achtergronden van de kwestie iets verder uit te diepen.

Al vroeg in de negentiende eeuw was sprake van de vrijheid van onderwijs als ouderrecht.¹³⁵ Toch moet daaruit niet meteen de conclusie worden getrokken dat de ouders werden gezien als de dragers van het onderwijsgrondrecht. Tot 1848 was van een dergelijk grondrecht in het geheel geen sprake. De leuze 'de school aan de ouders' speelde een rol in de strijd voor erkenning van de vrijheid van onderwijs. Zij was gericht tegen de overheid en niet bedoeld om de eigen positie van de ouders tegenover de (nauwelijks aanwezige) schoolbesturen te benadrukken.¹³⁶

Na 1848 kon de leuze 'de school aan de ouders' werkelijkheid worden. In de praktijk waren het echter vooral de kerken die het initiatief namen op onderwijsgebied.¹³⁷ Dat was geen toevalligheid. Idenburg wijst er op dat zowel Groen van Prinsterer als Van der Brugghen van mening waren dat de protestants-christelijke bijzondere scholen zo veel mogelijk van de kerken en niet van particulieren dienden uit te gaan.¹³⁸ Het onderwijs ging dan ook uit van sterk met de kerk verbonden schoolverenigingen, waarbinnen de ouders als lid overigens wel een zekere invloed hadden. Na het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in 1853 had ook in het rooms-katholiek onderwijs de kerk al gauw het initiatief in handen.¹³⁹ Hier ging het onderwijs in de regel uit van

133 Vgl. Van Wezel (1989), 9.

134 TK 1975-1976, 13872, nr 3, 11.

135 Vgl. Idenburg (1964), 90-91.

136 Vgl. Idenburg (1964), 90 e.v.

137 Vgl. Idenburg (1964), 79, 102; Akkermans (1987), 11.

138 Vgl. Idenburg (1964), 102. Vgl. ook Drop (1985), 160.

139 Vgl. Akkermans (1980), 49.

kerkelijke rechtspersonen, waarbinnen de ouders in het geheel geen invloed hadden.¹⁴⁰

Zowel in het protestants-christelijk als in het rooms-katholiek onderwijs speelden de kerken aldus een zeer vooraanstaande rol. Daarmee is echter niet gezegd dat de vrijheid van onderwijs als grondrecht toekwam aan de kerken. Veelal werden de schoolbesturen c.q. kerken namelijk uitdrukkelijk gezien als de vertegenwoordigers van de ouders, zowel in het protestants-christelijk als in het rooms-katholiek onderwijs. Op de ouders rustte de taak om 'de opvoeding hunner kinderen naar eigen inzicht te regelen'; de kerk voorzag de ouders van de middelen om aan die plicht te voldoen.¹⁴¹ In dat verband moet wel bedacht worden dat de formule 'namens de ouders' op veel verschillende manieren kan worden ingevuld. In de vorige eeuw werd daaraan in de regel niet de conclusie verbonden dat het schoolbestuur (de vereniging c.q. de kerk) verantwoording verschuldigd was aan de ouders en zich aan hun opvattingen veel gelegen moest laten liggen.¹⁴²

Al met al biedt de geschiedenis een weinig eenduidig beeld. Dat hoeft niet te verbazen. 'De school aan de ouders' mag serieus bedoeld zijn¹⁴³, het is een erg individualistische leuze voor het merendeel van de katholieken en de protestanten uit de vorige eeuw. De ouders maakten bewust deel uit van een bepaalde (religieuze) gemeenschap, waarin de kerk een zeer belangrijke rol speelde, ook op onderwijsgebied. Die situatie bestond al eeuwen lang en er kwam weinig of geen verandering in in de negentiende eeuw.¹⁴⁴ Integendeel; door de op gang komende verzuiling werd de invloed van de kerken nog verder versterkt. Als gevolg van de verzuiling hielden de kerken en de daaraan gelieerde organisaties ook in de eerste decennia van deze eeuw een sterke invloed op het onderwijs.

Tegen de achtergrond van de in het vorige hoofdstuk beschreven verzui- lingsmotieven ligt dit alles voor de hand. Enerzijds was er de door katholieken en protestanten zelf gevoelde behoefte aan emancipatie en afscherming op basis van het gezamenlijke geloof. Daarvan uitgaande was de leidende rol van de kerken voor de ouders min of meer vanzelfsprekend. Anderzijds was ook sprake van sociale controle, passiviteit en de daarmee gepaard gaande overheersende rol van de elites binnen de zuil. Daarvan uitgaande zou eventueel

140 Vgl. Idenburg (1964), 103; Akkermans (1980), 49.

141 Vgl. Drop (1985), 160. Om deze reden hoeft dan ook geen doorslaggevend belang gehecht te worden aan de formule 'het geven van onderwijs' in art. 23 lid 2 Gw; deze woordkeuze verzet zich m.n. niet tegen de interpretatie 'het geven van onderwijs namens de ouders'. Zoals Van Wersch (1979, 294) terecht opmerkt: 'De grondwetgever en ook de onderwijswetgever is bij de nadere wettelijke regeling van dit recht (het recht van individuele burgers om scholen te kunnen stichten en om hun levens- en wereldbeschouwing daarbinnen tot uitdrukking te kunnen brengen; W.B.) uitgegaan van de gedachte van de identiteit van bestuur en ouders'.

142 Vgl. Idenburg (1964), 103: 'In de praktijk is de christelijke school echter meer een verenigingsschool dan een ouderschool, meer een school naar de geest der ouders dan een, die nu werkelijk door de ouders wordt bestuurd en geleid.'

143 Vgl. Idenburg (1964), 102-103; Mentink (1989a), 151.

144 Aldus ook Van der Ven (1988a), 73.

een tegenstelling tussen schoolbestuur en ouders geconstrueerd kunnen worden. Als zij al als zodanig werd gevoeld, kwam zij echter niet tot uiting.

2.7.6 *Historische argumenten: de onderwijswetgeving*

Meer specifieke historische argumenten kunnen worden ontleend aan de geschiedenis van de onderwijswetgeving. Op basis van een analyse daarvan komt Van der Ven tot de conclusie 'dat de onderwijswetgever ondanks de complexe regeling van de subsidievoorwaarden zich steeds bewust is gebleven, dat het grondrecht van de onderwijsvrijheid een individueel recht is voor de burgers, ouders en studenten'.¹⁴⁵

Van der Ven verwijst in dat verband naar Minister Cals, die in de memorie van toelichting op de (ontwerp-)WVO met nadruk stelde dat 'het onderwijs een geïntegreerd deel van de opvoeding behoort te vormen, dat de opvoeding der kinderen van nature in eerste instantie een recht en een plicht van de ouders is en dat daarom (...) de vrijheid van onderwijs, in de door de ouders gewenste zin (...) voorop dient te staan'.¹⁴⁶ Ook eerder, in eerste decennia van deze eeuw en in de vorige eeuw, ziet Van der Ven duidelijke aanwijzingen in de onderwijswetgeving dat de ouders als dragers van de vrijheid van onderwijs worden gezien en de schoolbesturen hoogstens als dragers namens de ouders.

Met die conclusie kan ik instemmen. Ik teken daarbij aan dat het 'namens de ouders' tot in de jaren zestig van deze eeuw niet de lading had, of op zijn minst niet hoefde te hebben, als op dit moment. De verzuiling had een zodanig grote invloed op de verhouding tussen kerk c.q. schoolbestuur en ouders, dat ook voor de onderwijswetgever de vraag wie nu precies drager was van de vrijheid van onderwijs niet om een uitdrukkelijk antwoord vroeg.

Wel mag mijns inziens uit het voorgaande de conclusie worden getrokken dat de historische basis van de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig dragers zijn van de vrijheid van onderwijs uiterst zwak is.

2.7.7 *De drager(s) van het onderwijsgrondrecht op dit moment*

Deze korte schets van de geschiedenis maakt duidelijk waarom de vraag wie drager is van het onderwijsgrondrecht op dit moment wel een probleem is. Kern van het probleem is dat kerk, schoolbestuur en ouders niet langer de betrekkelijke eenheid vormen die het lange tijd overbodig maakte om de vraag te beantwoorden wie precies drager is van het onderwijsgrondrecht. De ontwikkelingen die daartoe hebben geleid, zijn in het voorgaande uitgebreid aan de orde gekomen.¹⁴⁷

In de eerste plaats is van belang dat kerken en schoolbesturen veel verder van elkaar af staan dan voor 1960 in de regel het geval was. Die verzelfstandiging betekent dat de schoolbesturen, die voordien geworteld waren in de kerk, de legitimatie van hun gezag verliezen die daarvan vanzelfsprekend het gevolg

145 (1988a), 81.

146 (1988a), 79.

147 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2, par. 5.2. Vgl. ook Van der Ven (1988a), 74 e.v.

was.¹⁴⁸ In de tweede plaats zijn ouders en schoolbesturen het niet meer als vanzelfsprekend eens over de doelstelling van het (confessionele) onderwijs. Dat is het gevolg van de veranderingen binnen de rooms-katholieke en de protestants-christelijke kerken, maar ook van het feit dat veel scholen leerlingen toelaten van ouders die niet de grondslag van de school onderschrijven. In verband daarmee is ook van belang dat het opleidingsniveau en de mondigheid van de ouders zijn toegenomen, dat – in het algemeen – de aandacht voor democratisering en medezeggenschap sterk is gegroeid en dat – meer specifiek – een intensieve betrokkenheid bij het onderwijs door veel ouders uitdrukkelijk op prijs wordt gesteld.

Zo bezien is het begrijpelijk dat de vraag wie drager is van de onderwijsvrijheid – het schoolbestuur of de ouders – met veel nadruk wordt gesteld. Voor beide ‘partijen’ staan grote, veelal tegengestelde belangen op het spel.¹⁴⁹ De groei van het algemeen-bijzonder onderwijs scherpt het geheel nog verder aan. Hier is zelfs in historisch perspectief aan de kerken geen legitimatie van het gezag van de schoolbesturen te ontnemen.

2.7.8 De rol van de WMO

Het is overigens de vraag of het nodig is om het probleem zo zeer op de spits te drijven dat per se tussen schoolbestuur en ouders gekozen moet worden. Ook op dit moment zal aan de leuze ‘de school aan de ouders’ niet snel de conclusie worden verbonden dat dient te worden overgegaan tot een stelsel van ‘ouders-zelfbestuur’. Het ligt eerder voor de hand om te denken aan een constructie waarbij de schoolbesturen namens de ouders dragers zijn van de vrijheid van onderwijs en waarbij aan het uitgangspunt dat de schoolbesturen het onderwijsgrondrecht dragen namens de ouders een reële zeggenschap van de ouders over de gang van zaken binnen de school wordt verbonden.¹⁵⁰

De WMO zou daarom in dit verband van belang kunnen zijn. Zij zou een democratische legitimatie van het gezag van het schoolbestuur kunnen bieden,

148 Naar ‘buiten’ en naar ‘binnen’. Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2.

149 De opvatting dat de ouders dragers zijn van de vrijheid van richting heeft naar alle waarschijnlijkheid verschuivingen in het scholenaanbod tot gevolg, omdat voor de hand ligt dat meer dan op dit moment gelet wordt op de wensen van de ouders. De huidige (organisaties van) schoolbesturen zien daarin een inbreuk op hun positie en houden daarom vast aan de opvatting dat zij de dragers zijn van het onderwijsgrondrecht; vgl. de bezwaren van katholieke en protestantse onderwijsorganisaties tegen de directe meting in het kader van de scholentichting, zoals weergegeven in Van Kessel (1988), 11-12. Vgl. ook Van der Ven (1988a), 76 e.v.

150 Vgl. in dit verband ook Steen (1990), 41. Ik zie daarentegen weinig in een benadering waarbij de ouders en de schoolbesturen ieder als dragers van een deel van de vrijheid van onderwijs worden gezien, waardoor er ‘ergens’ een grens getrokken moet worden tussen het deel van het vrijheidsrecht dat aan de ouders toekomt en het deel dat aan de schoolbesturen toekomt (zie Akkermans (1983, 67 e.v.; Van Wezel (1989) 2). In die oplossing blijft onduidelijk welk deel aan de schoolbesturen toekomt en op grond waarvan. Als het schoolbestuur namens de ouders optreedt (Van Wezel (1989), 13), waarin schuilt dan nog het eigen recht van het schoolbestuur?

namelijk de uitdrukkelijke instemming van de ouders met de gang van zaken in de school.¹⁵¹ Bij nader inzien is daarvan echter geen sprake. De WMO is namelijk uitdrukkelijk gebaseerd op de opvatting dat uitsluitend het schoolbestuur drager is van het onderwijsgrondrecht; de ouders hebben medezeggenschap gekregen 'in het algemeen belang' en niet vanwege hun (mede)dragerschap van het onderwijsgrondrecht.¹⁵² De mate van medezeggenschap is dan ook beperkt uit respect voor de vrijheid van onderwijs van het schoolbestuur.¹⁵³ De invoering van de WMO heeft het probleem daarom niet opgelost, maar eerder aangescherpt.

Al eerder is gebleken dat juist in de jaren zeventig op verschillende wijzen is geprobeerd de vrijheid van onderwijs 'uit te breiden' tot ver buiten het gebied van de vrijheid van richting. De daartoe aangevoerde argumenten waren zonder al te veel historische of juridische overtuigingskracht, maar hadden niettemin een zeker succes. Ik wijs op de ruime opvatting over de vrijheid van inrichting en op de juist zeer beperkte interpretatie van het begrip 'deugdelijkheidseisen'.¹⁵⁴ Voor de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig dragers zijn van het onderwijsgrondrecht geldt in wezen hetzelfde: ook zij is historisch noch juridisch goed te onderbouwen; ook zij heeft niettemin een zeker succes, frapant genoeg op een moment dat de stand van zaken in het onderwijs en in de samenleving als geheel eerder aanleiding zouden moeten zijn om voor de tegengestelde opvatting te kiezen.

2.7.9 *Consequenties van de heersende leer*

Maar hoezeer de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig dragers zijn van de vrijheid van onderwijs ook voor kritiek vatbaar is, zij is de heersende. In dat verband is het nodig om een opmerking te maken over de (in par. 2.7.3 vermelde) opvatting dat, omdat het schoolbestuur drager is van de vrijheid van onderwijs, de wetgever niet alleen zelf de vrijheid van het schoolbestuur moet respecteren, maar ook moet bewerkstelligen dat de ouders (en de werknemers!) de vrijheid van het schoolbestuur zo min mogelijk inperken.¹⁵⁵

Ik meen dat aldus redenerend uit het oog wordt verloren dat de vrijheid van onderwijs in de kern de vrijheid is om onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag te geven. Er zijn voorbeelden van scholen waar de betrokkenen uit de aan de school ten grondslag liggende godsdienstige op-

151 Problemen in het horizontale vlak, tussen de bijzondere school en individuele ouders (zoals blijkend uit het Maimonides-arrest en, meer recent uit Hof Den Bosch 5-9-1989, NJ 1990, 377) zijn op deze wijze niet uitgesloten; de school is en blijft in de eerste plaats gebaseerd op collectief gedeelde opvattingen die zich kunnen verzetten tegen de toelating van individuele leerlingen.

152 Vgl. par. 2.7.8.

153 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5.

154 Vgl. par. 2.4.4 i.v.m. de vrijheid van inrichting en par. 2.6.2 i.v.m. de deugdelijkheidseisen.

155 Deze opvatting is van invloed geweest op de wettelijke bepalingen inzake de medezeggenschap, maar ook op de regeling van het collectief overleg in het hbo. Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.3 e.v. en hoofdstuk X, par. 2. Vgl. ook hoofdstuk IX, par. 2.5, i.v.m. de positie van de commissies van beroep.

vattingen de conclusie trekken dat het schoolbestuur de zeggenschap dient te hebben over de school, zonder dat vereist is dat het verantwoording aflegt ten opzichte van de ouders en zonder dat verwacht wordt dat het zijn zeggenschap deelt met de werknemers.¹⁵⁶

In de regel is dat niet het geval. Dan geldt dat de bescherming van de beleids- en beslissingsvrijheid van het schoolbestuur niet het doel is, maar een middel, een middel namelijk om de met de vrijheid van onderwijs gediende belangen te verwezenlijken. Waar die belangen (en met name dus godsdienst of levensovertuiging) niet in het geding zijn, vloeit de beleids- en beslissingsvrijheid van schoolbestuur niet noodzakelijk voort uit de vrijheid van onderwijs.¹⁵⁷

Ook buiten de vrijheid van onderwijs om kan respect voor de vrijheid van het schoolbestuur op zijn plaats zijn en kan er een taak liggen voor de wetgever om de vrijheid van het schoolbestuur te garanderen, bijvoorbeeld als wettelijke bepalingen inzake medezeggenschap of collectief overleg worden vastgesteld. In dat opzicht verkeert het schoolbestuur in dezelfde positie als elk bestuur van een rechtspersoon ten opzichte van zijn leden en cliënten en elke werkgever ten opzichte van zijn werknemers en hun organisaties.¹⁵⁸

2.7.10 *Belang voor de werknemers*

De vraag wie drager is van de vrijheid van onderwijs is vooral relevant voor de positie van de schoolbesturen, de ouders en de overheid. Voor de werknemers is de aangelegenheid in beginsel zonder belang. Er is echter één belangrijke uitzondering. De heersende opvatting, dat de schoolbesturen dragers zijn van het onderwijsgrondrecht, heeft ingrijpende gevolgen gehad voor aard en omvang van de medezeggenschapsrechten van de werknemers; in hoofdstuk X zal deze kwestie aan de orde komen. In dat kader zal ook de vraag wie drager is van het onderwijsgrondrecht opnieuw aan de orde komen.

2.8 HET ONDERWIJSGRONDRECHT EN DE WERKNEMERS

2.8.1 *Gevolgen voor de werknemer*

De werknemers in het bijzonder onderwijs en hun rechtspositie zijn tot nu toe grotendeels buiten beschouwing gebleven. In paragraaf 2.7.2 werd geconcludeerd dat de werknemers geen dragers zijn van het onderwijsgrondrecht. Daarnaast werd op een aantal plaatsen geconstateerd dat een bepaald aspect van het onderwijsgrondrecht van belang is voor de rechtspositie van de werk-

¹⁵⁶ Vgl. hoofdstuk X, par. 3.11.3.

¹⁵⁷ Uitgaande van een ruime opvatting over de vrijheid van inrichting is dit anders; daar verplaatst het probleem zich echter naar de vraag in hoeverre de vrijheid van inrichting van het schoolbestuur beperkt mag worden. Ook dan ligt voor de hand dat de conclusie is dat respect voor de vrijheid van het schoolbestuur m.n. op zijn plaats is op die gebieden waar de richting uitdrukkelijk in het geding is.

¹⁵⁸ Vgl. ook hoofdstuk X, par. 4.4.6.

nemer in het bijzonder onderwijs. Deze relatie tussen onderwijsgrondrecht en rechtspositie zal hierna nader aan de orde komen. Tot uitgangspunt zal ik nemen de drie rechtspositionele onderwerpen die in de volgende hoofdstukken centraal zullen staan: ontslag, medezeggenschap en collectief overleg.

2.8.2 *Ontslag*

De rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs maakt strikt genomen deel uit van de 'inrichting' van het onderwijs. Van groot belang is dat niet, ook al bleek in par. 2.4.4 dat de vrijheid van inrichting als zodanig een zwak argument tegen overheidsoptreden is. Tevens werd namelijk geconcludeerd dat veel belangrijker is in hoeverre er een relatie is tussen een bepaalde rechtspositionele aangelegenheid en de visie op mens en samenleving die in het onderwijs wordt uitgedrukt en die aan de school als geheel ten grondslag ligt. Waar een dergelijke relatie aanwezig is, bestaat een even sterke aanspraak op overheidsonthouding als de vrijheid van richting biedt. Waar een dergelijk verband niet aanwezig is, biedt de vrijheid van onderwijs weinig of geen verweer tegen overheidsoptreden.

Of er verband is tussen richting en rechtspositie is niet steeds duidelijk. Op één punt bestaat echter geen twijfel: uit art. 23 lid 5 en lid 6 Gw blijkt dat de wetgever bij het vaststellen van de deugdelijkheidseisen, ter bescherming van de vrijheid van richting, 'de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende (...) de aanstelling der onderwijzers' dient te eerbiedigen. Deze bepaling is niet zonder consequenties gebleven. Worden die consequenties gezien, dan valt op dat de werking van art. 23 lid 6 Gw is uitgebreid: de terughoudendheid van de overheid betreft niet alleen de aanstelling van de werknemer, maar ook (en wellicht zelfs in de eerste plaats) de wijze waarop de aanstelling beëindigd wordt, het ontslag.

Dat al in de Grondwet met veel nadruk een relatie wordt gelegd tussen de vrijheid van richting en aanstelling en ontslag is begrijpelijk. In het ideale geval ontleent de bijzondere school zijn bestaansrecht aan het verlangen om een bepaalde visie op mens en samenleving op de leerlingen over te brengen. De werknemers van de bijzondere school, en in het bijzonder de leerkrachten, vervullen bij het realiseren van die doelstelling een cruciale rol. De bijzondere school zal daarom eisen willen stellen aan de werknemers, juist ook op het punt van het aansluiten bij de identiteit van de school. Aan deze eisen moet de school consequenties in de sociaal-rechtelijke sfeer kunnen verbinden, in de eerste plaats door niet tot aanstelling over te gaan. Zou dit de school onmogelijk worden gemaakt, dan zou een aantasting van de vrijheid van richting daarvan het gevolg kunnen zijn. Van de vrijheid om (niet) aan te stellen zou weinig overblijven als niet tevens de vrijheid zou bestaan om een werknemer te ontslaan om redenen die aan de richting van de school zijn ontleend en die eventueel pas tijdens het bestaan van de arbeidsverhouding ontstaan. De uitbreiding van de werkingssfeer

van art. 23 lid 6 Gw tot het ontslag valt zo te begrijpen en te rechtvaardigen.¹⁵⁹ Dat in principe een duidelijk verband bestaat tussen de vrijheid van richting en aanstelling en ontslag, sluit niet uit dat nuanceringen (moeten) worden aangebracht. Een weigering om aan te stellen zal wellicht anders behandeld moeten worden dan de beëindiging van een aanstelling. Ook is denkbaar dat verschil moet worden gemaakt binnen de groep werknemers, bijvoorbeeld tussen onderwijzend en niet-onderwijzend personeel. Belangrijker nog is dat de ontwikkelingen die het bijzonder onderwijs gedurende de laatste decennia heeft doorgemaakt aanleiding geven om vraagtekens te zetten bij de aanspraak op vrijheid van ontslag (de aanstelling laat ik verder buiten beschouwing) voor zover deze alle werknemers in het totale bijzonder onderwijs betreft. Zo rijst de vraag in hoeverre een confessioneel-bijzondere school die dat alleen nog in naam is aanspraak kan maken op overheidsonthouding met een beroep op de vrijheid van ontslag. Op het eerste oog is er weinig reden om die aanspraak te honoreren.¹⁶⁰ Daarnaast rijst de vraag welke positie het (niet-confessionele) algemeen-bijzonder onderwijs inneemt in het kader van de aanspraak op vrijheid van ontslag, nu naar heersende opvatting uitsluitend een stelsel van godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen als richting kan gelden.¹⁶¹

Kortom: waar hierna het onderwerp 'ontslag' aan de orde komt, dient voorop te staan dat er in abstracto een duidelijk verband is tussen de richting en ontslag; het kan echter nodig zijn om te differentiëren. In de hoofdstukken VIII en IX zal een en ander meer uitgebreid aan de orde komen.

2.8.3 Medezeggenschap

Ook al noemt art. 23 lid 6 Gw, afgezien van de leermiddelen, uitsluitend de vrijheid van aanstelling (en ontslag), ook op andere terreinen heeft de vrijheid van onderwijs consequenties voor de rechtspositie van de werknemers. Dat is met name het geval op het vlak van de medezeggenschap.

Voor en tijdens de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen die betrekking hadden op de medezeggenschap in het bijzonder onderwijs is op basis van een heel scala aan argumenten betoogd dat een wettelijke medezeggenschapsregeling een aantasting zou zijn van de vrijheid van onderwijs, dat althans zou kunnen zijn. Zo is een beroep gedaan op de vrijheid van richting, op vrijheid van inrichting-in ruime zin, op Huarts opvatting inzake de deugdelijkheidseisen en op de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig dragers zijn van de vrijheid van onderwijs. In de hoofdstukken X en XI zullen deze argumenten aan de orde komen. Daar zal ook blijken op welke wijze zij de

159 Zeker ook in een historische context, als bijvoorbeeld bedacht wordt dat de overheid vanaf 1825 alle religieuzen die als docent in het openbaar onderwijs werkzaam waren wilde vervangen door leken. Vgl. daarover: J. Donner (1978), 7-8, 16; Drop (1985), 202. Vgl. over de geschiedenis van art. 23 lid 6 Gw ook: Drop (1985), 202 e.v.; Mentink (1989a), 102-103.

160 Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 4.4.8.

161 Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 4.4.7; hoofdstuk IX, par. 4.4.3.

inhoud van de uiteindelijk toch tot stand gekomen WMO beïnvloed hebben.

Hier is van belang om te constateren dat denkbaar is dat een wettelijke regeling van de medezeggenschap van de werknemers in strijd komt met de aan de school ten grondslag liggende richting. Dat geldt bijvoorbeeld voor die gevallen waarin bepaalde godsdienstige opvattingen zich verzetten tegen iedere medezeggenschap. In dat geval is een beroep op de vrijheid van onderwijs terecht. In het kader van het totstandkomen van de WMO hebben echter ook aan art. 23 Gw ontleende argumenten een rol gespeeld, waarvan in de voorgaande paragrafen werd geconstateerd dat zij van twijfelachtige waarde zijn. Er is daarom alle reden om de wettelijke regeling aan een nader onderzoek te onderwerpen, om te bezien of zij niet te zeer (of op zijn minst op een verkeerde manier) door het onderwijsgrondrecht is beïnvloed.

In verband daarmee dient ook de vraag aan de orde te komen in hoeverre in de WMO voldoende rekening is gehouden met de veranderingen in het bijzonder onderwijs gedurende de afgelopen decennia. Ik wijs opnieuw op de scholen die nog slechts in naam confessioneel zijn en op de algemeen-bijzondere scholen. De vraag rijst of ook de schoolbesturen van dergelijke scholen zich terecht met een beroep op de Grondwet kunnen verzetten tegen een wettelijke medezeggenschapsregeling.

Kortom: net als in verband met het onderwerp 'ontslag' is enerzijds duidelijk dat er een verband is (althans kan zijn) tussen richting en medezeggenschap; anderzijds is onduidelijk in precies welke gevallen van een dergelijk verband sprake is en, als dat het geval is, welke consequenties daaraan verbonden moeten worden. In de hoofdstukken X en XI zal een en ander meer uitgebreid aan de orde komen.

2.8.4 Collectief overleg

Met 'ontslag' en 'medezeggenschap' zijn de twee sociaal-rechtelijke onderwerpen behandeld – het ene individueel, het andere collectief – ten aanzien waarvan de vrijheid van onderwijs een sterke invloed heeft. Overigens is de vrijheid van onderwijs uit sociaal-rechtelijk oogpunt niet of nauwelijks interessant.¹⁶²

Dat wil niet zeggen dat het onderwijsgrondrecht verder geen invloed heeft op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Integendeel, een aanzienlijk deel van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs wordt beïnvloed door een principe dat op het onderwijsgrondrecht is terug te voeren: het principe van de gelijke rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs. Dit principe vertoont veel overeenkomsten met de aanspraak op gelijke bekostiging, maar moet daarvan toch onderscheiden worden. De gelijkheid heeft namelijk niet alleen op de financiële arbeidsvoorwaarden betrekking, maar op alle aspecten van de

¹⁶² Hierna zal nog blijken dat ook de opzet van het georganiseerd overleg op instellingsniveau is beïnvloed door de vrijheid van onderwijs. Een uitzondering vormt daarnaast nog de toepasselijkheid van de ABPw op het bijzonder onderwijs. Vgl. hoofdstuk IV, par. 2.3.

rechtspositie, zowel individueel als collectief. Dat geldt zelfs, voor zover de vrijheid van richting althans niet in het geding is, voor ontslag en medezeggenschap. Een en ander komt in hoofdstuk VII meer uitgebreid aan de orde.¹⁶³

In dit verband is het in de eerste plaats van belang om te constateren dat het verband tussen (gelijke) rechtspositie en onderwijsgrondrecht niet ten onrechte wordt gelegd. De vrijheid van onderwijs kan alleen dán tot zijn recht komen als het schoolbestuur voldoende goede werknemers kan aantrekken. De rechtspositie van de werknemers zal daarom aan bepaalde minimale eisen moeten voldoen. Dat is echter niet voldoende. Als het openbaar onderwijs zijn werknemers een duidelijk betere rechtspositie biedt, dan kan dat een aantasting van de vrijheid van onderwijs betekenen. De rechtspositie van de werknemers in het openbaar onderwijs moet daarom niet duidelijk beter zijn dan die van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Omgekeerd geldt hetzelfde: als een schoolbestuur, door de overheidsgelden aan te vullen uit eigen middelen, zijn werknemers betere arbeidsvoorwaarden kan bieden dan het openbaar onderwijs, dan kan dat de belangen van het openbaar onderwijs schaden. Daarom is de gelijkheid van rechtspositie ook in het belang van de overheid, en meer in het bijzonder van het openbaar onderwijs.

In de tweede plaats is van belang om te constateren dat het lange tijd als een exclusieve taak van de overheid is gezien om de rechtspositionele gelijkheid te bewaken. Gevolg daarvan is een zeer sterke invloed van de overheid op de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden en van vrijwel alle overige aspecten van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Ook waar het gaat om de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van 'hun' werknemers is de inrichtingsvrijheid van de schoolbesturen aldus grotendeels verdwenen. Hier is dat zelfs in zeer extreme mate het geval. Het schoolbestuur is wel de juridische werkgever, maar veel van zijn optreden als zodanig is volledig 'voorgeprogrammeerd' door de overheid.¹⁶⁴

Deze overheersende positie van de overheid betekent weliswaar dat de gelijkheid gewaarborgd is; zij heeft ook nadelen, zowel voor de overheid als voor de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs. Lange tijd zijn deze nadelen niet als zodanig gevoeld. Dat sluit aan op de in par. 2.5.4. en 2.6.4. geschetste gang van zaken met betrekking tot de vrijheid van inrichting in het algemeen: ook op rechtspositioneel gebied heeft het bijzonder onderwijs gelijkheid verkozen boven vrijheid, zo lang de richting maar buiten schot bleef. De bekostiging werkte ook hier als pleister op de wonde, want iedere verbetering van de

163 Vgl. m.n. par. 4.

164 Dat wordt treffend geïllustreerd door de opsomming in de nota De School op weg naar 2000 van aangelegenheden ten aanzien waarvan de overheid bevoegdheden uit handen wil geven: het vaststellen van de formatie en van de functies en de functiewaardering, de inschaling, het promotiebeleid, het personeelsbeleid in het algemeen, de taakverdeling, de bevoegdheidsregelingen (i.v.m. art. 23 lid 2 Gw), de wijze waarop de functie is opgebouwd (lesenheden dan wel een weektaak-systeem), de benoemingsverplichtingen van wachtgelders, de na- en bijscholing en (opvallend genoeg) het aanstellings- en ontslagbeleid. Vgl. over de plaats van het ontslag in dit kader: hoofdstuk VIII, par. 4.2.

financiële arbeidsvoorwaarden werd door de overheid voor haar rekening genomen.

De laatste tijd wordt de vergaande overheidsbemoeienis met de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs echter wel degelijk als een probleem gezien, niet alleen door de betrokkenen in het bijzonder onderwijs, maar ook (wellicht zelfs in eerste instantie) door de overheid.¹⁶⁵ Juist op rechtspositioneel gebied blijken namelijk de bezwaren van het sedert lang bestaande bekostigingssysteem. In par. 2.5 kwamen zij al aan de orde: het bekostigingssysteem leidt tot veel overheidsbemoeienis 'en detail' met de gang van zaken binnen de afzonderlijke scholen; het biedt weinig mogelijkheden om de uitgaven te beheersen, omdat alles wat volgens de regels gebeurt zonder meer vergoed moet worden; daardoor kan geen beroep worden gedaan op het schoolbestuur (en bestaat ook geen ruimte) om een verstandig personeelsbeleid te voeren.¹⁶⁶ Tevens wees ik er op dat vanwege deze bezwaren in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs een ander bekostigingssysteem is ingevoerd, ten gevolge waarvan het schoolbestuur vooral ook op rechtspositioneel gebied meer bevoegdheden heeft. Ook elders zijn veranderingen in deze richting te verwachten.

Op deze veranderingen, die ingrijpende gevolgen hebben voor de werknemers in het bijzonder onderwijs, en op de achtergronden daarvan zal ik in hoofdstuk VII meer uitgebreid ingaan.¹⁶⁷ In dit verband is van belang erop te wijzen dat de herziening van het bekostigingsstelsel en de achtergronden daarvan weinig of geen verband houden met het onderwijsgrondrecht. Voor de overheid staan de beheersbaarheid van de uitgaven en het streven naar deregulering voorop. Voor de schoolbesturen is de herziening vooral een kwestie van vergroting van de bewegingsvrijheid als werkgever. De hiervoor beschreven problemen zijn dan ook niet specifiek voor bepaalde delen van het bijzonder onderwijs; met name maakt het niet uit of het gaat om een uitgesproken confessioneel-bijzondere school, een confessioneel-bijzondere school die dat alleen nog in naam is, of een algemeen-bijzondere school.

Opvallend is dat het nieuwe stelsel geen bezwaren ontmoet vanuit het principe van de gelijkheid van rechtspositie. Toch brengt de nieuwe opzet op dat punt wel degelijk veranderingen teweeg. De bekostiging wordt dan wel op basis van een en dezelfde maatstaf berekend, maar omdat niet langer minu-

¹⁶⁵ Een bezwaar van het principe van de 'rechtspositionele gelijkheid' dat zelden gesignaleerd wordt, maar dat niettemin aanwezig is, is dat gelijkheid van rechtspositie vaak niet bereikbaar is vanwege het geheel verschillende publiekrechtelijke resp. privaatrechtelijke kader van openbaar en bijzonder onderwijs. Op zichzelf bezien is dat niet zo erg; het verschil zou kunnen leiden tot gelijkwaardigheid nastrevende bepalingen. Het probleem is dat de wetgever het verschil in juridisch kader wel eens uit het oog verliest en niet-passende publiekrechtelijke constructies invoert in het bijzonder onderwijs (de regel), of andersom (de uitzondering). Vgl. bijv. hoofdstuk IV, par. 3.2.7, i.v.m. de delegatie van bestuursbevoegdheden aan de schoolleiding in het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs, en hoofdstuk VII, par. 6.2.9, i.v.m. het IGO.

¹⁶⁶ Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.3.

¹⁶⁷ Vgl. over de achtergronden par. 4, over het overlegstelsel zelf par. 6.2.

tieus omschreven wordt hoe de financiën besteed moeten worden, is niet uitgesloten dat rechtspositionele verschillen zullen ontstaan. De overheid is er kennelijk van overtuigd dat de rechtspositionele gelijkheid niet langer nodig is met het oog op de belangen van het openbaar onderwijs. Dat rechtspositionele verschillen ontstaan (dat althans de ruimte bestaat om ze te maken) wordt zelfs gezien als een uitdrukkelijk voordeel van de nieuwe opzet.¹⁶⁸ Vanuit het bijzonder onderwijs wordt evenmin bezwaar gemaakt tegen de nieuwe opzet, ook al verdwijnt daardoor de 'gelijkheid van rechtspositie' die (mede) bedoeld was om de positie van het bijzonder onderwijs te beschermen. Grondwettelijk kan tegen de doorgevoerde c.q. voorgenomen wijzigingen strikt genomen inderdaad geen bezwaar worden gemaakt, omdat art. 23 lid 7 Gw uitsluitend verwijst naar de financiële gelijkstelling.¹⁶⁹ Niettemin wordt hier afstand gedaan van een principe dat nauw aansluit op de financiële gelijkstelling en dat lange tijd de onderwijswetgeving heeft beheerst. Kennelijk wordt vrijheid nu belangrijker geacht dan gelijkheid.

3 De 'sociaal-rechtelijke' grondrechten

3.1 VOORAF

In deze paragraaf komen de grondrechten aan de orde die uitdrukkelijk betrekking hebben op de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Voor het gemak zal ik deze grondrechten hierna als 'sociaal-rechtelijk' aanduiden.¹⁷⁰

De sociaal-rechtelijke positie van de werknemers en de vakbonden en de overheidstaak dienaangaande waren voorwerp van de 'sociale kwestie', die samen met de schoolstrijd en de kiesrecht kwestie het politieke en maatschappelijke leven aan het eind van de vorige en het begin van deze eeuw beheerste. Het huidige onderwijsrecht en sociaal recht hebben zodoende een met veel strijd omgeven historische oorsprong gemeen.¹⁷¹ Een opvallend en in dit verband zeer wezenlijk verschil tussen de schoolstrijd en de sociale kwestie is dat de schoolstrijd heeft geleid tot het formuleren van een grondrecht, dat een zeer belangrijke plaats is blijven innemen op het terrein van het onderwijs, terwijl de sociale kwestie wel heeft geleid tot een grote hoeveelheid sociaal-rechtelijke wetgeving, maar niet tot een of meer grondrechten van een met het onderwijsgrondrecht vergelijkbaar belang. Pas in de laatste decennia is de aandacht voor de grondrechtendimensie van het sociaal recht toegenomen en dat met name door ontwikkelingen op internationaal niveau.

Dat wil overigens niet zeggen dat het centrale probleem in verband met het

168 Zeer duidelijk in: School 2000.

169 Aldus ook: Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 24.

170 Zoals zal blijken gaat het niet alleen om sociale grondrechten.

171 Vgl. Oud/Bosmans (1990), 113 e.v., 170-172, 178 e.v.

onderwijsgrondrecht, dat van het vinden van een juiste verhouding tussen overheidsinvloed en vrijheid voor de direct betrokkenen, niet speelt op sociaal-rechtelijk gebied. Ook daar ziet enerzijds de overheid een belangrijke rol voor zichzelf weggelegd, terwijl anderzijds de direct betrokkenen (in dit geval de werkgevers en werknemers en hun organisaties) in een aantal opzichten uitdrukkelijk aanspraak maken op overheidsonthouding.¹⁷² Het verschil is dat het afwegingsprobleem dat zo ontstaat minder in termen van grondrechten werd en nog steeds wordt gegoten.

Een zeker zo belangrijk verschil is dat het afwegingsprobleem, dat het gehele onderwijsrecht beheerst, in verband met het sociaal recht slechts ten aanzien van een beperkt, zij het niet onbelangrijk deel daarvan rijst. Op terreinen als ontslagbescherming en medezeggenschap speelt de overheid zonder al te veel problemen een belangrijke, zo niet overheersende rol; voor de direct betrokkenen is hier een aanvullende rol weggelegd. Het is met name op het terrein van de (financiële) arbeidsvoorwaarden dat aanspraak wordt gemaakt op een grote mate van terughoudendheid.¹⁷³ Kenmerkend is, zo zal hierna blijken, dat op dit laatste punt de relevante grondrechten klassieke afweerrechten zijn, terwijl de grondrechten die rechtstreeks verband houden met ontslagbescherming en medezeggenschap sociale grondrechten zijn, die de overheid verplichten tot optreden.

Ondanks alle verschillen tussen onderwijsrecht en sociaal recht is het belangrijk om de positie van de werknemers uitdrukkelijk vanuit een grondrechtenperspectief te bezien, vooral ook in verband met het bijzonder onderwijs. Door de grote mate van invloed die het onderwijsgrondrecht aan werkgeverszijde heeft, is het goed om te bezien wat daar aan werknemerszijde tegenover te stellen is. Daarnaast moet bedacht worden dat door de aard van het werk (en van de werkgever) de werknemer in het bijzonder onderwijs het risico loopt dat specifieke grondrechten als de aanspraak op gelijke behandeling, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging worden aangetast.

Ik zal mij in deze paragraaf opnieuw concentreren op de drie sociaal-rechtelijke onderwerpen die in de hoofdstukken hierna centraal zullen staan: collectief overleg, ontslag en medezeggenschap, en op de grondrechten die in verband daarmee van belang zijn.

3.2 RELEVANTE 'ALGEMENE' GRONDRECHTEN

Grondrechten die betrekking hebben op de kwaliteit van de rechtspositie van de werknemer zijn er in twee soorten: de grondrechten die uitdrukkelijk betrekking hebben op de rechtspositie en de grondrechten die een meer algemene strekking hebben, maar die mede daarop van toepassing zijn.

¹⁷² Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.

¹⁷³ Vgl. Jacobs (1982), 47 e.v. en (1986a), 297 e.v.; Frenkel (1983); Fase (1986), 25 e.v.

Welke grondrechten tot de laatste categorie behoren, als specifiek de aandacht wordt gericht op de werknemers in het bijzonder onderwijs, is vrij duidelijk aan te geven. Hiervoor wees ik er op dat juist door de aard van werk en werkgever in het bijzonder onderwijs problemen kunnen ontstaan die elders niet of althans veel minder aan het licht treden in arbeidsverhoudingen en dat deze problemen voortvloeien uit de eisen die het schoolbestuur als werkgever aan zijn werknemers stelt, althans kan stellen.

Er van uitgaande dat dat inderdaad gebeurt, zullen met name de volgende grondrechten in het geding zijn: het gelijkheidsbeginsel c.q. discriminatieverbod¹⁷⁴, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging¹⁷⁵, de vrijheid van meningsuiting¹⁷⁶, de vrijheid van vereniging¹⁷⁷ en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.¹⁷⁸ Aan deze reeks moet nog het 'ius de non evocando' worden toegevoegd, dat relevant is als gevolg van de grote voorkeur binnen het bijzonder onderwijs voor geschillenbeslechting buiten de burgerlijke rechter om.¹⁷⁹ In dat verband is ook relevant het recht van (in de regel) de werknemer 'op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld', zoals dat gegarandeerd wordt in (onder andere) art. 6 lid 1 EVRM.

Deze grondrechten bieden in de eerste plaats bescherming ten opzichte van de overheid, maar eventueel ook in het horizontale vlak, ten opzichte van het schoolbestuur.¹⁸⁰ Wel moet rekening worden gehouden met de invloed van art. 120 Gw, dat verhindert dat de rechter zich uitspreekt over een vermeende aantasting van een van de in de Grondwet gegarandeerde grondrechten door een formele wet.¹⁸¹

174 Art. 1 Gw, art. 26 IVBPR (beide zelfstandig werkend); artt. 2 en 3 IVESCR, artt. 2 en 3 IVBPR en art. 14 EVRM (waar de norm van de gelijke behandeling is gekoppeld aan de overige grondrechten in de desbetreffende verdragen).

175 Art. 6 lid 1 Gw; art. 9 EVRM en art. 18 IVBPR (de laatste twee bepalingen werden in par. 2.2.3 reeds genoemd, omdat zij ook het onderwijzen van 'godsdienst of (levens)overtuiging' omvatten).

176 Art. 7 Gw; art. 10 EVRM; art. 19 IVBPR.

177 Art. 8 Gw; art. 11 EVRM; 22 IVBPR.

178 Art. 10 lid 1 Gw; art. 8 EVRM; art. 17 IVBPR.

179 Art. 17 Gw, art. 14 IVBPR, art. 6 EVRM.

180 Dat geldt voor de in de Grondwet opgenomen grondrechten (vgl. par. 4.3) en voor hun internationale tegenhangers (vgl. TK 1975-1976, 13932 (R1037), nr 3, 14-15 en daarover Akkermans, red. (1987), 28-29).

181 Op de hiervoor genoemde verdragsbepalingen, die als klassieke grondrechten (in beginsel; Jacobs (1985), 13-14) eenieder verbinden, kan daarentegen voor de rechter een beroep worden gedaan. Vgl. Jacobs (1985), 25 e.v., 34 e.v.

3.3 DE KWALITEIT VAN DE RECHTSPOSITIE ALS GRONDRECHT

3.3.1 Art. 19 lid 2 Gw: rechtspositie en medezeggenschap

Art. 19 lid 2 Gw bepaalt: 'De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap'. Hier is sprake van een grondrecht dat rechtstreeks betrekking heeft op twee van de drie onderwerpen die in deze studie centraal staan: ontslag en medezeggenschap.

Op het eerste oog is aan art. 19 lid 2 Gw, als sociaal grondrecht, veel minder bescherming te ontleenen dan aan de hiervoor genoemde 'algemene' grondrechten. Uiteraard dient voorop te staan dat de wetgever gehouden is de verplichtingen ex art. 19 lid 2 Gw na te komen; het sociale karakter van het grondrecht doet niets aan zijn normatieve werking af.¹⁸² Art. 19 lid 2 Gw bevat echter een instructienorm, die zich in beginsel alleen tot de wetgever richt.¹⁸³ Dat betekent in de gangbare opvatting over sociale grondrechten dat een beroep op de rechter om de naleving van art. 19 lid 2 Gw af te dwingen in principe niet mogelijk is.¹⁸⁴

Meer recent zijn in de jurisprudentie en de literatuur overigens wegen geopend om niettemin de rechter te betrekken bij het toezicht op de naleving van instructienormen bevattende sociale grondrechten.¹⁸⁵ De meest aangewezen weg is het leggen van een koppeling tussen het desbetreffende sociale grondrecht en een discriminatieverbod, waarop wel voor de rechter een beroep kan worden gedaan.¹⁸⁶ De achterliggende gedachte is, dat het de wetgever weliswaar vrij staat om naar eigen behoefte en mogelijkheden invulling te geven aan het sociale grondrecht, maar dat het hem niet is toegestaan om daarbij te discrimineren. In een aantal gevallen heeft deze aanpak succes gehad.¹⁸⁷ In verband met art. 19 lid 2 Gw moet echter bedacht worden dat, ook al laat de bepaling delegatie toe, het overgrote deel van de sociaal-rechtelijke wetgeving afkomstig is van de formele wetgever. Het toetsingsverbod ex art. 120 Gw laat daardoor weinig over van de op het eerste oog interessante mogelijkheden die een beroep op het discriminatieverbod leek te bieden.

3.3.2 Internationale bepalingen inzake rechtspositie en medezeggenschap

Nu de Grondwet weinig houvast biedt, is van belang om na te gaan of interna-

182 Zo ook: Niessen (1974), 429; Meuwissen (1984), 204-205. Anders: Kortmann (1987), 112-114. Een probleem is uiteraard dat de tekst van art. 19 lid 2 Gw zo algemeen is gesteld dat in veel opzichten onduidelijk is welke verplichtingen de bepaling oplegt aan de wetgever. Vgl. Heringa (1989), 87. Vgl. ook par. 3.4.

183 Vgl. Heringa (1989), 86 e.v.

184 Vgl. Burkens (1979), 51 e.v. en (1989), 78-79; Alkema (1981), 13 e.v.; Akkermans, red. (1987), 322-323.

185 Vgl. Alkema (1981), m.n. 13 e.v.; Burkens (1989), 83 e.v.; Heringa (1989), 105 e.v., 299 e.v.

186 Deze aanpak heeft niet alleen tot concrete resultaten geleid (zie hierna), maar is juist ook met het oog op het bijzonder onderwijs van groot belang. Vgl. par. 3.4.

187 Vgl. de jurisprudentie genoemd door: Burkens (1989), 83 e.v.; Heringa (1989), 202 e.v., 299 e.v.

tionale verdragen en andere internationale rechtsbronnen meer concrete en harde garanties opleveren in verband met de rechtspositie van de individuele werknemer en de medezeggenschap.

Dat blijkt, tot op zekere hoogte althans, inderdaad het geval te zijn. Zowel het ESH als het IVESCR bevatten bepalingen inzake de rechtspositie van werknemers, die concreter van inhoud zijn dan art. 19 lid 2 Gw.¹⁸⁸ Nog gedetailleerder zijn de IAO-conventies op dit gebied.¹⁸⁹ Het recente 'Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden', dat onder andere bepalingen bevat inzake de beloning, is daarentegen weer veel globaler.¹⁹⁰ Uitdrukkelijke internationale garanties inzake de medezeggenschap van de werknemers ontbraken tot voor kort geheel; het ESH-protocol en het EG-handvest bevatten sedert 1988 respectievelijk 1990 (erg globale) bepalingen terzake.¹⁹¹

Zeker zo belangrijk als hun inhoud zijn status en werking van de genoemde bepalingen. De bij de IAO-conventies en andere verdragen betrokken staten (waaronder in alle genoemde gevallen ook Nederland) zijn uiteraard gehouden om de bepalingen na te leven. Aangenomen wordt echter dat IAO-conventies uitsluitend verplichtingen kunnen opleggen aan de lidstaten. Ook voor de overige internationale bepalingen geldt dat zij in beginsel niet eenieder verbinden in de zin van art. 94 Gw.¹⁹²

Dat betekent opnieuw dat deze bepalingen in eerste instantie niet erg interessant zijn vanuit het perspectief van de werknemer die 'zijn' overheid voor de rechter tot een bepaald optreden zou willen dwingen, of daarvan zou willen afhouden. Wel moet bedacht worden dat art. 120 Gw niet van belang is in verband met internationaal gegarandeerde grondrechten, zodat een beroep op een van de hiervoor genoemde grondrechten 'over de band van het discriminatieverbod' niet bij voorbaat kansloos is. Hier zullen wellicht echter de beperkingen aan de 'rechtsvormende taak van de rechter' verhinderen dat aan de overtreding van het discriminatieverbod (met name in art. 26 IVBPR) al te vergaande consequenties worden verbonden.¹⁹³

Geheel andersoortige waarborgen dat de internationale grondrechten inzake rechtspositie en medezeggenschap worden nageleefd bieden in IAO-verband de rapportageplicht en de klachtenprocedure. Daardoor kan, ook al is het niet door de rechter, worden getoetst in hoeverre de nationale overheden

188 Vgl. m.n. art. 4 ESH; art. 7 IVESCR.

189 Hierna zal m.n. conventie nr. 158 inzake de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever een rol spelen (vgl. hoofdstuk IX, par. 4.3).

190 Zeijen (1990); Betten (1990a) en (1990b). Veel concreter is uiteraard de invloed van het EEG-recht, o.a. i.v.m. de gelijke behandeling en beloning van mannen en vrouwen en i.v.m. de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen. Vgl. Jacobs (1985), 39 e.v.

191 Betten (1988).

192 Vgl. i.v.m. art. 7 (a) onder 1 IVESCR: HR 20-4-1990, NTOR 1991, 36 e.v. Vgl. ook Alkema (1982), 42-43; Jacobs (1985), 22 e.v., 30 e.v.; 36 e.v.; Heringa (1989), 222 e.v.; Driessen (1989), 199-200; Betten (1990a), 126 e.v. Vgl. i.v.m. een andere aanpak, waarbij de vraag naar de rechtstreekse werking als zelfstandige (voor)vraag verdwijnt: Jacobs (1985), 55 e.v.; Heringa (1989), 251 e.v.

193 Vgl. in dit verband: HR 12-10-1984, NJ 1985, 230; HR 23-9-1988, NJ 1989, 740.

de bepalingen naleven. Ook in verband met het ESH en het IVESCR bestaan dergelijke (overigens minder vergaande) waarborgen.¹⁹⁴

3.3.3 Internationale bepalingen inzake het collectief overleg

Ten aanzien van het derde onderwerp dat in deze studie centraal staat, het collectief overleg over (met name) de arbeidsvoorwaarden, bevat de Grondwet in het geheel geen rechtstreekse aanknopingspunten, zij het dat een verband kan worden gelegd met de 'algemene' vrijheid van vereniging in art. 8 Gw. Het internationale recht daarentegen bevat uitdrukkelijke bepalingen inzake de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief overleg. In art. 11 EVRM wordt uitgaande van de vrijheid van vereniging het 'recht om vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen' erkend; vergelijkbaar zijn art. 5 ESH, art. 8 IVESCR en art. 5 EG-handvest. Uit bepalingen als deze wordt, al is daarvan niet uitdrukkelijk sprake, ook het recht op collectief overleg afgeleid, voor de private en de publieke sector.¹⁹⁵ Art. 6 ESH verplicht daarnaast de nationale overheden teneinde 'de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen: 1. paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen; 2. indien nodig en nuttig de totstandkoming van een procedure te bevorderen voor onderhandelingen tussen werkgevers of organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers, met het oog op de bepalingen van beloning en arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten; 3. de instelling en toepassing van een doelmatige procedure voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van arbeidsgeschillen te bevorderen'. Relevant op dit punt is ook IAO-conventie nr 87.¹⁹⁶

De genoemde bepalingen tezamen genomen bieden een vrij concreet beeld van de aanspraken die werknemers en vakbonden aan het (grond)recht op collectief overleg kunnen ontlenen; dat is een groot verschil met de bepalingen inzake rechtspositie en medezeggenschap.¹⁹⁷ Ook voor de bepalingen en verdragen inzake het recht op collectief overleg geldt echter dat zij zich in beginsel uitsluitend tot de wetgever richten.¹⁹⁸ Wel vallen zij onder de rapportageplicht

194 Heringa (1989), 30 e.v.; 35 e.v. en 39 e.v.; Driessen (1989), 196-197.

195 Vgl. Jacobs (1986a), 278.

196 Vgl. Van der Ven (1982), 12-13; Rood (1989), 66 e.v.; Driessen (1989), 197 e.v.

197 Deze paragraaf is gewijd aan de grondrechten waaraan de werknemers een bescherming van hun belangen kunnen ontlenen. De grondrechten inzake het collectief overleg zijn echter ook van toepassing in de relatie overheid-schoolbestuur. Zij bieden het schoolbestuur op het beperkte, maar belangrijke gebied van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers een aanspraak op overheidsonthouding waar de vrijheid van onderwijs (en m.n. de vrijheid van inrichting) de schoolbesturen in de steek laat. Vgl. op dit laatste punt par. 2.4.4. Vgl. overigens hoofdstuk VII, par. 7.

198 Vgl. Jacobs (1985), 31 en Heringa (1989), 250, o.a. n.a.v. Pres. Rb Den Haag 19-12-1980, NJCM-bulletin 1981, 412 en Pres. Rb Den Haag, 21-1-1982, NJ 1984, 429. Wel denkbaar is een zekere reflexwerking van deze bepalingen. Vgl. Heringa (1989), 260 e.v. Vgl. ook hoofdstuk VII, par. 7.2.

ten in het ESH, in het IVESCR en in de IAO-Constitutie. Voor de IAO-conventie nr 87 is daarnaast de hiervoor reeds genoemde klachtenprocedure relevant.

3.4 VERGELIJKING ALS UITGANGSPUNT

Al met al moet de conclusie zijn dat de sociaal-rechtelijke grondrechten in de Grondwet en in de diverse internationale rechtsbronnen niet de bescherming bieden die het onderwijsgrondrecht het schoolbestuur biedt.

Een onoverkomelijk bezwaar is dat niet. De sociaal-rechtelijke grondrechten vormen in wezen de grondwettelijke en internationale erkenning van hetgeen reeds lang op basis van wetgeving tot stand is gebracht: het sociaal recht (en in dit verband vooral het arbeidsrecht) in de private sector.¹⁹⁹ Niet alleen de Grondwet, maar ook de wetgeving 'zegt' in zoverre iets over rechtspositie, medezeggenschap en collectief overleg als grondrecht. Meer concreet: de waarborgen die het huidige arbeidsrecht biedt zijn kennelijk de waarborgen waarop gezien de relevante grondrechten in Grondwet en internationale verdragen recht bestaat.²⁰⁰

Als dat zo is, dan betekent dat óók dat de rechtspositie en de medezeggenschap van alle werknemers en de rechtspositie van alle werknemersorganisaties waar het gaat om het collectief onderhandelen aan die norm moeten voldoen.

Daarvan uitgaande is het mogelijk om de 'algemene' arbeidsrechtelijke wetgeving en de daarop gebaseerde jurisprudentie en doctrine te gebruiken als toetssteen voor de kwaliteit van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs en hun organisaties en wel in die zin dat zij geacht worden de standaard aan te geven waarop ook de werknemers(organisaties) in het bijzonder onderwijs recht hebben. Verschillen in rechtspositie zijn in deze optiek denkbaar, mits (met aan art. 23 lid 6 Gw ontleende woorden) 'de deug-

199 Art. 19 lid 2 Gw omvat niet het ambtenarenrecht, terwijl ook in de verdragen ten aanzien van (bepaalde categorieën) ambtenaren speciale regelingen zijn getroffen; daarom dient het strikt genomen buiten beschouwing te blijven. Veel van hetgeen hierna gezegd wordt over (de gerechtvaardigheid van) verschillen tussen groepen werknemers in de private sector geldt ook voor de private sector als geheel en de ambtenaren. In de literatuur is het juist op dat terrein dat de kwestie van de gelijkheid veelal aan de orde wordt gesteld. Vgl. De Jong (1982), 122, Niessen (1982), 132-133; Rood (1989), 58-59.

200 Het geheel kan verder worden aangescherpt, door aan te nemen dat de wetgever verplicht is een zeker minimum aan bescherming te bieden, dat hij niet de bevoegdheid heeft om een eenmaal bereikt niveau aan te tasten en/of moet streven naar de maximaal-mogelijke verwezenlijking van het grondrecht. Dat is (als het zo is, want de meningen zijn sterk verdeeld op dit punt) een belangrijk gegeven (vgl. Jacobs (1985), 56 e.v.; Burkens (1989), 80 e.v.; Heringa (1989), 73 e.v.). In dit verband kunnen deze (mogelijke) consequenties van de sociale grondrechten inzake rechtspositie en medezeggenschap echter buiten beschouwing blijven, omdat het vooral om de positie van twee of meer groepen werknemers op een en hetzelfde moment gaat.

delijkheid (...) even afdoende wordt gewaarborgd'. Slechts daar waar het onderwijsgrondrecht uitdrukkelijk in het geding is (dat lijkt het meest voor de hand liggende argument in dit verband), kan sprake zijn van een mogelijke uitzonderingspositie. Is de rechtspositie echter aantoonbaar slechter zonder dat daarvoor een deugdelijke reden bestaat, dan is sprake van een schending van art. 19 lid 2 Gw en/of een van de andere hiervoor genoemde grondrechten.

Ik zal de hiervoor geschetste vergelijkende aanpak hierna in de eerste plaats volgen omdat hij in staat stelt het eigene van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs op het spoor te komen.²⁰¹ Er van uitgaande dat de hiervoor geschetste redenering juridisch geldig is, betekent zij echter tevens dat de wetgever verplicht is om verschillen waarvoor geen rechtvaardiging aanwezig is uit de weg te ruimen. De redenering betekent ook dat alle werknemers in Nederland op een en hetzelfde moment in beginsel een vergelijkbare rechtspositie dienen te hebben. De werknemers in het bijzonder onderwijs hoeven mijns inziens niet te accepteren dat zij zonder aantoonbare noodzaak een slechtere rechtspositie hebben dan de werknemers elders in de private sector, maar het omgedraaide geldt evenzeer.²⁰²

Uiteraard geldt ook hier dat 'jede Konsequenz zum Teufel führt'. Ik zal mij hierna beperken tot de grote lijnen en tot die punten waar wezenlijke belangen op het spel staan. Daarnaast zal ik mij beperken tot overheidsoptreden, met name in de vorm van wetgeving; de bijdrage die de direct betrokkenen zelf leveren aan de omvang van het sociaal recht (in cao's met name) blijft buiten beschouwing.

4 De grondrechten in onderling verband

4.1 DE TEGENSTELLING SCHOOLBESTUUR-WERKNEMER

In de inleiding op dit hoofdstuk constateerde ik dat in het bijzonder onderwijs sprake is van een belangentegenstelling tussen schoolbestuur en werknemer, die voor een deel van dezelfde aard is als in arbeidsverhoudingen elders en die voor een ander deel een typisch karakter heeft, als gevolg van de wezenlijke invloed van de grondrechten op de arbeidsverhoudingen binnen het bijzonder

201 De aanpak heeft ook zijn beperkingen: de vergelijking laat in het midden of en zo ja, welke absolute normen i.v.m. ontslagbescherming, medezeggenschap en collectief overleg gesteld moeten worden; een vergelijking 'en detail' kan tot andere uitkomsten leiden dan een vergelijking van een heel 'pakket' aan rechtspositionele bepalingen; het referentiepunt in dit geval, het reguliere sociaal recht, is als zodanig niet het toonbeeld van perfectie (al zal blijken dat het goed genoeg is om het bijzonder onderwijs tot voorbeeld te dienen).

202 De vergelijkende aanpak doet uiteraard niets af aan de hiervoor genoemde 'hordes': het toetsingsverbod in art 120 Gw, het instructienorm-karakter, het ontbreken van een eenieder verbindende karakter, de beperkingen in de rechtsvormende taak van de rechter. Zij zullen in veel gevallen voorkomen dat een eenmaal geconstateerd niet-gerechtvaardigd verschil tot rechterlijk ingrijpen leidt.

onderwijs. In deze paragraaf zal ik nader ingaan op de tegenstelling tussen schoolbestuur en werknemer en op de problemen die ontstaan als in dat kader het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten met elkaar in verband worden gebracht.

Ik stel daarbij voorop dat het niet nodig is om de tegenstelling tussen schoolbestuur en werknemer al te zeer aan te scherpen. In de voorgaande paragrafen is gebleken dat er zelfs redenen zijn om de tegenstelling uitdrukkelijk te relativeren.

In de eerste plaats is in par. 2.8.4 gebleken dat de overheid een grote invloed heeft op de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs, waardoor het schoolbestuur sterk wordt beperkt in zijn bewegingsvrijheid als werkgever. De overheidsinvloed wordt weliswaar indirect uitgeoefend, via de 'gouden koorden', maar is daarom niet minder effectief.

Maar, ook al is het schoolbestuur als werkgever in veel opzichten gebonden aan rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden, het is en blijft degene tot wie de werknemer in een juridische relatie staat. Het kan zich niet aan zijn verantwoordelijkheden onttrekken door zich achter de bekostigende overheid te verschuilen. Belangrijker nog is dat juist op terreinen waar de voor het bijzonder onderwijs typische sociaal-rechtelijke problemen rijzen – ontslag en medezeggenschap – de overheid zich terughoudend opstelt. Hier is het schoolbestuur in alle opzichten de 'echte' werkgever. Gezien de in par. 2.8.4 geschetste recente ontwikkelingen in verband met de bekostiging zal de rol van het schoolbestuur als werkgever in de toekomst zelfs nog groeien.

Ook in ander opzicht is de geschetste tegenstelling niet absoluut; onderwijsgrondrecht en rechtspositie liggen ten dele zelfs in elkaars verlengde. In par 2.8 is gebleken dat de kwaliteit van de rechtspositie van de werknemers in het onderwijs vanaf het eerste begin de aandacht heeft gehad van de wetgever, met het oog op de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs en het onderwijs in het algemeen. En ook zonder overheidsoptreden geldt uiteraard dat het bijzonder onderwijs zelf zal moeten letten op de kwaliteit van de rechtspositie van zijn werknemers, omdat in de vorm van het openbaar onderwijs steeds een concurrent-werkgever aanwezig is.

Vrijheid van onderwijs en rechtspositie liggen echter maar tot op zekere hoogte in elkaars verlengde. De werknemers in het bijzonder onderwijs hebben in het verleden duidelijk geprofiteerd van dat verband (bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat zij al sedert 1905 onder de ambtelijke pensioenwetgeving vallen), maar het onderwijsgrondrecht kan ook een negatieve invloed hebben.²⁰³ Belangrijker dan de balans van 'plussen en minnen' is het principiële aspect: de kwaliteit van de rechtspositie en de medezeggenschap zijn in dit verband uitsluitend middelen tot het doel (deugdelijkheid, vrijheid van onderwijs).²⁰⁴ Ook op deze wijze wordt de tegenstelling tussen werkgevers- en

203 Dat is op dit moment bijvoorbeeld het geval i.v.m. de medezeggenschap (hoofdstuk X, par. 4).

204 Vgl. ook: Mentink (1989a), 68, nt 131; 76-77.

werknemersbelangen derhalve wel genuanceerd, maar niet opgeheven.

Een derde en wel zeer fundamentele reden om de hiervoor geschetste tegenstelling van werkgevers- en werknemersbelangen reeds op voorhand af te zwakken, zou de volgende kunnen zijn. In het ideale geval staan de werknemers in het bijzonder onderwijs geheel achter de richting van de bijzondere school. Problemen in verband met de eisen die de school op grond van de richting aan de werknemer stelt, kunnen zich dan ook niet snel voordoen, ook niet waar die eisen buiten de sfeer van het eigenlijke werk treden. Over deze zaken zijn schoolbestuur en werknemer het tenslotte eens. Zo zouden alleen de 'normale' sociaal-rechtelijke problemen resterend. De eenheid van opvattingen ten aanzien van de levensbeschouwelijke aspecten van het werk zou zelfs zwaarder behoren te wegen dan de tegenstelling werkgever-werknemer, er van uitgaande dat het doel van het onderwijs beiden bindt.²⁰⁵

Lange tijd zal de situatie, in elk geval tot op zekere hoogte, zo zijn geweest als hier geschetst.²⁰⁶ Met name sedert de jaren zestig zijn de verhoudingen tussen schoolbesturen en werknemers echter ingrijpend veranderd. Voor dat deel van het bijzonder onderwijs, dat nog steeds uitgesproken confessioneel dan wel levensbeschouwelijk geïnspireerd is, moet wellicht een uitzondering worden gemaakt; voor het overige geldt echter dat ontkerkelijking en ontzuijing een duidelijke invloed hebben gehad. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de gevolgen van schaalvergroting en professionalisering; ook daardoor zijn schoolbestuur en werknemers anders tegenover elkaar komen te staan.²⁰⁷ Dit alles betekent dat de tegenstelling tussen schoolbestuur en werknemer is aangescherpt juist op de terreinen waar de onderwijswetgeving er van uitgaat dat het schoolbestuur een zekere vrijheid van handelen toekomt; ontslag en medezeggenschap.

4.2 CONSEQUENTIES

Ondanks enkele relativerende factoren, mag de belangtenuenstelling tussen schoolbestuur en werknemer al met al wel als een gegeven worden beschouwd. In verband met de grondrechtendimensie van die tegenstelling betekent dat dat een aantal specifieke problemen rijst, namelijk rond de horizontale werking, de beperking en de botsing van grondrechten.

Strikt genomen gaat aan deze drie kwesties de interpretatievraag vooraf. Zij moet beantwoord worden om vast te stellen welke omvang en strekking een grondrecht in abstracto heeft.²⁰⁸ Zo is het een vraag van interpretatie of 'richting' restrictief opgevat wordt, als 'godsdienstige of levensbeschouwelijke

205 Vgl. Van der Net, zoals aangehaald in par. 1.3 van het eerste hoofdstuk. Vgl. ook: Mannoury (1970), 286.

206 Vgl. ook hoofdstuk II, par. 3.2.2.

207 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2, par. 4.2.3.

208 Vgl. Kortmann (1978), 921 en (1990), 348-349.

richting', of extensief, zodat ook onderwijskundige opvattingen eronder vallen. Ook de vraag naar de omvang van de vrijheid van inrichting en de vraag wie drager is van het onderwijsgrondrecht zijn interpretatievragen. Uit deze voorbeelden blijkt hoe belangrijk de interpretatievraag is. Tevens blijkt dat de interpretatievraag, in elk geval voor zover het het onderwijsgrondrecht betreft, in wezen al aan de orde is geweest in de voorgaande paragrafen.

Is eenmaal vastgesteld welke omvang en strekking een grondrecht in abstracto heeft, dan is relevant de vraag of het grondrecht de daaruit voortvloeiende werking ook kan hebben als er in een concreet geval een beroep op wordt gedaan. Deze vraag is in het voorgaande niet of nauwelijks aan de orde geweest. Zij verwijst in de eerste plaats naar het leerstuk van de beperking van grondrechten. Dat een grondrecht in een concreet geval niet de uitwerking heeft die in abstracto verwacht mocht worden, kan ook het gevolg zijn van het feit dat het grondrecht, op het moment dat er een beroep op wordt gedaan, blijkt te botsen op een ander grondrecht. De vraag naar de horizontale werking van grondrechten staat in eerste instantie los van de voorgaande kwesties. Vragen op het gebied van de interpretatie, de beperking en de botsing van grondrechten kunnen zowel in verticale als in horizontale verhoudingen rijzen c.q. van belang zijn.

Wellicht rijst het vermoeden dat van de genoemde leerstukken het leerstuk van de botsende grondrechten (i.c. het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten) het meest relevant is. Juist de wijze van rangschikken maakt echter duidelijk dat door de wijze van interpreteren en door de gehanteerde opvatting over de mogelijkheden om een grondrecht te beperken de kans op een botsing van grondrechten vergroot of verkleind kan worden. Evenzeer ligt wellicht voor de hand om er van uit te gaan dat de hierna te behandelen grondrechtenproblemen vooral betrekking zullen hebben op de horizontale werking van de relevante grondrechten, in het kader van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. De horizontale werking zal hierna inderdaad een rol blijken te spelen, maar geen overheersende. Omdat deze kwestie het kader aangeeft voor de overige leerstukken, zal ik de vraag naar de al dan niet horizontale werking van het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten als eerste wat verder uitwerken.

4.3 HORIZONTALE WERKING VAN GRONDRECHTEN

'Horizontale werking van grondrechten betreft hun normatieve werking in de rechtsbetrekkingen van burgers onderling', aldus Burkens.²⁰⁹ De burgers zijn in dit verband het schoolbestuur en de werknemers. De rechtsbetrekking is de tussen beiden bestaande arbeidsverhouding naar privaatrecht.

Gangbare opvatting is dat grondrechten in de eerste plaats bedoeld zijn om te werken in de 'verticale' relatie tussen burger en overheid, maar dat daar-

209 Vgl. Burkens (1989), 166.

naast mogelijk en wenselijk is om aan te nemen dat grondrechten kunnen werken in het kader van privaatrechtelijke verhoudingen tussen burgers onderling.²¹⁰ Op dit punt bestaat overigens bepaald geen overeenstemming. In het kader van de totstandkoming van hoofdstuk 1 van de Grondwet is door de regering uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat horizontale werking in beginsel mogelijk is.²¹¹ Die opvatting is niet fundamenteel bestreden in het parlement en mag als uitgangspunt gelden. Sommigen juichen de aldus geboden (ruime) mogelijkheid van horizontale werking toe en zijn van mening dat grondrechten in horizontale verhoudingen net zo goed kunnen functioneren als in de verhouding tussen overheid en burger.²¹² Anderen staan op zijn minst weifelend tegenover de mogelijkheid en wenselijkheid van horizontale werking van grondrechten.²¹³ De (schaarse) jurisprudentie blijkt voor velerlei uitleg vatbaar te zijn en biedt op dit punt weinig houvast.²¹⁴

De meningsverschillen zijn goed te begrijpen, want de horizontale werking van grondrechten is allerm minst onproblematisch. Wat onder de verticale werking van grondrechten moet worden verstaan, is duidelijk, zeker voor zover het betreft de klassieke grondrechten. Alleen overheidshandelen conform de normen opgesloten in de grondrechten is aanvaardbaar. Het is in elk geval aan de wetgever en het bestuur, maar in veel gevallen ook aan de rechter, om daarop toe te zien. Het overheidshandelen wordt rechtstreeks aan het grondrecht getoetst; de enkele schending van het grondrecht is in de regel voldoende om tot een negatief oordeel te komen.²¹⁵

In verhoudingen tussen burgers onderling levert een dergelijke werking problemen op. De eis dat per se conform de grondrechten gehandeld moet worden, laat staan door slechts één van beide partijen, is in dergelijke verhoudingen in beginsel niet op zijn plaats. Dat is in strijd met de gedachte van

210. Sommige grondrechten lenen zich in het geheel niet voor toepassing op verhoudingen tussen burgers. Dat geldt in dit verband m.n. voor sociale grondrechten als het recht op bekostiging en art. 19 lid 2 Gw. Horizontale werking is bijvoorbeeld wel denkbaar ten aanzien van de vrijheid van richting en ten aanzien van de in par. 3.2 genoemde klassieke grondrechten. Vgl. ook Pieters (1985), 448-449.

211. Vgl. TK 1975-1976, 13872, nr 3, 15-16 en daarover: Koekkoek/Konijnenbelt (1982), 17 e.v.; Kortmann (1987), 43 e.v. en (1990), 345 e.v.; Burkens (1989), 170 e.v.

212. M.n. Biesheuvel (1981) en (1986), maar ook: Meuwissen (1984), 228 e.v.; Van der Hoeven (1988), 173, 196-197.

213. Vgl. Koekkoek/Konijnenbelt (1982), Prakke c.s. (1989), 247 e.v.; De Graaf/De Haas (1984); Koekkoek (1986); Kortmann (1987), 43 e.v.; Burkens (1989), 179 e.v.

214. Een overzicht van de jurisprudentie geven: Koekkoek (1986); Burkens (1989), 184 e.v. Opvallend is hoe de jurisprudentie voor de één het bestaan en de waarde van horizontale werking bevestigt (bijv. Biesheuvel (1981) en voor de ander aantoonde dat geen sprake is van horizontale werking, althans dat deze tot ongewenste gevolgen leidt (bijv. De Graaf/De Haas (1984), 1356-1357; Koekkoek (1986); Kortmann (1987), 46-47; Prakke c.s. (1989), 249.

215. Vgl. de regering tijdens de behandeling van wetsontwerp 13872 in de Eerste Kamer (EK 1976/77, 13872, 13873, 55b, 19): 'In verticale verhoudingen gelden grondrechten onverkort. (...) In horizontale verhoudingen is het daarentegen veeleer zo, dat onderzocht moet worden of en zo ja in hoeverre aan een grondrecht een bepaalde mate van rechtswerking moet worden toegekend'.

vrijheid en gelijkwaardigheid van partijen die het privaatrecht als uitgangspunt kenmerkt.²¹⁶

Daarnaast rijst de vraag hoe de horizontale werking precies plaatsvindt. In de literatuur wordt in dat verband wel het onderscheid gemaakt tussen de directe horizontale werking van het grondrecht (waarbij de rechter het grondrecht als zodanig hanteert) en de indirecte horizontale werking (waarbij een privaatrechtelijke norm wordt ingevuld aan de hand van het grondrecht).²¹⁷ Ik zal dat hierna niet doen en mij aansluiten bij Biesheuvel, die het onderscheid verwerpt, stellende dat in geval van horizontale werking steeds sprake is van zowel indirecte werking (via het privaatrecht) als directe werking (omdat de rechter open, lege privaatrechtelijke begrippen rechtstreeks aan de hand van grondrechten invult).²¹⁸

Daarvan uitgaande is denkbaar dat een grondrecht in de ogen van de rechter dermate zwaar weegt, dat, behoudens de in het grondrecht zelf aangegeven beperkingsmogelijkheden, de enkele schending van het grondrecht leidt tot het oordeel dat aan een bepaalde civiele kwalificatie voldaan is. Van een dermate sterke vorm van horizontale werking zal echter niet gauw sprake zijn.²¹⁹ Veeleer zal het grondrecht terecht komen in de sfeer van belangenafweging die het privaatrecht in de regel kenmerkt. Dat wil zeggen: het enkele feit dat een grondrecht wordt geschonden zal voor de rechter niet voldoende zijn om tot een definitief oordeel te komen; het zal veeleer zo zijn dat het door het grondrecht te beschermen belang vervolgens wordt afgewogen tegen de andere belangen die in de regel in het geding zullen zijn.²²⁰

Het voorgaande tot uitgangspunt nemend, is er in verband met de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer zowel iets vóór als tégen de horizontale werking van grondrechten te zeggen.

In navolging van Van der Burg zou gezegd kunnen worden dat de verhouding tussen werkgever en werknemer een van de civiele verhoudingen is waarin bij uitstek aan de horizontale werking van grondrechten gedacht kan worden, omdat daarbinnen het risico bestaat van misbruik van machtspositie.²²¹ Het argument tégen horizontale werking sluit daar in wezen op aan: juist vanwege de kans op machtsmisbruik is in het verleden een uitgebreid stelsel van

216 Vgl. bijv. Hof Den Bosch, 13-1-1984, AB 1984, 417 (Luchthaven Zuid-Limburg). Kortmann (1990, 347) wijst daarnaast op de problemen die ontstaan in geval van een botsing van grondrechten binnen privaatrechtelijke verhoudingen.

217 Vgl. Burkens (1989), 168-169, 178 e.v.

218 (1981), 218 en (1986), 45 e.v. Zo ook: Dirix (1982), 49-50.

219 Vgl. in dit verband: Prés. Rb Den Haag 9-6-1987, AB 1987, 580.

220 Voorbeelden zijn: HR 31-10-1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck); HR 24-6-1983, AB 1983, 548 (Immunité art. 53 Gemw vs vrijheid van meningsuiting); HR 30-3-1984, AB 1984, 366, NJ 1985, 350 (Venhorst-Inan). Vgl. ook: Drion (1969), 590-591; Rimanque/Peeters (1982), 19-20; Heringa/Zwart (1985), 639; Hirsch Ballin (1988c), 149.

221 Vgl. Van der Burg (1982), 65-66. Vgl. ook: Koopmans (1976), 20-23; Rimanque/Peeters (1982), 21-22; AG Mok in zijn conclusie voor HR 30-3-1984, AB 84/366 (Venhorst-Inan) en m.n. het slot van par. 4; Jacobs (1985), 64-65; Biesheuvel (1986), 48; Van der Heijden (1988), 21-22.

sociaal recht tot stand gebracht, dat als zodanig grondrechten tot op grote hoogte kan beschermen.

Toch kan de horizontale werking van grondrechten in arbeidsverhoudingen als die tussen schoolbestuur en werknemer van belang zijn. De grondrechten bevatten in een aantal gevallen namelijk normen ter bescherming van belangen die in het privaatrecht weinig centraal staan, omdat zij zelden of nooit in gevaar komen in arbeidsverhoudingen (vgl. de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy), of omdat het privaatrecht van een tegenovergesteld uitgangspunt uitgaat (vgl. de contractsvrijheid vs het gelijkheidsbeginsel en het recht op collectief overleg). Het sociaal recht en het algemene privaatrecht bevatten weliswaar voldoende open normen die, wanneer dat nodig is, kunnen dienen ter bescherming van deze belangen; die open normen zijn zelfs onmisbaar zoals in het voorgaande bleek. De grondrechten vormen echter een belangrijke richtsnoer bij de invulling ervan. Het is dus vooral vanwege hun inhoud dat de grondrechten van belang op horizontaal niveau zijn. De speciale status van de grondrechten 'als grondrechten' zal de rechter ervan overtuigen dat hij niet lichtvaardig aan een beroep op een grondrecht voorbij mag gaan, maar is verder niet van doorslaggevend belang.

In abstracto is er verder weinig over de (eventuele) horizontale werking van grondrechten in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer te zeggen. Of en zo ja, welke invloed de grondrechten hebben, zal sterk afhangen van het concrete geval. In die zin zal ik waar gepast in de hoofdstukken hierna terug komen op het leerstuk van de horizontale werking van grondrechten.

Het centrale grondrechtenprobleem zal de horizontale werking in de hoofdstukken hierna overigens niet zijn. Veeleer zal centraal staan de vraag welk optreden zowel schoolbestuur als werknemers(verenigingen) op basis van de relevante grondrechten van de overheid kunnen verwachten.

Dat optreden kan vervolgens consequenties hebben voor de onderlinge relatie van schoolbestuur en werknemer. De overheid is niet alleen gehouden om in de eigen relatie met schoolbestuur dan wel werknemer de grondrechten in acht te nemen, zij kan (en zal ook vaak) optreden om te bewerkstelligen dat de grondrechten in de onderlinge verhouding tussen schoolbestuur en werknemer in acht worden genomen. Een voorbeeld is de wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling.

In een dergelijk geval is mijns inziens sprake van verticale werking van het onderwijsgrondrecht en van de relevante sociaal-rechtelijke grondrechten. Het gaat tenslotte om een aan een grondrecht ontleende aanspraak van een burger ten opzichte van de overheid, ook al heeft die aanspraak, wanneer gehonoreerd, vervolgens gevolgen voor de privaatrechtelijke verhouding van die burger ten opzichte van een andere burger.²²² Het gaat hier om meer dan

²²² Die 'gevolgen' zijn evenmin te kwalificeren als horizontale werking van grondrechten. Vgl. Kortmann (1987, 48-49 en 1990, 346): tussen de burgers werkt de wetgeving en niet het grondrecht dat verplicht tot het vaststellen daarvan. Dat i.c. geen sprake is van horizontale werking is ook de opvatting van: Prake c.s. (1989), 249; Burkens (1989), 175.

een kwestie van terminologie. Als sprake is van verticale werking van grondrechten betekent dat dat het gaat om een eis aan de overheid gesteld, waaraan deze zonder meer en volledig heeft te voldoen, zonder dat sprake kan zijn van de afwegingsmogelijkheden en onzekerheden die de horizontale werking van grondrechten nu eenmaal kenmerkt. De wetgever is bijvoorbeeld zonder meer gehouden om de grenzen in acht te nemen die de Grondwet stelt aan de mogelijkheid om de grondrechten te beperken.²²³

Tot slot verdient opmerking dat horizontale werking van grondrechten niet iets is dat zich voltrekt onafhankelijk van de wil van schoolbestuur en werknemer; het ligt juist voor de hand dat zij de vrijheid die het privaatrecht biedt gebruiken om op de werking van de grondrechten invloed uit te oefenen. Dat neemt met name de vorm aan van de (uitdrukkelijke of stilzwijgende) contractuele beperking van grondrechten; in par. 4.4.3 kom ik op deze kwestie terug.

4.4 BEPERKINGEN VAN GRONDRECHTEN

4.4.1 Algemeen

Onderwijsgrondrecht noch sociaal-rechtelijke grondrechten geven onbegrensde aanspraken op vrijheid c.q. op overheidsoptreden.²²⁴ Vaststellen waar die grenzen liggen, is een kwestie van interpretatie. Staan zij eenmaal vast, dan staat daarmee ook vast dat overheidsoptreden buiten deze grenzen niet tegen te houden is met een beroep op het (klassieke) grondrecht c.q. dat geen aanspraak bestaat op overheidsoptreden op grond van het (sociale) grondrecht. Waar – bijvoorbeeld – geen sprake is van ‘richting’, bestaat ook geen vrijheid van richting.

Naast deze beperking van de invloed van het grondrecht, die het gevolg is van zijn ‘natuurlijke’ begrenzing, zijn nog andere, verdergaande beperkingen denkbaar, als namelijk ‘de overheid onder zekere kwalificaties (bepaalde gevallen, bepaalde omstandigheden etc.) op legitieme wijze handelingen mag verrichten, welke haar in het algemeen door het vrijheidsrecht zijn verboden’.²²⁵ De omschrijving geeft aan dat het overheidsoptreden hier in uitgangspunt in strijd is met het desbetreffende grondrecht, zij het dat (als het goed is) dat optreden uiteindelijk toch gerechtvaardigd blijkt. Zo stelt – bijvoorbeeld – art. 23 lid 2 Gw de vrijheid van onderwijs voorop, maar in het (algemeen) belang van de deugdelijkheid van het onderwijs biedt het slot van hetzelfde artikel-lid meteen de mogelijkheid om deze vrijheid te beperken.

223 Vgl. Hirsch Ballin (1988c), 150.

224 Vgl. Donner (1973); Koekkoek/Konijnenbelt (1982), 21 e.v.; Burkens (1989), 91-92.

225 Vgl. Burkens (1971), 2. De omschrijving heeft uitsluitend betrekking op de verticale werking van klassieke grondrechten. Ten aanzien van sociale grondrechten heeft het weinig zin om het leerstuk van de beperking van grondrechten aan de orde te stellen. Vgl. Burkens (1971), 7; Koekkoek/Konijnenbelt (1982), 23-24.

Het voorbeeld geeft aan waarom de beperking van een grondrecht nodig kan zijn: in een bepaald geval, op een bepaald moment etc. kan het onverkort beschermen van de met een grondrecht gediende belangen betekenen dat andere, evenzeer bescherming verdienende belangen worden geschaad.²²⁶ Het risico van de beperking van grondrechten is evenzeer duidelijk: al te veel en te vergaande beperkingen hollen het grondrecht uit.

Tussen interpretatie en beperking bestaat een wisselwerking.²²⁷ Wie bijvoorbeeld een ruime opvatting heeft over de omvang van de vrijheid van inrichting, zal ieder overheidsoptreden ter zake van de inrichting van onderwijs en school als een beperking van de vrijheid van inrichting zien. In par 2.4.4 heb ik verdedigd dat de vrijheid van inrichting alleen bestaat waar de inrichting verband houdt met de richting van de school. In deze opvatting is veel overheidsoptreden denkbaar zonder dat sprake is van een beperking van de vrijheid van inrichting in de strikte zin van het woord.

Het gaat hier om meer dan een kwestie van duidelijkheid in de systematiek. Met name sedert 1983 is dat het geval. Op basis van de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13872 mag er namelijk vanuit worden gegaan, dat ten aanzien van de in de Grondwet opgenomen grondrechten niet (langer) mogelijk zijn beperkingen die niet te herleiden zijn tot een in het desbetreffende grondwetsartikel opgenomen beperkingsmogelijkheid.²²⁸ Beperkingen zijn uitsluitend nog mogelijk in de gevallen waarin de Grondwet dat uitdrukkelijk toestaat, door doelcriteria en/of door competentie- en procedurevoorschriften.²²⁹ Dat de Grondwet een bepaalde beperking toelaat is overigens niet voldoende; de beperking zal gezien het concrete geval noodzakelijk moeten zijn.²³⁰ Niet van belang is of de beperkingen het gevolg zijn van overheidsoptreden dat speciaal gericht is op de uitoefening van het grondrecht of van over-

226 Vgl. Burkens (1971), 9, 134, 167. Dat andere belang hoeft niet een als grondrecht beschermd belang te zijn, maar dat kan wel. Vgl. TK 1975-1976, 13872, nr 3, 11, 16. Vgl. ook par. 4.5.

227 Vgl. ook par. 4.2.

228 TK 1975-1976, 13872, nr 3, 20-22. Gangbaar is om te zeggen dat uitsluitend nog bijzondere beperkingen zijn toegestaan, terwijl algemene beperkingen niet (langer) 'kunnen'. Kortmann ((1978), 922 en (1987), 52-53) heeft er op gewezen dat de begrippen 'algemene beperking' en 'bijzondere beperking' niet steeds op dezelfde wijze worden gehanteerd. M.n. wijkt de door de regering gehanteerde terminologie af van die van Burkens; waar het uiteindelijk voor Burkens én voor de regering op neer komt, is of de beperking zijn grondslag vindt in een door de Grondwet met zo veel woorden geopende beperkingsmogelijkheid. Of voor die tijd ook andere, 'algemene' beperkingen waren toegelaten, is betwist; de jurisprudentie is ook hier schaars en voor verschillende uitleg vatbaar; wat voor de een een beperking is, is voor de ander een restrictieve interpretatie. Vgl. Drop (1985), 245-247; Prakke c.s. (1989), 254; Burkens (1989), 133.

229 Vgl. Koekkoek/Konijnenbelt (1982), 28-29; Burkens (1989), 92 e.v.

230 M.n. het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel bieden in dit opzicht goede ingangen voor toetsing. Vgl. ook Heringa (1989), 122 e.v., die terecht concludeert dat eisen als deze niet alleen op de beperking van een klassiek grondrecht door een sociaal grondrecht van toepassing zouden moeten zijn (aldus de regering tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13873), maar op iedere beperking.

heidsoptreden dat door zijn algemene werking ook de werking van het grondrecht beïnvloedt.

Zou de opvatting van de regering (die als de opvatting van de grondwetgever mag gelden) strikt worden gehanteerd, dan heeft dat aanzienlijke consequenties.²³¹ In dit verband is met name van belang dat de opvatting, dat andere beperkingen dan de Grondwet mogelijk maakt niet zijn toegestaan, kan leiden tot (erg, wellicht: té) restrictieve interpretaties van de desbetreffende grondrechten. De kritiek die op dit punt wordt geuit, onder andere door Kortmann²³² en Prakke c.s.²³³ heeft vooral betrekking op de ongelukkig geachte combinatie van ruime mogelijkheden voor horizontale werking en beperkte mogelijkheden voor beperking. Of het zo ver zal komen, is overigens de vraag. Al tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13872 gaf de regering aan dat onder omstandigheden denkbaar zou zijn de beperking van een grondrecht zonder grondwettelijke basis, met name: (1) wanneer als gevolg van de evolutie van rechtsovertuigingen niet tot een beperkingsclausule te herleiden belemmeringen algemeen aanvaard zouden worden, (2) wanneer, in strijd met de letter van het grondrecht, in de praktijk rechtsinstellingen tot ontwikkeling zouden komen die een gevestigde en algemeen aanvaarde plaats in het rechtsbestel zouden innemen, en (3) door de redelijke uitleg van het grondwetsartikel en doordat aan de redelijkheid grenzen zouden kunnen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing zou kunnen vinden.²³⁴ Als van deze ontsnappingsmogelijkheid ruimschoots gebruik wordt gemaakt, dan is er uiteraard weinig verschil met de situatie waarin niet op de Grondwet berustende beperkingen bij voorbaat zijn toegestaan. De jurisprudentie sedert 1983 biedt tot op heden geen idee van de richting waarin een en ander zich zal ontwikkelen.²³⁵ De literatuur is geneigd om de problemen rond de beperking van grondrechten als weinig relevant voor de praktijk af te schilderen.²³⁶

4.4.2 *Beperking van het onderwijsgrondrecht*

Het onderwijsgrondrecht neemt in verband met het leerstuk van de beperking van grondrechten een uitzonderingspositie in. Evenmin als de nieuwe delegatieterminologie mag ook het regeringsstandpunt inzake de al dan niet toegela-

231 Overigens alleen voor de in de Grondwet opgenomen grondrechten; de internationale grondrechtenverdragen kennen hun eigen beperkingsregime. Vgl. Van Wissen (1989), 44 e.v.; Prakke c.s. (1989), 246-247; Akkermans (1989c), 64-65.

232 (1987), 49; (1990), 346.

233 (1989), 253.

234 TK 1975-1976, 13872, nr 3, 21-22.

235 Vgl. Burkens (1989), 133 e.v. Kortmann (1990, 351) trekt de conclusie dat de jurisprudentie zich van de leer van de algemene beperkingen weinig aan lijkt te trekken en haalt in dat verband uitspraken aan van de Hoge Raad en de Kroon.

236 Vgl. Koekkoek/Konijnenbelt (1982), 27-28; Kortmann (1987), 57 en (1990), 350-351; Akkermans c.s. (1988), 127; Prakke c.s. (1989), 254; Burkens (1989), 113. De gang van zaken rond de recente ontwerp-AWGB wijst inderdaad in die richting; ik kom daar op terug in par. 4.5.

ten beperkingen op art. 23 Gw van toepassing worden geacht.²³⁷ Mocht art. 23 Gw worden herzien, dan is vanaf dat moment het verbod van andere dan tot art. 23 Gw terug te leiden beperkingen ook op het onderwijsgrondrecht van toepassing. Tot dan toe geldt de 'oude' opvatting.

Wat die precies inhoudt ten aanzien van algemene beperkingen (in de zin van: beperkingen die het gevolg zijn van rechtsregels die zich niet speciaal richten op de uitoefening van het grondrecht) is onduidelijk.²³⁸ Bijzondere beperkingen (in de zin van: beperkingen die het gevolg zijn van rechtsregels die in het bijzonder op de uitoefening van het grondrecht betrekking hebben) lijken in elk geval alleen dan mogelijk als art. 23 Gw daarvoor ruimte biedt. De enige beperkingsmogelijkheid die art. 23 Gw bevat is het al eerder genoemde slot van lid 2.²³⁹ Dat betekent dat geen andere (bijzondere) beperkingen zijn toegelaten dan in verband met het toezicht en in verband met de zedelijkheid en de bekwaamheid van de onderwijsgeven.

De vraag rijst hoe deze zeer summiere beperkingsmogelijkheid zich verhoudt tot de grote hoeveelheid (onderwijs- en andere) wetgeving die op dit moment op het bijzonder onderwijs van toepassing is en die zeker niet alleen op toezicht, zedelijkheid en bekwaamheid betrekking heeft. Met name is in dit verband van belang hoe de wetgeving inzake ontslag, medezeggenschap en collectief overleg in dit kader geplaatst moet worden. De grote hoeveelheid wettelijke bepalingen op deze gebieden lijkt op het eerste oog moeilijk te verenigen met de beperkingsmogelijkheden die art. 23 Gw biedt.

Voor een deel is van problemen geen sprake. Een gedeelte van deze wetgeving vormt bijvoorbeeld geen probleem omdat zij de vrijheid van onderwijs niet beperkt.²⁴⁰ Daarnaast moet bedacht worden dat de heersende leer is dat er een verschil bestaat tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden, zodat de wetgever de mogelijkheid heeft om op basis van het algemeen belang bekostigingsvoorwaarden vast te stellen zonder daarbij gebonden te zijn aan de beperkingen die uit de vrijheid van onderwijs voortvloeien.²⁴¹ Op die basis is bijvoorbeeld de WMO tot stand gebracht.²⁴² Overigens zal het echter zaak zijn om in de hoofdstukken hierna precies na te gaan in hoeverre het optreden van de wetgever op rechtspositioneel gebied te verenigen is met de vrijheid van richting en (voor zover relevant) de vrijheid van inrichting.

4.4.3 *Vrijwillig aanvaarde beperkingen*

Speciale aandacht verdient de figuur van de door het schoolbestuur vrijwillig

237 Vgl. Van der Hoeven (1984), 122; Vermeulen (1989), 58-59; De Waard (1990), 381-382. Anders, naar het lijkt: Drop (1985), 247.

238 Vgl. nt 228.

239 Vgl. Burkens (1971), 168-169; Van der Hoeven (1984), 122. Anders: Mentink (1989a, 33 e.v.), die er van uit gaat dat ook art. 23 lid 5 en lid 6 Gw een uitdrukkelijke beperkingsmogelijkheid bevatten, namelijk i.v.m. de deugdelijkheid van het onderwijs.

240 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.5, (o.a.) i.v.m. de BW-bepalingen inzake de opzegtermijnen.

241 Vgl. par. 2.6.5.

242 Vgl. Heijmans (1989), 132. Vgl. ook hoofdstuk X, par. 2.

aanvaarde beperking van het onderwijsgrondrecht. In par. 2.6.6 wees ik er op dat het overgrote deel van de onderwijswetgeving bekostigingsvoorwaarden bevat voor het bijzonder onderwijs. De constructie is aldus: het schoolbestuur dat bekostiging aanvaardt, aanvaardt daarmee tevens de aan de bekostiging verbonden voorwaarden. Juridisch gezien gebeurt dat in alle vrijheid, want een schoolbestuur dat de bekostigingsvoorwaarden niet acceptabel vindt, kan door afstand te doen van de bekostiging ontkomen aan de beperkingen die de bekostigingsvoorwaarden opleggen.

Op de precieze uitwerking en de voors en tegens van deze constructie zal ik in hoofdstuk VI uitgebreid terug komen. In dit verband is relevant om de relatie tussen de vrijwillig aanvaarde beperking en het leerstuk van de beperking van grondrechten kort te bezien.

Uit het slothoofdstuk van Burkens' dissertatie blijkt dat voor hem de vrijwillig aanvaarde beperking van grondrechten buiten het kader valt van het eigenlijke leerstuk van de beperking van grondrechten.²⁴³ Dat art. 23 Gw in lid 2, en alleen daar, uitdrukkelijke beperkingsmogelijkheden bevat is in zoverre niet van belang: mits vrijwillig aanvaard, zouden andere of verdergaande beperkingen van de vrijheid van onderwijs toegestaan zijn. Op het eerste oog lijkt dat het risico in het leven te roepen van té vergaande beperkingen van de vrijheid van richting. Bij nader inzien blijkt dat mee te vallen. In art. 23 lid 5 wordt namelijk juist in verband met de (deugdelijkheidseisen c.q.) bekostigingsvoorwaarden, die de vrijwillige beperking teweeg brengen, de vrijheid van richting gegarandeerd.²⁴⁴ Aldus staat vast dat de wetgever bij het stellen van voorwaarden aan de bekostiging de vrijheid van richting dient te respecteren.²⁴⁵ In art. 23 leden 5 en 6 wordt in het geheel niet gerept van beperkingsmogelijkheden; in zoverre is het terecht om van een (vrijwel, gezien lid 2) absolute, dat wil zeggen: niet te beperken vrijheid van richting te spreken.²⁴⁶

Van een vrijwillig aanvaarde beperking van een grondrecht kan ook sprake zijn in de horizontale verhouding tussen schoolbestuur en werknemer. In de regel zal het de werknemer zijn die op basis van zijn arbeidsverhouding met het schoolbestuur zekere beperkingen van zijn grondrechten (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van meningsuiting, recht op privacy) moet dulden. Ook voor deze vorm van vrijwillig aanvaarde beperkingen geldt

243 (1971), 166 e.v. en m.n. 168/169. Zo ook: J. Donner (1978), 60; Heringa (1989), 132.

244 Daarnaast zal de beperking aan dezelfde eisen (van evenredigheid en subsidiariteit bijvoorbeeld) moeten voldoen als hierna i.v.m. de contractuele beperking worden genoemd. Aldus ook: J. Donner (1978), 62.

245 In nt 43 wees ik er op dat lid 5 en lid 6 in wezen een doublure zijn ten opzichte van lid 2; hier blijkt dat die doublure bepaald niet zonder zin is.

246 Analooq aan hetgeen hierna over de vrijwillige beperking van grondrechten bij contract (in horizontale verhoudingen) gezegd wordt, zou strikt genomen denkbaar zijn dat het schoolbestuur in zijn relatie met de overheid accoord gaat met beperkingen van zijn grondrechten die niet door de Grondwet worden toegelaten, m.n. als daar door de overheid te verschaffen voordelen (subsidie) tegenover staan. Dergelijke beperkingen lijken acceptabel, mits vast staat dat de beperking in volledige vrijheid aanvaard wordt. Zo niet, dan is deze mogelijkheid afgesloten. Vgl. in verband hiermee: hoofdstuk VI, par. 6.2.

dat zij enerzijds een reëel doel kan dienen, maar dat anderzijds ook het risico van een te vergaande beperking dreigt. Tevens geldt dat enerzijds verdergaande beperkingen dan de Grondwet toestaat acceptabel kunnen zijn, juist ook omdat zij vrijwillig aanvaard zijn, maar dat anderzijds op grond van de aard van partijen vraagtekens gezet kunnen worden bij die vrijwilligheid.

Hoe een en ander juridisch benaderd moet worden is niet in alle opzichten duidelijk.²⁴⁷ Uitgangspunt moet waarschijnlijk zijn dat afstand van een grondrecht niet mogelijk is en dat uitsluitend denkbaar is de tijdelijke beperking van de werking van het grondrecht.²⁴⁸ Daarnaast lijkt verdedigbaar het uitgangspunt dat de contractuele beperking van de werking van een grondrecht in beginsel geldig is.²⁴⁹ In dat verband moet wel een aantal voorwaarden worden gesteld. De beperking moet naar aard en omvang nodig zijn met het oog op de belangen van (i.c.) het schoolbestuur.²⁵⁰ De aard van het grondrecht moet zich naar zijn inhoud niet verzetten tegen de beperking; de beperking mag het grondrecht ook niet geheel uithollen.²⁵¹ Aard en omvang van de beperking en haar vrijwillige aanvaarding moeten ondubbelzinnig vast staan.²⁵²

4.5 CONFLICTERENDE GRONDRECHTEN

Van conflicterende grondrechten is sprake als 'een grondrechtsgerechtigde zich beroept op een grondrecht tegenover een grondrechtelijke aanspraak van een andere grondrechtsgerechtigde', aldus Burkens.²⁵³ Waar het gaat om de sociaal-rechtelijke positie van de werknemer in het bijzonder onderwijs kunnen grondrechtenconflicten zich op twee niveaus voordoen: op verticaal niveau, als de wetgever bij het vaststellen van (onderwijs- dan wel sociaal-rechtelijke) wetgeving geconfronteerd wordt met in eerste instantie niet met elkaar te verenigen grondrechtenaanspraken van de zijde van het schoolbestuur en van de zijde van de werknemers, en op horizontaal niveau, als de rechter in een concreet geval geconfronteerd wordt met de tegenstrijdige, aan grondrechten ontleende aanspraken van schoolbestuur en werknemer(s).²⁵⁴

Al in par. 4.2 wees ik er op dat het belang van het leerstuk van de conflicterende grondrechten voor het onderhavige onderzoek niet moet worden overdreven. Veel potentiële botsingen worden vermeden door interpretatie,

247 Vgl. Dirix (1982), 63-64, 80-81.

248 Vgl. Elders (1986), 30; Akkermans (1983); Van Wezel (1989), 3 e.v.

249 Aldus ook: Hartkamp (1989), 40 e.v.

250 Vgl. Rimanque/Peeters (1982), 23. M.n. deze voorwaarde biedt de kans om te differentiëren; niet ieder schoolbestuur zal aan iedere werknemer dezelfde eisen kunnen stellen. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.8.

251 HR 31-10-1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck); Ktr Amsterdam 11-2-1983, AB 1983, 277.

252 Vgl. Biesheuvel (1981), 221; Jacobs (1985), 65. Uit jurisprudentie over het 'ius de non evocando' blijkt dat op dit punt geen al te hoge eisen gesteld worden, niet hoger althans omdat van de beperking van een grondrecht sprake is. Vgl. Brenninkmeijer (1982), 355 e.v.

253 (1989), 139.

254 Vgl. ook: Bergamin (1982), 533 e.v.; Burkens (1989), 140-141; Prakke c.s. (1989), 257 e.v.

door beperkingen die de wetgever aanbrengt en door vrijwillig aangebrachte beperkingen. De kwestie is niettemin van voldoende belang – en dat op beide hiervoor geschetste niveau's – om er kort bij stil te blijven staan.

Tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13872 is de botsing van grondrechten uitsluitend aan de orde gekomen in verband met het onderwerp 'misbruik van grondrechten', dat inderdaad een onderdeel vormt van de problematiek van de botsende grondrechten.²⁵⁵ In verband met de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs is het (deel)onderwerp 'misbruik van grondrechten' niet interessant. Er mag van uit worden gegaan dat, als de aan grondrechten ontleende aanspraken van schoolbestuur en werknemer botsen, beide partijen zich in beginsel terecht beroepen op 'hun' grondrechten. In wezen treedt de problematiek van de botsende grondrechten zo veel pregnanter aan het daglicht dan in geval van misbruik. Daar zal de één, als 'misbruiker', geen of minder bescherming verdienen dan de ander. Die oplossing zal in verband met schoolbestuur en werknemer niet passend zijn, terwijl wetgever en rechter niet aan het grondrechtenconflict voorbij kunnen gaan en naar een oplossing zullen moeten zoeken.

Strikt genomen moet die oplossing – als zich inderdaad een botsing blijkt voor te doen – worden gevonden in het kader van het leerstuk van de beperking van grondrechten.²⁵⁶ In par. 4.4.1 wees ik er op dat een beperking noodzakelijk kan zijn met het oog op de bescherming van een ander, blijkbaar zwaarder wegend belang. Het is niet ondenkbaar dat dat 'andere' belang eveneens als grondrecht in Grondwet en/of verdragen beschermd wordt. In verband met de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs is dat zelfs in de regel het geval, met name als gevolg van de zeer ruime formuleringen van bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling en van het grondrecht inzake rechtspositie en medezeggenschap.

De benadering van een grondrechtenconflict volgens het leerstuk van de beperking van grondrechten betekent dat het conflict niet wordt opgelost en dat een van beide betrokkenen zal moeten berusten in (bijvoorbeeld) een wet of een vonnis waarin uitdrukkelijk inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht. Een dergelijke inbreuk is, zoals eerder bleek, in beginsel alleen mogelijk als de Grondwet de mogelijkheid daartoe opent. Daarin schuilt een potentiële bron van problemen, want het is allerm minst zeker dat de grondwetgever alle mogelijke conflicten voorzien heeft. Zouden inderdaad problemen rijzen op dit punt, dan bieden de ontsnappingsmogelijkheden die de regering zelf al aangaf wellicht een oplossing. Veel duidelijkheid vooraf bestaat zo niet.

Dat is recent gebleken in verband met de ontwerp-AWGB. Duidelijk is dat in verband met de AWGB de vrijheid van richting in het geding is en (moge-

255 TK 1975-1976, 13872 nr 3, 8. Vgl. daarover: Kortmann (1987), 57 e.v.; Burkens (1989), 157 e.v. Ook in internationale verdragen komt de problematiek van de grondrechtenconflicten uitsluitend aan de orde i.v.m. de mogelijkheid van misbruik (vgl. art. 17 EVRM, art. 5 lid 1 IVBPR, art. 5 lid 1 IVESCR).

256 Vgl. Burkens (1989), 140.

lijk) beperkt wordt. Een dergelijke beperking is in beginsel niet toegelaten; dat wordt nog eens extra onderstreept door de vermelding van de vrijheid van aanstelling (en ontslag) in art. 23 lid 6 Gw. De AWGB kan moeilijk gezien worden als een (eventueel toegestane) algemene beperking, nu zij een bepaling bevat die enkel en alleen betrekking heeft op het bijzonder onderwijs en die beoogt om een bepaalde afweging van de aanspraak op gelijke behandeling en de vrijheid van onderwijs dwingend op te leggen aan schoolbestuur en werknemer.²⁵⁷ Voor de Raad van State is dat aanleiding geweest om te adviseren eerst de Grondwet aan te passen alvorens de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de benoeming van onderwijsgeven den te beperken.²⁵⁸ De regering deelt kennelijk de opvatting van de Raad van State dat de tekst van art. 23 Gw de beperking van de vrijheid van richting, die van het invoeren van de AWGB het gevolg kan zijn, niet toelaat. Zij verdedigt namelijk haar beslissing om de ontwerp-AWGB toch bij de Tweede Kamer in te dienen met een beroep op de 'redelijke uitleg' van het onderwijsartikel – de derde van de drie in 1976 aangegeven uitwegen.²⁵⁹ In het licht van de reeds tot stand gebrachte wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling (maar ook om andere argumenten) lijkt dat een te billijken standpunt.²⁶⁰ In hoofdstuk VIII kom ik daar uitgebreid op terug.²⁶¹ Hier is van belang om te constateren dat in geval van een grondrechtenconflict het leerstuk van de beperking van grondrechten weinig doorslaggevend oplevert ter beslechting van het conflict.

Een veel duidelijker oplossing van het probleem van de botsende grondrechten zou bereikt worden als de grondrechten in een hiërarchische volgorde zouden kunnen worden gerangschikt, zodat, in geval van een conflict, duidelijk is welk grondrecht dient te prevaleren. Zo is tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13873 uitdrukkelijk gesteld dat de verwezenlijking van sociale grondrechten dient te geschieden met in achtname van de klassieke grondrechten en de in dat verband opgenomen beperkingsclausules.²⁶² Dat standpunt lijkt duidelijkheid te bieden in geval van een conflict tussen een klassiek en een sociaal grondrecht. Maar ook hier is uitsluitend sprake van een uitgangspunt, want de ontsnappingsmogelijkheden zijn ook in dit verband relevant. Daar komt bij dat het regeringsstandpunt inzake de beperking van grondrechten op dit moment niet op art. 23 Gw van toepassing is.

Ten aanzien van conflicten van aan klassieke grondrechten ontleende aanspraken is aan de parlementaire behandeling van wetsontwerp 13872 in het

257 Vgl. art. 5 lid 2 sub c ontwerp-AWGB. Vermeulen (1990, 37) lijkt te twijfelen op dit punt.

258 Vgl. het Advies van de Raad van State d.d. 29-10-1990, TK 1990-1991, 22014, B, 7.

259 Vgl. par. 4.4.1. De regering lijkt aldus de nieuw, strikt genomen nog niet op art. 23 Gw van toepassing zijnde 'beperkingsleer' te hanteren.

260 Aldus ook: Vermeulen (1989), 58.

261 Vgl. par. 4.4 en m.n. par. 4.4.7 i.v.m. de wetgeving terzake van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

262 Hand. TK 1976-1977, 2122. Vgl. daarover: Burkens (1989), 143-144; Heringa (1989), 122 e.v., 279 e.v.

geheel geen idee over een grondrechten-hiërarchie te ontleen.²⁶³ In de literatuur zijn wel pogingen in die richting ondernomen, met name met het oog op de botsing van enerzijds art. 1 Gw en anderzijds de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs. Sommigen nemen het standpunt in dat art. 1 Gw dient te prevaleren.²⁶⁴ Anderen betogen daarentegen dat de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs voorrang hebben.²⁶⁵

Ik zie er van af om op dit punt een standpunt in te nemen. Het lijkt niet of nauwelijks voorstelbaar dat op basis van juridisch-sluitende argumenten een aanvaardbare hiërarchie kan worden gevonden; de tegengestelde uitkomsten van de tot nu toe ondernomen pogingen geven dat in wezen al aan.²⁶⁶ Daar komt bij dat, zelfs als dat in abstracto al zou kunnen, die hiërarchie toch niet meer dan een uitgangspunt zal kunnen zijn. Het lijkt onmogelijk dat (bijvoorbeeld) een uitdrukkelijke keuze voor óf art 1 Gw óf de artt. 6 en 23 Gw steeds tot een bevredigende uitkomst leidt. Dat geldt voor de wetgever, maar zeker ook voor de rechter als die in concreet, 'horizontaal' geval met een dergelijk conflict geconfronteerd zou worden.

De beste aanpak lijkt af te wachten of zich een grondrechtenconflict voordoet en zo ja, van welke aard en omvang, om vervolgens te bezien hoe een oplossing bereikt kan worden, conform de hoofdregel van het leerstuk van de beperking van grondrechten of conform een van de in dat verband geboden uitzonderingsmogelijkheden. Op die wijze, die neerkomt op een afweging van de door de desbetreffende grondrechten beschermde belangen in het concrete geval, zal ik in de hoofdstukken hierna ingaan op eventuele conflicten van grondrechten.²⁶⁷

5 Conclusies

5.1 VOORAF

Hierna zal ik een overzicht geven van de belangrijkste bevindingen in de voorgaande paragrafen. De bevindingen worden gepresenteerd in de vorm van conclusies. Zij zijn echter niet bedoeld als het laatste woord over de materie in

263 Voor internationale grondrechten geldt hetzelfde. Vgl. Van der Hoeven (1984), 124.

264 Bijv.: Bergamin (1983), 531-532, 535.

265 Bijv.: Van der Hoeven (1984) en (1989). In dezelfde richting, maar wat afgezwakt: Van Wissen (1989, 50), die uitgaat van een rechtsvermoeden ten voordele van de 'oude' klassieke grondrechten.

266 Vgl. ook: Heringa/Zwart (1985), 640; Burkens (1989), 145 e.v. Ook de regering wijst de opvatting dat sprake kan zijn van een rangorde af. Vgl. de MvT bij de ontwerp-AWGB, TK 1990-1991, 22014, nr 3, 6.

267 Eenzelfde benadering is ook aan te treffen bij c.q. wordt verdedigd door: Van der Burg (1982), 66; Meuwissen (1984), 228; Drop (1985), 205-207, 241; Elders (1986), 27 e.v.; Biesheuvel (1986), 55 e.v.; Burkens (1989), 148.

kwestie. Ik zal de hierna te presenteren conclusies juist als vertrekpunt nemen bij de bespreking van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs in de hiernavolgende hoofdstukken. Zij zullen daarbij verder uitgewerkt, onderbouwd en genuanceerd worden. In zoverre kan net zo goed van uitgangspunten gesproken worden.

5.2 DE CONCLUSIES

5.2.1 *Uitgangspunt*

In hoofdstuk II is gebleken dat binnen de Nederlandse samenleving in de afgelopen drie decennia ingrijpende veranderingen hebben plaats gehad, waardoor een einde werd gemaakt aan de centrale rol die de godsdienst voor veel Nederlanders had en aan de daarmee verband houdende verzuildeheid van de samenleving. Daarnaast werd geconcludeerd dat deze veranderingen voor een deel aan het bijzonder onderwijs zijn voorbij gegaan, waardoor het bijzonder onderwijs nog steeds een verzuilde aanblik biedt. Tevens werd geconcludeerd dat, wanneer meer op het inwendige wordt gelet, geloofsafval, ontkerkelijking en ontzuiling zeker hun invloed hebben gehad binnen het bijzonder onderwijs.

Al in het eerste hoofdstuk poneerde ik de stelling dat de veranderingen in het bijzonder onderwijs en in de samenleving als geheel weinig of geen invloed hebben (gehad) op het onderwijsgrondrecht en op de daaraan ontleende aanspraken. De inhoud van de voorgaande paragrafen bevestigt de juistheid van die stelling.

Er is geen sprake van dat de ten behoeve van het bijzonder onderwijs aan het onderwijsgrondrecht ontleende aanspraken worden afgezwakt, bijvoorbeeld als gevolg van de afnemende behoefte aan uitdrukkelijk confessioneel onderwijs, of dat zij van inhoud veranderen, bijvoorbeeld als gevolg van de stijgende behoefte aan onderwijs op basis van uitgesproken onderwijskundige opvattingen.

Het onderwijsgrondrecht als zodanig is onveranderd gebleven en ook in de interpretatie ervan is weinig merkbaar van veranderingen in onderwijs en samenleving sedert de jaren zestig.²⁶⁸ Het onderwijsgrondrecht is daardoor het grondrecht van het confessioneel-bijzonder onderwijs gebleven, zoals het dat vanaf het eerste begin – in de vorige eeuw – is geweest. Sterker nog: in een aantal opzichten is de interpretatie van het onderwijsgrondrecht zelfs nog verder aangescherpt, met name in de jaren zeventig en tachtig. Dat geldt voor de opvattingen over de vrijheid van inrichting²⁶⁹, over de deugdelijkheidseisen²⁷⁰ en over het dragerschap van het onderwijsgrondrecht.²⁷¹

268 Vgl. par. 2.3.

269 Vgl. par. 2.4.4.

270 Vgl. par. 2.6.5.

271 Vgl. par. 2.7.8.

5.2.2 *Vrijheid van onderwijs is vrijheid van richting*

Tegen de achtergrond van hetgeen in hoofdstuk II over het bijzonder onderwijs in de jaren zeventig gezegd werd, hoeft deze aanscherping van de interpretatie van het onderwijsgrondrecht niet te verbazen. Het bijzonder onderwijs leek bedreigd. Des te groter zullen de voorstanders van het bijzonder onderwijs de noodzaak hebben gevoeld om het 'bijzondere' te bewaken en te bewaren. De politieke verhoudingen van dat moment maakten het mogelijk dat te doen.²⁷²

Deze ontwikkeling is in zoverre begrijpelijk, maar niet terecht. In de voorgaande paragrafen is dat ten aanzien van alle drie de 'aanscherpingen' uitgebreid aan de orde gekomen.²⁷³

De conclusie moet dan ook zijn dat de aanspraak op vrijheid van richting de enige 'harde' aan het onderwijsgrondrecht te ontleenen aanspraak op overheidsonthouding is.²⁷⁴ Die aanspraak omvat mede de vrijheid ten aanzien van de inrichting van onderwijs, school en rechtspersoon, voor zover de richting in dat verband in het geding is.²⁷⁵ Afgezien van de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting voor zover richting en inrichting samenhangen kan aan art. 23 Gw geen aanspraak op overheidsonthouding worden ontleend.²⁷⁶

Dat de vrijheid van richting een sterke aanspraak geeft op overheidsonthouding wil niet zonder meer zeggen dat het gehele bijzonder onderwijs daarop aanspraak kan maken. In het voorgaande werden in dat verband vraagtekens gezet bij de (eventuele) aanspraken van confessioneel- of levensbeschouwelijk-bijzondere scholen die dat nog slechts in naam zijn en bij de (eventuele) aanspraken vanuit het algemeen-bijzonder onderwijs.²⁷⁷

5.2.3 *Bezwaren*

Dit zijn conclusies, waarvan op voorhand gezegd kan worden dat zij vergaande gevolgen kunnen hebben voor de inhoud van de volgende hoofdstukken.

Ik stel in verband daarmee voorop dat het ten dele niet van harte is dat deze conclusies getrokken worden. Duidelijk is dat het onderwijsgrondrecht, gezien het huidige bijzonder onderwijs, te zeer op het confessioneel-bijzondere is toegesneden. In een aantal gevallen worden om de reden aan art. 23 Gw te vergaande aanspraken ontleend. Daar staat tegenover dat in andere opzichten de aanspraak op overheidsonthouding niet meteen als onzinnig terzijde kan worden geschoven, maar dat art. 23 Gw niet de mogelijkheid biedt om na te gaan of de aanspraak terecht wordt gemaakt, laat staan om die aanspraak te legitimeren.²⁷⁸

272 Vgl. par. 2.3. Vgl. ook hoofdstuk X, par. 2 i.v.m. de WMO.

273 Vgl. par. 2.4.4; par. 2.6.5; par. 2.7.9.

274 Vgl. par. 2.4; par. 4.4.2 en 4.4.3.

275 Vgl. par. 2.4.4.

276 De (niet onbeperkte) vrijheid van oprichting buiten beschouwing gelaten. Vgl. par. 2.4.3.

277 Vgl. par. 2.4.6; par. 2.4.7.

278 Vgl. par. 2.4.4 en par. 2.6.

5.2.4 Alternatieven

Alternatieve grondslagen voor de aanspraak op overheidsonthouding zijn er op het eerste oog echter niet of nauwelijks.

Een (al te ruimhartige) uitbreiding van het begrip 'richting' tot onderwijskundige opvattingen, in die zin dat de vrijheid van richting ook de vrijheid van het bijzonder onderwijs op onderwijskundig gebied zou beschermen, zou betekenen dat de hiervoor in verband met de vrijheid van inrichting (in de ruime opvatting) beschreven problemen verschuiven naar het gebied van de vrijheid van richting.²⁷⁹

Het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel bieden inhoudelijk meer houvast. Zij maken het mogelijk om het 'wanneer' en het 'hoeveel' van het overheidsoptreden ter discussie te stellen. Een probleem is uiteraard dat de beide beginselen niet de status hebben van een grondrecht.²⁸⁰

Zou, meer dan op dit moment lijkt te gebeuren, acht worden geslagen op het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel, dan zou dat betekenen dat de direct betrokkenen binnen het bijzonder onderwijs meer zeggenschap zouden krijgen. Die zeggenschap zou niet exclusief dienen toe te komen aan de schoolbesturen en hun organisaties. Op dat punt zijn de in par. 2.7 getrokken conclusies duidelijk genoeg: invloed van de ouders op de gang van zaken in de school kan niet uitgesloten of beperkt worden met een beroep op de vrijheid van onderwijs als een exclusief aan de schoolbesturen toekomend recht.²⁸¹

Een alternatief voor de vrijheid van onderwijs op het beperkte, maar zeer belangrijke terrein van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs is het (grond)recht op collectief overleg. Dit grondrecht kwam aan de orde met het oog op de positie van de werknemers en hun organisaties. Ook de schoolbesturen en hun organisaties kunnen echter aanspraak maken op 'hun' recht op overleg.²⁸²

5.2.5 Heersende leer

De hiervoor weergegeven conclusies zijn niet in alle opzichten in overeenstemming met de heersende leer. Zo wordt door de wetgever, de rechter en de direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs ten dele wel degelijk waarde gehecht aan de vrijheid van inrichting als zelfstandig deel van het onderwijs-

²⁷⁹ Vgl. par. 2.4.6.

²⁸⁰ Vgl. par. 2.4.4, par. 2.6.5.

²⁸¹ De positie van de werknemers is een andere: zij zijn geen dragers van het onderwijsgrondrecht, wat kan betekenen dat zij eventueel nadelige gevolgen kunnen ondervinden van de door schoolbestuur en/of ouders aan het onderwijsgrondrecht ontleende aanspraken. Vgl. par. 2.7.2, par. 2.8.

²⁸² Vgl. par. 3.3.3. Ook op twee andere plaatsen bleek dat aan het onderwijsgrondrecht aanspraken worden ontleend die zeker zo goed, zo niet beter op andere wijze gefundeerd kunnen worden. Vgl. par. 2.7.2, i.v.m. de vraag of de werknemers dragers zijn van het onderwijsgrondrecht, en par. 2.7.9, i.v.m. een zekere mate van beleidsvrijheid van het schoolbestuur ten opzichte van de ouders (als eventuele dragers van het onderwijsgrondrecht).

grondrecht. Met deze opvatting zal hierna uiteraard rekening moeten worden gehouden. Datzelfde geldt voor de opvatting dat er verschil is tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden²⁸³ en voor de opvatting dat het schoolbestuur als zodanig drager is van de vrijheid van onderwijs.

5.2.6 Grondrechten aan werknemerszijde

Behoudens de 'algemene' (klassieke) grondrechten in Grondwet en verdragen zijn er weinig of geen grondrechten aan werknemerszijde die qua belang voor de rechtspositie van de werknemers kunnen wedijveren met het belang dat het onderwijsgrondrecht heeft voor de schoolbesturen.²⁸⁴

Dat is zeker het geval vanuit de positie van de individuele werknemer die overheid of schoolbestuur voor de rechter zou willen dwingen om rekening te houden met zijn grondrechten. Als gevolg van hun sociale karakter en/of van het feit dat zij niet een eenieder verbindend karakter hebben of als gevolg van het toetsingsverbod in art. 120 Gw levert het grootste deel van de sociaal-rechtelijke grondrechten in dit opzicht weinig concreets op.²⁸⁵ Aan het gebrek aan 'afdwingbaarheid' zal ik mij hierna niet al te zeer storen. Ik zal er van uit gaan dat de wetgever zich zonder meer gehouden dient te voelen om de verschillende relevante grondrechten in acht te nemen.

Een ander bezwaar van de sociaal-rechtelijke grondrechten bleek hun weinig concrete inhoud. Ook daaraan behoeft niet al te zwaar getild te worden, gezien het gestelde in par. 3.4: de kwaliteit van de rechtspositie van de werknemers elders in de private sector dient als uitgangspunt genomen te worden bij het vaststellen van de aanspraken die de werknemers in het bijzonder onderwijs aan de diverse sociaal-rechtelijke grondrechten kunnen ontleen.

5.2.7 Afweging

Met het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten (zo nodig te concretiseren aan de hand van sociaal-rechtelijke wetgeving en jurisprudentie inzake de private sector in het algemeen) zijn de principiële kanten geschetst van de tegenstelling die het gehele onderzoek zal beheersen: die tussen de belangen van het schoolbestuur en de belangen van de werknemers.²⁸⁶

283 In dat verband dient een vraag aan de orde te komen die in dit hoofdstuk uitdrukkelijk onbeantwoord is gelaten, namelijk de vraag wat het betekent dat de onderwijswetgeving grotendeels is gegoten in de vorm van 'regels' voor het openbaar onderwijs en 'bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs. Vgl. hoofdstuk VI.

284 Ik verwijs in dit verband naar de conclusie die in par. 2.7 getrokken werd, namelijk dat de werknemers in het bijzonder onderwijs geen dragers zijn van het onderwijsgrondrecht.

285 Vgl. par. 3.3, par. 3.4.

286 En de belangen van de overheid en van de ouders. Die belangen kunnen inmiddels wat preciezer worden benoemd. Aan overheidszijde is er het belang van de deugdelijkheid van het onderwijs (par. 2.4.1), het belang van de concurrentiepositie van het openbaar onderwijs ten opzichte van het bijzonder onderwijs (par. 2.8.4) en, i.v.m. de omvang van de bekostiging, het algemeen sociaal-economisch belang (par. 2.5.4). Aan de zijde van de ouders (en de leerlingen en de studenten) is er naast het vanzelfsprekende belang van de deugdelijkheid van het onderwijs, het belang van de zeggenschap over de gang van zaken in de school.

De voornaamste conclusie die op dat punt uit het voorgaande getrokken kan worden is dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat in geval van strijd de ene categorie belangen per se boven de andere gesteld dient te worden.²⁸⁷

Wel zal ik op basis van het gestelde in par. 3.4 als uitgangspunt hanteren dat het sociaal-recht elders in de private sector de norm aangeeft en dat eventuele afwijkingen gerechtvaardigd moeten worden door de met het onderwijsgrondrecht gediende belangen. Daardoor ligt in zekere zin de bewijslast aan de zijde van het schoolbestuur. Dit uitgangspunt is echter niet meer dan een wijze van benaderen, die niet af doet aan de conclusie dat in het concrete geval zo open en eerlijk mogelijk een afweging moet worden gemaakt.

287 Vgl. par. 4.5.

Hoofdstuk IV – De rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer

1 Inleiding

1:1 HET BELANG VAN DE KWALIFICATIE

Welke is de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer?¹ Deze vraag zal in dit hoofdstuk centraal staan. De vraag naar de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer is een belangrijke vraag, die een uitdrukkelijke behandeling verdient, niet omdat de kwalificatie als zodanig van groot belang is, maar met het oog op haar rechtsgevolgen. De aard van de rechtsverhouding bepaalt voor een belangrijk deel welk recht van toepassing is op de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer en tot welke rechter beide partijen zich kunnen wenden in geval van een geschil.²

Niettemin is het van belang om de kwalificatievraag in eerste instantie als een afzonderlijk te beantwoorden vraag te zien. Dat is zeker het geval in verband met het bijzonder onderwijs, waar, met het oog op de vrijheid van onderwijs, de kwalificatievraag een speciaal belang krijgt. Een kwalificatie van de rechtsverhouding als 'dienstbetrekking uit arbeidsovereenkomst' of als 'aanstelling als ambtenaar' zou de toepasselijkheid van een uitgebreid stelsel van voornamelijk dwingend arbeidsrecht respectievelijk ambtenarenrecht tot gevolg hebben. Gevolg daarvan zou een (te) vergaande beperking van de vrijheid van onderwijs – die naar heersende leer aan de schoolbesturen/werkgevers toekomt – kunnen betekenen. Een kwalificatie als 'overeenkomst tot

1 Het begrip 'werknemer' gebruik ik hier en in de rest van dit hoofdstuk in de betekenis van degene die geheel, althans mede ten behoeve van een ander arbeid verricht, onafhankelijk van de aard van de (juridische) relatie op grond waarvan dat gebeurt. Ik gebruik het begrip 'werknemer' in beginsel dus niet in zijn betekenis van een van de partijen bij een arbeidsovereenkomst. Wanneer ik daar op doel, zal ik dat uitdrukkelijk aangeven. Ook het begrip 'werkgever' gebruik ik vooralsnog vooral in de niet-juridische betekenis van degene die een ander geheel, althans mede ten behoeve van zichzelf laat werken.

2 Reeds Koopmans (1965, 5) wijst er op dat de arbeidsovereenkomst steeds minder het exclusieve aanknopingspunt voor het sociaal recht is. Dat zal ook in hoofdstuk V blijken; m.n. in de par. 3 e.v.

het verrichten van enkele diensten' zou niet, althans veel minder een dergelijke risico in het leven roepen, omdat deze kwalificatie voor de schoolbesturen (en de werknemers) een nagenoeg volledige contractsvrijheid in stand zou laten. Een kwalificatie als 'rechtsfiguur sui generis' zou hetzelfde gevolg hebben. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Van der Net juist met het oog op de vrijheid van onderwijs tot die kwalificatie komt.³

Hiermee wil overigens niet gezegd zijn dat de optimale realisering van de vrijheid van onderwijs zonder meer voorop dient te staan bij de kwalificatie van de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Integendeel, ook voor de werknemer staan grote, in veel opzichten met die van het schoolbestuur strijdige belangen op het spel.⁴ Een nagenoeg absolute contractsvrijheid, gevolg van een kwalificatie als overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (of als rechtsverhouding sui generis), is zeker niet in zijn voordeel. Als de vrijheid van onderwijs zich al tegen de kwalificatie als arbeidsovereenkomst zou verzetten, dan wijst de strekking van het arbeidsrecht eerder in tegengestelde richting. De (negatieve) kwalificatie als 'in elk geval geen arbeidsovereenkomst' mag niet te lichtvaardig gegeven worden.

Al met al lijkt het goed om de kwalificatie van de arbeidsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer zoveel mogelijk 'neutraal' te verrichten, los van de (on-)wenselijkheid van bepaalde rechtsgevolgen, om pas in geval van duidelijke twijfel (mede) oog te slaan op de voors en tegens van een bepaalde kwalificatie.⁵

Arbeid kan op grond van een groot aantal verschillende (rechts-)verhoudingen verricht worden. Voor zover het juridische relaties, rechtstreeks gericht op het verrichten van arbeid betreft, is het aantal mogelijkheden echter beperkt. In dat verband is het gebruikelijk een tweedeling te maken tussen zelfstandig verrichte arbeid en onzelfstandig verrichte arbeid.⁶ Zelfstandige arbeid wordt over het algemeen gekenmerkt door haar incidenteel karakter en/of door een groot aantal 'tegenpartijen' ten behoeve waarvan zij verricht wordt, waarbij de rechtsverhouding degene die de arbeid verricht een grote mate van vrijheid laat en tegelijkertijd (vaak: grote) financiële risico's niet uitsluit.⁷ Zelfstandige arbeid wordt juridisch met name vormgegeven door de overeenkomst tot aanneming van werk en die tot het verrichten van enkele diensten. Onzelfstandige arbeid vertoont uiteraard precies tegengestelde kenmerken: zij wordt gedurende in de regel langere tijd voor een of slechts enkele 'tegenpartijen' verricht; de vrijheid om zelf de arbeid vorm te geven is over het algemeen gering; de financiële risico's voor degene die de arbeid verricht zijn,

³ (1977), 224.

⁴ Vgl. ook hoofdstuk III, par. 4.1.

⁵ M.n. als de kwalificatie als (al dan niet) arbeidsovereenkomst niet goed mogelijk is uitsluitend op basis van de vier essentialia van art. 1637a BW, verdient het m.i. aanbeveling om (de passendheid van) de rechtsgevolgen uitdrukkelijk in het oog te houden. Vgl. par. 3.3.1.

⁶ Vgl. over dit onderscheid: De Leede/Srijbos (1981), 125 e.v.; Van Langendonck (1986), 9 e.v.

⁷ Vgl. de Circulaire van de Sociale Verzekeringsraad (nr 598, d.d. 22-03-1977), aangehaald door De Leede/Srijbos (1981), 73/74.

indien al aanwezig, zeer beperkt. Onzelfstandige arbeid wordt voor zover niet berustend op een aanstelling als ambtenaar, in de regel verricht op grond van een arbeidsovereenkomst.

1.2 HET BIJZONDER ONDERWIJS IN HET ALGEMEEN

Ook in het bijzonder onderwijs (dit begrip voorlopig opgevat in de ruimste zin van het woord, als alle onderwijs niet uitgaande van de overheid) is de tweedeling tussen zelfstandige en onzelfstandige arbeid terug te vinden.

Veel onderwijsactiviteiten gaan uit van individuele personen. In de regel berust het onderwijs in dat geval op een rechtstreekse relatie tussen onderwijsgever en onderwijsvrager. Een goed – haast klassiek – voorbeeld is de pianoleeraar, die wekelijks een zeker aantal leerlingen thuis ontvangt en piano-onderricht geeft. In juridisch opzicht zal in dit en in soortgelijke gevallen nagenoeg steeds sprake zijn van zelfstandige arbeid; juridisch vormgegeven door middel van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.⁸

Onderwijs kan ook uitgaan van grotere organisatorische verbanden, waarbinnen een vaak groot aantal personen direct of indirect ten behoeve van het onderwijs werkzaam is. Hierbij kan gedacht worden aan instellingen voor schriftelijk onderwijs en volksuniversiteiten, maar ook aan particuliere ballet- en muziekscholen. De rechtsvorm waarbinnen onderwijsactiviteiten als deze verricht worden, is in beginsel vrij. Zowel een 'eenmanszaak', een contractueel samenwerkingsverband, als enige vorm van rechtspersoonlijkheid zijn denkbaar. In al deze gevallen zal het geven en ontvangen van onderwijs op een tweetal rechtsrelaties stoelen. In de eerste plaats is er de rechtsrelatie tussen de school en de onderwijsvrager: een overeenkomst, zonder dat daar in juridisch opzicht veel meer over te zeggen is. In de tweede plaats is er de rechtsrelatie tussen de school en degenen die daarbinnen werkzaam zijn. Deze laatste rechtsrelatie zal in de regel een arbeidsovereenkomst zijn. In uitzonderingsgevallen kan sprake zijn van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, met name als het gaat om werkzaamheden ten behoeve van de school die van meer incidentele aard zijn, of om werkzaamheden die weliswaar regelmatig, maar slechts gedurende korte tijdsruimten verricht worden.⁹

1.3 HET BIJZONDER BASIS-, SPECIAAL, VOORTGEZET EN HOGER BEROEPSONDERWIJS

Ik stap nu over naar het meer beperkte gebied van het door de overheid bekostigde bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs. Het-

⁸ Vgl. Van der Grinten (1990), 19, met verwijzingen naar (oude) jurisprudentie.

⁹ Vgl. De Leede/Strijbos (1981), 39 e.v.; Van der Grinten (1990), 19.

geen hiervoor geconstateerd werd ten aanzien van het bijzonder onderwijs in het algemeen, gaat in het bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs niet, althans maar zeer ten dele op.

Eenieder, natuurlijk of rechtspersoon, staat het vrij om basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs te geven, behoudens de beperkingen die het gevolg (kunnen) zijn van art. 23 lid 2 Gw. In beginsel zou hetgeen hiervoor over de aard van de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs-in-ruime-zin werd opgemerkt, ook op het bijzonder basis- tot en met hoger beroepsonderwijs van toepassing kunnen zijn. De werkelijkheid is een andere.

In de eerste plaats zijn de bijzondere scholen, willen zij althans voor bekostiging in aanmerking komen, niet vrij in het kiezen van de rechtsvorm waarin zij hun activiteiten gieten. Vanwege de (zekere) garanties die de statutaire doelbepaling en een meervoudig bestuur bieden¹⁰, maar zeker ook met het oog op de wenselijk geachte continuïteit en op de voordelen van een afgescheiden vermogen, bepalen de in de diverse onderwijswetten vastgelegde bekostigingsvoorwaarden namelijk dat het onderwijs dient uit te gaan van rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid.¹¹ Gezien het non-profit karakter van het onderwijs, komen als rechtsvorm in beginsel alleen de formele vereniging en de stichting in aanmerking.¹² Deze voorwaarden brengen met zich mee dat onderwijs op basis van een rechtstreekse juridische relatie tussen onderwijsgever en onderwijsvrager in het huidige basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs vrijwel ondenkbaar is. Deze vormen van onderwijs gaan in de regel uit van verenigingen en stichtingen die zich statutair (mede) ten doel stellen om onderwijs te verzorgen, al zijn de rechtspersonen uiteraard van natuurlijke personen afhankelijk om die doelstelling te kunnen verwezenlijken.

Dat brengt mij op het tweede verschil tussen het bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs (en het wetenschappelijk onderwijs) enerzijds en het overig bijzonder onderwijs anderzijds. Het is namelijk niet zonder meer duidelijk dat de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer een in de eerste plaats door het privaatrecht beheerste arbeidsverhouding is, hetzij arbeids-overeenkomst, hetzij overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. De invloed van de overheid op de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer is namelijk zó duidelijk aanwezig, dat op zijn minst het vermoeden rijst dat de arbeidsverhoudingen in het bekostigde bijzonder onderwijs publiekrechtelijke karaktertrekken hebben, zo zij al niet geheel thuis horen in de sfeer van het publiekrecht.

10 Vgl. Van Haersolte (1961), 16.

11 Artt. 35 WBO, 44 ISOVSO, 49 lid 1 WVO en 85 lid 1 WHBO. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.7.2.

12 Vgl. Leune (1987), 255 e.v. Daarnaast kan het onderwijs uitgaan van een rechtspersoon naar kerkelijk recht in de zin van art. 2:2 BW. Vgl. par. 3.1. Vgl. i.v.m. het non profit-karakter (bijv.) art. 89 WHBO.

Net als ten aanzien van de rechtsvorm zijn het ook hier weer de bekostigingsvoorwaarden die de overheid een sterke invloed geven. Inhoudelijk verschillen de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetten en de daarop gebaseerde rechtspositiebesluiten voor openbaar en bijzonder onderwijs vaak weinig. In het merendeel van de gevallen heeft één regeling zelfs twee functies: tegelijkertijd wettelijke regeling voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarde voor het bijzonder onderwijs. Dat is niet verwonderlijk nu (zoals als eerder werd opgemerkt) principieel uitgangspunt van de onderwijswetgever is, dat openbaar noch bijzonder onderwijs met het oog op de onderlinge concurrentiepositie in een relatief betere positie geplaatst mogen worden.¹³ En ook in de uitsluitend voor het bijzonder onderwijs bedoelde delen van de onderwijswetgeving wijzen terminologie ('akte van benoeming' e.d.) en inhoud (bijvoorbeeld: een uitdrukkelijk beroepsrecht in verband met disciplinaire maatregelen en schorsing; in het beroepsonderwijs: een regeling voor georganiseerd overleg tussen schoolbestuur en ambtenarencentrales) in de richting van het ambtenarenrecht.¹⁴

Het zullen zaken als deze zijn geweest die G.A. van Poelje in verband met de werknemers in het bijzonder onderwijs tot de volgende conclusie leidden:

'Wat nu de rechtstoestand van het personeel aangaat, deze wordt geheel door de regelen van het bestuursrecht beheerst. Een zuivere arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht bestaat ons inziens zeker niet. De dienstverhouding ontstaat door een eenzijdige rechtshandeling van de zijde der besturen, door de wet (...) akte van benoeming of akte van aanstelling benoemd'.¹⁵

Anderzijds zijn er ook wel aanwijzingen om Van Poelje's opvatting in twijfel te trekken en om voor het bekostigde bijzonder onderwijs toch in de eerste plaats aansluiting te zoeken bij het overige bijzonder onderwijs en bij de door het privaatrecht beheerste arbeidsverhoudingen. Het onderwijs gaat tenslotte uit van rechtspersonen naar privaatrecht en van door het privaatrecht 'erkende' rechtspersonen naar kerkelijk recht. De bekostigingsvoorwaarden zijn als zodanig op het eerste oog alleen relevant voor de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en overheid en de terminologie in de onderwijswetten is ook geen zonder meer doorslaggevend argument te noemen.¹⁶ En ook meer principieel, met het oog op de vrijheid van onderwijs ligt het zoeken van aansluiting bij de door het privaatrecht beheerste arbeidsverhoudingen meer voor de hand dan de opvatting dat het bestuursrecht zonder meer van toepassing is.

Als een derde mogelijke kwalificatie is er tenslotte nog de hiervoor aangehaalde opvatting van Van der Net, dat sprake is van een rechtsverhouding

13 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.8.4. Vgl. ook hoofdstuk VII, par. 4.1.

14 Zie (bijv.) de artt. 51 en 52 WVO en 87 en 88 WHBO.

15 (1962), 81.

16 Vgl. over 'misleidende' terminologie i.v.m. het karakter van arbeidsverhoudingen: Koopmans (1962), 173 en 175.

sui generis, met – zo begrijp ik hem – zowel privaats- als publiekrechtelijke karaktertrekken.

De vraag naar de kwalificatie van de rechtsrelatie tussen het schoolbestuur en de werknemers in het bijzonder onderwijs is al met al niet op voorhand duidelijk te beantwoorden. Hierna zal ik daarom aan de hand van de wetgeving, jurisprudentie en literatuur nader ingaan op de vraag welke precies de aard van die rechtsverhouding is. In par. 2 zullen de door het publiekrecht beheerste arbeidsverhoudingen aan bod komen, en met name de ambtenaarsverhouding. In par. 3 zal ik nagaan of sprake is van een rechtsverhouding van privaatrechtelijke aard.

1.4 ARBEID ZONDER RECHTSVERHOUDING TOT HET SCHOOLBESTUUR

Alvorens tot kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs over te gaan, dient een opmerking gemaakt te worden over de veronderstelling die in de hierna te beantwoorden vraag naar de aard van rechtsverhouding tussen het schoolbestuur en de werknemer zit opgesloten, namelijk dat het werk inderdaad verricht wordt op grond van een rechtsverhouding tussen het schoolbestuur en degene die binnen de school werkzaam is.

In veruit de meeste gevallen levert deze veronderstelling uiteraard geen problemen op. Bij wat nadere beschouwing valt echter een aantal uitzonderingen op. Hierbij denk ik niet zozeer aan het vrijwilligerswerk dat in toenemende mate binnen de scholen verricht wordt, door ouders in het kader van de zogenaamde ouderparticipatie, of door andere vrijwilligers, bijvoorbeeld werkloze leerkrachten. Gezien het veelal incidentele en van beide zijden tot niets verpflichtende karakter van de verhouding, heeft het meestal weinig zin deze werkzaamheden in een juridisch licht te bezien. De gedachten gaan eerder uit naar die gevallen waarin arbeid binnen de school weliswaar uitdrukkelijk op basis van een juridische relatie verricht wordt, maar waar die relatie bestaat met een derde-werkgever die de werknemer binnen de bijzondere school tewerkstelt.

In de eerste plaats kan hier gedacht worden aan ten behoeve van het schoolbestuur werkzame uitzendkrachten. Naar heersende opvatting worden zij geacht een arbeidsovereenkomst te sluiten met het uitzendbureau. Zij staan derhalve niet in een rechtsrelatie met – in casu – het schoolbestuur.¹⁷ In een vergelijkbare situatie verkeren ook WSW-ers en gewetensbezwaarden die ten behoeve van het schoolbestuur werkzaam zijn.¹⁸ Deze drie gevallen zijn niet typisch voor het bijzonder onderwijs. Dat zijn wel de zogenaamde vakleerkrachten (bijvoorbeeld voor de vakken muziek of gymnastiek) in het basisonderwijs. De vakleerkracht staat vaak in een rechtsverhouding tot één bijzondere school, is ten behoeve van deze school werkzaam, maar daarnaast

17 Vgl. HR 23-5-1980, NJ 1980, 633 (Manpower).

18 Artt. 16 e.v. en m.n. art. 19 Wet sociale werkvoorziening; art. 13 Wet gewetensbezwaren militaire dienst.

ook ten behoeve van een aantal andere scholen. Tot deze 'andere' scholen staat de vakleerkracht in beginsel niet in een juridische relatie. Ook komt voor de constructie dat een gemeente de vakleerkracht aanstelt om ten behoeve van (vaak openbare en) bijzondere scholen werkzaam te zijn. In dat geval zal de vakleerkracht tot geen van de bijzondere scholen in een rechtstreekse juridische relatie staan.¹⁹

2 De door het publiekrecht beheerste arbeidsverhoudingen

2.1 VOORAF

De veruit meest belangrijke door het publiekrecht beheerste arbeidsverhouding is die tussen (enig onderdeel van de) overheid en de door haar aangestelde ambtenaar. Daarnaast behoren tot de publieke arbeidsverhoudingen onder andere die op grond van benoeming (bijvoorbeeld: ministers), verkiezing (bijvoorbeeld: wethouders, kamerleden), inlijving (militair dienstplichtigen), tewerkstelling (gewetensbezwaarden) en indienstneming (in de zin van de Wet sociale werkvoorziening).²⁰ Voor het beantwoorden van de vraag naar de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer zijn deze arbeidsverhoudingen niet (benoeming, verkiezing) of nauwelijks (tewerkstelling van gewetensbezwaarden, indienstneming van WSW'ers) relevant. Voor zover het de publiekrechtelijk geregelde arbeidsverhoudingen betreft, zal ik mij daarom beperken tot de vraag of degenen werkzaam ten behoeve van het schoolbestuur ambtenaren zijn.

Op deze vraag is geen eenduidig antwoord mogelijk. Het Nederlandse recht kent niet slechts één ambtenaarsbegrip.²¹ Al naar gelang het door de wetgever gewenste toepassingsgebied van een bepaalde wettelijke regeling, kan de aan de hand van het desbetreffende (formele) ambtenaarsbegrip bepaalde categorie ambtenaren groter of kleiner zijn dan elders het geval is. Dat zal hierna blijken.

2.2 DE AMBTENARENWET EN DE RECHTSPOSITIEREGLEMENTEN

De voornaamste wettelijke regeling van de ambtelijke rechtspositie is wel de

19 Evenzeer is uiteraard denkbaar een aanstelling aan alle scholen waar gewerkt wordt, voor een – per aanstelling – steeds zeer korte duur. Vgl. art. 17 WBO. Behalve de genoemde groepen, kunnen eventueel bepaalde religieuze werkzaam zijn ten behoeve van het schoolbestuur, maar zonder een rechtstreekse juridische relatie met het schoolbestuur. Vgl. par. 3.1.

20 Vgl. (o.a.) Van der Horst (red.), par. I.3.14 e.v.

21 Aan het ambtenaarschap in materiële zin (wie is 'echt' ambtenaar, respectievelijk zou het behoren te zijn) ga ik voorbij. Vgl. Jeukens, (1959), 21 e.v.; De Jong (1982), 9-10 en Niessen (1982), 131 e.v.

Ambtenarenwet (Aw).²² Zij bevat in de eerste plaats een uitgebreide regeling van het formele ambtenarenrecht. Daarnaast is zij de wettelijke basis voor een groot aantal lagere regelingen die de meer inhoudelijke kant van de ambtelijke rechtspositie bepalen.

Op grond van art. 1 lid 1 Aw is ambtenaar in de zin van de wet: 'degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn'. Lid 2 van hetzelfde artikel bepaalt dat tot de openbare dienst behoren: 'alle diensten en bedrijven door den staat en de openbare lichamen beheerd'. Deze bepalingen leiden al snel tot de conclusie dat de werknemers in het bijzonder onderwijs, anders dan hun collega's in het openbaar onderwijs, geen ambtenaren zijn in de zin van de Aw. Als rechtspersonen naar privaatrecht vallen de verenigingen en stichtingen die de bijzondere scholen in stand houden namelijk buiten het begrip 'openbare dienst'. Ten aanzien van bepaalde stichtingen is door de Centrale Raad van Beroep in het verleden wel aangenomen dat zij, alhoewel rechtspersonen naar privaatrecht, desondanks geacht worden te behoren tot de openbare dienst. Maar dat was in gevallen waar een rechtstreekse en sterke overheidsinvloed op de gang van zaken binnen de stichting juridisch mogelijk was en ook feitelijk werd uitgeoefend.²³ Een dergelijke rechtstreekse overheidsinvloed op de stichtingen die bijzondere scholen in stand houden, bestaat niet; met het oog op de vrijheid van onderwijs ligt dat ook voor de hand.²⁴ Ten aanzien van verenigingen is nimmer aangenomen dat zij binnen het begrip 'openbare dienst' in de zin van de Aw vallen.²⁵

Nu al aan de hand van het eerste vereiste – werkzaam zijn in openbare dienst – kan worden vastgesteld dat de werknemers in het bijzonder onderwijs geen ambtenaren zijn in de zin van de Aw, zal ik aan het tweede uit art. 1 Aw af te leiden vereiste – de (eenzijdige, publiekrechtelijke) aanstelling – voorbij gaan.

Regelt de Aw de formele rechtspositie van de ambtenaar, inhoudelijk worden diens rechten en plichten vooral bepaald door op art. 125 lid 1 en lid 2 Aw gebaseerde rechtspositiereglementen. Voor rijksambtenaren is met name van belang het Algemeen rijksambtenarenreglement (ARAR).²⁶

Ambtenaar in de zin van het ARAR is op grond van art. 1 lid 1 ARAR 'degene, die door het Rijk is aangesteld om in burgerlijke openbare dienst werkzaam te zijn'. Afgezien van de voor de hand liggende beperking tot perso-

22 Wet van 12-12-1929, S. 530.

23 Bijv.: CRvB 25-11-1947, AB 1948, 71 (St. Geertruiden Gasthuis); CRvB 11-4-1963, AB 1964, 79 (Stichting Administratie Indonesische Pensioenen) en CRvB 6-5-1977, AB 1977, 267 (Noordelijk Philharmonisch Orkest). Meer recent, in de sfeer van het onderwijs: Ag Rotterdam 6-2-1985, TAR 1985, 83 en CRvB 19-5-1987, TAR 1987, 162 (Gem. Stichting Avondlyceum Rotterdam); CRvB 12-9-1985, TAR 1985, 221 (Stichting voor de leerplanontwikkeling Enschede); CRvB 8-3-1988, TAR 1988, 103 (Stichting Onderwijsbegeleidingsdienst Gewest Arnhem).

24 In een aantal uitspraken wordt de aanvullende eis gesteld dat de stichting ook door de overheid in het leven is geroepen. Vgl. bijv. CRvB 29-7-1947, AB 1947, 493 e.v. Aan deze eis voldoen de (verenigingen en) stichtingen in het bijzonder onderwijs zeer zeker niet.

25 Vgl. Van der Horst (red.), par. 1.14 e.v.

26 Besluit van 12-6-1931, S. 248.

nen in dienst van het Rijk en van de belangrijke, maar in dit verband niet ter zake doende toevoeging 'in burgerlijke (...) dienst', verschilt het ambtenaarsbegrip in het ARAR niet van dat in de Aw. De werknemers in het bijzonder onderwijs zijn daarom, om dezelfde reden als in verband met de Aw, geen ambtenaren in de zin van het ARAR. Evenmin zijn zij ambtenaren in de zin van de gemeentelijke reglementen, die qua ambtenaarsbegrip sterk op het ARAR plegen aan te sluiten.²⁷

Ook de werknemers in het openbaar onderwijs vallen niet onder de werkingssfeer van het ARAR²⁸ en van de gemeentelijke reglementen.²⁹ Voor het basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs is namelijk een afzonderlijk rechtspositiereglement vastgesteld, het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (RPBO).³⁰ Dit reglement bevat een speciaal op het onderwijs toegesneden regeling van de onderwerpen die ook in het ARAR en in de overige 'algemene' reglementen zijn terug te vinden. Het RPBO is in de eerste plaats gebaseerd op bepalingen in de diverse onderwijswetten.³¹ Qua toepassingsgebied doorbreekt het het tot art. 125 Aw terug te voeren beginsel dat de lagere overheden zelf de (materiële) rechtspositie van hun ambtenaren regelen: ook op de werknemers in het gemeentelijk openbaar onderwijs is het van rijkswege vastgestelde RPBO rechtstreeks van toepassing.³²

Het RPBO kent geen formeel ambtenaarsbegrip in de strikte zin van het woord. Het kent in plaats daarvan het begrip 'belanghebbende'. Aan dit verschil in terminologie dienen overigens geen consequenties te worden verbonden, althans niet voor het openbaar onderwijs: het RPBO heeft voor de 'belanghebbende' – tevens ambtenaar in de zin van de Aw – dezelfde betekenis als bijvoorbeeld het ARAR voor de 'ambtenaar' in de zin van art. 1 ARAR.³³ Belanghebbenden in de zin van het RPBO zijn de (per schoolsoort nader gespecificeerde) werknemers werkzaam binnen de onderwijsinstelling.³⁴

Voor het bijzonder onderwijs is het RPBO niet rechtstreeks van belang. De

27 Vgl. Van der Horst (red.), par. 2.4; Schipper e.a. (red.), I.A.16; De Jong (1982), 18.

28 Vgl. art. 3 ARAR i.v.m. het hierna te behandelen RPBO.

29 Vgl. Van der Horst e.a. (red.), par. 2.3.

30 Het wetenschappelijk onderwijs kent een eigen rechtspositiereglement, het Rechtspositiereglement wetenschappelijk onderwijs (RRWO; Besluit van 7-7-1987, S. 393). Het RRWO is uitsluitend van toepassing binnen het openbaar wetenschappelijk onderwijs (vgl. art. 2 RRWO).

31 Vgl. de considerans van het RPBO en de artt. 20 en 32 WBO, 28 en 42 ISOVSO, 38, 39, 40 WVO en 62 WHBO.

32 Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1.

33 In die zin bijv. dat het om eenzijdig door de overheid vastgestelde en te wijzigen bepalingen gaat en dat de naleving door middel van een beroep op de ambtenarenrechter kan worden afgedwongen. In zoverre is het RPBO ook – mede – gebaseerd op art. 125 Aw.

34 Art. I-A1 sub e RPBO. In een aantal gevallen zijn uitgezonderd de werknemers voor wie de salarissen en toelagen niet worden vastgesteld bij AMvB. De salarissen van deze werknemers worden over het algemeen vergoed uit de algemene exploitatie-vergoeding die de school ontvangt, bijvoorbeeld i.v.m. het schoonmaken van de school. Vgl. daarnaast art. I-A6 RPBO i.v.m. niet door de rijksoverheid bekostigd personeel: ook zij vallen onder de werkingssfeer van het RPBO.

omschrijving van het begrip 'belanghebbende' in het RPBO is weliswaar zo ruim, dat ook de werknemers in het bijzonder onderwijs daar rechtstreeks onder lijken te vallen.³⁵ Dat is echter niet het geval. Het RPBO bevat voor het bijzonder onderwijs bekostigingsvoorwaarden. Deze zijn naar hun aard uitsluitend op de rechtsverhouding tussen de bekostigende overheid en het schoolbestuur van toepassing. De werknemers in het bijzonder onderwijs zijn daarom niet rechtstreeks belanghebbenden in de zin van het RPBO. Met andere woorden: dit besluit roept als zodanig geen rechten en plichten tussen schoolbestuur en werknemer in het leven. Materieel is het RPBO wel van grote invloed, maar dat is het geval, omdat schoolbesturen en werknemers de inhoud van het RPBO, voor zoveel mogelijk en nodig, deel laten uitmaken van hun onderlinge rechtsverhoudingen. In hoofdstuk VI kom ik hierop uitgebreid terug. In dit verband volstaat de conclusie dat de werknemers in het bijzonder onderwijs geen belanghebbenden zijn in de zin van het RPBO.

2.3 DE ALGEMENE BURGERLIJKE PENSOENWET

De Algemene burgerlijke pensioenwet (ABPw)³⁶ bevat een uitgebreide regeling van de pensioenrechten van de (gewezen) ambtenaar en diens (eventuele) nabestaanden. Als zodanig is zij naast de Aw en de rechtspositiereglementen de belangrijkste regeling van de ambtelijke rechtspositie.

De ABPw kent in de artt. B1, B2 en B3 een veel ruimer ambtenaarsbegrip dan de hiervoor besproken wettelijke regelingen. Art. B1 lid 1 ABPw bepaalt dat ambtenaar in de zin van de wet is 'hij die door of vanwege een orgaan van een publiekrechtelijk lichaam is aangesteld of in dienst genomen op arbeids-overeenkomst naar burgerlijk recht en die deswege bezoldigd of beloond wordt rechtstreeks ten laste van een publiekrechtelijk lichaam'. Op grond van deze bepaling vallen de werknemers in het openbaar onderwijs in beginsel binnen de werkingssfeer van de ABPw, degenen werkzaam in het bijzonder onderwijs daarentegen niet. Dat is het geval, omdat sprake is van 'een orgaan van een publiekrechtelijk lichaam' noch van bezoldiging rechtstreeks ten laste van een publiekrechtelijk lichaam.

De artt. B2 en B3 breiden de werkingssfeer van de ABPw uit tot personen niet in dienst van noch rechtstreeks bezoldigd ten laste van een publiekrechtelijk lichaam. Art. B3 is in dit verband van minder belang. Het geeft de Kroon de mogelijkheid om werknemers in dienst van bepaalde rechtspersonen naar privaatrecht aan te wijzen als ambtenaren in de zin van de ABPw. Een dergelijke aanwijzing is voor de werknemers binnen een bijzondere school niet nodig: art. B2 brengt het bijzonder onderwijs uitdrukkelijk onder de werkings-

35 Vgl. m.n. art. I-A1 onder d ('instelling' is: 'een openbare of uit de openbare kas bekostigde bijzondere school voor ...') en onder e ('belanghebbende' is: 'de aan een instelling (...) benoemde directeur, etc.').

36 Wet van 6-1-1966, S. 6.

sfeer van de ABPw. Het artikel bepaalt namelijk dat ambtenaar in de zin van de wet is: hij die in dienst is van een privaatrechtelijk lichaam dat zich het geven van onderwijs aan instellingen bedoeld in dit artikel ten doel stelt, bezoldigd of beloond wordt rechtstreeks ten laste van dat lichaam en uit dien hoofde werkzaam is aan (verkort weergegeven):

- a. een instelling voor bijzonder onderwijs waarvan de overheid ingevolge een regeling houdende voorwaarden voor bekostiging 51% of meer van de personeelskosten vergoedt;
- b. een niet door de overheid bekostigde instelling voor bijzonder onderwijs die bevoegd is dezelfde diploma's of getuigschriften uit te reiken als een overeenkomstige wel van overheidswege bekostigde school;
- c. een school voor basis- of speciaal onderwijs, anders dan bedoeld onder a. die qua schoolwerkplan voldoet aan het in de Wet op het basisonderwijs c.q. Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs bepaalde.

Met name de categorie onder a is in dit verband van belang: het door de overheid bekostigde basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs valt in zijn geheel binnen deze categorie.³⁷ De werknemers in dit deel van het bijzonder onderwijs zijn daarom ambtenaar in de zin van de ABPw. Wel dient hierbij het onderscheid tussen de werknemers in en buiten de bijzondere school in het oog gehouden te worden: uitsluitend degenen die daadwerkelijk ten behoeve van een bijzondere school werkzaam zijn, zijn ambtenaar in de zin van art. B2 ABPw. De werknemers die anderszins werkzaam zijn ten behoeve van de rechtspersoon die de bijzondere school in stand houdt, vallen niet onder art. B2 ABPw.³⁸ Daarnaast dient sprake te zijn van werkzaamheden 'in dienst' van (i.c.) het schoolbestuur. Daarvan is niet in alle gevallen sprake, zoals in de par. 3.2.5 e.v. zal blijken.³⁹

Het overgrote deel van de werknemers in het bijzonder onderwijs is aldus, evenals de werknemers in het openbaar onderwijs, ambtenaar in de zin van de ABPw. Dat is een belangrijke afwijking van hetgeen hiervoor geconstateerd werd in verband met Aw en rechtspositiereglementen. Zoals hierna zal blijken is het ook de enige afwijking, althans de enige van betekenis. De verklaring voor deze uitzonderlijke situatie moet gezocht worden in het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs. De toepasselijkheid van de ambtelijke pensioenwetgeving is zelfs een van de eerste voor-

37 Onder categorie b valt (bijv.) het 'erkende' voortgezet (vgl. de art. 54 e.v. WVO); onder categorie c vallen m.n. in het buitenland gevestigde scholen voor basis en/of speciaal onderwijs.

38 Eventueel kunnen zij op grond van art. B3 ABPw onder de werkingssfeer van de ABPw vallen. Vgl. ook: Schipper e.a. (red.), IA-36.

39 Vgl. daarnaast nog de artt. B6, B7 en U1 ABPw, die mede voor het bijzonder onderwijs van belang zijn. Op grond van art. B7 zijn de werknemers die (kort gezegd) per jaar minder verdienen dan een bepaald bedrag (ongeveer f 8.500,-) en/of die worden aangesteld voor een bepaalde duur van 6 maanden of minder geen ambtenaren in de zin van de ABPw. Vgl. het zgn. B7-KB (Besluit van 12-1-1966; S. 8).

beelden van de gevolgen daarvan.⁴⁰ Vlak na de eeuwwisseling ontstond op het punt van de pensioenen de behoefte aan een zo gelijk mogelijke positie van openbaar en bijzonder onderwijs.⁴¹ Een zuiver privaatrechtelijke oplossing voor het bijzonder onderwijs (bijvoorbeeld in de vorm van een vrijwillige verzekering) lag niet voor de hand. Pensioenwetgeving voor de (overige) private sector waarbij aansluiting had kunnen worden gezocht, ontbrak rond de eeuwwisseling.⁴² De wetgever bleef daarom weinig anders over dan rechtstreeks aansluiting te zoeken bij de wettelijke regelingen die in eerste instantie uitsluitend bedoeld waren voor de werknemers in de publieke sector.⁴³

Eenmaal deze keuze gemaakt, is zij – alleen al praktisch gesproken – moeilijk ongedaan te maken. Dat bestempelt het feit dat de werknemers in het bijzonder onderwijs ambtenaar zijn in de zin van de ABPw tot een belangrijke en in historisch perspectief verklaarbare uitzondering, waaraan op dit moment echter weinig principieel belang hoeft te worden gehecht. Dit is met name het geval omdat het ambtenaarschap niet berust op art. B1 maar op art. B2 ABPw. De conclusie die op grond van Aw en rechtspositiereglementen getrokken werd, namelijk dat geen sprake is van een aanstelling in openbare dienst, blijft overeind.

2.4 DE OVERIGE WETTELIJKE REGELINGEN

Met de Aw, de rechtspositiereglementen en de ABPw zijn de belangrijkste regelingen van de ambtelijke rechtspositie aan de orde geweest. Daarnaast is er een groot aantal andere, relatief minder belangrijke wettelijke regelingen

40 Zo ook: Mentink (1989a) 76. Vgl. daarnaast: hoofdstuk III, par. 2.8.4; hoofdstuk VII, par. 4.1.

41 Vgl. de volgende passage in de MvT op de Wet van 5-6-1905, S. 153 (TK 1903/04, 65, nr 5, 9): 'Wel is waar wordt door niet weinige besturen van bijzondere scholen met lofwaardigen ijver ook voor de toekomst van hunne ontslagen onderwijzers gezorgd en getroosten die besturen zich daarvoor belangrijke offers, maar de uitgaven, die goed onderwijs vordert, zijn zóó belangrijk, dat het aan vele besturen volstrekt onmogelijk is ook in de toekomst hunner onderwijzers te voorzien. Dit belemmert op ongewenste wijze de vrijheid van beweging der onderwijzers, omdat zij, die verbonden zijn aan scholen waar hun het uitzicht op pensioen is geopend, bezwaar moeten maken te dingen naar eene onderwijzersplaats zonder eventuele pensioenaanspraken, terwijl vele schoolbesturen, wegens de minder gunstige financiële positie, waarin zij verkeerden, en waardoor zij niet voor de toekomst der onderwijzers kunnen zorgen, buiten staat zijn voor hun school de meest gewenschte personen tot zich te trekken. Eene eventuele pensionering ook der bijzondere onderwijzers ten laste van het Rijk als waarop de openbare onderwijzers aanspraak hebben, moet dus geacht worden te zijn niet alleen in het belang der betrokken personen, maar ook in het belang van het bijzonder onderwijs, en deswege in het belang van den Staat'.

42 Pas vanaf 1913 (ouderdomsrente) c.q. 1919 (ouderdomsverzekering) worden er bijvoorbeeld op de wet gebaseerde uitkeringen gedaan terzake van (invaliditeit door) ouderdom. Vgl. De Guasco e.a. (1979), 11 e.v.

43 Deze keuze, die ertoe zou leiden dat ook degenen werkzaam in het bijzonder onderwijs rechtstreekse aanspraken zouden hebben ten opzichte van de overheid, ontmoette – op die grond – kritiek in het parlement. Vgl. bijv. het VV, TK 1903-04, 65, nr 6; 17.

van (onderdelen van) de ambtelijke rechtspositie. Een deel daarvan sluit qua toepassingsgebied aan op de Aw en de (algemene) rechtspositiereglementen.⁴⁴ In de zin van deze regelingen zijn de werknemers in het bijzonder onderwijs daarom geen ambtenaren. Andere wettelijke regelingen sluiten aan op de ABPw.⁴⁵ In de zin van deze regelingen zijn de werknemers in het bijzonder onderwijs wel ambtenaren (althans belanghebbenden). Evenmin als in verband met de ABPw is dat van principieel belang. Een derde groep wettelijke regelingen kent een eigen, van Aw en ABPw afwijkend ambtenaarsbegrip. In de regel zijn de werknemers in het bijzonder onderwijs geen ambtenaren in de zin van die wettelijke regelingen.⁴⁶

Eén uitzondering is het vermelden waard: de Verhaalswet ongevallen ambtenaren (VOA).⁴⁷ Ambtenaar in de zin van deze wet is (voor zover hier van belang): 'degene die uit hoofde van een dienstverhouding een bezoldiging of beloning geniet, welke hetzij direct, hetzij ingevolge een subsidieregeling ten laste komt van de openbare geldmiddelen'.⁴⁸ Onder deze omschrijving vallen de werknemers in het door de overheid bekostigde bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs.⁴⁹ Deze toepasselijkheid betekent dat de overheid het bedrag aan salaris, uitkeringen en verstrekkingen dat de werknemer in het bijzonder onderwijs na een ongeval direct of indirect van haar ontvangt, kan verhalen op de naar burgerlijk recht voor het ongeval aansprakelijke. In dit verband is het van belang vast te stellen dat de toepasselijkheid van de VOA niet zonder meer betekent dat sprake is van een publiekrechtelijke arbeidsverhouding. De VOA is eveneens van toepassing op arbeidscontractanten in dienst van de overheid en op de werknemers die in een (privaatrechtelijke) dienstverhouding staan tot andere door de overheid gesubsidieerde 'werkgevers'. Op dezelfde wijze als met de ABPw het geval is, is het VOA-ambtenaarschap van degenen werkzaam in het bijzonder onderwijs daarom in de praktijk van belang, maar niet van principiële betekenis.

2.5 (VOORLOPIGE) CONCLUSIE

De werknemers in het bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs zijn (enkele uitzonderingen daargelaten) ambtenaren in de zin van de ABPw en in de zin van de VOA. Aldus bleek in de voorafgaande paragrafen. Voor het overige zijn de werknemers in het bijzonder onderwijs, anders dan hun collega's in het openbaar onderwijs, geen ambtenaren. Preciezer

44 Vgl. bijv. het Bezoldigingsbesluit burgerlijke rijksambtenaren (S. 1983, 571), art. 1 lid 1.

45 Vgl. bijv. de Interimregeling ziektekosten ambtenaren (Besluit van 25-3-1982, S. 1982, 173), de Wet uitkering wegens vrijwillig vervroegd uittreden (Wet van 28-6-1984, S. 1984, 273).

46 Vgl. bijv. de artt. 84, 177 e.v., 267, 304 en 358 e.v. WvSr, de artt. 4 en 76 ProvW en de artt. 25, 170 en 179 Gemw.

47 Wet van 31-7-1965, S. 354.

48 Art. 1A sub a VOA.

49 Uiteraard alleen voor zover sprake is van een 'dienstverhouding'. Vgl. de par. 3.2.5 e.v.

uitgedrukt: zij zijn ambtenaren in de zin van de Aw en de (algemene en speciaal op het onderwijs toegesneden) rechtspositieregelingen noch ambtenaren in de zin van een andere wettelijke regeling waarvoor het (al dan niet) zijn van ambtenaar van belang is. Evenmin zijn zij 'belanghebbenden' in de zin van het RPBO. Aldus werd geconstateerd in de par. 2.1, 2.2 en 2.4.

De in par. 1.3 aangehaalde opvatting van Van Poelje, dat de werkzaamheid van het personeel in het bijzonder onderwijs berust op een eenzijdige (publiekrechtelijke) rechtshandeling van de zijde van de schoolbesturen, kan daarom van de hand worden gewezen. Die conclusie gaat zelfs niet op voor de twee wettelijke regelingen van ambtenarenrecht die – desondanks – op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn: de ABPw en de VOA.

Het antwoord op de vraag of de rechtsverhouding tussen het schoolbestuur en de werknemers in het bijzonder onderwijs gezien dient te worden als een publiekrechtelijke rechtsverhouding tot het verrichten van arbeid dient al met al negatief beantwoord te worden.

3 De door het privaatrecht beheerste arbeidsverhoudingen

3.1 VOORAF: PRIVAATRECHT EN KERKELIJK RECHT

Het privaatrecht kent drie overeenkomsten rechtstreeks gericht op het verrichten van arbeid: de arbeidsovereenkomst, de aannemingsovereenkomst en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Van een arbeidsovereenkomst is sprake wanneer gedurende zekere tijd en tegen loon arbeid wordt verricht in dienst van een ander. Van aanneming is sprake wanneer tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand wordt gebracht.⁵⁰ Is een overeenkomst tot het verrichten van arbeid geen arbeidsovereenkomst of aannemingsovereenkomst, dan is min of meer automatisch sprake van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Deze overeenkomst wordt genoemd, maar ook niet veel meer dan dat, in art. 1637 BW.⁵¹ De arbeidsovereenkomst en de aannemingsovereenkomst kennen daarentegen een uitgebreide wettelijke regeling.

Hierna zal ik nagaan of de rechtsrelatie tussen het schoolbestuur en degenen die ten behoeve daarvan werkzaam zijn, gezien kan worden als een van de drie genoemde, door het privaatrecht beheerste arbeidsverhoudingen. In wezen komt dat neer op het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW. Reeds nu kan namelijk veilig worden vastgesteld dat van een aannemingsovereenkomst geen sprake is. Daarvoor is nodig dat de overeenkomst is gericht op het totstandbrengen van een 'bepaald werk', dat van stoffelijke, tastbare aard dient te zijn.⁵² In het

50 Artt. 1637, 1637a en 1637b BW.

51 Naar NBW zal dat anders zijn. Vgl. titel 7.6 ontwerp-NBW.

52 Vgl. Thunnissen (1988), 316 e.v.

bijzonder onderwijs is van het tot stand brengen van een bepaald werk in die zin van het woord geen sprake.⁵³ En de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten is – zoals gezegd – slechts een restcategorie waartoe alle overeenkomsten tot het verrichten van arbeid behoren, niet zijnde een arbeids-overeenkomst (of aannemingsovereenkomst).

Aan de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW gaat strikt genomen de vraag vooraf of sprake is van een obligatoire overeenkomst, welke dan ook. Uiteraard dient ook een arbeidsovereenkomst te voldoen aan de vereisten voor het bestaan van een obligatoire overeenkomst; daaraan zal ik hier voorbijgaan.⁵⁴ Nadere aandacht verdient in dit verband wel een ander punt, dat verband houdt met de verhouding tussen privaatrecht en kerkelijk recht.

Ook een door kerkelijk recht beheerste rechtsrelatie kan de plicht tot het verrichten van arbeid met zich meebrengen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn met predikanten in de protestants-christelijke kerken en met (zowel reguliere als seculiere) geestelijken in de rooms-katholieke kerk. Zouden zij werkzaamheden verrichten in een bijzondere school (hetgeen met name in het rooms-katholiek onderwijs wel het geval is), dan kan dat uiteraard zijn op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst tussen geestelijke en bijzondere school. Het zijn van geestelijke noch het bekleden van een geestelijk ambt staan bijvoorbeeld in de weg aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst met de bijzondere school.⁵⁵ Het is echter evenzeer denkbaar dat de werkzaamheid binnen de bijzondere school berust op een tweetal rechtsrelaties: enerzijds de door het kerkelijk recht beheerste relatie tussen (een onderdeel van) een kerkgenootschap en de geestelijke, op grond waarvan de geestelijke tot arbeid gehouden is; anderzijds een overeenkomst tussen bijvoorbeeld een kloosterorde en een bijzondere school, waarbij de kloosterorde en de school zich over en weer verbinden om de geestelijke binnen de school werkzaam te laten zijn. In dat geval wordt de arbeid dus niet verricht op grond van een rechtstreekse juridische relatie tussen de geestelijke en de bijzondere school. De geestelijke verkeert in een juridische positie die vergelijkbaar is met de in par. 1.4 behandelde positie van de uitzendkrachten en van de (althans sommige) vakleerkrachten in het basisonderwijs. Naar analogie met de voor uitzendarbeid gehanteerde juridische constructie zou geredeneerd kunnen worden dat de relatie tussen geestelijke en bijzondere school uitsluitend

53 Deze conclusie gaat uiteraard alleen op voor de reguliere arbeid ten behoeve van het schoolbestuur. Niets verzet zich ertegen dat schoolbesturen in meer incidentele gevallen aannemings-overeenkomsten sluiten, bijvoorbeeld i.v.m. het beheer over de schoolgebouwen. Vgl. daarnaast het in nt 68 aan te halen arrest van Ktr Heerlen.

54 Vgl. Koopmans (1962), 75 e.v.; AG Biegman-Hartog voor HR 29-10-1982, NJ 1983, 230; Van der Grinten (1990), 14; Van Peijpe (1991), 21 e.v.

55 Vgl. Koopmans (1962), 232 e.v.; De Leede (1988), 192, waar wordt verwezen naar Ktr Amsterdam 27-8-1975, NJ 1975, 516 en CRvB 28-6-1977, AB 1978, 143.

een feitelijke is.⁵⁶ Of dit het geval is, of dat sprake is van een rechtstreekse privaatrechtelijke relatie tussen geestelijke en bijzondere school, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Zo kan het feit dat de bijzondere school het salaris van de werknemer rechtstreeks betaalt aan bijvoorbeeld de kloosterorde waarvan de geestelijke-werknemer deel uitmaakt, een aanwijzing zijn dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het is echter geen doorslaggevende factor, met name niet als die betalingsregeling berust op de uitdrukkelijke en ieder moment weer in te trekken toestemming van de geestelijke.⁵⁷

Nog sterker wordt de invloed van het kerkelijk recht als de bijzondere school rechtstreeks in stand wordt gehouden door (een rechtspersoonlijkheid bezittend onderdeel van) een kerkgenootschap. In dat geval is nagenoeg uitgesloten dat sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst tussen geestelijke en schoolbestuur.

3.2 DE ESSENTIALIA VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

3.2.1 Algemeen

Art. 1637a BW, het artikel aan de hand waarvan bepaald wordt of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft tot een grote stroom jurisprudentie en literatuur aanleiding gegeven. Gezien de consequenties van het al dan niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, is dat niet verwonderlijk. De jurisprudentie is met name uit drie bronnen afkomstig: in de eerste plaats van de burgerlijke rechter als zodanig (vooral in verband met de toepasselijkheid van Boek IV, titel VIIA BW), daarnaast van de burgerlijke rechter als belastingrechter (met name in verband met de toepasselijkheid van de Wet op de loonbelasting), in de derde plaats van de sociale verzekeringsrechter en dan met name van de Centrale Raad van Beroep (in verband met de toepasselijkheid van werknemersverzekeringen wier toepasselijkheid voor een belangrijk deel berust op het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst).⁵⁸

Voor het bijzonder onderwijs is de jurisprudentie van de Centrale Raad strikt genomen niet relevant. Het bijzonder onderwijs valt in beginsel buiten de toepassingsfeer van de Ziektewet en de andere werknemersverzekeringswetten. Op werkgevers en werknemers in het bijzonder onderwijs zijn – zoals ten dele reeds bleek – van toepassing de ABPw en een aantal andere op het

56 Een dergelijke uitsluitend feitelijke relatie staat niet in de weg aan het uitoefenen van gezag over de geestelijke. Vgl. par. 3.2.5. Daarnaast mag niet uit het oog verloren worden dat de 'feitelijkheid' van de verhouding uitsluitend de hoofdplichtingen uit het arbeidscontract betreft (loon, arbeid onder gezag). Waar het gaat om bijvoorbeeld medezeggenschap en arbeidsomstandigheden is wel degelijk sprake van een juridische verhouding over en weer, zowel voor de 'religieuze' werknemer, als voor de uitzendkracht.

57 Vgl. Koopmans (1962), 232 e.v.

58 Vgl. resp. art. 39 aanhef en sub 3 RO, art. 2 Wet op de loonbelasting en (bijv.) art. 3 Ziektewet.

ambtenarenrecht aansluitende regelingen. Toch zal ik hierna een enkele keer terugvallen op jurisprudentie van de Centrale Raad. In de literatuur over de arbeidsovereenkomst is het algemeen gebruikelijk om de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en van de Centrale Raad naast elkaar te behandelen.⁵⁹ Dat lijkt ook terecht. Alhoewel zeker accentverschillen bestaan, zijn het over het algemeen toch dezelfde zaken die burgerlijke rechter en Centrale Raad doen beslissen dat al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW. Waar inderdaad verschillen aanwijsbaar zijn, zal ik uiteraard de opvatting van de burgerlijke rechter als zodanig tot uitgangspunt nemen.⁶⁰

Met deze restrictie ten aanzien van de uitspraken van de Centrale Raad, zal ik dan nu overgaan tot het bespreken van de essentialia van de arbeidsovereenkomst. Als eerste is dat de eis dat 'arbeid' wordt verricht.

3.2.2 Arbeid

Jurisprudentie die in algemene zin aangeeft wat onder 'arbeid' in de zin van art. 1637 en art. 1637a BW dient te worden verstaan, ontbreekt. In de literatuur zijn omschrijvingen aan te treffen als: 'ieder opzettelijk doen van den mensch', 'iets doen', of: 'vrijwel elke willekeurige bezigheid (...), moeite kostend of niet, van geestelijke en lichamelijke aard'.⁶¹ Ook al zijn er kleine onderlinge verschillen, dit zijn alle drie buitengewoon ruime omschrijvingen. Het is dan ook begrijpelijk dat het arbeid-vereiste, opgevat als de vraag of er wel 'iets gedaan' wordt, zelden een doorslaggevende betekenis heeft bij het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶² Opgevat in deze zin levert het arbeid-vereiste voor het bijzonder onderwijs weinig problemen op. Ook daar wordt stellig 'iets gedaan'.

In een tweetal opzichten zal ik desondanks iets langer bij het arbeid-vereiste blijven stilstaan. Dat is in de eerste plaats het geval in verband met het vereiste dat in jurisprudentie en literatuur wel aan het arbeid-vereiste wordt vastgeknoopt, namelijk dat sprake dient te zijn van produktieve arbeid, of, anders geformuleerd, dat de verrichte arbeid van waarde dient te zijn voor de contractuele tegenpartij.⁶³ In veruit de meeste gevallen levert dit vereiste geen problemen op, in het bijzonder onderwijs noch elders. Dat is met name anders ten aanzien van de werkzaamheden verricht door personen die nog in opleiding zijn en die in dat kader gedurende kortere of langere tijd praktijkstages lopen. Bij deze stagiaires is, de woorden van de Hoge Raad (c.q. de Rechtbank Amsterdam) parafraserend, sprake van activiteiten die zozeer gericht zijn op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring, zulks mede met het oog op

59 Dat doen bijvoorbeeld zeer duidelijk: Koopmans (1962), 75 e.v.; De Leede/Strijbos (1981), 36 e.v.

60 Vgl. over deze onderlinge verschillen: Koopmans (1962), 30 e.v.; De Leede/Strijbos (1981), 30 e.v.; Van der Velden (1982), 485 e.v.

61 Vgl. resp. Meijers (1924), 26; Koopmans (1962), 66; De Jong c.s., art. 1637a, aant. 3.

62 Vgl. Koopmans (1962), 66 e.v.

63 Enerzijds (bijv.) Koopmans (1962), 71; anderzijds (bijv.) Van der Grinten (1990), 14-15.

de voltooiing van een opleiding, dat (eventueel: behoudens nader door de stagiaires te leveren bewijs) niet gesproken kan worden van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW.⁶⁴

Ook in de diverse opleidingen voor onderwijsfuncties neemt het lopen van stages een belangrijke plaats in. En ook in deze gevallen kan gezegd worden dat de stagiaire, ook al verricht hij reguliere onderwijswerkzaamheden, dat alleen doet omdat en in zoverre het in zijn eigen (onderwijs-)belang is. Anderzijds zal de school die de stageplaats biedt, dat noch doen met de bedoeling om daarvan rechtstreeks te profiteren, noch zal zij daarvan in de praktijk daadwerkelijk profiteren. Begeleiding en beoordeling zullen in veel gevallen juist een extra inspanning vergen. De stagiaires in een bijzondere school verrichten daarom geen arbeid in de zin van art. 1637a BW, zodat van een arbeidsovereenkomst met het schoolbestuur geen sprake is.

Een tweede eis die in verband met het arbeid-vereiste wordt gesteld, is het bestaan van de verplichting om althans een deel van de arbeid zelf te verrichten.⁶⁵ De diverse in het bijzonder onderwijs in gebruik zijnde aktes van benoeming laten op dit punt weinig ruimte voor twijfel: de werknemers in het bijzonder onderwijs dienen in beginsel alle arbeid zelf te verrichten.⁶⁶ Het gaat ook in het bijzonder onderwijs 'niet zozeer om het feit dat er arbeid verricht wordt, maar dat een bepaalde arbeider arbeid verricht'.⁶⁷ Een uitzondering moet wellicht gemaakt worden voor bepaalde categorieën niet-onderwijzend personeel, met name voor niet voltijds aangesteld schoonmaakpersoneel. Gezien de aard van de werkzaamheden is vervanging hier, meer dan elders, in theorie denkbaar en in de praktijk ook wel gebruikelijk.⁶⁸ Algemene conclusies kunnen op dit punt echter niet getrokken worden. Van geval tot geval zal aan de hand van de arbeidsovereenkomst of, bij gebreke aan uitdrukkelijke afspraken op dit punt, aan de hand van de gang van zaken in de praktijk, moeten worden nagegaan of sprake is van de verplichting om de (althans enige) arbeid zelf te verrichten. Is dat niet het geval, dan zal ook geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

3.2.3 *Loon*

Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, dan dient tegenover de arbeid loon te staan, de 'door de werkgever terzake van de verrichte arbeid verplichte tegenprestatie'. Deze omschrijving van Meijers dateert uit de periode vlak na

64 HR 29-10-1982, NJ 1983, 230.

65 HR 13-12-1957, NJ 1958, 35 (Zwarthoofd-Het Parool). Deze eis hangt zeker zo sterk met het gezagsvereiste samen (vgl. ook Koopmans (1962), 137).

66 Vgl. bijv. art. 16 lid 1 van de NKS-modelakte voor het rk bo (editie mei 1985): 'indien de onderwijsgevende verhinderd is in de school aanwezig te zijn, zal hij van die verhindering onmiddellijk de directeur in kennis stellen.'

67 Het citaat ontleen ik aan De Jong c.s., art. 1637a aant. 3.

68 Vgl. de oude CRvB-jurisprudentie die Koopmans (1962, 139) aanhaalt. Een aantal uitspraken betreft schoonmaakpersoneel in het (openbaar) onderwijs. Ktr Heerlen 27-4-1984, JKOCZ 1984 B.6 neemt om deze reden aan dat sprake is van aanneming van werk.

het invoeren van de Wet op de arbeidsovereenkomst.⁶⁹ Zij is echter nog steeds geldig (afgezien van een later gemaakte en hier niet terzake doende uitzondering voor pensioenuitkeringen).⁷⁰ In de jurisprudentie en literatuur over het loonvereiste in art. 1637a BW wordt daarom nog steeds nagegaan of degene die de arbeid verricht (a) een tegenprestatie ontvangt⁷¹; (b) of die tegenprestatie ook als zodanig bedoeld is, en niet bijvoorbeeld als een zuivere onkostenvergoeding voor overigens onbezoldigde arbeid⁷²; (c) of de tegenprestatie – althans voor een deel – van de contractuele wederpartij afkomstig is, en niet uitsluitend van derden⁷³ en (d) of de tegenpartij ook tot deze prestatie gehouden is en haar niet onverplicht, bijvoorbeeld uitsluitend uit vrijgevigheid verricht.

Een aantal personen dat ten behoeve van bijzondere scholen werkzaam is, ontvangt daarvoor in het geheel geen beloning, of alleen een onkostenvergoeding. Het gaat hier om werkzaamheden van korte duur en/of van incidentele aard, verricht door bijvoorbeeld stagiaires en door bekleeders van een geestelijk ambt die godsdienstonderwijs verzorgen aan scholen voor basisonderwijs. Ten aanzien van deze personen is daarom niet aan het loonvereiste van art. 1637a BW voldaan; van een arbeidsovereenkomst kan (ook) om deze reden geen sprake zijn.

Voor het overige levert het loonvereiste geen problemen op voor de werknemers in het bijzonder onderwijs. Zij ontvangen voor hun arbeid een tegenprestatie. De diverse in gebruik zijnde akten van benoeming kennen hierop uitdrukkelijk een recht toe.⁷⁴ Ook al gezien hun hoogte zijn deze geldbedragen duidelijk bedoeld als tegenprestatie voor de arbeid, niet uitsluitend als bijvoorbeeld een onkostenvergoeding.⁷⁵ En tenslotte is de beloning niet afkomstig van een derde, maar van de werkgever, het schoolbestuur. Daaraan doet niet af het feit dat het schoolbestuur, indien en voor zover zij aan de bekostigingsvoorwaarden voldoet, de salariskosten door de overheid vergoed krijgt. Hier is sprake van een tweetal duidelijk te scheiden rechtsrelaties: enerzijds de arbeidsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer, anderzijds de subsidieverhouding tussen schoolbestuur en overheid.⁷⁶

3.2.4 Tijd

Een derde vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is, dat de

69 (1924) 27.

70 Daarover: Koopmans (1962), 122-123; Van der Grinten (1990), 15-16.

71 Deze tegenprestatie (het loon) hoeft niet uitdrukkelijk te zijn overeengekomen. Vgl. Van der Grinten (1990), 16.

72 HR 3-6-1981, NJ 1982, 206.

73 I.v.m. fooien: HR 18-12-1953, NJ 1954, 242.

74 Vgl. bijv. art. 24 lid 1 van de NKS-modelakte voor het rk bo (editie mei 1985): 'De onderwijsgevende heeft aanspraak op salaris, toelagen en uitkeringen conform de krachtens artikel 20, tweede lid WBO uitgevaardigde algemene maatregel van bestuur.'

75 Vgl. bijv. art. I-P3 RPBO, waarin salaris en functie uitdrukkelijk aan elkaar gekoppeld worden.

76 In hoofdstuk VI kom ik hierop uitgebreid terug. Vgl. m.n. par. 5.2.

arbeid 'gedurende zekere tijd' wordt verricht. Mede aan de hand van dit vereiste heeft de wetgever de arbeidsovereenkomst willen afgrenzen van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. De rechtsverhouding ontstaan door het sluiten van een arbeidsovereenkomst zou zich (dienen te) onderscheiden door haar duurzaam karakter, althans door meer duurzaamheid dan de rechtsverhouding uit een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. De vereiste 'zekere duur' wordt aldus al gauw een vereiste 'minimale duur'.

In de literatuur is tegen deze opvatting van de wetgever vrij algemeen weerstand gerezen: zo opgevat zou het tijds criterium te weinig onderscheidende kracht hebben, nu enerzijds arbeidsovereenkomsten van zeer korte duur denkbaar zijn en ook moeten zijn, anderzijds ook overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten met een – qua rechtsverhouding – meer langdurig karakter.⁷⁷ Meijers⁷⁸, Koopmans⁷⁹ en verschillende schrijvers na hen⁸⁰ concluderen dan ook dat het tijds element in de definitie van de arbeidsovereenkomst gemist kan worden. Jurisprudentie over het tijds element ontbreekt nagenoeg geheel, wat een aanwijzing is dat het weinig geschillen oproept en in de praktijk blijkbaar weinig onderscheidende kracht heeft.⁸¹ In de toelichting op art. 7.10.1.1 Ontwerp NBW – van de hand van Levenbach – werd uit dit alles de conclusie getrokken dat het beter is het tijds element te laten vervallen: de vereisten 'arbeid', 'loon' en met name het hierna te bespreken gezags criterium zouden voldoende onderscheidende kracht hebben.⁸² Slechts deze drie elementen werden dan ook door Levenbach opgenomen in de definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 7.10.1.1. ontwerp-NBW. Inmiddels zijn de woorden 'gedurende zekere tijd' weer in ere hersteld in (in de nieuwe nummering:) art. 7:610 NBW.⁸³ Veel concreet belang wordt, gezien de toelichting, van die toevoeging niet verwacht.⁸⁴

De problemen waartoe het als zelfstandig criterium gehanteerde tijds element aanleiding kan geven, zijn ook in het bijzonder onderwijs zichtbaar. In veel gevallen is hier sprake van een duurzame rechtsverhouding, op grond waarvan zonder al te veel onderbrekingen, op vooraf vastliggende tijdstippen,

77 Vgl. de voorbeelden die Koopmans (1962, 150) geeft: enerzijds degene die gedurende een dag of zelfs een halve dag voor een zieke winkelbediende invalt, anderzijds de vaste belastingconsulent, de per jaar beloonde accountant, de klokkeluider.

78 (1924), 33, 36-37.

79 (1962), 150.

80 Vgl. de literatuur aangehaald door Coehorst/De Leede/Thunnissen (1988), 12. In Bakels (1990) wordt een bespreking van het tijds vereiste zelfs geheel achterwege gelaten. Vgl. i.v.m. het NBW: Van der Heijden (1991).

81 Vgl. wel HR 22-10-1930, W. 12206, volgens Coehorst/De Leede/Thunnissen (1988, 12) het enige arrest van de Hoge Raad waarin aan de woorden "gedurende zekere tijd" duidelijk betekenis werd toegekend.

82 Toelichting (1972), 1037.

83 Vgl. het ontwerp zoals dat ter advisering aan de SER is voorgelegd, opgenomen in: Van der Heijden c.s. (1991), 139 e.v.

84 Vgl. – kritisch – Van der Heijden (1991), 52.

een arbeidsprestatie van ruime omvang geleverd wordt. Anderzijds kenmerkt juist ook het bijzonder onderwijs zich door op zeer incidentele basis en/of gedurende zeer korte tijdsruimte verrichte arbeid. Het lijkt bepaald onjuist hier een onderscheid te maken. In aansluiting op de hiervoor geschetste 'heersende leer' in literatuur en jurisprudentie kan daarom ook voor het bijzonder onderwijs aan het tijdselement voorbij worden gegaan, althans de conclusie worden getrokken dat het tijdsvereiste geen problemen oplevert.

Het is desondanks nodig iets langer stil te staan bij het tijdselement in de arbeidsovereenkomst. Vooral sedert het begin van de jaren zeventig wordt namelijk door een aantal schrijvers aangedrongen op een opwaardering van het tijdselement. Zij willen het (opnieuw) zien als een belangrijk element in de definitie van de arbeidsovereenkomst, naast of zelfs in plaats van het gezagscriterium.⁸⁵ Deze opvatting is met name het gevolg van een zekere onvrede met de wijze waarop het gezagscriterium over het algemeen gehanteerd wordt, namelijk als haast enig doorslaggevend criterium voor het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Deze 'nieuwe' opvatting kan alleen goed geplaatst worden tegen de achtergrond van de verschillende opvattingen over het gezagscriterium. In dat verband zal ik er in par. 3.3 op terugkomen.

3.2.5 *Gezag: algemeen*

Het vierde vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is het gezagsvereiste. Na lezing van het voorgaande zal duidelijk zijn dat ook ten aanzien daarvan sprake is van een heersende leer en van een meer recente, afwijkende opvatting. In deze paragraaf zal ik zo veel mogelijk uitgaan van de heersende opvatting; in par. 3.3 zullen de (met name in de literatuur aangedragen) alternatieven aan bod komen.

De volgende interpretatie van de woorden 'in dienst van' in art. 1637a BW is sedert lang de gebruikelijke: de werknemer is werkzaam in dienst van de werkgever, en alleen dan, wanneer de werknemer verplicht is in verband met het verrichten van de bedongen arbeid de opdrachten en aanwijzingen van de wederpartij, de werkgever, te volgen. Uitgaande van de positie van de werknemer wordt ook wel gezegd dat hij werkzaam dient te zijn in ondergeschiktheid aan de werkgever, vanuit de werkgever dat hij in staat moet zijn gezag uit te oefenen over de werknemer, althans over diens werkzaamheden.⁸⁶

De aldus gehanteerde begrippen 'in dienst', 'ondergeschiktheid' en 'gezag' worden niet steeds hetzelfde ingevuld. Met name in de jurisprudentie is er een belangrijk verschil aanwijsbaar en wel tussen de opvattingen van de burgerlijke rechter (als zodanig) en de Centrale Raad (als sociale verzekeringsrechter). De Leede en Strijbos wijzen er op dat de burgerlijke rechter in de eerste plaats een formeel, kwalitatief criterium hanteert (is de – eventuele – werk-

85 Vgl. Van der Ven (1972); Coehorst/De Leede/Thunnissen, (1988), 11 e.v. Vgl. ook AG Leijten voor HR 17-4-1984, NJ 1985, 18.

86 HR 11-11-1949, NJ 1950, 140 (Boefje); HR 30-3-1955, NJ 1955, 341 (Koster). Vgl. Koopmans (1962), 86; Van der Grinten, (1990), 16-17.

gever gezien de rechtsverhouding bevoegd aanwijzingen te geven?), terwijl de sociale verzekeringsrechter een meer materieel criterium hanteert (maakt de eventuele – werkgever ook gebruik van zijn bevoegdheid?).⁸⁷ In overeenstemming met het in par. 3.2.1 opgemerkte, zal ik hierna, waar het om het bijzonder onderwijs gaat, uitgaan van de opvatting van de burgerlijke rechter.

Verhelderend is in dat verband Koopmans' opvatting, waarin de gezagsverhouding in verband wordt gebracht (Koopmans spreekt van twee zijden van dezelfde medaille) met de onbepaaldheid van de te verrichten arbeid. De werkgever moet in Koopmans' opvatting degene zijn die bevoegd is (eenzijdig) dat deel van de arbeidsprestatie nader te omlijnen, dat niet reeds door de overeenkomst (tweezijdig) omlijnd is. Alleen in dat geval is sprake van een gezagsverhouding. Is aan deze nadere omlijning van de arbeidsprestatie geen behoefte (omdat de overeenkomst de te verrichten arbeid reeds voldoende bepaalt), of komt de bevoegdheid tot omlijnen niet toe aan de tegenpartij van degene die de arbeid verricht (omdat daartoe een nadere overeenkomst vereist is, of omdat degene die de arbeid verricht daartoe eenzijdig bevoegd is), dan kan geen sprake zijn van een gezagsverhouding. Datzelfde is in Koopmans' opvatting het geval als de werknemer weliswaar verplicht is aanwijzingen op te volgen van de wederpartij, maar wanneer die aanwijzingen geen betrekking hebben op de arbeid zelf.⁸⁸

Getoetst aan de aldus weergegeven 'heersende leer', kan van sommige werknemers in het bijzonder onderwijs zonder al te veel problemen worden vastgesteld, dat zij niet, althans niet in de zin van art. 1637a BW, in ondergeschiktheid aan het bestuur werkzaam zijn. Het betreft hier categorieën werknemers die ook hiervoor reeds aan de orde zijn geweest: de bekleeders van een geestelijk ambt die godsdienstonderwijs geven in een bijzondere basisschool en andere religieuzen die hun arbeid verrichten op grond van een kerkrechtelijke relatie, sommige vakleerkrachten en daarnaast de uitzendkrachten, WSW'ers en gewetensbezwaarden. Een eventueel feitelijk over hen uitgeoefend gezag kan, analoog aan de gangbare constructie voor uitzendarbeid, geacht worden te zijn ontleend aan de relatie tussen de bijzondere school en de 'derde/werkgever'. Het is geen gezag in de zin van art. 1637a BW, dat berust op de onderlinge rechtsverhouding van werkgever en werknemer. Ook ten aanzien van stagiaires zal in beginsel geen sprake zijn van een gezagsverhouding. Zij zullen aanwijzingen moeten opvolgen, met name wanneer zij reguliere arbeid verrichten binnen de school. Het onderwijsdoel van de stagiaire zal echter steeds voorop moeten staan, hetgeen qua aard en omvang van het uit te oefenen gezag zodanige beperkingen met zich meebrengt, dat het op zijn minst de vraag is of nog van gezag in de zin van art. 1637a BW gesproken kan worden.

De resterende (en overgrote) groep van de werknemers in het bijzonder onderwijs behoeft nadere aandacht. Het betreft hier in de eerste plaats de

87 (1981), 33 e.v. Vgl. i.v.m. de burgerlijke rechter recent: HR 11-11-1988, NJ 1989, 173.

88 (1962), 86 e.v., 89.

werknemers in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, in de tweede plaats de werknemers in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Deze tweedeling breng ik aan omdat de onderwijswetgeving voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs op in dit kader relevante punten sterk verschilt van die voor het overige onderwijs.

3.2.6 *Gezag: het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs*

Van een dergelijk verschil is op grondwettelijk niveau overigens nog geen sprake: de vrijheid van onderwijs ex art. 23 Gw, met alle daaraan te ontleen rechten en bevoegdheden, wordt geacht toe te komen aan de schoolbesturen.⁸⁹

Voor zover het het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs⁹⁰ betreft, sluiten de onderwijswetten en de daarop gebaseerde lagere regelingen in grote lijnen aan op het uit de Grondwet af te leiden uitgangspunt: alle bevoegdheden betreffende de gang van zaken in de school komen toe aan het schoolbestuur.⁹¹ De zeggenschap is niet volledig, omdat het schoolbestuur in veel opzichten sterk gebonden is aan het 'hogere gezag' van de overheid.⁹² De onderwijswetten voor basis-, speciaal en voortgezet onderwijs kennen de (althans bepaalde categorieën) werknemers daarnaast een belangrijke mate van invloed toe op het schoolwerkplan c.q. leerplan.⁹³ Ten aanzien van de examinering hebben de leerkrachten zelfs een geheel eigen verantwoordelijkheid.⁹⁴ Voor het overige komen op basis van de onderwijswetten voor basis-, speciaal en voortgezet onderwijs aan de werknemers geen zelfstandige bevoegdheden toe met betrekking tot de te verrichten arbeid. Het is het schoolbestuur dat de bevoegdheid heeft om de gang van zaken binnen de school in nagenoeg al zijn facetten te bepalen en om zodoende ook, in Koopmans' terminologie, de door de werknemer te verrichten arbeid nader te omlijnen.

In het voorgaande heb ik er reeds een aantal malen op gewezen dat nagenoeg de gehele onderwijswetgeving voor het bijzonder onderwijs bekostigingsvoorwaarden bevat, die als zodanig uitsluitend van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen bekostigende overheid en schoolbestuur. Gerede-neerd zou kunnen worden dat deze bekostigingsvoorwaarden, ook waar zij zich uitspreken over de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer, geen rechtstreekse invloed hebben op die verhouding. In beginsel is dit correct.⁹⁵ Of sprake is van een gezagsverhouding dient getoetst te worden aan de hand van de concrete rechtsverhouding tussen partijen. Een dergelijke toets levert echter hetzelfde resultaat op, omdat – zoals ook de bedoeling is – de diverse aktes van benoeming en cao's qua inhoud geheel in overeenstemming zijn met de

89 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.7.

90 Het mbo uitgezonderd. Vgl. par. 3.2.7.

91 Vgl. bijv. de artt. 13 en 24 WBO, 21 en 32 ISOVSO, 24 WVO en (bijv.) art. 2 van het Besluit dagscholen VWO-HAVO-MAVO (Besluit van 26-10-1967, S. 526).

92 Deze term ontleen ik aan: Idenburg (1964), 286.

93 Artt. 13 lid 1 WBO, 21 lid 1 ISOVSO en 24 lid 1 WVO.

94 Art. 29 lid 3 WVO. Vgl. Idenburg (1964), 316.

95 Vgl. hoofdstuk VI en m.n. par. 5.2.

bekostigingsvoorwaarden. Ook binnen het kader van de individuele arbeidsverhouding is het aldus het schoolbestuur dat – opnieuw Koopmans' terminologie gebruikend – eenzijdig de te verrichten arbeid nader kan concretiseren.

Deze constatering moet tot de conclusie leiden dat sprake is van een gezagsverhouding tussen het schoolbestuur en de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Dat dat inderdaad het geval is, is een conclusie die vrijwel eenstemmig wordt getrokken in de (overigens schaarse en niet steeds even recente) jurisprudentie en literatuur.⁹⁶ Weliswaar wordt er op een aantal plaatsen op gewezen dat van een daadwerkelijk uitgeoefend gezag vaak geen sprake is en worden er ook wel twijfels geuit ten aanzien van de mate waarin het schoolbestuur in staat moet worden geacht gezag uit te oefenen, maar aan die constatering c.q. twijfel wordt niet de conclusie verbonden dat geen sprake is van een gezagsverhouding. De (letterlijk) ene rechter die dat in het verleden wel deed, wordt daarom zelfs zwaar bekritiseerd.

Ik doel hier op de Kantonrechter Leeuwarden die in 1918 ten aanzien van een lerares wiskunde aan een bijzondere H.B.S. tot de conclusie kwam dat de voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst vereiste gezagsverhouding, op grond waarvan het schoolbestuur leiding en toezicht houdt bij de arbeid, ontbrak. De Kantonrechter kwam tot die conclusie omdat 'het schoolbestuur, waarvan een predikant voorzitter is, uiteraard aan requestrante als lerares in de wiskunde, wier werkzaamheid alleen bestaat in het overdragen van haar kennis van de wiskunde op de leerlingen dier school, moet overlaten die werkzaamheid geheel zelfstandig en naar eigen inzicht te verrichten', zodat 'van leiding en toezicht door dat bestuur gedurende het onderwijs in die exacte wetenschap geen sprake kan zijn'.⁹⁷

De opvatting van de Kantonrechter Leeuwarden heeft als gezegd bepaald weinig werklank gevonden in literatuur en jurisprudentie van latere datum. Zo wijst Meijers⁹⁸ de opvatting van de Kantonrechter Leeuwarden af met de volgende vergelijking: 'men kan toch ook wel een kok in zijn dienst hebben zonder verstand van koken te hebben en zonder ooit in de keuken te komen'. Ten aanzien van de lerares is Meijers van mening dat wel degelijk sprake is van een gezagsverhouding: 'het bestuur kan (...) invloed hebben op de samenstelling van het leerprogramma en op aantal, plaats en tijd der lessen'. Een vergelijkbare opvatting heeft Koopmans. Ook hij wijst de opvatting van de Kantonrechter Leeuwarden af. Hij rangschikt het vonnis zelfs onder de categorie 'kinderziekten in de wetstoepassing'.⁹⁹ Koopmans acht een gezagsverhouding aanwezig, want 'het schoolbestuur heeft toch – met of zonder predikant aan het hoofd – de bevoegdheid om een aantal voor de taakvervulling van de lera-

⁹⁶ Vgl. de hierna meer uitgebreid aan te halen opvattingen van Meijers en Koopmans.

⁹⁷ Het vonnis is gepubliceerd in RBA VIII, 68. Het citaat ontleen ik aan L. v.d. Bijtel (1919).

⁹⁸ Vgl. (1924), 31-32.

⁹⁹ (1962), 102.

res van belang zijnde richtlijnen uit te stippelen (leerplan, lesrooster, algemene lijn van het te geven onderwijs).¹⁰⁰

Bij Meijers is dit minder duidelijk, voor Koopmans is heel duidelijk het enkele bestaan van de bevoegdheid om aanwijzingen te geven voldoende om een gezagsverhouding aan te nemen.¹⁰¹ Zoals bleek in par. 3.2.5, is dit ook de gangbare opvatting in de overige literatuur en in de civiele jurisprudentie. Nu die bevoegdheid van het schoolbestuur tot het geven van aanwijzingen ongetwijfeld aanwezig is, moet de conclusie zijn dat tussen schoolbestuur en werknemer in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs sprake is van een gezagsverhouding in de zin van art. 1637a BW.

3.2.7 *Gezag: het middelbaar en hoger beroepsonderwijs*

Ik stap nu over naar het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. De situatie hier is in veel opzichten een andere dan in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Dat is in de eerste plaats het gevolg van de grote omvang van veel instellingen voor beroepsonderwijs en van de met die omvang samenhangende arbeidsverdeling en specialisatie. Als gevolg daarvan rijzen problemen met betrekking tot het gezagsvereiste die vergelijkbaar zijn met die in andere grote en complexe arbeidsorganisaties: weinig werknemers in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs zullen iets merken van gezagsuitoefening door de werkgever 'persoonlijk'. In veel gevallen is sprake van een ingewikkelde structuur van bevels- en controlebevoegdheden, soms 'van boven naar beneden', soms 'over en weer'. Een aantal werknemers staat min of meer duidelijk onder leiding en toezicht bij het verrichten van de arbeid, anderen zijn daarentegen grotendeels vrij in de wijze waarop zij hun arbeid verrichten en kunnen gezien de aard van de functie ook aanspraak maken op die vrijheid.

Aan problemen als deze hoeft, uitgaande van de gangbare opvatting over het gezagselement, niet de consequentie verbonden te worden dat geen sprake is van een gezagsverhouding. Dat zelden of nooit sprake is van persoonlijke gezagsuitoefening door de werkgever hoeft geen bezwaar te zijn, mits het gezag maar te herleiden is tot dat van de werkgever. Ook een belangrijke mate van functionele zelfstandigheid, die met zich mee brengt dat gezag met terughoudendheid en respect voor de eigen inbreng en deskundigheid van de werknemer wordt uitgeoefend, kan eventueel worden ingepast in een (dan zeer rudimentaire) gezagsverhouding.¹⁰² In al deze gevallen kan een gezagsverhouding worden aangenomen, mits de bevoegdheid tot het uitoefenen van (eventueel: gedelegeerd en/of rudimentair) gezag er maar is.

Daarom lijkt het ook met betrekking tot het middelbaar en hoger beroepsonderwijs niet nodig om te twijfelen aan het bestaan van een gezagsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Toch is er één probleem, typisch voor het beroepsonderwijs, dat opnieuw doet twijfelen aan het bestaan van

100 (1962), 106.

101 Vgl. ook (1962), 89 en 103-104.

102 Vgl. De Jong c.s., art. 1637a, aant. 2.

een gezagsverhouding.¹⁰³ Het is namelijk maar zeer de vraag of het schoolbestuur in alle gevallen beschikt over de bevoegdheid om als werkgever aanwijzingen te geven met betrekking tot de arbeid.

Dat is het gevolg van het bepaalde in de artt. 37b en 37c WVO c.q. de artt. 17 en 18 WHBO. Uitgangspunt in beide wetten is het bestaan van een centrale directie. Deze heeft de leiding van de voorbereiding en de uitvoering van het beleid van de instelling, alsmede de coördinatie van de dagelijkse gang van zaken en van het beheer van de instelling, dit alles onder verantwoordelijkheid van het schoolbestuur. Zowel de WVO als de WHBO bieden het schoolbestuur echter de mogelijkheid om taken en bevoegdheden over te dragen aan de centrale directie (in het hoger beroepsonderwijs dan 'college van bestuur' genoemd). De beslissing of en zo ja, welke taken en bevoegdheden worden overgedragen, is in beginsel voorbehouden aan het schoolbestuur. Besluit het schoolbestuur tot overdracht, dan stelt het een bestuursreglement vast, waarin de overgedragen taken en bevoegdheden worden vastgelegd en waarin daarnaast richtlijnen worden gegeven voor het uitoefenen van die taken en bevoegdheden. De beide wetten laten in het midden wat onder 'overdragen' moet worden verstaan. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de bedoeling is dat de bevoegdheden worden gedelegeerd, althans dat langs civielrechtelijke weg een resultaat wordt nagestreefd dat zo veel mogelijk lijkt op delegatie binnen de overheid.¹⁰⁴ Gevolg van de 'overdracht' is dan ook dat de centrale directie (in het mbo) c.q. het college van bestuur (in het hbo) de overgedragen bevoegdheden als een eigen bevoegdheden gaat uitoefenen en dat het schoolbestuur de overgedragen bevoegdheden niet langer zelf kan uitoefenen.¹⁰⁵

Werkgever, in de zin van contractuele tegenpartij, is in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs in alle gevallen het schoolbestuur. Dat geldt ook voor de leden van centrale directie of college van bestuur. In geval van een centrale directie (waaraan geen taken en bevoegdheden zijn gedelegeerd) is het schoolbestuur niet alleen de juridische werkgever, maar ook de uiteindelijk verantwoordelijke voor de gang van zaken binnen de school. Juridisch gezien verkeert een dergelijk schoolbestuur in een vergelijkbare positie als de besturen in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs: het heeft de bevoegdheid om de gang van zaken binnen de instelling te bepalen en daarmee tevens de bevoegdheid om – in Koopmans' terminologie – de arbeid van de werknemers eenzijdig nader te concretiseren. Uitgaande van de heersende leer ligt het in dat geval voor de hand om tot het bestaan van een gezagsverhouding te concluderen.

103 Wat hierna over het beroepsonderwijs gezegd wordt, geldt overigens minstens net zo sterk voor het wetenschappelijk onderwijs; daar bestaat zelfs niet de vrijheid om 'slechts' voor mandaat te kiezen. Vgl. art. 131 lid 2 WVO.

104 Deze wettelijke bepalingen vormen sprekende voorbeelden van de wijze waarop aan het publiekrecht ontleende constructies 'klakkeloos' op het bijzonder onderwijs worden toegepast. Vgl. over de problemen die zo ontstaan: Dubelaar (1991).

105 Vgl. De Jager/De Raadt (1986), 178 e.v.; Kok (1990), 69 e.v.; Dubelaar (1991), 18 e.v.

In geval van een centrale directie met 'gedelegeerde' bevoegdheden (in het mbo) of een college van bestuur (in het hbo) zijn de mogelijkheden van het schoolbestuur om gezag uit te oefenen over de arbeid van de werknemers uiterst beperkt. Dat wil uiteraard niet zeggen dat de werknemers individueel ook steeds vrij zijn om hun arbeid naar eigen goeddunken te verrichten. Door de centrale directie c.q. het college van bestuur worden tal van regels gegeven en beslissingen genomen ten aanzien van onderwijs, onderzoek en beheer, waaraan de individuele werknemers gebonden zijn. Eventueel zou hier van 'gezag' gesproken kunnen worden, ware het niet dat niet het schoolbestuur maar de centrale directie c.q. het college van bestuur de top van de piramide vormt.

In Koopmans' terminologie zijn het zodoende de werknemers die eenzijdig, althans zonder betrokkenheid van de werkgever, de te verrichten arbeid nader concretiseren. Met dit alles in het achterhoofd lijkt het niet juist om in verband met de arbeid verricht binnen de bijzondere instellingen voor mbo en hbo steeds te spreken van 'werkzaamheid in dienst van de werkgever' in de zin van 'onder diens gezag, leiding en toezicht'.

Hier kan tegenin worden gebracht dat de schoolbesturen in het mbo en hbo vrij zijn om te beslissen of en zo ja, in hoeverre gedelegeerd wordt. Hieruit, en uit de omstandigheid dat het bestuursbesluit waarbij gedelegeerd wordt, richtlijnen dient te bevatten voor de uitoefening van de gedelegeerde taken en bevoegdheden door de centrale directie c.q. het college van bestuur, zou een – zeer rudimentaire – bevoegdheid tot het uitoefenen van gezag in de zin van art. 1637a BW kunnen worden afgeleid.¹⁰⁶ Dat lijkt echter een rijkelijk vergezochte oplossing. Er is op zijn minst zeker zo veel te zeggen voor de conclusie dat geen gezagsverhouding bestaat tussen schoolbestuur en werknemers.¹⁰⁷

Gezien de grote consequenties van het bestaan van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, is dit een bepaald moeilijk te verdedigen conclusie. Bezien vanuit de leiding van de mbo- c.q. hbo-instelling en haar taken en bevoegdheden is het uiteraard van groot belang of het schoolbestuur al dan niet taken 'delegeert'. Voor de overige (en overgrote groep) werknemers maakt dat weinig of geen verschil. In beide gevallen is er sprake van ondergeschiktheid, in het ene geval (geen overdracht) uiteindelijk aan het schoolbestuur, in het andere geval (wel overdracht) uiteindelijk aan de centrale directie c.q. het college van bestuur. Het is – als gezegd – moeilijk te verdedigen dat in het ene geval wel sprake zou zijn

106 Het schoolbestuur heeft en houdt, ondanks de delegatie, taken en bevoegdheden op het gebied van de eigen aard van de instelling; vgl. de MvT op de Invoeringswet WHBO (S. 1986, 273), TK 1984-85, 19051, nr 3, 79. Ook uit de bevoegdheid tot beslissen op dit belangrijke, maar beperkte gebied kan echter moeilijk een gezagsverhouding in algemene zin worden afgeleid.

107 Vgl. in dezelfde zin: Dubelaar (1991), 21. Een beroep op de bevoegdheden met betrekking tot bijvoorbeeld aanstelling en ontslag kan het gezagselement niet 'redden'. Uitgaande van de heersende leer spelen deze bevoegdheden namelijk geen rol bij het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een gezagsverhouding. Vgl. nt 88 hiervoor.

van een arbeidsovereenkomst en in het andere geval niet. Dat onderscheid lijkt namelijk niet te maken te hebben met een wezenlijk verschil in aard van de arbeidsverhoudingen, maar meer met de wijze waarop op dit moment de woorden 'in dienst van' in art. 1637a BW worden uitgelegd.

Dit lijkt het juiste moment om nader in te gaan op de kritiek op de heersende leer ter zake van het gezagselement in de arbeidsovereenkomst en om de op basis van deze kritiek ontwikkelde alternatieven in ogenschouw te nemen.

3.3 'TIJD', 'GEZAG' EN HET BIJZONDER ONDERWIJS NADER BEZIEN

3.3.1 Alternatieven

Van de vier elementen in de definitie van de arbeidsovereenkomst wordt het vereiste dat de arbeid 'in dienst van' een ander wordt verricht, vrij algemeen het belangrijkste geacht.¹⁰⁸ In de meeste gevallen zijn het de woorden 'in dienst van', geïnterpreteerd op de hiervoor aangegeven wijze, die een doorslaggevende betekenis hebben bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Met name sedert het begin van de jaren zeventig wordt in de literatuur bezwaar gemaakt tegen de overheersende positie van het gezagsvereiste.¹⁰⁹ Het gezagsvereiste paste, zo deze kritiek, wellicht wel binnen de onderlinge verhoudingen van werkgevers en werknemers zoals die rond de eeuwwisseling waren. Het sluit in elk geval niet meer aan op de inmiddels – door schaalvergroting en collectivering, door specialisatie en functionele zelfstandigheid, door medezeggenschap en werkoverleg – sterk gewijzigde arbeidsverhoudingen. Desondanks vasthouden aan het gezagsvereiste is principieel onjuist en leidt in de praktijk ook tot problemen en onduidelijkheden bij de afgrenzing van de arbeidsovereenkomst van de overige overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Beter is het daarom, zo nog steeds deze kritiek, om het gezagsvereiste zijn doorslaggevende positie te ontnemen en om te zoeken naar alternatieve criteria, naast of zelfs in plaats van het gezagsvereiste.

Volgens F. van der Ven¹¹⁰, daarin met name nagevolgd door Coehorst, De Leede en Thunnissen¹¹¹, moet dat alternatieve criterium gezocht worden in de woorden 'gedurende zekere tijd' en wel in die zin dat in elk geval sprake is van een arbeidsovereenkomst 'wanneer iemand zijn voor werk bestemde tijd geheel of in belangrijke mate voor langere tijd ter beschikking stelt van een ander', ook al zou geen sprake zijn van de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen met betrekking tot de te verrichten arbeid.¹¹² Ook Van der Grin-

108 Aldus bijv.: Meijers (1924), 30 e.v.; Zonderland (1975), 21 e.v.; Bakels (1990), 50; Stein onder HR 17-11-1978, NJ 1979, 140 (IVA-Queijssen).

109 Vgl. m.n. F. van der Ven (1972), 247 e.v.

110 (1972). Vgl. daarnaast ook (1971), 249 e.v.

111 (1988), 12 e.v.

112 Het citaat ontleen ik aan: Coehorst/De Leede/Thunnissen (1988), 15.

ten¹¹³ wijst de gangbare interpretatie van de woorden 'in dienst van' af. Hij stelt de arbeid 'in dienst van' tegenover de arbeid in de uitoefening van een vrij beroep of in een eigen onderneming. Zelfstandigheid van de werknemer in de uitoefening van zijn functie staat in Van der Grintens opvatting daarom niet in de weg aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zolang maar geen sprake is van als zelfstandige verrichte arbeid. In de verdere uitwerking van zijn opvatting nadert Van der Grinten die van Van der Ven, met name waar hij schrijft:

'Bij de arbeidsovereenkomst gaat het niet over de vervulling van een concrete opdracht, doch over het ter beschikking staan van de werkgever 'gedurende zekere tijd'. Het tijdslement bij de arbeidsovereenkomst heeft niet deze betekenis dat het in dienst zijn tenminste een bepaalde tijd moet voortduren, doch wel dat de arbeider gedurende een zekere tijd beschikbaar is'.

Meer uitgebreid en in algemene zin ingaan op de kritiek op het gezagsvereiste en op de in dat verband ontwikkelde alternatieven zou in dit verband te voeren. Het is ook niet nodig. Uitgangspunt bij de door Van der Ven aangezwengelde discussie over de voors en tegens van het gezags- en het tijdsvereiste is, niet onbegrijpelijk, vrijwel steeds de situatie in het bedrijfsleven. Zo spelen een belangrijke rol: de opkomst van de N.V. en de B.V., de positie van de directeuren en commissarissen van deze vennootschappen/rechtspersonen, de medezeggenschap via de ondernemingsraad en het werkoverleg. Door de geheel andere structuur en de relatieve kleinschaligheid van met name het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, door de omstandigheid dat het onderwijs uitgaat van verenigingen en stichtingen met over het algemeen niet-professionele besturen, door het non profitkarakter van de scholen en de sterke overheidsinvloed daarop door middel van de bekostigingsvoorwaarden vertonen de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs een voor een belangrijk deel eigen karakter. De aan de hand van de juridische en feitelijke situatie in het bedrijfsleven getrokken conclusies zijn daarom niet per se relevant voor het bijzonder onderwijs. Het omgekeerde is evenmin zonder meer het geval.

Ik volsta daarom met te vermelden, dat de kritiek op de gangbare opvatting, die ertoe leidt dat het gezagsvereiste op dit moment het vrijwel enige doorslaggevende criterium is voor het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst, naar mijn mening in zijn algemeenheid terecht is. De werkelijkheid is te zeer gevarieerd om zich te lenen voor een dergelijk eenzijdige aanpak, zeker nu die uitgaat van het gezagsvereiste. Juist op dat punt, en bijvoorbeeld niet in verband met het arbeid- en het loonvereiste, is de verandering in de verhoudingen tussen werkgever en werknemer sedert het begin van deze eeuw merkbaar. Ook de situatie in het bijzonder onderwijs is daarvan – dat bleek in

het voorgaande – een treffende illustratie.

Het tijdselement zoals ingevuld door Van der Ven en na hem door Coehorst, De Leede en Thunnissen is mijns inziens een bruikbaar alternatief. Ook hier dient echter, net als in verband met het gezagselement, voor verabsolutering gewaakt te worden. Ook het tijds criterium voldoet namelijk niet steeds, met name niet in die gevallen waarin gedurende zeer korte tijd en/of zeer incidenteel arbeid wordt verricht.¹¹⁴ Gezags- en tijdsvereiste dienen mijns inziens dan ook naast elkaar gehanteerd te worden, in die zin dat (arbeids- en loonvereiste daargelaten) in elk geval sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer aan beide vereisten voldaan is, maar dat tevens niet wordt uitgesloten dat van een arbeidsovereenkomst sprake is, wanneer aan een van beide niet voldaan is.

In verband met de hantering van beide criteria (en ook in verband met het arbeids- en loonvereiste) mag namelijk niet uit het oog worden verloren, dat de kwalificatie van een rechtsverhouding als (al dan niet) arbeidsovereenkomst niet omwille van zichzelf geschiedt, maar met het oog op haar rechtsgevolg: de al dan niet toepasselijkheid van een belangrijk deel van het arbeidsrecht in de artt. 1637d e.v. BW en in de aanverwante wetgeving, terzake van loon (inclusief minimumloon en gelijke beloning), vakantie en ontslag, maar ook in verband met bijvoorbeeld medezeggenschap en arbeidsomstandigheden.¹¹⁵ De vraag of naar objectieve maatstaven bezien aan toepasselijkheid van dit geheel van regels behoefte is, is daarom de wezenlijke vraag.¹¹⁶ Die vraag dient in beginsel ontkennend beantwoord te worden als sprake is van zelfstandige arbeid, in een vrij beroep of in een eigen onderneming. In de andere gevallen zal daarentegen wel behoefte zijn aan toepasselijkheid van wettelijke bepalingen inzake (bijvoorbeeld) aard en omvang van de beloning en het einde van de rechtsverhouding. In zoverre hecht ik, met Van der Grinten, in eerste instantie het grootste belang aan het onderscheid tussen zelfstandige en onzelfstandige arbeid. Aan dat onderscheid kleeft echter het bezwaar dat het moeilijk operationeel te maken is. In zoverre biedt een toets aan de vier essentialia van de arbeidsovereenkomst ex. art. 1637a BW meer houvast. Er is dan ook geen bezwaar tegen dat deze essentialia tot uitgangspunt worden genomen bij het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, mits dat gebeurt vanuit het besef dat de essentialia afzonderlijk noch alle vier gezamenlijk 'alzaligmakend' zijn en dat het er uiteindelijk om gaat dat de gevolgen van de toets aan art. 1637a BW aanvaardbaar zijn. In geval van twijfel of aan de essentialia van art. 1637a BW is

114 In dat geval kan wellicht het beste als aanvullend criterium worden gehanteerd dat als het arbeid betreft die binnen de desbetreffende organisatie (of binnen soortgelijke organisaties) in de regel op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht, dat ook het geval is (eventueel: behoudens tegenbewijs) als de arbeid slechts gedurende zeer korte duur wordt verricht. Ook andere criteria kunnen van belang zijn; vgl. De Jong c.s., art. 1637a, aant. 2 slot.

115 Vgl. hoofdstuk V.

116 Voor alle duidelijkheid: niet de vraag of een der partijen of beide partijen die rechtsgevolgen wenselijk vindt c.q. vinden.

voldaan is er dan ook niets op tegen deze essentialia 'even' te laten voor wat zij zijn, om vervolgens de vraag naar de wenselijkheid van het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst openlijk te stellen – en te beantwoorden.

3.3.2 *Opnieuw: het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs*

Tot zover het gezags- en tijdsvereiste in het algemeen. Ik keer nu terug naar de situatie in het bijzonder onderwijs, allereerst naar het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Ten aanzien daarvan werd in par. 3.2.6 de conclusie getrokken dat er, uitgaande van de heersende opvatting, een gezagsverhouding bestaat tussen het schoolbestuur en de leden van het onderwijzend en het niet-onderwijzend personeel, omdat op grond van onderwijswetgeving en akten van benoeming de bevoegdheid bestaat om gezag in de zin van art. 1637a BW uit te oefenen.

De praktijk is intussen veelal duidelijk anders dan de WBO, de ISOVSO en de WVO en de daarmee overeenstemmende akten van benoeming zouden doen vermoeden. Over het algemeen zijn het niet de schoolbesturen die de gang van zaken binnen de school bepalen, maar de werknemers en met name de schoolleiding en het (overige) onderwijzend personeel. Uit onderzoek op dit gebied is gebleken dat veel schoolbesturen qua kennis en ervaring op het terrein van het onderwijs duidelijk de mindere zijn van 'hun' werknemers, wat ertoe leidt dat zij zich met betrekking tot de gang van zaken binnen de scholen dienovereenkomstig terughoudend opstellen.¹¹⁷

Een dergelijke opstelling is met name daar aan te treffen waar het rechtstreeks om het onderwijs gaat. Schoolbesturen nemen ten aanzien daarvan vaak uitsluitend de wettelijk of statutair verplichte besluiten (die in veel gevallen inhoudelijk geheel zijn voorbereid door de schoolleiding en de overige werknemers) en laten overigens 'alles' over aan de school. Eventueel is er een meer uitgebreide bemoeienis met het onderwijs waar dat rechtstreeks verband houdt met de richting van de school. Daarnaast hebben de schoolbesturen in elk geval uitgebreide taken ten aanzien van bijvoorbeeld financiën en huisvesting. Deze bemoeienis lijkt echter te specifiek (richting) of staat in een te ver verwijderd verband met het onderwijs (financiën, huisvesting), om daar in algemene zin 'aanwijzingen en opdrachten met betrekking tot de arbeid' in te zien. Vooral waar het betreft zaken als financiën en huisvesting lijkt het eerder zo te zijn dat de schoolbesturen zuiver faciliterend optreden ten aanzien van het onderwijs en degenen die het geven en zorgen dat aan alle randvoorwaarden is voldaan, zodat het onderwijs ongestoord voortgang kan vinden.

Deze gang van zaken behoeft geen verwondering te wekken.¹¹⁸ Deskundig-

117 Vgl. Idenburg (1964), 255, 278 e.v., 306 e.v.; Marx (1968), 199 e.v.; Smets/Bakker (1979); Smets (1980), 10 e.v.; Willemsz/Van Wieringen (1986), 128 e.v.; Leune (1987), 254-277 en m.n. 276-277; Smit c.s. (1987), 90-92, 138-140; Van Esch (1988), 167-168, 251 e.v., 294. Met de vergroting van de autonomie van de afzonderlijke scholen kan dat alleen nog maar sterker worden. Vgl. Steen (1990), 44. (In zoverre worden inderdaad de scholen autonom en niet de schoolbesturen.)

118 Vgl. Van Esch (1988), 71 e.v.

heid met betrekking tot de aanpak en de inhoud van het onderwijs is in elk geval onder de werknemers aan te treffen, vaak niet of nauwelijks onder de leden van de schoolbesturen. Dat hangt daarmee samen dat het lidmaatschap van een schoolbestuur veelal een onbezoldigde nevenfunctie is, op vrijwillige basis in de 'vrije tijd' verricht. Die gegevenheid heeft vervolgens tot consequentie dat de personele bezetting van het schoolbestuur duidelijk meer aan verandering onderhevig is dan die van schoolleiding en leraren-corps. Vaak zijn het ouders die zitting nemen in een schoolbestuur gedurende de periode dat hun kinderen een bepaalde school bezoeken. Niet in alle gevallen zal de situatie in de praktijk zo zijn als hier beschreven. Ook zeer actieve en inhoudelijk deskundige schoolbesturen komen voor, eventueel zelfs op (semi-) professionele basis, of professioneel ondersteund door een daartoe aangestelde secretaris of administrateur. Dit type schoolbestuur is echter duidelijk in de minderheid.¹¹⁹

Nu is het in zijn algemeenheid zeker terecht dat in de (civiele) jurisprudentie en in de literatuur de enkele bevoegdheid tot het uitoefenen van gezag doorslaggevend wordt geacht als het er om gaat vast te stellen of sprake is van een gezagsverhouding. In veel gevallen zal een werknemer, al dan niet na een zekere opleiding of instructie, zeer wel in staat zijn om zelf te bepalen welke werkzaamheden van hem verwacht worden. De werkgever kan dan desondanks aanwijzingen geven. Hij kan dat ook nalaten, zolang hij tevreden is met de verrichte arbeid, om alleen dan in te grijpen indien hij dat niet meer zou zijn. In beide gevallen dient een gezagsverhouding te worden aangenomen.

In het bijzonder onderwijs is echter iets anders aan de hand. Hier laten veel schoolbesturen het uitoefenen van gezag niet achterwege, in het vertrouwen dat de arbeid op de juiste wijze verricht zal worden, om alleen in te grijpen als zij dat vertrouwen geschonden zien. De terughoudendheid vindt voor een belangrijk deel haar oorzaak in het feit dat deze schoolbesturen niet, of niet dan slechts zeer incidenteel of globaal in staat zijn om gezag uit te oefenen over de arbeid van schoolleiding en overige werknemers. Door desondanks reeds aan het enkele bestaan van de bevoegdheid tot gezagsuitoefening consequenties te verbinden, staat, als ook aan de overige vereisten is voldaan, niets de kwalificatie als arbeidsovereenkomst in de weg. Deze kwalificatie is met het oog op de daarvan het gevolg zijnde toepasselijkheid van het arbeidsrecht toe te juichen; deze toepasselijkheid is stellig op haar plaats. De kwalificatie kan echter uitsluitend gegeven worden door het gezagsvereiste vergaand uit te hollen en te formaliseren.

Hier leidt Van der Vens alternatieve opvatting op een minder gewrongen wijze tot hetzelfde resultaat: voor veruit de meeste werknemers in het bijzonder onderwijs geldt dat zij hun voor het werk bestemde tijd geheel of in belangrijke mate voor langere tijd ter beschikking stellen van een ander – het schoolbestuur. Alleen al op grond daarvan kunnen zij terecht aanspraak maken op de bescherming die het arbeidsrecht terzake van loon, vakantie, ont-

119 Van Esch (1988), 74.

slag, etc. biedt. Als daarnaast nog sprake is van door het schoolbestuur uitgeoefend gezag over de arbeid, althans van de bereidheid en de capaciteit om wanneer nodig dat gezag uit te oefenen, dan is dat een extra argument om een arbeidsovereenkomst aan te nemen; essentieel is het niet. Dergelijk gezag zou met terughoudendheid uitgeoefend moeten worden. Uit hetgeen hiervoor over de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer werd gezegd, mag mijns inziens de conclusie worden getrokken dat de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, als 'onderwijsprofessionals', een belangrijke mate van functionele zelfstandigheid toekomt.¹²⁰

3.3.3 *Opnieuw: het middelbaar en hoger beroepsonderwijs*

Tot zover het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Voor de instellingen voor middelbaar en hoger beroepsonderwijs die een centrale directie kennen, waaraan het schoolbestuur geen taken en bevoegdheden heeft gedelegeerd, geldt hetzelfde als voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, zowel juridisch (er bestaat een bevoegdheid om gezag uit te oefenen) als feitelijk (van die bevoegdheid wordt niet of nauwelijks gebruik gemaakt en dat kan ook moeilijk anders). Het bestaan van de juridische bevoegdheid om gezag uit te oefenen betekent dat naar heersende leer een gezagsverhouding in de zin van art. 1637a BW aanwezig is en daarmee ook, voor zover aan de overige vereisten is voldaan, een arbeidsovereenkomst. Aan deze ook in verband met de werknemers in het bijzonder mbo en hbo toe te juichen kwalificatie staat dan niets in de weg. Ook hier blijkt mijns inziens dat diezelfde conclusie op een minder gewrongen wijze bereikt kan worden aan de hand van Van der Vens opvatting over het tijdsvereiste.

In de instellingen voor mbo en hbo waar de schoolleiding beschikt over door het schoolbestuur gedelegeerde bevoegdheden stemmen wetgeving en praktijk daarentegen overeen, in die zin dat de feitelijke terughoudendheid van de schoolbesturen aansluit op een juridische regeling die tot terughoudendheid aanleiding geeft, die – met andere woorden – de werknemers een grote zelfstandigheid toekent bij het verrichten van de arbeid.¹²¹

In par. 3.2.7 bleek dat hieraan, uitgaande van de heersende leer, de consequentie moet worden verbonden dat geen sprake is van een gezagsverhouding in de zin van art. 1637a BW, zodat ook van een arbeidsovereenkomst geen sprake kan zijn. Tevens werd geconstateerd dat dit laatste een moeilijk te verdedigen consequentie is. Van der Vens opvatting is daarom niet alleen de minder gewrongen, maar zelfs de enige weg om ten aanzien van de werknemers in de desbetreffende mbo- en hbo-instellingen toch tot de – in mijn

120 Om deze reden is het niet nodig om de zekere mate van functionele zelfstandigheid die de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs ten opzichte van het schoolbestuur (en vervolgens ook de ouders) toekomt te baseren op het onderwijsgrondrecht (vgl. hoofdstuk III, par. 2.7.2-slot). Zij kan haar grondslag – veel passender en eenvoudiger – vinden in de arbeidsovereenkomst als zodanig. Vgl. ook nt 121.

121 Ook hier is aan het onderwijsgrondrecht als basis voor deze zelfstandigheid geen behoefte. Vgl. nt. 120.

ogen zonder meer passende – kwalificatie ‘arbeidsovereenkomst’ te komen. Ook van deze werknemers kan tenslotte (enkele uitzonderingen daargelaten) gezegd worden dat zij hun voor het werk bestemde tijd geheel of in belangrijke mate voor langere tijd ter beschikking stellen van een ander en dat zij op grond daarvan terecht aanspraak kunnen maken op toepasselijkheid van het arbeidsrecht. Ten aanzien van de werknemers binnen instellingen voor middelbaar of hoger beroepsonderwijs die een schoolleiding met ‘overgedragen’ taken en bevoegdheden kent, mag daarom aan de constatering dat er geen gezagsverhouding bestaat tussen schoolbestuur en werknemer niet de conclusie worden verbonden dat – dus – ook geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW.

3.4 DE OPVATTINGEN IN WETGEVING, JURISPRUDENTIE EN LITERATUUR

In de vorige paragraaf heb ik onderzocht of de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer in het bijzonder onderwijs valt binnen het kader van de definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 1637a BW. Mijn conclusie is dat dat in de regel het geval is. Behoudens enkele uitzonderingen (die ik in de volgende paragraaf nog eens kort op een rij zal zetten), is dan ook sprake van een arbeidsovereenkomst tussen het schoolbestuur als werkgever enerzijds en de werknemer (arbeider in de zin van Boek IV, titel VIIA BW) anderzijds. Hierna zal ik nagaan of deze conclusie overeenstemt met de opvattingen van anderen: de wetgever, de rechterlijke instanties en de schrijvers, voor zover zij zich over het karakter van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer hebben uitgelaten.

Bepalingen in de onderwijswetgeving waaruit expliciet kan worden afgeleid of de wetgever al dan niet een arbeidsovereenkomst aanwezig acht, ontbreken. Uit de gebezigde terminologie (‘aanstelling’, ‘akte van benoeming’) zou eventueel impliciet een bepaalde opvatting kunnen worden afgelezen. Zoals in par. 2 bleek, wijst de terminologie echter in de verkeerde richting.

Betere aanknopingspunten levert de parlementaire geschiedenis van de diverse onderwijswetten op. Ik zal mij hier beperken tot een van de oudste nog relevante wettelijke regelingen, die tot invoering van de commissies van beroep, uit 1905, en tot een van de meest recente, de WBO uit 1981.

De parlementaire geschiedenis van de Wet van 5 juni 1905 tot invoering van de commissies van beroep is redelijk duidelijk. Volgens de wetgever is sprake van een arbeidsovereenkomst.¹²² Met deze kwalificatie loopt de wetgever wel vooruit op de in 1903 en 1904 nog in te voeren wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst. Van der Net signaleert daarnaast terecht dat de wetgever weinig consequent is geweest waar het de rechtsgevolgen van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst betreft.¹²³ Dat doet echter niet af aan de duide-

¹²² MvT, TK 1903-04, 198 nr 3, 13; VV, TK 1904-05, 39 nr 1, 35.

¹²³ (1977), 26. Vgl. ook hoofdstuk IX, par. 2.6.

lijkheid van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst. Ook de parlementaire geschiedenis van de WBO is duidelijk. Zowel de regering als de Tweede Kamer gaan er van uit dat de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer een arbeidsovereenkomst is. Oorspronkelijk was in art. 39 ontwerp-WBO zelfs uitdrukkelijk sprake van 'de arbeidsovereenkomst tussen het bevoegd gezag en het personeel'. Art. 39 is echter tijdens de parlementaire behandeling ingrijpend gewijzigd.¹²⁴ Daarmee is ook de uitdrukkelijke verwijzing naar de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer uit de wettekst verdwenen. Dat sprake is van een arbeidsovereenkomst is echter nooit in twijfel getrokken.¹²⁵

Ook in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter wordt, afgezien van het vonnis van Kantonrechter Leeuwarden uit 1918, algemeen aangenomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹²⁶ Andere 'geschillenbeslechtsers' die zich in het verleden hebben uitgesproken over de aard van de rechtsverhouding schoolbestuur-werknemer zijn de commissies van beroep. Ook zij komen (meestal impliciet) tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹²⁷

In de literatuur tenslotte, is eveneens vrij algemeen de opvatting aan te treffen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Meijers' en Koopmans' opvattingen heb ik in de vorige paragraaf reeds uitgebreid aangehaald. Daarnaast kunnen genoemd worden: Verhoeve en Vos¹²⁸, Donner¹²⁹, Idenburg¹³⁰, F. van der Ven¹³¹, De Leede en Strijbos¹³², Drop¹³³, Van Peijpe¹³⁴ en Van der Grinten.¹³⁵

Een afwijkende opvatting hebben Van Poelje en Van der Net. Van Poelje's opvatting, dat sprake is van een door eenzijdige (publiekrechtelijke) aanstel-

124 Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.2.

125 MvT, TK 1976-77, 14428, nr 3, 53; VV, TK 1979-80, 14428, nr 11, 54; MvA, idem, nr 12, 49/50.

126 Vgl. HR 14-10-1988, RvdW 1988, 162 en - impliciet - HR 14-10-1988, RvdW 1988, 169. Vgl. daarnaast Pres. Rb Middelburg, 11-1-1977, AB 1977, 97. Rb Amsterdam, 8-3-1977, AB 1977, 361; Ktr Eindhoven, 14-4-1978, AB 1979, 76; Ktr Eindhoven, 26-10-1978, AB 1978, 506; Ktr Amsterdam, 4-4-1979, AB 1980, 182; Ktr Gorinchem, 11-6-1979, AB 1979, 496; Ktr Groningen, 4-7-1979, AB 1979, 506; Ktr Den Haag, 28-1-1982, AB 1982, 479; Ktr Amsterdam, 11-2-1983, AB 1983, 277; Ktr Den Haag, 22-10-1984, AB 1985, 286. Vgl. voor uitspraken van oudere datum: Van der Net (1977), 197 e.v. en daarnaast Ktr Amsterdam 3-5-1934, NJ 1935, 1228.

127 Vgl. (bijv.) Cvb pc bo, 30-6-1980, AB 1980, 591; Cvb pc vo, 17-9-1980, AB, 1981, 62; Cvb pc bo, 27-3-1982, AB, 1982, 344. Vgl. voor beslissingen van oudere datum: Van der Net (1977), 194 e.v.

128 (1956), 54.

129 (1962), 345.

130 (1964), 255.

131 Vgl. zijn - hiervoor reeds aangehaalde - afscheidsrede, (1972).

132 (1981), 39 e.v.

133 (1985), 291.

134 (1987), 544.

135 (1990), 19. Vgl. daarnaast nog AG Tak voor HR 24-6-1932, AB 1932, 1482 e.v.

ling tot stand gekomen rechtsverhouding, heb ik in par. 2 meer uitgebreid behandeld. De conclusie aldaar was dat zijn opvatting niet houdbaar is voor zover het betreft de Aw, de rechtspositiereglementen en het overgrote deel van het overige ambtenarenrecht, omdat de werknemers in het bijzonder onderwijs in dat verband geen ambtenaren zijn. Evenmin bleek zij houdbaar in verband met de ABPw en de VOA, omdat geen sprake is van een ambtenaarschap op grond van een eenzijdige publiekrechtelijke aanstelling.

Van der Net stelt in zijn proefschrift uit 1977 dat, ook al weet hij dat de heersende leer een andere is, zijns inziens sprake is van een rechtsverhouding sui generis, althans van een 'onzuivere' arbeidsovereenkomst. 'In elk geval moet men steeds in het oog houden', aldus Van der Net, 'dat op de betrokken verhouding niet zonder meer de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing blijken te zijn'.¹³⁶ Argumenten vóór zijn opvatting, die rechtstreeks betrekking hebben op de vier essentialia van de 'normale' arbeidsovereenkomst, voert Van der Net niet aan. Hij geeft de voorkeur aan met name de kwalificatie als rechtsverhouding sui generis, omdat, aldus weer Van der Net, 'de invloed op die verhouding van het publiekrecht, zij het dan indirect, groot is'.¹³⁷

Nu is het voor zover het om de rechtsverhouding sui generis gaat strikt genomen niet nodig om uitdrukkelijk op de vier essentialia van art. 1637a BW in te gaan. Het heeft zelfs met name zin om over een rechtsfiguur (althans overeenkomst) sui generis te spreken, als die aan de vereisten voor een bijzonder contract voldoet en het desondanks niet is, althans niet behoort te zijn.¹³⁸ Maar dan is wel vereist dat de op het eerste oog passende kwalificatie bij nader inzien, om welke reden dan ook, duidelijk niet passend blijkt te zijn. Argumenten die in een dergelijke richting wijzen, voert Van der Net mijns inziens niet aan. Ik ga er van uit dat Van der Net met de 'indirecte invloed' van het publiekrecht doelt op de invloed van de onderwijswetgeving. Haar invloed is inderdaad uitsluitend indirect, omdat sprake is van bekostigingsvoorwaarden, die uitsluitend doorwerken op de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer indien beide partijen die invloed uitdrukkelijk bewerkstelligen door de inhoud van de onderwijswetgeving 'mee overeen te komen'.¹³⁹ De arbeidsovereenkomst als overeenkomst verandert daardoor niet van karakter.

Daar komt nog bij dat de door Van der Net voorgestane kwalificatie 'figuur sui generis' voor alle betrokkenen grote en moeilijk precies te overziene consequenties zou hebben. Van der Net heeft vanuit de vrijheid van onderwijs bezwaren tegen de toepasselijkheid van bepaalde onderdelen van Boek IV, titel VIIA BW, met name waar het gaat om het ontslagrecht. Dat lijkt ook de werkelijke reden waarom Van der Net de voorkeur geeft aan een kwalificatie

136 (1977), 224.

137 (1977), 224.

138 Vgl. bijv. HR 12-4-1949, NJ 1949, 452, i.v.m. de pensionovereenkomst.

139 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.2.

als 'figuur sui generis'.¹⁴⁰ Onduidelijk is echter welk recht dan wel deze verhouding zou dienen te beheersen. Het arbeidsovereenkomstenrecht zou uitsluitend naar analogie van toepassing kunnen zijn; datzelfde geldt voor het algemene en het onderwijs-ambtenarenrecht. Voor schoolbestuur en werknemer zou dat een haast volslagen vrijheid betekenen om hun rechtsverhouding te regelen, ook al is materieel aan de vereisten van art. 1637a BW voldaan. Tegen de toepasselijkheid van het ontslagrecht moeten wel erg duidelijke bezwaren bestaan, wil dit een te rechtvaardigen consequentie zijn. Dat die bezwaren bestaan, maakt Van der Net mijns inziens niet aannemelijk.¹⁴¹ Op Van der Nets 'alternatieve' kwalificatie, de onzuivere arbeidsovereenkomst, kom ik in het volgende hoofdstuk terug, omdat het hier in wezen niet om de kwalificatie gaat, maar om haar rechtsgevolgen.¹⁴²

4 Conclusie en consequenties

De conclusie is mijns inziens duidelijk: het overgrote deel van de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs is aldaar werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met het schoolbestuur. Toetsing aan de vier essentialia van de arbeidsovereenkomst ex art. 1637a BW leidt tot deze conclusie. Dat sprake is van een arbeidsovereenkomst is ook een opvatting die algemeen gedeeld wordt door de wetgever en in de jurisprudentie en de literatuur. Daarnaast is het overgrote deel van de werknemers in het bijzonder onderwijs ambtenaar in de zin van de ABPw en de VOA. Voor het overige zijn zij geen ambtenaren.

Deze conclusies gaan niet op voor alle werknemers in het bijzonder onderwijs. Van een aantal categorieën werknemers is hiervoor, om verschillende redenen, geconstateerd dat zij niet werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst met het schoolbestuur en/of dat zij geen ambtenaar zijn in de zin van de ambtelijke pensioenwetgeving.

Voor zover het de arbeidsovereenkomst betreft gaat het, kort samengevat, om: (a) de vrijwilligers, ten aanzien waarvan het slechts bij uitzondering zinvol zal zijn om hun arbeid in een juridisch licht te bezien; (b) de uitzendkrachten, WSW-ers, gewetensbezwaarden en (sommige) vakleerkrachten die werkzaam zijn binnen de bijzondere school op grond van een rechtsrelatie tot een derde; (c) de stagiaires, die in elk geval niet voldoen aan het arbeid- en het loonvereiste; (d) het schoonmaak- en ander personeel, voor zover dat niet verplicht is (enige) arbeid persoonlijk te verrichten; (e) de geestelijken en/of bekleeders van een geestelijk ambt, met name voor zover hun werkzaamheid berust op

140 Daarnaast lijkt een rol te spelen dat de kwalificatie als arbeidsovereenkomst de burgerlijke rechter (in Van der Nets ogen: té) grote mogelijkheden geeft om in te grijpen in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer; vgl. (1977), 197.

141 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2; hoofdstuk IX, par. 4.2.

142 Vgl. m.n. par. 2.

een kerkrechtelijke relatie met een kerkelijke rechtspersoon die zelf een school instandhoudt of die de geestelijke als het ware 'tewerkstelt' in een bijzondere school, maar eventueel ook omdat niet is voldaan aan de vereisten 'loon' en 'gezag'.

Voor zover het de ABPw betreft, gaat het opnieuw om vrijwilligers, uitzendkrachten, stagiaires, werknemers die het vrij staat zich te laten vervangen en geestelijken c.q. bekleeders van een geestelijk ambt, voor zover werkzaam op grond van een kerkrechtelijke relatie. Geen ambtenaren in de zin van de ABPw zijn daarnaast ook de werknemers in dienst van de rechtspersoon die de bijzondere school in stand houdt, die niet binnen die bijzondere school werkzaam zijn.¹⁴³ Wel ambtenaar in de zin van de ABPw zijn daarentegen, net als hun 'normale' collega's, de WSW'ers, gewetensbezwaarden en (sommige) vakleerkrachten, maar dan niet op grond van het feit dat zij werkzaam zijn binnen de bijzondere school, maar op grond van hun rechtsverhouding tot de overheid.

Deze categorieën werknemers zijn echter duidelijke uitzonderingen binnen het bijzonder onderwijs. Het overgrote deel van de werknemers in het bijzonder onderwijs is zowel werknemer (arbeider) in de zin van het BW als ambtenaar in de zin van het ABPw.

Zoals reeds eerder werd opgemerkt, zijn deze kwalificaties als zodanig van weinig principieel belang. Zij zijn van belang met het oog op de rechtsgevolgen die zij teweeg brengen, voor het toepasselijke materiële recht en voor de rechtsbeschermingsmogelijkheden. Op deze rechtsgevolgen zal ik in de volgende hoofdstukken ingaan.

¹⁴³ Tenzij in een concreet geval zou blijken dat sprake is van ambtenaarschap op grond van een aanwijzing in de zin van art. B3 ABPw. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het bepaalde in het B7-KB. Vgl. nt 39.

Hoofdstuk V – Het toepasselijke recht: sociaal recht

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik nagaan in hoeverre het reguliere sociaal recht op de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer in het bijzonder onderwijs van toepassing is. Ik beperk mij daarbij tot de wetgeving die relevant is in verband met de drie sociaal-rechtelijke onderwerpen die in dit onderzoek centraal staan: ontslag, medezeggenschap en collectief overleg.¹ In par. 2 komt het BW aan de orde, in par. 3 het BBA en in par. 4 het overige arbeidsovereenkomstenrecht. Par. 5 is gewijd aan het recht inzake het collectief overleg en par. 6 aan het medezeggenschapsrecht. Het hoofdstuk wordt afgerond met een korte conclusie in par. 7.

Tot uitgangspunt neem ik hierna de in het vorige hoofdstuk getrokken conclusies inzake de aard van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. De voornaamste conclusie was dat de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer in de regel een arbeidsovereenkomst is. Die kwalificatie brengt de toepasselijkheid van een uitgebreid stelsel van sociaal recht met zich mee: de (dienstbetrekking uit) arbeidsovereenkomst is nog steeds het voornaamste 'toegangsbiljet' tot de toepasselijkheid van de sociaal-rechtelijke wetgeving.² Niet alle sociaal recht op de drie hiervoor genoemde terreinen is voor zijn toepasselijkheid afhankelijk van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Die toepasselijkheid kan ook op andere gronden berusten, waarbij met name van belang is het werkzaam zijn in een onderneming. Ook op de (al dan niet) toepasselijkheid van dit deel van het sociaal recht zal ik in de par. 2 tot en met 6 ingaan.

1 Ik concentreer mij daarbij op het materiële recht. De rechtsbescherming zal in dit hoofdstuk (en in hoofdstuk VI) slechts summier aan de orde komen; in de hoofdstukken VII, IX en XI zal ik daar nader op ingaan.

2 De term 'toegangsbiljet' ontleen ik aan Van der Grinten (1972, 618), die daarmee wil aangeven dat de arbeidsovereenkomst (net als het toegangsbiljet in de eigenlijke zin van het woord) in sterke mate het karakter van een adhesiecontract heeft, althans heeft gekregen. Ook voor het bijzonder onderwijs gaat dit op, zij het op een wat afwijkende wijze. In hoofdstuk VII, par. 3.2.1 kom ik daar op terug.

2 Het Burgerlijk Wetboek

2.1 INTEGRALE TOEPASSELIJKHEID

Het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen twee personen brengt eerst en vooral de toepasselijkheid van Boek IV, titel VIIA BW met zich mee. Een negentig-tal op de arbeidsovereenkomst toegespitste bepalingen is daardoor rechtstreeks op de onderlinge rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer van toepassing. Daarnaast is op de arbeidsovereenkomst het algemene overeenkomstenrecht en rechtshandelingenrecht van toepassing, voor zover althans niet de specifieke bepalingen voor het arbeidscontract zich daartegen verzetten. Tenslotte ondergaat de arbeidsovereenkomst de invloed van het ongeschreven privaatrecht, de privaatrechtelijke rechtsbeginselen etc.

De toepasselijkheid van het privaatrecht in het algemeen zal ik hierna buiten beschouwing laten. Ik zal de aandacht concentreren op het specifiek op de arbeidsovereenkomst toegesneden deel van het BW: de artt. 1637d tot en met 1639dd.

Al deze wettelijke bepalingen zijn – in abstracto – op elke arbeidsovereenkomst van toepassing. De hoedanigheid van de werkgever noch die van de werknemer noch die van de arbeid zijn hier van belang. Er is sprake van een algemene regeling die, in uitgangspunt onafhankelijk van de wil van werkgever en werknemer, de wederzijdse rechten en plichten bepaalt.³ Dat geldt ook voor het bijzonder onderwijs: wanneer vaststaat dat de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer een arbeidsovereenkomst is, dan vloeit de integrale toepasselijkheid van de artt. 1637d-1639dd BW daaruit rechtstreeks voort.⁴

Voor de toepasselijkheid van de artt. 1639aa e.v. BW is het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet voldoende. Daarnaast is vereist dat de arbeid in een 'onderneming' wordt verricht. Het begrip 'onderneming' dient in verband met de artt. 1639aa e.v. BW zeer ruim genomen te worden.⁵ Zowel een bijzondere onderwijsinstelling als – bijvoorbeeld – een centrale administratie vallen binnen dit ondernemingsbegrip, zodat de artt. 1639aa e.v. BW integraal op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn.

2.2 BEZWAREN?

Dat de BW-regeling van de arbeidsovereenkomst zonder uitzondering op de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer van toepassing is, is de heersende opvatting in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter.⁶ Dat

³ Vgl. Molenaar (1957), 31-32; Koopmans (1962), 78 e.v. Vgl. ook hoofdstuk VI, par. 2.3.

⁴ Vgl. i.v.m. art. 1637j BW ook par. 4.3.

⁵ Vgl. De Leede (1988), 276; Van der Grinten (1990), 36.

⁶ Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.3.

zelfde is het geval in de jurisprudentie van de commissies van beroep en in de literatuur.⁷

Een uitzondering op dit laatste punt vormt Van der Net.⁸ In het vorige hoofdstuk bleek reeds dat Van der Net grote bezwaren heeft tegen de integrale toepasselijkheid van titel VIIA BW. Die bezwaren gelden met name de toepasselijkheid van het ontslagrecht, dat in zijn ogen de overheid (zowel wetgever als rechter) te veel invloed geeft op aanstelling en ontslag in het bijzonder onderwijs, hetgeen een aantasting van de vrijheid van onderwijs zou (kunnen) betekenen.⁹ Om die reden kwalificeert Van der Net de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer als een 'rechtsverhouding sui generis' of als een 'onzuivere arbeidsovereenkomst' waarop titel VIIA BW niet, althans niet integraal, van toepassing zou zijn.¹⁰

Op de rechtsverhouding sui generis ben ik in het vorige hoofdstuk ingegaan. Mijn conclusie was dat er voor een dergelijke kwalificatie naar huidig recht geen ruimte is. Behoudens de aldaar genoemde uitzonderingen is steeds sprake van een arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer. Ook voor een kwalificatie als 'onzuivere arbeidsovereenkomst', in die zin dat titel VIIA BW daarop niet of niet geheel van toepassing zou zijn, is mijns inziens naar huidig recht geen ruimte.

Er zijn weliswaar categorieën arbeidsovereenkomsten waarop titel VIIA BW in zijn geheel niet van toepassing is, maar in die gevallen berust de niet-toepasselijkheid op een uitdrukkelijke wetsbepaling.¹¹ Een dergelijke bepaling ontbreekt voor het bijzonder onderwijs. De consequenties van het integraal buiten toepassing laten van titel VIIA BW zijn te groot om daartoe alleen op grond van de strekking van bijvoorbeeld de onderwijswetgeving te besluiten. Aanwijzingen dat de wetgever het integraal buiten toepassing blijven van titel VIIA BW – impliciet – beoogd zou hebben, ontbreken ook.¹²

Er zijn ook arbeidsovereenkomsten waarop titel VIIA slechts gedeeltelijk van toepassing is. Ook in deze gevallen berust de gedeeltelijke niet-toepasselijkheid op uitdrukkelijke wetsbepalingen. Met name art. 375 WvK is in dit opzicht zeer duidelijk: 'Op de arbeidsovereenkomst tusschen den reeder en den kapitein zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, voor zover daarvan in dit Wetboek niet is afgeweken'.¹³ Een soortgelijke bepa-

7 Dat komt overigens zelden uitdrukkelijk aan de orde. Alle in hoofdstuk VIII te behandelen jurisprudentie is echter op een of andere wijze gebaseerd op het uitgangspunt dat het BW van toepassing is.

8 De in het vorige hoofdstuk (par. 2.5) behandelde opvatting van Van Poelje laat ik hier verder buiten beschouwing.

9 Vgl. bijv. (1977), 203, 211.

10 (1977), 224.

11 Vgl. art. 1637z BW (arbeidscontractanten in dienst van de overheid) en art. II van de overgangsbepalingen van de Wet op de arbeidsovereenkomst (Wet van 13-7-1907, S. 195) (NS-personeel).

12 Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.2, inzake de discussie over art. 39 lid 1 (ontwerp-)WBO.

13 Vgl. ook de artt. 75 e.v. WvK en art. 103 Wet op de bedrijfsorganisatie.

ling voor het bijzonder onderwijs ontbreekt in de onderwijswetgeving.¹⁴ Opnieuw is het buiten toepassing laten van delen van titel VIIA BW (en met name van de ontslagbepalingen) te zeer ingrijpend om daartoe uitsluitend te besluiten op grond van de strekking van de onderwijswetgeving. Opnieuw levert de onderwijswetgeving ook geen aanwijzingen op dat iets dergelijks beoogd zou zijn.¹⁵ Daar komt nog bij dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving een dergelijke afwijking van het BW niet tot stand kunnen brengen; in hoofdstuk VI kom ik hierop uitgebreid terug.¹⁶

3 Het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945

3.1 HET POSITIEVE RECHT

3.1.1 Art. 2 BBA

Kernbegrip van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945 (BBA)¹⁷ is de 'arbeidsverhouding'.¹⁸ Deze arbeidsverhouding mag, behoudens in een aantal uitdrukkelijk genoemde gevallen, niet beëindigd worden zonder toestemming van de Regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening (RDA).¹⁹

De veruit belangrijkste categorie arbeidsverhoudingen is de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer bedoeld in art. 1637a BW, de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat het BBA ook op de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer van toepassing zou zijn, ware het niet dat art. 2 lid 1 aanhef en sub b bepaalt dat het BBA niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van 'onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen, staande onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon'.

Voor zover het het bekostigde basis- tot en met hoger beroepsonderwijs betreft, zijn de gevolgen van het bepaalde in art. 2 lid 1 sub b BBA duidelijk: het BBA is niet van toepassing. Hoogstens zou de vraag kunnen rijzen of de uitzonderingsbepaling in het BBA van toepassing is op de werknemer die slechts een deel van zijn tijd 'onderwijst' of 'doceert'. Dat kan bijvoorbeeld in het hoger beroepsonderwijs het geval zijn, als een werknemer behalve onderwijstaken ook onderzoekswerkzaamheden verricht. In dat geval mag worden

14 Art. 39 lid 1 van de ontwerp-WBO bevatte op het moment van indiening bij de Tweede Kamer een dergelijke bepaling. Na kritiek vanuit het parlement en ook van de Onderwijsraad is de tekst van het artikel veranderd. Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.2. Vgl. wel art. 19 WLW i.v.m. de leerling in het leerlingwezen.

15 Vgl. opnieuw de kritiek op het in de vorige nt vermelde art. 39 lid 1 (ontwerp-)WBO.

16 Vgl. m.n. par. 5.2.

17 Besluit van 5-10-1945, S. F 214.

18 Art. 1 aanhef en sub g BBA.

19 Het BBA is daarnaast relevant waar het gaat om de werktijdverkortung; vgl. art. 8 BBA. De werktijdverkortung blijft hierna buiten beschouwing, omdat zij voor het bijzonder onderwijs niet relevant is. (Vgl. wel hoofdstuk VIII, par. 3.4.2 over de garantieregeling, die, omdat het salaris volledig doorbetaald wordt, geen werktijdverkortung in de zin van het BBA is.)

aangenomen dat de werknemer toch onder de werkingssfeer van art. 2 BBA valt, omdat hij of zij op zijn minst mede tot het onderwijzend of docerend personeel behoort. Het moet mijns inziens wel om een onderwijstaak van een zekere betekenis gaan, die deel uitmaakt van de overeengekomen functie-inhoud.

De niet-toepasselijkheid van het BBA heeft uiteraard vergaande en nadelige consequenties voor aard en omvang van de ontslagbescherming.²⁰ Het onderwijzend personeel in het bekostigde basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs heeft in geval van ontslag in de regel toegang tot een commissie van beroep; daardoor worden de nadelen van de niet-toepasselijkheid van het BBA tot op grote hoogte gecompenseerd.²¹ Het onderwijzend personeel in het niet-bekostigde onderwijs kan in geval van ontslag geen beroep doen op een commissie van beroep.²² Hier heeft de niet-toepasselijkheid van het BBA dus inderdaad vergaande gevolgen. Op grond daarvan is wel verdedigd dat art. 2 BBA uitsluitend betreft het onderwijzend personeel in het bekostigde bijzonder onderwijs; ik kom daar hierna op terug.

3.1.2 De Ministeriële beschikking 1987

Bij Ministeriële beschikking van 17 juni 1987 (hierna: MB'87)²³ is de invloed van het BBA op het bijzonder onderwijs verder beperkt. Uitgezonderd wordt namelijk 'niet-onderwijzend personeel, dat belanghebbende is in de zin van artikel I-A1, onder e, van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (...), met dien verstande dat artikel 6 van het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen slechts toepassing mist voor zover genoemde belanghebbenden overeenkomstig hoofdstuk III-A van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel in beroep kunnen komen tegen beëindiging van het dienstverband'.

De MB'87 vervangt de Ministeriële beschikking van 14 februari 1953 (hierna: MB'53)²⁴, waarin van toepasselijkheid van het BBA waren uitgezonderd: 'beambten werkzaam aan van Rijksweg gesubsidieerde bijzondere scholen of cursussen, bedoeld in art. 11 van de Nijverheidsonderwijswet' en 'amanuenses en conciërges werkzaam aan van Rijksweg gesubsidieerde bijzondere scholen voor voorbereidend hoger en middelbaar onderwijs'. De MB'53 gaf aanleiding tot tal van interpretatieproblemen, omdat zij slechts enkele, op het eerste oog willekeurig gekozen categorieën niet-onderwijzend personeel binnen niet meer bestaande typen van onderwijs uitzonderde van de toepasselijk-

20 Een positief aspect is dat zij ook de opzegging door de werknemer vrijlaat. Het op dit moment bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde Wetsontwerp 21479 tot herziening van het ontslagrecht wil alle opzeggingen door werknemers buiten de werkingssfeer van het BBA brengen. Vgl. TK 1989-1990, 21479 nr 1, art. VI.

21 Artt. 40 lid 1 WBO, 49 lid 1 ISOVSO, 52 lid 1 WVO, 88 WHBO. Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 3.3.4, 4.3.6.

22 Met niet-bekostigd bijzonder onderwijs doel ik zowel op niet-bekostigde instellingen voor basis- tot en met hoger beroepsonderwijs als op autorijscholen, dansscholen e.d.

23 Nr 87/10494, Stcrt 1987, 135.

24 Stcrt 34.

heid van het BBA.²⁵ De MB'87 sluit daarentegen aan op de op dit moment van kracht zijnde onderwijswetgeving en brengt (nagenoeg) geen onverklaarbare onderscheiden aan binnen de categorie niet-onderwijzend personeel. Daarom is door het van kracht worden van de MB'87 de duidelijkheid over de al dan niet toepasselijkheid van het BBA op het bijzonder onderwijs bepaald vergroot.

Anders dan de MB'53 (en art. 2 BBA) is de MB'87 bijvoorbeeld duidelijk waar het gaat om het onderscheid tussen bekostigd en niet-bekostigd onderwijs. De leden van het niet-onderwijzend personeel in het niet-bekostigde bijzonder onderwijs zijn geen belanghebbenden in de zin van het RPBO. Op deze werknemers is het BBA dan ook 'gewoon' van toepassing.

Voor het bekostigde bijzonder onderwijs is de situatie eveneens duidelijk. Op niet-onderwijzend personeel in dienst van het schoolbestuur dat werkzaam is buiten de school is het BBA van toepassing, tenzij zou blijken dat deze werknemers 'belanghebbenden' zijn in de zin van het RPBO. Op het niet-onderwijzend personeel verbonden aan een instelling voor bijzonder basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs is het BBA daarentegen niet van toepassing, met dien verstande dat art. 6 (en, mag aangenomen worden, ook art. 9) wél van toepassing is in geval tegen de opzegging geen beroep open staat bij een commissie van beroep in de zin van titel III RPBO.²⁶ De achtergrond van deze 'uitzondering op de uitzondering' is volgens de toelichting op de MB'87 de volgende: een aantal commissies van beroep blijkt de (gewezen) werknemer die in beroep komt tegen de opzegging van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur niet-ontvankelijk te verklaren in diens beroep.²⁷ In een dergelijk geval dient de werknemer bescherming te kunnen ontlenen aan het bepaalde in art. 6 BBA. Hier blijkt opnieuw dat er een eng verband wordt gelegd tussen de niet-toepasselijkheid van het BBA en de mogelijkheid om een beroep te doen op een commissie van beroep.

3.1.3 Inconsequentie

De concrete werking van de MB'87 levert dan wel geen problemen op, bij nadere beschouwing rijst naar aanleiding van deze regeling niettemin de vraag waarom voor niet-onderwijzend personeel in verband met de opzegging van een verlengd tijdelijk dienstverband een uitzondering wordt gemaakt op de niet-toepasselijkheid van art. 6 BBA, terwijl dat in verband met het onderwijzend personeel niet is gebeurd. Had niet, gelijk met de invoering van de MB'87, ook art. 2 BBA veranderd moeten worden? Als er werkelijk zo'n eng band bestaat tussen de (niet-)toepasselijkheid van het BBA en de mogelijk-

25 Vgl. Van der Net onder Ktr Groningen, 4-7-1979, AB 1979, 506. Vgl. ook Ktr Tilburg, 29-3-1984, JKOCZ 1984 C.3; Pg 1984, nr 2151, 388 e.v.; Ktr Eindhoven, 24-2-1983, JKOCZ 1983 B.4, JO 195, 4490 e.v. Vgl. over de problemen en onduidelijkheden die het gevolg waren van de MB'53: Navés (1987).

26 Op de opzegging door de werknemer is het BBA daarom in het geheel niet van toepassing.

27 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.3.

heid om een beroep te doen op een commissie van beroep, dan valt in elk geval moeilijk in te zien waarom het onderwijzend personeel deze bescherming moet worden onthouden. Uit de toelichting op de MB'87 blijkt overigens dat de Minister van Onderwijs een wetswijziging voorbereidt, die beoogt buiten kijf te stellen dat de commissies van beroep bevoegd zijn om te oordelen over de opzegging van verlengd-tijdelijke dienstverbanden. Na het van kracht worden van deze wetswijziging zal aan de ongelijke behandeling van onderwijzend personeel en niet-onderwijzend personeel een einde zijn gekomen: op beide categorieën werknemers zal dan het BBA in het geheel niet van toepassing zijn.²⁸

3.2 DE RATIO

3.2.1 Verklaring en rechtvaardiging noodzakelijk

Tot zover de 'positief-rechtelijke' vraag naar de al dan niet toepasselijkheid van het BBA op het bijzonder onderwijs. Een vraag die in het voorgaande wat op de achtergrond is gebleven, is de vraag naar de reden waarom het BBA grotendeels niet van toepassing is op het bijzonder onderwijs. De niet-toepasselijkheid van het BBA heeft als gezegd verstreckende gevolgen voor de werknemer in het bijzonder onderwijs: in vrijwel alle gevallen kan hij of zij ontslagen worden zonder een preventieve, inhoudelijke toetsing van het voorgenomen ontslagbesluit. Elders in de private sector wordt de preventieve ontslagbescherming zo belangrijk gevonden dat het BBA van een noodmaatregel tot een vooralsnog blijvend onderdeel van het ontslagrecht is geworden en op dit moment denken slechts weinigen dat een preventieve en inhoudelijke toets van het ontslag gemist kan worden.²⁹ Dit alles roept om een verklaring, zo niet rechtvaardiging van de speciale plaats van het bijzonder onderwijs in het kader van het BBA.

3.2.2 Drie verschillende opvattingen

Eén mogelijke verklaring c.q. rechtvaardiging is in het voorgaande al kort aan de orde geweest. Het is de opvatting waarin een verband wordt gelegd tussen de niet-toepasselijkheid van het BBA en het bestaan van commissies van beroep in het (bekostigde) bijzonder onderwijs. De redenering lijkt aldus te zijn: de commissies van beroep toetsen weliswaar achteraf, maar wel degelijk inhoudelijk en zij kunnen het ontslag ongedaan maken; aan toetsing door de RDA is daarnaast geen behoefte. Deze opvatting vormt de achtergrond van de MB'87. Zij was ook al eerder kenbaar, bijvoorbeeld uit circulaire van de

28 In de tweede plaats rijst de vraag waarom het niet-onderwijzend personeel in het wetenschappelijk onderwijs niet onder de werkingssfeer van de MB'87 valt. Consequentie daarvan is dat de niet met onderwijs belaste werknemers binnen de bijzondere universiteiten een dubbele ontslagbescherming genieten.

29 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.5, 2.2.6.

Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening (DGA).³⁰ Ik wijs erop dat het onderwijsgrondrecht geen rol lijkt te spelen in deze opvatting. Zowel de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid als – voordien – de DGA maken naar het lijkt een neutrale afweging. 'Nu de commissies van beroep er eenmaal zijn, is aan toepasselijkheid van het BBA geen behoefte', zo lijken zij te redeneren.

Wel een duidelijke band met het onderwijsgrondrecht, en met name met de vrijheid van onderwijs, legt daarentegen Van der Net. Ook hij gaat bij zijn behandeling van de uitzonderingsbepalingen voor het bijzonder onderwijs uit van de preventieve toetsing in art. 6 BBA. Hij verwerpt de hiervoor weergegeven interpretatie, acht haar althans niet geheel bevredigend, omdat de commissie van beroep in zijn ogen uit een oogpunt van rechtsbescherming niet op één lijn is te stellen met de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau (nu: RDA).³¹ Van der Net verklaart (en rechtvaardigt) de uitzonderingsbepaling met een beroep op de vrijheid van onderwijs. Het is naar zijn mening 'niet met de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van richting te rijmen, dat een overheidsautoriteit als de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau zich gaat bemoeien met het ontslagbeleid ter zake van leerkrachten bij het bijzonder onderwijs'.³²

Een geheel andere opvatting over de achtergrond van de uitzonderingspositie van het bijzonder onderwijs in het kader van het BBA heeft de Hoge Raad. In zijn arrest van 19 oktober 1979³³ inzake een lerares in dienst van een particulier talenpracticum, overweegt de Hoge Raad als volgt:

'Het middel strekt ten betoge dat art. 2 lid 1, aanhef en sub b BBA 1945 niet geldt voor onderwijzend en docerend personeel als onder b omschreven, dat – anders dan wanneer het gaat om een dienstbetrekking bij een gesubsidieerde onderwijsinstelling – niet valt onder een aparte rechtspositieregeling en derhalve niet de bescherming geniet die het toezicht van de directeur van het GAB in geval van ontslag overbodig maakt.

Deze stelling kan niet worden aanvaard. De algemeen luidende tekst van genoemde bepaling, waarin de door het middel bepleite restrictie niet valt te lezen, wijst er op dat de bepaling geldt voor alle 'onderwijzend en docerend personeel' als daar omschreven. Bovendien houdt de bepaling in dat 'dit besluit' – dus het gehele BBA, niet alleen het ontslagverbod van art. 6 lid 1 – niet van toepassing is

30 Vgl. de Circulaires van 30-6-1978, 10-9-1980 en 10-1-1985 (opgenomen in de editie S&J). Eenzelfde opvatting als Minister en DGA is toegedaan: Ktr Eindhoven, 26-10-1978, NJ 1980, 17. In dezelfde zin ook wetsontwerp 13656; ook daarin worden alleen die werknemers uitgezonderd, die zich tot een commissie van beroep kunnen wenden (vgl. TK 1975-1976, 13656, nr 2, art. 1639f lid 10; ook hier is het w.o. overigens uitgezonderd). In de toelichting wordt de uitzonderingsbepaling uitsluitend, en alsof het een vanzelfsprekende zaak betreft, gemotiveerd met een verwijzing naar het bestaan van de commissies van beroep (vgl. MvT, TK 1975-1976, 13656, nr 3, 11 en 12).

31 (1977), 231.

32 (1977), 233.

33 NJ 1980, 57.

op het onder b omschreven onderwijzend en docerend personeel. Daarom kan niet worden aangenomen dat de bepaling, gelijk het middel wil, enkel is ingegeven door de gedachte dat voor de daar bedoelde arbeidsverhouding geen behoefte bestaat aan de in art. 6 lid 1 gelegen ontslagbescherming. Aangenomen moet worden dat bij het opnemen van deze bepaling mede de wens heeft voorgezet het onderwijs – in ruime zin waarin deze term in art. 208 Gw wordt gebezigd – te ontzien, in dier voege dat de besluitgever met de in het BBA vervatte sociaal-economische maatregelen niet heeft willen raken aan de sfeer van het onderwijs. Daarmee zou niet stroken de draagwijdte van de bepaling te beperken op de wijze als in het middel bedoeld.³⁴

Aldus verwerpt de Hoge Raad niet alleen zeer duidelijk de opvatting van de Minister van Sociale Zaken, maar in wezen ook die van Van der Net. Net als de Hoge Raad legt ook Van der Net de nadruk op de vrijheid van onderwijs. Van der Net betreft haar echter uitsluitend op de preventieve ontslagtoetsing, waarmee hij voorbijgaat aan de omstandigheid dat het BBA steeds in zijn geheel niet van toepassing is geweest op het onderwijzend personeel in het bijzonder onderwijs. Dat is van belang in verband met de overige bepalingen van titel II, waarvan art. 6 deel uitmaakt, maar ook in verband met titel III BBA. De daarin opgenomen artt. 11 e.v. gaven de overheid een sterke invloed op de ontwikkeling van de lonen en de overige arbeidsvoorwaarden. Titel III is sedert 1970 vervallen en vervangen door de (hierna te bespreken) Wet op de loonvorming. Bij het zoeken naar een verklaring voor de uitzonderingspositie die het bijzonder onderwijs in verband met het BBA inneemt, mag dit deel van het BBA niet uit het oog verloren worden, aldus lijkt de opvatting van de Hoge Raad te zijn.

3.2.3 Beoordeling

De drie hiervoor weergegeven opvattingen over de uitzonderingspositie van het bijzonder onderwijs lopen sterk uiteen. Geen van de opvattingen voldoet mijns inziens ten volle. Ik stel daarbij voorop dat het vooral van belang lijkt om de uitzonderingsbepaling in het BBA te interpreteren op een wijze die in de huidige situatie tot zoveel mogelijk bevredigende resultaten leidt. Daarbij dient met name op de preventieve ontslagtoetsing van art. 6 BBA gelet te worden, want, ook al is dat historisch gezien anders geweest, alleen met het oog daarop is de al dan niet toepasselijkheid van het BBA nog van wezenlijk belang. Met dit uitgangspunt voor ogen kan over de drie aan wetgeving, jurisprudentie en literatuur ontleende interpretaties van art. 2 BBA het volgende worden opgemerkt.

De opvatting van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, waarin uitsluitend wordt uitgegaan van het bestaan van de commissies van beroep, kan als verklaring voor de speciale positie van het bijzonder onderwijs

³⁴ Tot een vergelijkbaar oordeel komen: Rb Rotterdam, 4-10-1974, NJ 1976, 116; AG Berger voor HR 19-10-1979, NJ 1980, 57; Ktr Eindhoven, 24-2-1983, JO 195, 4490 e.v.; Rb Utrecht, 5-6-1985, NJ 1985, 711.

niet voldoen. Zij laat met name onverklaard waarom het in het BBA genoemde personeel van de toepassing van het BBA als geheel werd uitgezonderd. Zeker vlak na de Tweede Wereldoorlog stond art. 6 BBA niet op zichzelf. Het maakte deel uit van een serie noodmaatregelen die bedoeld waren om orde te scheppen op de na-oorlogse arbeidsmarkt en die daarom in de eerste plaats in het algemeen (sociaal-economisch) belang gegeven werden. Van deze maatregelen is op dit moment alleen art. 6 BBA nog van belang. De daarin opgenomen preventieve ontslagtoetsing heeft ook veel meer een uitsluitend de werknemer beschermende strekking gekregen.³⁵ Dat maakt het leggen van een verband tussen art. 6 BBA en de commissies van beroep op dit moment wellicht verklaarbaar. Uitgaande van de situatie in 1945 is het leggen van een dergelijk verband minder voor de hand liggend.

Voldoet de opvatting van de Minister van Sociale Zaken daarom als een historische verklaring niet, als een rechtvaardiging voor het bestaan van de uitzonderingspositie en voor het voortbestaan daarvan tot nu toe, voldoet zij mijns inziens veel meer. Dat is met name het geval ten aanzien van het niet-bekostigde bijzonder onderwijs, waar in de ogen van de Minister van Sociale Zaken het BBA normaal van toepassing is op onderwijzend en niet-onderwijzend personeel. Ten aanzien van het bekostigde onderwijs bestaat daarentegen reden tot twijfel. Inderdaad kan gezegd worden dat de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep de nadelen van de niet-toepasselijkheid van het BBA verzacht. Daarmee is echter niet gezegd dat de rechtsbescherming die de commissies van beroep kunnen bieden op één lijn gesteld kan worden met de ontslagbescherming ex art. 6 BBA. Ik kom op deze kwestie terug in hoofdstuk IX, nadat ik de competentie en de voorzieningsmogelijkheden van de commissies van beroep heb behandeld.³⁶

Daar zal ik ook ingaan op de opvatting van Van der Net dat de vrijheid van onderwijs de uitzonderingspositie van het personeel in het bijzonder onderwijs – ook op dit moment – rechtvaardigt. Als historische verklaring kan de opvatting van Van der Net in elk geval niet voldoen, omdat zij buiten beschouwing laat dat het bijzonder onderwijs van begin af aan een uitzonderingspositie heeft ingenomen met betrekking tot het BBA als geheel.

Ook over de juistheid van de interpretatie die de Hoge Raad geeft aan de uitzonderingsbepaling in art. 2 BBA is twijfel mogelijk. De wens niet te raken aan de sfeer van het onderwijs zou inderdaad kunnen verklaren waarom het BBA als geheel niet op het onderwijzend personeel van toepassing is.³⁷ Als dat werkelijk de bedoeling is geweest, dan gaat de MB'87 in elk geval van verkeerde uitgangspunten uit en is de uitzondering in verband met verlengd-tijde-

35. Vgl. Bakels (1990), 90.

36. Vgl. m.n. par. 4.4.

37. Waarbij aangetekend dient te worden dat de Hoge Raad de vrijheid van onderwijs aldus wel erg ruim opvat (zowel vrijheid van richting als vrijheid van inrichting in de ruime zin van het woord) en kennelijk ook niet geneigd is om de met de vrijheid van onderwijs gediende belangen af te wegen tegen de belangen van de werknemers.

lijke arbeidsovereenkomsten geheel misplaatst. Wie werkelijk overtuigd is van de juistheid van de opvatting van de Hoge Raad zou zelfs moeten concluderen dat de MB'87 voor zover het betreft de 'uitzondering op de uitzondering' in strijd is met (de strekking van) het BBA.

Hoe dit ook zij; zonder twijfel heeft de opvatting van de Hoge Raad ongelukkige consequenties. Dat is met name het geval voor de categorie onderwijzend personeel in het niet-bekostigde bijzonder onderwijs. Zelfs al zou die geen gelijkwaardige vorm van rechtsbescherming bieden, de leerkrachten in het bekostigde onderwijs kunnen zich in geval van ontslag tot een commissie van beroep wenden. Het onderwijzend personeel verbonden aan bijvoorbeeld dansscholen en rijsscholen mist deze mogelijkheid en is dan ook uitsluitend op het BW-ontslagrecht aangewezen. Uitgaande van de opvatting van de Hoge Raad heeft de vrijheid van onderwijs zo de meest nadelige consequenties voor de rechtspositie van het onderwijzend personeel in die delen van het bijzonder onderwijs waar de vrijheid van onderwijs het minst een rol speelt. Dat is een weinig gelukkige zaak en het is dan ook niet verwonderlijk dat in de literatuur van vóór het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 1979 over het algemeen een aan de opvatting van de Hoge Raad tegengestelde conclusie werd getrokken³⁸ en dat in de meer recente literatuur vraagtekens worden gezet bij de inhoud van het arrest.³⁹

3.2.4 Een vierde opvatting

Voldoen de drie hiervoor weergegeven interpretaties niet in alle opzichten, er is nog een vierde interpretatie van de uitzonderingspositie van het bijzonder onderwijs die de achtergronden van art. 2 lid 1 sub b BBA wel eens het beste zou kunnen weergeven. Deze interpretatie is aan te treffen in het Zakboek Arbeidsrecht.⁴⁰ De (niet met name genoemde) bewerkster van de paragraaf gewijd aan het BBA neemt de sociale en economische omstandigheden ten tijde van het invoeren van het BBA tot uitgangspunt en wel als volgt:

Ten tijde van de totstandkoming van het BBA 1945 werd de toenmalige regering geconfronteerd met een totaal ontwricht productie-apparaat en een chaotische arbeidsmarkt. Teneinde de productie zo spoedig mogelijk op peil te brengen, diende de overheid te kunnen beschikken over een adequaat instrumentarium. Voor de regulering van de arbeidsmarkt werd gekozen voor een stelsel van ontslagvergunningen (art. 6) en een stelsel van aanstellingsvergunningen (art. 7). Daarnaast introduceerde de regering in het BBA een systeem van een door de overheid geleide loonpolitiek (art. 12 en verder). Dit arbeidsmarkt- en loonpoli-

38 Vgl. Knöl (1958), 1 e.v.; Dieneske (1965), 25, nt 27; De Leede, nt onder Ktr Eindhoven, 26-10-1978, Pg 1978, 397. Volgens Koopmans (1962, 286) valt het onderwijzend personeel in het niet-bekostigde bijzonder onderwijs onder art. 2 lid 1 BBA; hij acht deze uitzonderingsbepaling echter te ruim.

39 Vgl. behalve het Zakboek Arbeidsrecht (dat hierna aan de orde komt): Naber (1981), 100 en (niet geheel duidelijk:) Van den Boom (1985), 42.

40 De Jong/Rood, red., par. B IV-1.5.2.

tiel systeem was uiteraard bedoeld voor die sectoren in de samenleving, waarvan zonder een wettelijk keurslijf een destabiliserende werking op het economisch leven zou kunnen uitgaan. Het ligt voor de hand dat het zoven genoemde systeem niet behoefde te gelden voor die sectoren, waarvan geen verstoring effect op het economisch leven behoefde te worden verwacht. In dit kader paste het onderwijzend- en docerend personeel van het bijzonder onderwijs, dat na de beslechting van de Schoolstrijd met het openbaar onderwijs financieel was gelijkgesteld en op dezelfde voet uit de algemene middelen werd gefinancierd. Voor wat betreft de rechtsbescherming tegen ontslag was in de rechtspositie van het onderwijzend- en docerend personeel in het bijzonder onderwijs voorzien, doordat dit personeel tegen een nadelige beslissing van het schoolbestuur in beroep kan gaan bij een onafhankelijke commissie van beroep. Deze twee factoren, namelijk de overheidsinvloed op de loonontwikkeling in het bijzonder onderwijs en de rechtsbescherming van het onderwijzend personeel, vormden naar het ons voorkomt de ratio van het bepaalde in artikel 2 lid 1, aanhef en sub b, BBA'.⁴¹

In deze opvatting is het niet zozeer de vrijheid van onderwijs die de uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs verklaart en rechtvaardigt. Het is veeleer het andere aspect van het onderwijsgrondrecht, de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven en het daarmee samenhangende principe van de gelijkheid van rechtspositie van openbaar en bijzonder onderwijs, waaraan betekenis wordt gehecht.

Als historische verklaring voor de uitzonderingspositie voldoet deze interpretatie in veel opzichten. De sterke invloed die de overheid reeds voor 1945 had op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs maakt aannemelijk waarom ook titel III BBA niet op het bijzonder onderwijs van toepassing hoefde te zijn. In zoverre sluit deze interpretatie ook voortreffelijk aan op de recente wetgeving op het gebied van de loon- en inkomensvorming (in wezen verre nazaten van de in 1970 vervallen titel III BBA). Ook deze wetgeving is niet op het bijzonder onderwijs van toepassing zoals hierna zal blijken. In de memorie van antwoord op de (ontwerp)-Wet tijdelijke voorzieningen arbeidsvoorwaarden buiten collectieve arbeidsovereenkomsten⁴² wordt daarover het volgende opgemerkt:

'De rechtspositie van onderwijzend personeel aan gesubsidieerde instellingen van onderwijs wordt in de praktijk reeds afgestemd op die van onderwijzend personeel bij het openbaar onderwijs. Omdat deze laatste categorie reeds via de ambtenarentrend deel zal hebben aan de matiging in het bedrijfsleven, is het niet nodig het onderwijzend personeel aan gesubsidieerde instellingen van bijzonder onderwijs onder de werkingssfeer van de wet te brengen'.⁴³

Niet de vrijheid van onderwijs, maar de buiten de wet om reeds bestaande

41 Een vergelijkbare opvatting is toegedaan: Naber (1981), 99-100.

42 Wet van 25-1-1978, S. 18, in werking tot 31-12-1979 en vervangen door de Wet op de niet-cao-inkomens (Wet van 17-12-1985, S. 695).

43 TK 1977-78, 14865, nr 5, 27.

overheidsinvloed op de lonen wordt aldus ter motivering aangevoerd, zodat niet de Hoge Raad, maar de bewerker van het Zakboek Arbeidsrecht aan deze motivering steun voor zijn opvatting kan ontleen. Art. 6 BBA wordt daarnaast terecht geplaatst in de ruimere context waarin het in 1945 thuishoorde. De aangedragen verklaring voor de uitzonderingspositie (aan op de stabiliteit van de arbeidsmarkt gerichte maatregelen was in verband met het bijzonder onderwijs geen behoefte) maakt in zoverre ook aannemelijk waarom het in 1945 niet nodig werd geacht dat de gehele titel II BBA op het bijzonder onderwijs van toepassing zou zijn.

Een laatste positief aspect van de aan het Zakboek Arbeidsrecht ontleende interpretatie is dat zij leidt tot de conclusie dat art. 2 lid 1 sub b uitsluitend het bekostigde bijzonder onderwijs betreft. Dat ligt voor de hand, omdat wordt uitgegaan van een sterke overheidsinvloed op de lonen buiten het BBA om.⁴⁴ Ook voor deze beperking van de werkingssfeer van art. 2 lid 1 sub b BBA tot het bekostigde bijzonder onderwijs is steun te vinden in de meer recente wetgeving op het gebied van de loon- en inkomensvorming. Als daarin uitzonderingsbepalingen voor het bijzonder onderwijs zijn genomen, dan betreffen zij steeds uitsluitend het gesubsidieerde onderwijs.⁴⁵

Tot zover de achtergronden van art. 2 lid 1 sub b BBA. Ik ben er zo uitgebreid op ingegaan, omdat de niet-toepasselijkheid van het BBA ingrijpende consequenties heeft voor de werknemers in het bijzonder onderwijs. Het is daarom van belang zo precies mogelijk vast te stellen hoe die uitzonderingspositie wordt verklaard en gerechtvaardigd. Een bevredigende verklaring voor de oorsprong van art. 2 BBA lijkt gevonden; ik verwijs naar het Zakboek Arbeidsrecht. Mijn oordeel ten aanzien van de vraag of het terecht is, ook op dit moment nog, dat het BBA niet van toepassing is op het overgrote deel van de werknemers in het bijzonder onderwijs, schort ik als gezegd op. In de hoofdstukken VIII en IX zal ik nader ingaan op de vraag of het bestaan van de commissies van beroep en/of vrijheid van onderwijs en/of enige andere reden de niet-toepasselijkheid van het BBA rechtvaardigen.

4 Het overige arbeidsovereenkomstenrecht

4.1 COLLECTIEF ONTSLAG

De Wet melding collectief ontslag (WMC0)⁴⁶ hangt inhoudelijk sterk met het BBA samen en sluit qua toepassingsgebied daarop aan, zij het dat de WMC0 uitsluitend het beëindigen van dienstbetrekkingen uit arbeidsovereenkomst

44 Par. B.IV-1.5.2; 1-4.

45 Dat is begrijpelijk; alleen daar heeft de overheid die invloed op de lonen die zij zich overigens door de desbetreffende wetgeving wil verschaffen; vgl. de in par. 5.3 te behandelen WAGGS.

46 Wet van 24-3-1976, S. 223.

betreft.⁴⁷ Toepasselijkheid van de WMCO brengt voor de werkgever die de dienstbetrekking van twintig of meer werknemers 'ineens' wil beëindigen, een uitgebreide meldingsplicht met zich mee.⁴⁸ Toepasselijkheid betekent daarnaast dat verzoeken voor toestemming tot beëindiging op grond van art. 6 BBA met enig uitstel in behandeling worden genomen.⁴⁹ De WMCO is daarom niet van toepassing op de beëindiging van dienstbetrekkingen waarvoor geen toestemming van de RDA vereist is.⁵⁰ Zij is derhalve ook niet van toepassing op het onderwijzend personeel en het niet-onderwijzend personeel dat onder de MB'87 valt. Overigens is de WMCO wel van toepassing, zonder dat dat in de praktijk echter veel betekenis heeft. Het aantal schoolbesturen dat zelfs maar de mogelijkheid heeft om de arbeidsverhouding van twintig of meer door de WMCO bestreken werknemers te beëindigen, is klein.

Een korte vermelding verdienen in dit verband de Fusiegedragsregels, vastgesteld door de SER bij besluit van 21 november 1975.⁵¹ De artt. 14 en volgende bevatten gedragsregels ter bescherming van de belangen van de werknemers in geval van fusie. Uit de definitie van onderneming ('... in het kader van de uitoefening van een bedrijf ...') in art. 14 blijkt dat de Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs. Dat houdt verband met de omstandigheid dat de SER in beginsel geen bemoeienis heeft met het onderwijs.⁵²

4.2 MINIMUMLOON

Uitgangspunt in verband met de toepasselijkheid van de Wet minimumloon en minimum-vakantietoeslag (hierna: WMM) is het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Toepasselijkheid van de WMM betekent dat ten opzichte van de werkgever rechtstreeks aanspraak bestaat op een bepaald van overheidswege vastgesteld minimum aan loon en vakantietoeslag.⁵³ Voor zover de werknemers in het bijzonder onderwijs aldaar werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst, hebben ook zij recht op het minimumloon en de minimum vakantietoeslag. De WMM mist (onder andere) toepasselijkheid wanneer in de regel minder dan een derde van de normale arbeidsduur wordt gewerkt.⁵⁴ Ook in verband met deze uitzonderingsbepaling nemen de werknemers in het bijzonder onderwijs geen speciale positie in.

47 Art. 1 aanhef en sub b WMCO.

48 Vgl. de artt. 3, 4 en 5 WMCO.

49 Vgl. art. 6 WMCO.

50 Art. 2 lid 1 aanhef en sub a WMCO; MvT, TK 1974-1975, 13324, nr 3, 13.

51 Mededelingenblad 9-12-1975, nr 43.

52 Denkbaar is de toepasselijkverklaring bij cao, ook in het bijzonder onderwijs. Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.3.4.

53 Artt. 7 e.v., artt. 15 e.v. WMM.

54 Art. 3 aanhef en sub b WMM.

De toepasselijkheid van de WMM (de regel) noch haar niet-toepasselijkheid (bij uitzondering) zijn feitelijk gezien van grote betekenis voor het bijzonder onderwijs.⁵⁵ De salariëring van de werknemers in het bijzonder onderwijs is rechtstreeks afgestemd op die in het openbaar onderwijs, hetgeen zonder twiifel garanties biedt dat bepaalde minimumnormen niet overschreden worden, ook al is de WMM niet van toepassing op de overheid.⁵⁶ Het betreft hier weliswaar 'slechts' aan de schoolbesturen gestelde bekostigingsvoorwaarden, die de mogelijkheid van het sluiten van een arbeidsovereenkomst in strijd met de WMM open laten. Geen enkel schoolbestuur zal echter de bekostiging op die wijze in gevaar willen brengen. Geen enkel schoolbestuur heeft daar ook belang bij, nu de overheid de salariskosten overeenkomstig de toepasselijke rechtspositieregelingen vergoedt.

De toepasselijkheid van de WMM is niettemin van belang, omdat de bekostigingsvoorwaarden slechts een indirecte garantie voor de werknemer inhouden, terwijl de WMM een rechtstreekse aanspraak ten opzichte van de werkgever verleent. Maar ook dit principiële belangrijke verschil valt weg als bedacht wordt dat de aktes van benoeming in het bijzonder onderwijs over het algemeen uitdrukkelijk verwijzen naar de bekostigingsvoorwaarden; zij zijn als het ware mee overeengekomen.⁵⁷ Uitsluitend waar dat – bij hoge uitzondering – niet het geval is, zou een arbeidsovereenkomst in het bijzonder onderwijs daarom qua hoogte van het loon of het vakantiegeld in strijd kunnen zijn met de WMM.

4.3 GELIJKE BEHANDELING

4.3.1 'Beloning'

De wetgeving betreffende de gelijke behandeling (de beloning daaronder begrepen) van mannen en vrouwen is in volle omvang op het bijzonder onderwijs van toepassing. Dat geldt voor de huidige, sedert 1 juli 1989 sterk uitgebreide Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB)⁵⁸ en voor het op die wet aansluitende art. 1637ij BW. Dat gold ook al voor de Wet gelijke beloning vrouwen en mannen (WGL)⁵⁹ en voor de WGB toen zij nog niet op de belo-

55 Talloze bepalingen in de WMM gaan uit van het bestaan van cao's of van publiekrechtelijke regelingen in de zin van de LW. Zoals hierna zal blijken kent het bijzonder onderwijs, het mbo en het hbo uitgezonderd, geen cao's, noch is de LW (het niet-onderwijzend personeel daargelaten) van toepassing.

56 Zou op enig moment blijken dat de bekostigingsvoorwaarden niet in overeenstemming zijn met de WMM, dan kan dat m.n. voor de schoolbesturen problemen opleveren. Vgl. de opmerking over dezelfde kwestie i.v.m. de WGB, waar die situatie zich wellicht eerder zal voordoen.

57 Vgl. hoofdstuk VII, par. 5.2.7.

58 Wet van 1-3-1980, S. 86, ingrijpend gewijzigd bij Wet van 27-4-1989, S. 168.

59 Wet van 20-3-1975, S. 129.

ning (en nog niet op de overheid) betrekking had.⁶⁰

Voor zover het gaat om de artt. 7 e.v. WGB, die betrekking hebben op de gelijke beloning, is de toepasselijkheid op het bijzonder onderwijs nooit ernstig omstreden geweest. Anders dan waar het gaat om de overige aspecten van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, is tegen de gelijke beloning met name nooit bezwaar aangetekend met het oog op de vrijheid van onderwijs.⁶¹

Qua feitelijk belang geldt voor de toepasselijkheid van de bepalingen betreffende de gelijke beloning in wezen hetzelfde als voor de WMM: deze bepalingen hebben weinig betekenis, omdat in de regel de aktes van benoeming naar de bekostigingsvoorwaarden verwijzen. Deze zijn van de salarisregelingen in het openbaar onderwijs afgeleid en laten de schoolbesturen terzake van de beloning weinig speelruimte voor het maken van een verschil in beloning tussen mannen en vrouwen, omdat de beloning is gekoppeld aan een functie, ongeacht of die vervuld wordt door een man of een vrouw.⁶² Voor het schoolbestuur dat de bekostigingsvoorwaarden naleeft zijn de mogelijkheden om een verschil te maken tussen mannen en vrouwen daarom gering.

Toch is niet uitgesloten dat er een verschil bestaat tussen de beloning van mannen en vrouwen bij de overheid – en dus ook in het bijzonder onderwijs. Al tijdens de parlementaire behandeling van de WGL werd gewezen op de mogelijkheid dat de opbouw van de salarisschalen mannen zou (kunnen) bevoordelen.⁶³ Op een dergelijk – globaal – niveau is inderdaad niet uitgesloten dat er ongelijkheid bestaat.⁶⁴ Is dat het geval, dan wordt toch van belang dat de WGB-bepalingen betreffende de gelijke beloning rechtstreeks de wederzijdse rechten en plichten van schoolbestuur en werknemer bepalen, inclusief de nietigheidssanctie van art. 1637j lid 8 BW en de mogelijkheid op grond van art. 14 WGB om een beroep te doen op de Commissie gelijke behandeling.

Mocht inderdaad bij de overheid, en meer in het bijzonder in het openbaar onderwijs, op enig moment een verschil blijken te bestaan tussen de beloning van mannen en vrouwen, dan kan dat met name voor de schoolbesturen problemen opleveren. Dezelfde ongelijkheid die binnen het openbaar onderwijs bestaat, zal dan namelijk zijn terug te vinden in de bekostigingsvoorwaarden op basis waarvan de schoolbesturen de salarissen vergoed krijgen. Niets belet een werknemer in het bijzonder onderwijs echter om op grond van de WGB de vereiste hogere beloning van het schoolbestuur af te dwingen. Het verschil tussen deze hogere beloning en de ontvangen bekostiging zal het schoolbe-

60. Ook de Algemene wet gelijke behandeling (op dit moment als wetsontwerp 22-14 bij het parlement in behandeling) zal op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.

61. De parlementaire behandeling van het wetsontwerp 19908 bevestigt dit nog eens duidelijk.

Vgl. de opmerkingen van de zijde van SGP, GPV en RPF in de MvA, TK 1986-1987, 7, 8 en 9.

62. Aldus de MvA op de WGL (TK 1974-1975, 13031, nr 5, 3), toen een argument om de WGL niet van toepassing te laten zijn op de overheid.

63. Hand. TK 1974-1975, 1724 en 1782.

64. Vgl. ook Pres. Rb Den Haag 18-7-1986, KG 1986, 360.

stuur in eerste instantie uit eigen middelen moeten aanvullen, al ligt uiteraard in de rede dat de overheid de op grond van de WGB vereiste loonsverhoging uiteindelijk voor haar rekening neemt.

4.3.2 'Behandeling'

Niet alleen waar het gaat om de beloning, ook overigens is de WGB op het bijzonder onderwijs van toepassing. Dat vloeit voort uit de tekst van de wet, die in verband met de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer geen uitzonderingen maakt. Hetzelfde geldt voor art. 1637ij BW.

De grootste betekenis voor het bijzonder onderwijs heeft wellicht de toepasselijkheid van art. 1637ij BW. De toepasselijkheid van de WGB is daarnaast van belang in verband met art. 3 WGB, betreffende de gelijke behandeling in de sollicitatiefase, en art. 14 WGB, betreffende de mogelijkheid een beroep te doen op de Commissie gelijke behandeling. Beide bepalingen zijn voor hun werking niet afhankelijk van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ook zij die krachtens een andere rechtsverhouding met het schoolbestuur binnen een bijzondere school (of eventueel ook daarbuiten) werkzaam zijn, kunnen daarom een beroep doen op deze bepalingen. Hetzelfde geldt, ingevolge het recent toegevoegde art. 1b WGB, voor art. 1637ij BW.

Meer dan de wetgeving op het gebied van het minimumloon en de gelijke beloning van vrouwen en mannen is de wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor het bijzonder onderwijs van daadwerkelijk belang. Dat is in principeel opzicht het geval (ik kom daarop terug), maar ook met het oog op de praktijk.

Van oudsher was, althans in bepaalde delen van het bijzonder onderwijs, een bewust ongelijke behandeling van mannen en vrouwen gebruikelijk.⁶⁵ Zo bevatten de aktes van benoeming van vrouwelijke leerkrachten wel de bepaling dat de arbeidsovereenkomst in geval van huwelijk door het schoolbestuur beëindigd kon worden, of zelfs geacht werd van rechtswege te eindigen.⁶⁶ Deze bepalingen zijn op den duur uit de aktes van benoeming verdwenen. Een andere vorm van ongelijke behandeling is echter nog lang blijven bestaan, namelijk de bepaling van de ontslagvolgorde op grond van het kostwinnerscriterium.⁶⁷ De hantering van dit criterium leidde in veel gevallen tot ontslag van gehuwde vrouwelijke werkneemsters. Het bijzonder onderwijs zal hierin niet alleen hebben gestaan. Toch was het mede de situatie in het bijzonder onderwijs die aanleiding gaf om, vooruitlopend op het invoeren van de WGB, over

65 Vgl. Posthumus-van der Goot/De Waal e.a., (1977), 188 e.v. en 267 e.v.; Du Bois-Reymond e.a., (1981), 175.

66 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.3.5, 3.8.6, 4.4.2.

67 Zo bepaalde art. A2 van de afvloeiingsvolgorde behorende bij de akte van benoeming voor het rk kleuter-, lager en buitengewoon onderwijs (van 1 augustus 1978) als volgt: 'Indien volgens de in het eerste lid opgenomen regeling één of meer onderwijsgevend(en) ontslagen moeten worden (...) en er aan de school meer onderwijsgevend(en) behoren tot de betreffende categorie dan er van hen ontslagen moeten worden, wordt diegene van hen, die geen kostwinner is het eerst ontslagen (...)'.

te gaan tot de invoering van de Wet van 25 mei 1979 'houdende tijdelijke voorziening met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van gehuwden en ongehuwden in geval van beëindiging van de dienstbetrekking'.⁶⁸ Uitdrukkelijk met het oog op het bijzonder onderwijs werd de wet zelfs terugwerkende kracht verleend tot 1 februari 1979.⁶⁹

Vanuit het bijzonder onderwijs werden tegen de inhoud van het 'spoedwetje' veel bezwaren aangevoerd. Deze hadden niet, zoals wellicht te verwachten was, betrekking op een vermeende aantasting van de vrijheid van onderwijs. De bezwaren betroffen in de eerste plaats de aan de wet te verlenen terugwerkende kracht.⁷⁰ Daarnaast werd gewezen op het risico van een vergrijzing van het onderwijzend personeel, omdat de wet met zich mee zou brengen dat jonge en ongehuwde, zowel mannelijke als vrouwelijke leerkrachten voortaan eerder voor ontslag in aanmerking zouden komen dan gehuwde, oudere vrouwelijke leerkrachten.⁷¹ Beide bezwaren werden niet gehonoreerd, zodat reeds met ingang van 1 februari 1979 in (onder andere) het bijzonder onderwijs een verbod op ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking van kracht was.

In maart 1980 trad vervolgens de definitieve en ruimere WGB in werking. Het 'spoedwetje' had reeds de meest in het oog springende gevallen van ongelijke behandeling teniet gedaan; de consequenties van de invoering van de WGB voor de praktijk waren daarom niet al te groot. Principieel was de (nagenoeg) integrale toepasselijkheid van de WGB op het bijzonder onderwijs daarentegen van groot belang.

Evenmin als in verband met het 'spoedwetje' was tijdens de parlementaire behandeling van de WGB de vrijheid van onderwijs in verband met de verhouding schoolbestuur-werknemer uitdrukkelijk ter sprake gekomen. Dat kan verbazing wekken, gezien het duidelijke verband dat in bepaalde kringen werd gelegd tussen levensbeschouwelijke opvattingen en de (on)gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De verklaring voor het uitblijven van een dergelijke discussie is wellicht dat tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp 10973 tot invoering van een ontslagverbod wegens huwelijk in de onderwijswetgeving, en vervolgens ook van het wetsontwerp 12403, tot invoering van de ontslagbescherming in verband met huwelijk, zwangerschap en bevalling in het BW, uitgebreid was gediscussieerd over een eventuele uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs.⁷² Alle in verband met de vrijheid van onderwijs aan te voeren argumenten tegen een verplicht-gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers in het bijzonder onder-

68 S. 1979, 278. De wet is inmiddels ingetrokken.

69 MvT, TK 1978-1979, 15545, nr 3, 4.

70 Vgl. ook VV, EK 1978-1979, 15545, nr 99a, 1 e.v.

71 Tijdens de parlementaire behandeling heeft dit punt van kritiek verder geen rol meer gespeeld.

72 Wetsontwerp 10973 tot wijziging van een aantal onderwijswetten i.v.m. de uitsluiting van het huwelijk als ontslaggrond (TK 1970-1971, 10973, nr 1 e.v.) is gedurende de jaren 1970-1973 in Tweede en vervolgens Eerste Kamer behandeld. Het werd ingetrokken met het oog op het indienen van het wetsontwerp 12403.

wijs waren daar wel aan de orde gesteld. Een uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs werd desondanks niet tot stand gebracht. Gezien deze uitslag van de discussie, die tussen 1970 en 1975 werd gevoerd, werd het heropenen van de discussie over in wezen hetzelfde onderwerp enkele jaren daarna wellicht niet opportuun geacht.⁷³

4.3.3 Uitzonderingen voor het bijzonder onderwijs

De enige uitzondering voor het bijzonder onderwijs in de WGB is dan ook opgenomen in art. 4 lid 3 WGB, waar het gaat om de toelating van leerlingen tot een (voortgezette) beroepsopleiding of een cursus voor bijscholing en de behandeling van de leerlingen. In dit onderzoek is zij niet van belang.

Een tweede uitzondering voor het bijzonder onderwijs (en ook het openbaar onderwijs!), die in dit verband wel van belang is, is niet terug te vinden in de WGB, maar in de WMO en de WHBO. De artt. 5 lid 4 slot WMO en 60 lid 4 slot WHBO bepalen namelijk:

‘Het medezeggenschapsreglement bepaalt of de raad een overeenkomstige bevoegdheid bezit als bedoeld in artikel 14, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (S. 1980, 86). In dat geval is artikel 21, tweede lid, van de in de vorige zin genoemde wet van overeenkomstige toepassing.’

De bevoegdheid om een beroep te doen op de Commissie gelijke behandeling komt de medezeggenschapsraad dus alleen toe als het medezeggenschapsreglement dat bepaalt. Deze bepaling is ingevolge art. IV van de Wet van 27 april 1989 in de WMO en de WHBO ingevoegd. Tijdens de parlementaire behandeling is er geen enkele aandacht aan besteed. Dat is redelijk verbaazingwekkend, want het is toch op zijn minst de vraag of het wel op zijn plaats is dat schoolbestuur en medezeggenschapsraad eerst tot overeenstemming moeten komen over de bevoegdheid van de medezeggenschapsraad om een beroep te doen op de Commissie gelijke behandeling, alvorens dat beroep mogelijk is. In hoofdstuk X kom ik op deze kwestie terug.⁷⁴

Afgezien van de beperking in de WMO en de WHBO en van art. 4 lid 3 WGB kent de huidige wetgeving inzake de gelijke behandeling geen mede of specifiek voor het bijzonder onderwijs bedoelde uitzonderingen. Dit leidt J. van de Wee tot de conclusie:

‘dat een instelling voor bijzonder onderwijs, bij onder andere de werving, aanstelling en ontslag van personeel, volledig gehouden is aan de norm van de WGB om mannen en vrouwen gelijk te behandelen, ook al zou dit indruisen tegen de

73 En dat niet (alleen) omdat voor het standpunt, dat de wetgeving terzake van de gelijke behandeling een inbreuk betekende op de vrijheid van onderwijs, geen meerderheid te krijgen was. Met name de opvattingen van het CDA lijken ook inhoudelijk veranderd. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.7.

74 Vgl. m.n. par. 3.5.

levensbeschouwelijke aard van de betreffende instelling. De vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de aanstelling van onderwijzers, die o.g.v. art. 208 lid 6 van de Grondwet (1972, W.B.) door de wet wordt geëerbiedigd, is dus door de WGB in die zin ingeperkt, dat deze instellingen geen onderscheid mogen maken tussen mannen en vrouwen. Onder druk van de EG-richtlijnen is aan het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen voorrang gegeven boven de vrijheid van onderwijsinstellingen om hun eigen personeelsbeleid te bepalen'.⁷⁵

In plaats van art. 208 Gw dient inmiddels art. 23 Gw gelezen te worden. Overigens is Van de Weele's conclusie juist.⁷⁶

5 Collectief overleg

5.1 CAO-OVERLEG

Een voor de 'gemiddelde' werknemer zeer belangrijke wet is de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO)⁷⁷, met name met het oog op het bepaalde in de artt. 12, 13 en 14. Deze bepalingen regelen de doorwerking van de cao op de arbeidsovereenkomst van de georganiseerde werknemer en verplichten daarnaast de aan de cao gebonden werkgever de cao-verplichtingen ook ten opzichte van niet-georganiseerden na te komen.

Voor het bijzonder onderwijs was de WCAO tot voor kort in het geheel niet van belang. Dat was niet het geval om redenen gelegen in de WCAO. Zij stond niet in de weg aan het sluiten van cao's in het bijzonder onderwijs. Dergelijke cao's werden echter niet afgesloten. De arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs kwamen (en komen voor het overgrote deel nog steeds) op geheel andere wijze tot stand. In deze situatie is sedert enkele jaren verandering gekomen, althans voor zover het het middelbaar en hoger beroepsonderwijs betreft. Binnen dat deel van het bijzonder onderwijs worden sedert 1986 (hbo) c.q. 1990 (mbo) cao's afgesloten. Ik kom daar zo meteen op terug. Overigens, dat wil zeggen in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, is de situatie nog als vanouds: daar worden de primaire arbeidsvoorwaarden vastgesteld en gewijzigd zonder van cao's gebruik te maken, en wel op een wijze die de enge samenhang tussen de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs en het openbaar onderwijs onderstreept.

75 (1983), 106.

76 In hoofdstuk VIII, par. 4.4 komt het onderwerp 'gelijke behandeling' meer uitgebreid aan de orde, mede i.v.m. de (ontwerp-) Algemene wet gelijke behandeling, waarin wel een uitzonderingsbepaling is opgenomen die relevant is voor de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

77 Wet van 24-12-1927, S. 415.

5.2 GEORGANISEERD OVERLEG

Vergelijkbaar met hetgeen elders bij de overheid gebruikelijk is, kent ook het openbaar onderwijs georganiseerd overleg.⁷⁸ Daartoe is in het leven geroepen een Bijzondere Commissie voor overleg in zaken betreffende de rechtspositie van het onderwijspersoneel, waarin de Minister van Onderwijs overleg voert met de tot de Centrale Commissie voor georganiseerd overleg toegelaten centrales van overheids- en onderwijspersoneel.⁷⁹ Het overleg betreft zowel de rechtspositie van de ambtenaren in het openbaar onderwijs als die van de werknemers in het bijzonder onderwijs.⁸⁰ Sedert 1 april 1985 bestaat naast het overleg met de werknemersorganisaties ook een wettelijk geregeld overleg tussen de Minister van Onderwijs en (onder andere) organisaties van schoolbesturen. Daartoe is ingesteld de Commissie Besturenorganisaties.⁸¹

In hoofdstuk VII komt het georganiseerd overleg uitgebreid aan de orde.⁸² In dit verband kan worden volstaan met de constatering dat de arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs grotendeels worden vastgesteld door de overheid, nadat daarover georganiseerd overleg is gevoerd – en derhalve zonder dat daartoe cao's worden afgesloten. Over onderwerpen die niet in de Bijzondere Commissie aan de orde komen, wordt overleg gevoerd tussen (organisaties van) schoolbesturen en werknemersorganisaties. Ook dit overleg leidt echter niet tot het sluiten van cao's.⁸³ Het is om deze reden dat de WCAO niet relevant is voor het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs.

Het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs neemt als gezegd een uitzonderingspositie in in verband met de WCAO, omdat het sedert 1990 c.q. 1986 wel cao's kent. Op deze cao's is de WCAO op de gebruikelijke wijze van toepassing. Ook in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs heeft de cao overigens niet de betekenis die deze elders in de private sector heeft. Het georganiseerd overleg in de Bijzondere Commissie betreft ten dele ook het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Hetzelfde geldt voor het overleg in de Commissie Besturenorganisaties.⁸⁴ Daarnaast bestaat nog georganiseerd overleg op instellingsniveau, tussen schoolbestuur en werknemersorganisaties.⁸⁵ In hoofdstuk VII komt een en ander nader aan de orde.

Voor de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen in collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVVOVV)⁸⁶ geldt

78 Hoofdstuk IV-A RPBO. Vgl. hoofdstuk VII, par. 3.3.

79 Art. IV-A 2 en 3 RPBO.

80 Art. IV-A 1 sub c RPBO.

81 Hoofdstuk IV-B RPBO.

82 Vgl. daarnaast ook hoofdstuk VI, par. 5.4 i.v.m. het karakter van de bepalingen betreffende het arbeidsvoorwaardenoverleg als (al dan niet) bekostigingsvoorwaarden.

83 Vgl. hoofdstuk VII, par. 3.2.2.

84 Artt. IV-A1 sub c en IV-B1 sub d RPBO.

85 Hoofdstuk IV-C RPBO. Vgl. hoofdstuk VII, par. 3.3.

86 Wet van 25-5-1937, S. 801.

hetzelfde als voor de WCAO. Zij is van toepassing op het gehele bijzonder onderwijs, maar uitsluitend relevant voor het middelbaar en hoger beroeps-onderwijs.

5.3 OVERHEIDSINVLOED OP DE ARBEIDSVOORWAARDEN

De laatste in deze paragraaf te behandelen wettelijke regelingen op het gebied van het collectieve arbeidsrecht zijn er twee, rechtstreeks toegespitst op de overheidsinvloed op de loon- en inkomensvorming: de Wet op de loonvorming (LW)⁸⁷ en de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS).⁸⁸ Na hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt in verband met het BBA en de WCAO, zal het geen verwondering wekken dat beide wetten niet (althans vrijwel niet) op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn. Aan de mogelijkheden tot ingrijpen die deze wettelijke regelingen bieden, heeft de overheid niet of nauwelijks behoefte nu de bekostigingsvoorwaarden haar een sterke invloed geven op de lonen en overige arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs.⁸⁹

Voor de LW volgt de niet-toepasselijkheid op het bijzonder onderwijs rechtstreeks uit art. 2 lid 1 aanhef en sub b LW, waarin wordt bepaald dat de wet niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van 'personen, aan een onderwijsinstelling werkzaam, wier arbeid bestaat in het geven van onderwijs'. De LW is daarnaast evenmin van toepassing op personen in dienst van een publiekrechtelijk lichaam en op personen die een geestelijk ambt bekleeden. In de memorie van toelichting op de (ontwerp-)LW wordt de uitzonderingsbepaling voor deze drie categorieën werknemers als volgt toegelicht:

'De hier genoemde categorieën van personen worden in het BBA (artikel 2, eerste lid) eveneens van het werknemersbegrip uitgezonderd. De ondergetekende is van mening dat de bijzondere aard van de betrokken arbeidsverhoudingen alsmede de specifieke beloningssystemen, welke voor deze beroepsgroepen gelden, handhaving van voornoemde BBA-bepaling op dit punt alleszins wettigen'.⁹⁰

Opmerking verdient dat waar het gaat om het bijzonder onderwijs, uitsluitend het onderwijzend personeel is uitgezonderd. Op het niet-onderwijzend personeel is de LW wel van toepassing. In historisch perspectief is dat verklaarbaar, omdat de rechtspositie van het niet-onderwijzend personeel ten tijde van het totstandkomen van het BBA en vervolgens van de LW minder uitvoerig gere-

87. Wet van 12-2-1970, S. 69.

88. Wet van 19-12-1985, S. 695.

89. Deze invloed is weliswaar slechts indirect, maar niettemin sterk genoeg om de uitzonderingspositie van het bijzonder onderwijs in de LW c.a. te rechtvaardigen. Vgl. hoofdstuk VII, par. 3.3.

90. TK 1967-1968, 9716, nr 3, 10.

geld was dan die van het onderwijzend personeel en de overheid op de lonen en overige arbeidsvoorwaarden van het niet-onderwijzend personeel in het bijzonder onderwijs geen of althans minder invloed had.⁹¹ Op dit moment is dat anders: alle vormen van bijzonder onderwijs kennen inmiddels een uitvoerige regeling van de rechtspositie van zowel onderwijzend als niet-onderwijzend personeel, inclusief de sterke overheidsinvloed die daarvan het gevolg is. Een algehele uitzondering voor zowel het onderwijzend als het niet-onderwijzend personeel in het bijzonder onderwijs is daarom, uitgaande van het huidige systeem van totstandkomen van arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs, zeer wel denkbaar.⁹² Dat de LW op het niet-onderwijzend personeel van toepassing is, heeft in de praktijk overigens weinig consequenties, nu een belangrijk deel van de LW uitgaat van het bestaan van cao's.⁹³

De WAGGS is niet op het bijzonder onderwijs van toepassing, omdat de daarvoor vereiste aanwijzing door de Minister van Sociale Zaken ex art. 2 lid 1 WAGGS achterwege is gebleven.⁹⁴ De WAGGS is, als *lex specialis* ten opzichte van LW, tot stand gebracht om de overheid invloed te geven op de arbeidsvoorwaarden in de zogenaamde g. en g.-sector. Daartoe worden gerekend de bedrijven en instellingen die niet tot de overheidsorganisatie behoren, maar die wel geheel of ten dele uit de openbare middelen (belastinggelden, sociale premies) bekostigd worden.⁹⁵ Het betreft hier onder andere de gezondheidszorg, de bejaardenzorg, het welzijnswerk en het openbaar vervoer. In deze sectoren kan een spanning optreden tussen de resultaten van collectief overleg over de arbeidsvoorwaarden tussen werkgevers en werknemers enerzijds en de mate waarin de overheid bereid en in staat is de (financiële) resultaten van het collectief overleg voor haar rekening te nemen anderzijds. De – van verschillende zijden zwaar bekritiseerde – WAGGS wil hier een oplossing bieden.⁹⁶

In beginsel behoort het bijzonder onderwijs tot de g. en g.-sector. De WAGGS is desondanks niet op het bijzonder onderwijs van toepassing, anders dan de LW ook niet op het niet-onderwijzend personeel. In de memorie van toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt:

91 TK 1967-1968, 9716, nr 3, 10. Gezien de motivering ligt m.i. ook hier een beperking van de werkingssfeer van de uitzonderingsbepaling tot het bekostigde bijzonder onderwijs voor de hand, ook al luidt de tekst van art. 2 lid 1 aanhef en sub b, net als die in het BBA, algemeen.

92 Maar dan uiteraard alleen voor het bekostigde bijzonder onderwijs, vergelijkbaar met de meer recente wetgeving terzake van de loon- en inkomensvorming.

93 Vgl. bijv. art. 4 en de artt. 5 e.v. (en m.n. art. 6) LW.

94 Enkele uitzonderingen, m.n. in de sfeer van het hoger onderwijs daargelaten. Vgl. het Besluit van de Minister van Sociale Zaken d.d. 31-12-1985, Stcrt 253. Wanneer een vereniging of stichting naast een of meer onderwijsinstellingen ook andere gepremieerde of gesubsidieerde instellingen in stand houdt, die vallen binnen het Besluit van 31-12-1985, dan is in zoverre de WAGGS uiteraard wel van toepassing op de verhouding (school)bestuur-werknemer. Werknemers in centrale administraties e.d. zullen echter niet op deze wijze binnen de WAGGS vallen.

95 Vgl. art. 2 lid 2 WAGGS; MvT, TK 1983-1984, 18479, nr 3, 2 en passim.

96 Vgl. over de WAGGS en de kritiek daarop hoofdstuk VII, par. 7.3.5.

De structurele regeling moet betrekking hebben op het geheel van organisaties buiten de overheid waarvan de financiering structureel en in belangrijke mate plaatsvindt uit de collectieve middelen. Uit te zonderen zijn daarbij de onderwijsinstellingen, gezien de aparte positie van deze instellingen die verklaarbaar en verdedigbaar is vanuit de historische ontwikkeling van de organisatie van het onderwijs in Nederland'.⁹⁷

Uit een eerdere passage in de memorie van toelichting is op te maken dat opnieuw bedoeld wordt op de indirecte, maar desondanks zeer sterke invloed die de overheid heeft op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs door middel van de bekostigingsvoorwaarden.⁹⁸

6 Medezeggenschap

6.1 DE WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

De medezeggenschap van de werknemers in de private sector is geregeld in de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁹⁹ Uitgangspunt in verband met de toepasselijkheid van de WOR is de 'onderneming'. Daaronder wordt in de WOR verstaan: 'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht'.¹⁰⁰ Niet relevant is of al dan niet het maken van winst wordt beoogd.¹⁰¹ Ook non profit-instellingen in de welzijnssector vallen binnen het ondernemingsbegrip van de WOR. Datzelfde is het geval met de instellingen voor bijzonder onderwijs, zowel bekostigd als niet-bekostigd. Op de instellingen voor niet-bekostigd bijzonder onderwijs is de WOR dan ook normaal van toepassing. Op de instellingen voor bekostigd bijzonder basis- tot en met hoger beroepsonderwijs is zij daarentegen niet van toepassing en wel om de volgende redenen.

Het (toenmalige) kleuter- en lager onderwijs en het voortgezet onderwijs kenden bij het van kracht worden van de WOR in 1971 geen eigen regeling van medezeggenschap, die als *lex specialis* ten opzichte van de WOR kon gelden.¹⁰² De WOR was dan ook een tijdlang zonder meer van toepassing op het bijzonder niet-wetenschappelijk onderwijs. Die toepasselijkheid had weinig

⁹⁷ TK 1983-1984, 18479, nr 3, 26.

⁹⁸ TK 1983-1984, 18479, nr 3, 10, waar wordt gesproken van de zgn. 'bijzonder onderwijs constructie' die ertoe zou leiden dat 'feitelijk (in materiële zin) uitsluitend de overheid de arbeidsvoorwaarden en de gehele rechtspositie gaat vaststellen'.

⁹⁹ Wet van 28-1-1971, S. 54.

¹⁰⁰ Art. 1 lid 1 sub d WOR.

¹⁰¹ Vgl. Inzicht (1990), 22-23.

¹⁰² Het bijzonder onderwijs kende (wanneer ouders dat wilden) oudercommissies. Vgl. bijv. art. 89 LOW. In de medezeggenschap van de werknemers was niet wettelijk voorzien.

praktische consequenties, omdat de WOR zoals zij tot 1 mei 1982 luidde slechts verplichtingen met zich meebracht wanneer in de regel 100 of meer werknemers in de bijzondere school werkzaam waren.¹⁰³ Ook het zeer kleine aantal scholen dat deze grens overschreed, ging echter niet over tot het instellen van ondernemingsraden.

6.2 EEN EIGEN WET VOOR HET ONDERWIJS

Pas in het midden van de jaren zeventig kwam het feit dat het bijzonder onderwijs de WOR niet naleefde uitdrukkelijk in de openbaarheid. Daarop werd een omvangrijke discussie gevoerd, waarbij zowel de Minister van Onderwijs, de Minister van Sociale Zaken en de Tweede Kamer als de SER en de diverse onderwijsorganisaties betrokken waren.¹⁰⁴ Het uiteindelijke gevolg van die discussie was dat in december 1981, in de vorm van de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO)¹⁰⁵, een eigen medezeggenschapsregeling voor het onderwijs tot stand werd gebracht.

Deze regeling zal in de hoofdstukken X en XI uitgebreid ter sprake komen.¹⁰⁶ Hier is van belang dat art. 25 WMO bepaalt dat de WOR niet van toepassing is op de scholen in de zin van de WMO.¹⁰⁷ Aanvankelijk waren dit alle (openbare en) bijzondere scholen voor kleuter- en lager onderwijs (nu: basisonderwijs), voor buitengewoon onderwijs (nu: speciaal onderwijs) en voor voortgezet onderwijs. Na het inwerkingtreden van de WHBO is de WMO niet meer op het hoger beroepsonderwijs van toepassing. De WHBO bevat een eigen, sterk op de WMO gelijkende medezeggenschapsregeling.¹⁰⁸

De WOR is aldus niet van toepassing op de instellingen voor bekostigd basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs. Zij is daarmee echter niet geheel zonder belang voor het bijzonder onderwijs. De medezeggenschapsregelingen in WMO en WHBO betreffen uitsluitend de werknemers werkzaam binnen de scholen. Eventuele andere werknemers in dienst van een schoolbestuur vallen in beginsel 'gewoon' binnen de werkingssfeer van de WOR. Dat is bijvoorbeeld het geval met internaten¹⁰⁹ en met centrale ad-

103 Art. 2-oud WOR, gewijzigd bij de Wet van 22 mei 1981, S. 416.

104 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.

105 Wet van 16-12-1981, S. 778.

106 Vgl. daarnaast hoofdstuk VI, par. 5.3 i.v.m. het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO.

107 Art. 25 WMO is een bekostigingsvoorwaarde en levert als zodanig strikt genomen niet het beoogde effect op. Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.3.

108 Een uitdrukkelijke bepaling, bijvoorbeeld in de WHBO, dat de WOR niet op het (bijzonder) hbo van toepassing is, ontbreekt overigens.

109 Vgl. de beschikking van de Minister van Sociale Zaken d.d. 26-6-1978 (opgenomen in Geersing/Van der Heijden (1982), no. 7) inzake een vereniging die naast twee scholen ook een internaat in stand hield.

ministraties.¹¹⁰ Afhankelijk van de grootte van de 'onderneming' is in dat geval art. 35b WOR, art. 35a WOR of het 'normale' WOR-regime van toepassing. Ook op niet-bekostigde instellingen voor basis- tot en met hoger beroepsonderwijs is de WOR van toepassing.

7 Conclusie

In het voorgaande is van de belangrijkste specifiek in verband met het bijzonder onderwijs relevante sociaal-rechtelijke wetgeving nagegaan of zij van toepassing is op de rechtsrelatie tussen werknemer en schoolbestuur in het bijzonder onderwijs. Het voorgaande kort samenvattend kunnen dienaangaande de volgende conclusies worden getrokken.

Op de rechtsrelatie tussen werknemer en schoolbestuur zijn zowel Boek IV, titel VIIA BW als de WMM en de WGB in volle omvang van toepassing. Overigens vallen werknemer en schoolbestuur niet, of niet allemaal, of niet in alle opzichten binnen de werkingssfeer van het arbeidsrecht.

Relatief het minst in een uitzonderingspositie verkeren de werknemers in dienst van een schoolbestuur, die niet binnen een school werkzaam zijn. Hun rechtspositie wordt mede beheerst door het BBA, de WMCO en de WOR. Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan ook een van de wetten op het gebied van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn.

Het duidelijkst in een uitzonderingspositie verkeert het onderwijzend personeel. De leerkrachten vallen niet binnen de werkingssfeer van het BBA, de WMCO, de WOR en de wetgeving op het gebied van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden en de overheidsinvloed daarop.

Het niet-onderwijzend personeel werkzaam binnen de school neemt een tussenpositie in. In de regel verkeren deze werknemers in verband met de toepasselijkheid van de wetgeving op het gebied van de arbeidsvoorwaarden in dezelfde positie als het niet-onderwijzend personeel werkzaam buiten schoolverband. Voorzover het betreft de WOR is hun positie daarentegen gelijk aan die van het onderwijzend personeel. Datzelfde geldt, de 'uitzondering op de uitzondering' in de MB'87 daargelaten, voor het BBA en de WMCO.

De verschillen tussen de drie verschillende categorieën werknemers even buiten beschouwing latend, kan vastgesteld worden dat voorzover het betreft het arbeidsovereenkomstenrecht de sociaal-rechtelijke wetgeving in de regel normaal van toepassing is (het BBA uitgezonderd), maar dat waar het betreft

¹¹⁰ De Gc ao hbo (beslissing nr HBO 84.2.5) gaat er van uit dat de WMO van toepassing is op het centraal bureau van een aantal onderwijsinstellingen onder één schoolbestuur. Omdat het centraal bureau i.c. niet alleen administratieve en daarmee vergelijkbare taken verrichtte, maar blijkbaar ook cursussen (ex. art. 75 WVO en i.v.m. de nascholing) verzorgde, is deze opvatting verdedigbaar. In het algemeen zal echter wel degelijk de WOR van toepassing zijn, omdat nu eenmaal geen sprake is van een 'school'.

de wetgeving op het gebied van (de overheidsinvloed op) de arbeidsvoorwaarden en de medezeggenschap het bijzonder onderwijs een speciale positie inneemt.

Hoofdstuk VI – Het toepasselijke recht: onderwijsrecht

1 Inleiding

Ik heb er in de voorgaande hoofdstukken verschillende keren op gewezen: naast, soms ook in plaats van de sociaal-rechtelijke wetgeving zijn delen van de onderwijswetgeving relevant voor de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs.¹ In dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op deze rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving.

Op hun inhoud zal ik hierna niet al te uitvoerig ingaan; daarvoor is in de hoofdstukken VII en volgende nog voldoende gelegenheid. Ik volsta met te vermelden dat de drie onderwerpen die in deze studie centraal staan bepaald niet aan de aandacht van de onderwijswetgever zijn ontsnapt. Dat geldt met name voor het collectief overleg en voor de medezeggenschap, minder voor het onderwerp 'ontslag'.

Evenmin zal ik veel aandacht besteden aan de herkomst van de rechtspositionele bepalingen. Ten dele gaat het om bepalingen die zijn opgenomen in wetten in formele zin.² In de regel gaat het echter om bepalingen in AMvB's en lagere wettelijke regelingen. Dat is in de eerste plaats het RPBO, daarnaast het Besluit medezeggenschap onderwijs.³ Op basis van de onderwijswetten en de AMvB's is een naar verhouding kleine hoeveelheid (nog) lagere wetgeving tot stand gebracht. In de regel gaat het om Ministeriële regelingen. Tenslotte verdient vermelding de – naar algemene opvatting – enorme hoeveelheid circulaire op het gebied van de rechtspositie van het onderwijspersoneel. In een deel daarvan worden interpretaties van de toepasselijke onderwijswetgeving gegeven of zelfs regelingen getroffen.⁴ In gevallen als deze is sprake van 'pseu-

1 Onder 'werknemer' versta ik in dit hoofdstuk (tenzij het tegendeel blijkt) ook groepen van werknemers, organisaties van werknemers en (de werknemersgeleding in) de medezeggenschapsraad.

2 Vgl. (bijv.) de artt. 4, 13, 14-21, 39-42 en 43 WBO. De ISOVSO, WVO en WHBO wijken niet of nauwelijks af. De enige wet die daarnaast van wezenlijk belang is, is de WMO.

3 KB van 10-9-1984, S. 442.

4 In de praktijk is het gebruik ontstaan om wetgeving die niet tijdig gereed is, vooraf te laten gaan door een circulaire die (naar verwachting) dezelfde inhoud heeft als de op stapel staande wettelijke regeling. Zo zijn de personele gevolgen van de STC-operatie in het hbo aanvankelijk per

dowetgeving' of 'beleidsregels', van besluiten derhalve die via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een zekere werking kunnen hebben.⁵

De aandacht zal in dit hoofdstuk vooral gevestigd zijn op het rechtskarakter, anders gezegd: de werking van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving. De reden om daar speciaal aandacht aan te besteden is de opvallende structuur van de belangrijkste onderwijswetten: zij bevatten voor het overgrote deel bepalingen die gelden als 'regels' voor het openbaar onderwijs, terwijl dezelfde bepalingen gelden als 'voorwaarden voor bekostiging' voor het bijzonder onderwijs. Dat geldt ook voor de rechtspositionele bepalingen. Hierna zal ik nagaan welke betekenis het bekostigingsvoorwaardenkarakter van (het overgrote deel van) de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving heeft voor de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

In par. 2 zal ik de relevantie van de vraag naar het rechtskarakter c.q. de werking van de bekostigingsvoorwaarden verder uitwerken, daarbij aanknappend bij de regels voor het openbaar onderwijs en bij de sociaal-rechtelijke wetgeving voor de private sector in het algemeen. In par. 3 zal ik aan de hand van wetgeving, jurisprudentie en literatuur nader ingaan op het rechtskarakter van de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden. In par. 4 wordt op basis daarvan een aantal voorlopige conclusies getrokken. In par. 5 zal ik vervolgens nagaan welke consequenties het bekostigingsvoorwaardenkarakter heeft voor overheid, schoolbesturen en werknemers. Naar aanleiding daarvan volgen in par. 6, na een heroverweging, de definitieve conclusies.

2. De relevantie van de vraagstelling

2.1 DE CENTRALE VRAAG

Zoals ik hiervoor reeds opmerkte: de centrale vraag in dit hoofdstuk is die naar het rechtskarakter, anders gezegd: de werking van de bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving. Meer in het bijzonder zullen aan de orde komen de vragen: wie is gebonden, ten opzichte van wie en op welke wijze? Ik beperk mij daarbij tot de bekostigingsvoorwaarden op rechtspositioneel gebied. Zoals zal blijken, maakt die beperking het mogelijk om de vraag naar de werking van de bekostigingsvoorwaarden verder toe te spitsen, namelijk tot de vraag of zij rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

← circulaire 'geregeld'. Vgl. het slot van de NvT op het Besluit van 16-10-1987, S. 479. Meer recent is de wetgever ertoe overgegaan om in de overgangswetgeving uitdrukkelijk de bevoegdheid te creëren om voorlopige regelingen te treffen, vooruitlopend op de invoering van de definitieve wettelijke regeling. Vgl. bijv. art. II-U van de Wet van 23-5-1990, S. 266 tot wijziging van de WVO i.v.m. de SVM-operatie in het mbo.

5 Vgl. Konijnenbelt (1988), 282; Kortmann (1990), 37-38, 324-326.

De vraag naar de werking van wettelijke bepalingen op rechtspositioneel gebied hoeft over het algemeen niet uitdrukkelijk aan de orde te komen. Dat wordt duidelijk als ik kort stilsta bij de werking van de rechtspositionele regels voor het openbaar onderwijs (par. 2.2) en van de sociaal-rechtelijke wetgeving voor private sector in het algemeen (par. 2.3). In verband met de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs is dat anders. Dat zal blijken in de par. 2.4 en 2.5:

2.2 TER VERGELIJKING: HET OPENBAAR ONDERWIJS

De regels voor het openbaar onderwijs zijn algemeen verbindende voorschriften, die rechtstreeks van toepassing zijn op alle openbare onderwijsinstellingen, althans op die onderwijsinstellingen waarvoor de desbetreffende wettelijke bepalingen (voor basisonderwijs, voortgezet onderwijs etc.) zijn bedoeld. Eenieder die de wet aangaat (rijksoverheid, gemeentebesturen, besturen van openbare hbo-instellingen, maar ook ouders, leerlingen, werknemers, medezeggenschapsraden en werknemersorganisaties) mag het tot zijn of haar taak rekenen de wet na te leven. Toezien op de naleving van de voorschriften kan langs democratische weg geschieden. Daarnaast is er het toezicht van hogere hand.⁶ In veel gevallen kan tenslotte de rechter worden ingeschakeld om de naleving van de wettelijke bepalingen af te dwingen.⁷

Het voorgaande gaat in grote lijnen ook op voor de rechtspositionele regels in de onderwijswetgeving. Op de rechtspositie van de ambtenaar, eenmaal aangesteld om werkzaam te zijn ten behoeve van een openbare school, zijn de relevante bepalingen in de onderwijswetgeving rechtstreeks van toepassing. In een aantal gevallen zal aan bepaalde extra kwalificaties voldaan moeten worden (verhuizing, jubileum, afkeuring etc.). Op bepaalde punten heeft het bevoegd gezag van de ambtenaar de mogelijkheid om af te wijken van de regels. Maar in uitgangspunt is het de wetgever die door het vaststellen van de rechtspositionele regels, rechtstreeks en onafhankelijk van de wil c.q. een nadere handeling van het bevoegd gezag of van de ambtenaar, de rechtspositie van de ambtenaar bepaalt. Het toezien op de naleving van de bepalingen is grotendeels een zaak van de ambtenaar zelf, die daartoe met name beschikt over de mogelijkheid om een beroep te doen op de ambtenarenrechter.⁸

Dit alles is niet opvallend. De geschetste gang van zaken sluit aan op het karakter van de openbare school als een rechtstreeks door de overheid in stand gehouden onderwijsvoorziening. Het openbaar onderwijs verkeert ook niet in

6 In de eerste plaats is er het toezicht door de inspectie (vgl. bijv. de artt. 187 e.v. WHBO). Daarnaast is er het repressieve toezicht door de Kroon. Vgl. i.v.m. het gemeentelijk onderwijs: art. 185 Gemeenw. Voor onderwijsinstellingen met rechtspersoonlijkheid in het hbo zijn aparte voorzieningen getroffen. Vgl. bijv. art. 85 WHBO.

7 Vgl. bijv. art. 169 WHBO i.v.m. de Tijdelijke wet kroongeschillen, in het geval een gemeentebestuur bezwaar heeft tegen het intrekken van de bekostiging.

8 Daarnaast is ook hier het toezicht op grond van de onderwijswetten van belang.

een andere positie dan andere onderdelen van de overheidsorganisatie, waarvan inrichting en functioneren eveneens rechtstreeks door wettelijke bepalingen worden beheerst.⁹

2.3 TER VERGELIJKING: DE PRIVATE SECTOR IN HET ALGEMEEN

De sociaal-rechtelijke wetgeving voor de private sector zoals die in het vorige hoofdstuk aan de orde is geweest, bevat net als de onderwijswetgeving voor het openbaar onderwijs algemeen verbindende voorschriften. De consequenties daarvan voor werkgever en werknemer zijn grotendeels dezelfde als hiervoor geschetst in verband met de rechtsrelatie tussen overheid en ambtenaar.

De bepalingen in wetten als het BW, de WGB en de WOR zijn rechtstreeks van toepassing op de werkgever (c.q. ondernemer) en de werknemer. In een aantal gevallen is voor die toepasselijkheid nodig dat werkgever en werknemer in een bepaalde rechtsrelatie tot elkaar staan; ik wijs op de arbeidsovereenkomst als voorwaarde voor de toepasselijkheid van Boek IV, titel VIIA BW.¹⁰ In andere gevallen berust die toepasselijkheid op een feitelijk gegeven, zoals het werkzaam zijn in een onderneming in verband met de WOR.¹¹ In sommige gevallen moet aan nadere voorwaarden zijn voldaan, wil een (onderdeel van) een wettelijke regeling van toepassing zijn (de overdracht van een onderneming, ziekte). Werkgever en werknemer kunnen onder omstandigheden afwijken van de wettelijke bepalingen. Ook hier is het echter in uitgangspunt de wetgever die rechtstreeks en onafhankelijk van de wil c.q. een nadere handeling van werkgever en werknemer de inhoud van de onderlinge rechtsrelatie bepaalt. Zowel werkgever als werknemer dienen de wettelijke bepalingen na te leven. En ook hier is het vooral aan betrokkenen zelf om daarop toe te zien en de naleving zo nodig via de rechter af te dwingen.¹²

Dit alles is – opnieuw – niet opvallend. De sociaal-rechtelijke wetgeving is vastgesteld ter bescherming van de belangen van werkgever en werknemer. Speciaal met het oog op de belangen van de werknemer heeft de wetgeving over het algemeen een sterk dwingend karakter. Niettemin is het aan de werknemer (en de werkgever) om zelf toe te zien op de naleving van de wettelijke bepalingen en om de nakoming zonodig af te dwingen.

2.4 EN HET BIJZONDER ONDERWIJS?

Zouden de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswet-

9 Vgl. echter ook par. 3.2, i.v.m. de WHW en het openbaar onderwijs.

10 Vgl. hoofdstuk V, par. 2.1.

11 Vgl. hoofdstuk V, par. 6.1.

12 In de publiekrechtelijke wetgeving heeft daarnaast de overheid (bijv. in de vorm van de Arbeidsinspectie) een taak terzake. Aan deze wetgeving ga ik verder voorbij.

geving algemeen verbindende voorschriften in de hiervoor aangegeven zin bevatten, dan zouden zij in principe dezelfde uitwerking hebben op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer als de regels op de rechtspositie van de ambtenaar in het openbaar onderwijs en de sociaal-rechtelijke wetgeving op de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.

De bepalingen zouden ook in het bijzonder onderwijs alle betrokkenen rechtstreeks aangaan: overheid en schoolbesturen, werknemers, medezeggenschapsraden en werknemersorganisaties, maar ook commissies van beroep in ontslagzaken en geschillencommissies voor medezeggenschapsgeschillen. Voor hun toepasselijkheid zou eventueel aan bepaalde voorwaarden voldaan moeten zijn, zoals het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het verkiezen en instellen van een medezeggenschapsraad. Zou dat eenmaal zijn gebeurd, dan zouden de rechtsrelaties binnen het bijzonder onderwijs echter rechtstreeks beheerst worden door de relevante wettelijke bepalingen. Alle betrokkenen zouden gehouden zijn om de bepalingen na te leven, behoudens afwijkende onderlinge afspraken etc. De naleving zou rechtstreeks kunnen worden afgedwongen voor de burgerlijke rechter.

Het zou aldus opnieuw de wetgever zijn die de rechtsrelatie tussen (i.c.) schoolbestuur en werknemer rechtstreeks beïnvloedt, daarbij de direct betrokkenen de middelen verschaffend om zo nodig de nakoming van de bepalingen af te dwingen.

Dit alles zou niet opvallend zijn; de vergelijking met het openbaar onderwijs en met de private sector in het algemeen maakt dat duidelijk.¹³ Betekent dat ook dat de onderwijswetgeving voor het bijzonder onderwijs algemeen verbindende voorschriften in de hiervoor aangegeven zin bevat?

In eerste instantie ligt een bevestigend antwoord voor de hand. De wijze van formuleren van de bekostigingsvoorwaarden is bijvoorbeeld geen andere dan die van de regels voor het openbaar onderwijs en van de bepalingen in de sociaal-rechtelijke wetgeving.¹⁴ En naar hun inhoud zijn de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden voor het overgrote deel rechtstreeks relevant voor de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer.¹⁵ In beide opzichten ligt voor de hand om er van uit te gaan dat wetgever door middel van de bekostigingsvoorwaarden bepalingen heeft willen vaststellen die rechtstreeks doorwerken in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer, bepalingen ook waarvan de naleving desgewenst voor de rechter afdwingbaar is.

13 Voor zover de sociaal-rechtelijke wetgeving voor de private sector van toepassing is binnen het bijzonder onderwijs, geldt het gestelde in par. 2.3 uiteraard ook voor schoolbestuur en werknemer(sorganisatie).

14 Vgl. – willekeurig gekozen – art. 40 lid 1 WBO: 'Het bevoegd gezag is aangesloten bij een commissie van beroep. Het personeel kan bij die commissie beroep instellen tegen een besluit van het bevoegd gezag inhoudende (...).'

15 Een uitzondering vormen de bekostigingsvoorwaarden inzake de werkloosheidsuitkering in hoofdstuk I-H RPBO, die aanspraken verlenen ten opzichte van de overheid. Vgl. in verband daarmee: Beurskens (1988), 373 e.v.

2.5 REDEN VOOR TWIJFEL

Bij nader inzien rijzen echter twijfels. De term 'bekostigingsvoorwaarden' roept namelijk duidelijke associaties op met 'subsidievoorwaarden'.¹⁶ Daarvan uitgaande is er voldoende reden om aan te nemen dat er verschillen bestaan tussen de regels voor het openbaar onderwijs en de sociaal-rechtelijke wetgeving enerzijds en de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs anderzijds.

Een verschil lijkt in de eerste plaats te bestaan in verband met de vraag wie door de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden gebonden wordt. Als (in dit geval in wet of AMvB vastgelegde) subsidievoorwaarden¹⁷ horen de rechtspositionele bepalingen thuis in de rechtsverhouding tussen de subsidiërende overheid en het gesubsidieerde schoolbestuur. De werknemer staat in beginsel buiten die rechtsverhouding.¹⁸ Dat zou betekenen dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden hem ook niet rechtstreeks aangaan. Daarvan uitgaande kan de vraag of de werknemer de nakoming van de bepalingen voor de rechter kan afdwingen niet eens aan de orde komen.

Een tweede verschil houdt verband met de vraag naar de aard van de gebondenheid aan de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden. Van gebondenheid kan, gezien het hiervoor gesignaleerde verschil, geen sprake zijn in de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Maar ook in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en overheid is met de gebondenheid iets apart aan de hand: naar algemene opvatting kan het niet-naleven van subsidievoorwaarden namelijk uitsluitend leiden tot het intrekken van de subsidie; het kan niet beantwoord worden met een strafsancie of bestuursdwang, de 'klassieke' mid-

16 Vgl. in dit verband: Belinfante (1968), 8-10; Reinders (1981), 18, 44 en 51; Hirsch Ballin (1988a), 57.

17 In Konijnenbelt (1988), 219 wordt het onderscheid gemaakt tussen aan een beschikking verbonden 'voorwaarden' en 'voorschriften'. Uitgaande van dit onderscheid zal het hierna niet zoezeer gaan om de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn alvorens een subsidiebeschikking wordt genomen (de 'voorwaarden waarop'), maar om de voorschriften (de 'voorwaarden waaronder'), die – in de termen van Konijnenbelt – aangeven waartoe men gerechtigd is en die de verplichtingen omschrijven die men op zich neemt. Toch zal ik hierna, om niet de aansluiting op de terminologie in de onderwijswetgeving te verliezen, van bekostigingsvoorwaarden blijven spreken en niet van bekostigings-'voorschriften'. Ik zal ook zoveel mogelijk van 'subsidievoorwaarden' blijven spreken, om – en dat zal juist in dit kader relevant blijken te zijn – het verschil in karakter van algemeen verbindende voorschriften en subsidievoorwaarden ('-voorschriften') te onderstrepen. Aldus ook: Donner (1987a), 231; Hirsch Ballin (1988a), 48-49.

18 Vgl. Donner (1962), 216; De Haan/Drupsteen/Fernhout (1986b), 44; Van der Vlies, XXVI.110-114. Vgl. ook nt 46.

delen om (althans publiekrechtelijke) wetgeving te handhaven.¹⁹ Dat zou betekenen dat het schoolbestuur de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden, zij het op straffe van het verlies van de bekostiging, naast zich neer kan leggen. Het daadwerkelijk afdwingen van de nakoming van de rechtspositionele bepalingen door de overheid – voor de werknemer in het bijzonder onderwijs een indirecte garantie dat zij worden nageleefd – zou niet mogelijk zijn.

Kortom: in tweeërlei opzicht ligt voor de hand om te concluderen dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden zich duidelijk onderscheiden van de regels voor het openbaar onderwijs en de sociaal-rechtelijke wetgeving voor de private sector. Gezien de aard van de geconstateerde verschillen is die conclusie met name vanuit werknemersoptiek opvallend en weinig aantrekkelijk. Dat is reden genoeg om aan de hand van Grondwet, onderwijswetgeving, jurisprudentie en literatuur nader in te gaan op het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving, om te bezien of het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving inderdaad de hiervoor geschetste consequenties heeft.

3 De bekostigingsvoorwaarden nader bezien

3.1 ART. 23 GRONDWET

De meest voor de hand liggende bron van informatie over het rechtskarakter van de bekostigingsvoorwaarden is art. 23 Gw. Daarin kunnen de volgende categorieën wettelijke bepalingen worden onderscheiden: in lid 2 is (voor zover hier van belang) sprake van wetgeving in verband met het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van de onderwijzers, in lid 5 van deugdelijkheidseisen en in lid 7 van bekostigingsvoorwaarden.

Aan de wetgeving op basis van art. 23 lid 2 Gw wordt over het algemeen weinig aandacht besteed in de onderwijsrechtelijke literatuur. De aandacht wordt geconcentreerd op de vraag naar de precieze betekenis van de begrippen 'bekostigingsvoorwaarden' en 'deugdelijkheidseisen'. De opvattingen op dit punt zijn allermintst gelijklopend. Dat is niet verwonderlijk, want, zo bleek in hoofdstuk III, de invulling van deze begrippen bepaalt in belangrijke mate aard en omvang van de vrijheid van onderwijs.²⁰ Daarom is de discussie over de betekenis van de begrippen 'deugdelijkheidseisen' en 'bekostigingsvoorwaarden' van belang.

19 De Haan/Drupsteen/Fernhout (1986a), 46; Van der Vlies, IV.4; Hirsch Ballin (1988a), 30, 48 (met een uitzondering voor subsidieverlening langs privaatrechtelijk weg?), 52. Anders: Van Viegen (1984, 434-435) die politiedwang mogelijk acht. Van Kreveld (1988, 163 e.v., 223 e.v.) acht een actie tot nakoming of schadevergoeding mogelijk, maar niet als de bedoeling van partijen, het onderwerp of de omstandigheden zich daartegen verzetten. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs zijn er, i.v.m. het gestelde in par. 4.2 hierna, goede redenen om deze uitzondering van toepassing te achten.

20 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.

de' uitermate relevant. Niet echter in verband met de vraag die hier centraal staat, want de discussie betreft de inhoud van de onderwijswetgeving. Het gaat om vragen als: Is er een verschil tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden? Hoe ver mag de overheid inhoudelijk gaan met optreden ten aanzien van het bijzonder onderwijs? Waar legt de vrijheid van onderwijs een grens?

Om de inhoud van de onderwijswetgeving gaat het in dit verband echter niet. Het gaat hier om de werking van de bekostigingsvoorwaarden, zoals aangeduid in par. 2.1. Veel relevanter in dat verband is dan ook het onderscheid tussen de wetgeving in lid 2 enerzijds en de bekostigingsvoorwaarden/deugdelijkheidseisen in de leden 5 en 7 anderzijds. Wettelijke verplichtingen inzake het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van de onderwijzers kunnen, gezien lid 2, aan alle bijzondere scholen worden opgelegd. Het stellen van deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden (in mijn ogen één stelsel van bepalingen) is daarentegen gekoppeld aan de bekostiging; zij zijn dan ook uitsluitend relevant voor door de overheid gesubsidieerde scholen.

3.2 DE ONDERWIJSWETGEVING

Dat de discussie over het (vermeende) onderscheid tussen de deugdelijkheidseisen in lid 5 en de bekostigingsvoorwaarden in lid 7 in dit verband niet relevant is, blijkt ook uit het feit dat het onderscheid in de onderwijswetgeving niet is terug te vinden. Eén uitzondering (in hoofdstuk III reeds aangehaald) is het vermelden waard. Ik doel op art. 9 WWO, waarin sprake is van 'voorwaarden voor erkenning en bekostiging, waaraan ter waarborging van de deugdelijkheid moet worden voldaan', naast 'voorwaarden voor bekostiging'. Dit artikel illustreert eens te meer dat 'bekostigingsvoorwaarde' in art. 23 lid 7 Gw iets anders is dan 'bekostigingsvoorwaarde' in de onderwijswetgeving. In het eerste geval gaat het om het (vermeende) onderscheid tussen bekostigingsvoorwaarde en deugdelijkheidseis, in het tweede geval om het onderscheid tussen regel en bekostigingsvoorwaarde.²¹

Afgezien van deze 'uitzondering' biedt de tekst van de huidige onderwijswetten weinig of geen aanknopingspunten in verband met het rechtskarakter van bekostigingsvoorwaarden. In par. 2.4 wees ik erop dat de bekostigingsvoorwaarden zich door hun wijze van formuleren niet onderscheiden van de regels voor het openbaar onderwijs (of de sociaal-rechtelijke wetgeving). In enkele gevallen verschilt de inhoud van de regels en de bekostigingsvoorwaarden. In de meeste gevallen is een bepaling echter tegelijk regel voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarde voor het bijzonder onderwijs. Dat sprake is van bekostigingsvoorwaarden blijkt in een aantal onderwijswetten uit wetsartikelen die dat uitdrukkelijk bepalen. In andere wetten blijkt dat

21 Vgl. in dit verband ook Mentink: (1989a), 132-133.

uitsluitend uit de opschriften van titels, afdelingen en paragrafen. Daarnaast bevat een aantal onderwijswetten bepalingen over het intrekken van de bekostiging indien niet aan de voorwaarden voor bekostiging wordt voldaan.²² Daarbij blijft het.

De ontwerp-Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) sluit qua opzet aan op de bestaande wetgeving, op één belangrijke uitzondering na, die in dit verband interessant is: de wetgever wil ook de bepalingen voor het openbaar onderwijs het karakter van bekostigingsvoorwaarden geven.²³ Of de regeling van het openbaar (hoger) onderwijs bij wege van bekostigingsvoorwaarden toegestaan moet worden geacht, staat duidelijk ter discussie. Met name de Onderwijsraad heeft op dit punt een negatief oordeel gegeven.²⁴ Deze kwestie als zodanig kan hier in het midden blijven. Van belang is wel dat de bezwaren van de Onderwijsraad betrekking hebben op het feit dat de naleving van bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving niet rechtstreeks kan worden afgedwongen, maar uitsluitend kan worden gesanctioneerd door de bekostiging in te trekken.

Ook de ontstaansgeschiedenis van de huidige onderwijswetgeving biedt nadere informatie over de bekostigingsvoorwaarden. Een tweetal zaken verdient met name vermelding.

In de eerste plaats valt bij bestudering van de parlementaire geschiedenis op dat het verschil tussen regel en bekostigingsvoorwaarde in het – niet eens zo verre – verleden van essentieel belang is geacht door (althans een meerderheid in) het parlement. Dat is zeer duidelijk gebleken bij de parlementaire behandeling van de ontwerp-WVO, toen de indruk ontstond dat het ontwerp in strijd was met de vrijheid van onderwijs, omdat de ontwerp-WVO niet duidelijk genoeg het onderscheid maakte tussen het karakter van de bepalingen voor het openbaar onderwijs en voor het bijzonder onderwijs. De oppositie op dit punt verstomde pas, nadat de opschriften van de desbetreffende hoofdstukken in de WVO waren aangepast.²⁵

In de tweede plaats verdient vermelding dat uit de parlementaire geschiedenis van de WBO en de WHBO de conclusie kan worden getrokken dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden niet rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer (vgl. de in par. 2.5 getrokken conclusie) en, in verband daarmee, dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden zich niet als *lex specialis* verhouden tot de 'generale' sociaal-rechtelijke wetgeving.

Art. 39 ontwerp-WBO bepaalde op het moment van indienen bij de Tweede Kamer dat de bepalingen van het rechtspositiebesluit, voor zover die geen rechtstreekse aanspraken geven ten opzichte van het Rijk, deel zouden uit-

22. Art. 106 WBO; art. 20 WMO.

23. Vgl. Zoontjens (1990), 42-43. Vgl. ook: Hirsch Ballin (1988a), 60-61.

24. Vgl. het advies d.d. 5-4-1988, 6.

25. Vgl. Akkermans (1980), 154; Mentink (1989a), 119-121. I.v.m. de (inmiddels weer vervangen) WVO hebben zich dezelfde problemen voorgedaan. Vgl. Drop (1985), 167-168.

maken van de arbeidsovereenkomst tussen het bevoegd gezag en het personeel, en dat bij strijd tussen de bepalingen van het Rechtspositiebesluit en de bepalingen in het BW omtrent de arbeidsovereenkomst, de bepalingen van het Rechtspositiebesluit van toepassing zouden zijn.²⁶ Zowel de Onderwijsraad als de Tweede Kamer hadden kritiek op deze bepaling. In de Tweede Kamer werd er met name van de zijde van het CDA (in de persoon van het kamerlid Deetman) op gewezen dat 'onvoldoende aandacht (wordt) besteed aan het feit dat er twee rechtsverhoudingen in het geding zijn, namelijk één tussen het schoolbestuur en het Rijk en één tussen het schoolbestuur en de werknemers. In het eerste lid van dit artikel', zo nog steeds het kamerlid, 'wordt dit onderscheid losgelaten. Immers de bepalingen in de algemene maatregel van bestuur ingevolge art. 20 zijn door het bepaalde in het eerste lid geen bekostigingsvoorwaarden meer, omdat zij automatisch deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer'.²⁷ Met name vanuit het CDA werd dan ook de wens geuit dat het BW integraal op het personeel in het bijzonder onderwijs van toepassing zou zijn.²⁸ Dat dit laatste wenselijk was, was kennelijk ook de opvatting van de Onderwijsraad, die zich verzette tegen het verambtelijken van de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs en die aandrang op het handhaven van contractsvrijheid tussen schoolbestuur en werknemer op rechtspositioneel gebied.²⁹ Als gevolg van deze kritiek werd de tekst van art. 39 lid 1 aangepast. De regering leek daar in eerste instantie niet veel voor te voelen, omdat zij sterk hechtte aan een zo veel mogelijk uniforme regeling voor openbaar en bijzonder onderwijs.³⁰ Maar uiteindelijk werd bij nota van wijzigingen het wetsvoorstel aangepast aan de wensen vanuit de Tweede Kamer en van de Onderwijsraad.³¹ Art. 39 lid 1 WBO bepaalt nu dan ook dat de akte van benoeming ten minste bepalingen van gelijke inhoud bevat als zijn vastgesteld in het rechtspositiereglement voor het openbaar onderwijs, voor zover deze geen rechtstreekse aanspraak geven op het Rijk.³²

26 TK 1976-1977, 14428, nr 2, 10.

27 EV, TK 1980-1981, 14428, nr 17, 13.

28 Vgl. reeds het VV, TK 1979-1980, 14428, nr 11, 53-54.

29 Vgl. het advies van de Onderwijsraad van 4-11-1976, opgenomen achter de MvT op de ontwerp-WBO, TK 1976-1977, 14428, nr 4, 84-85.

30 Vgl. de nota n.a.v. het EV, TK 1980-1981, 14428, nr 18, 19, waaruit kan worden opgemaakt dat het volgens de regering allemaal niet zo veel verschil maakt. Dat bleek ook al eerder. Vgl. de MvA, TK 1979-1980, 14428, nr 12, 49-50, waar zelfs de suggestie wordt gewekt dat de ontwerp-tekst van art. 39 lid 1 de bestaande situatie in de wet vastlegt.

31 Het amendement van de leden Deetman en Evenhuis (TK 1980-1981, 14428, nr 61) werd dan ook niet behandeld in de Tweede Kamer. Vgl. ook: UCV 36, 19-1-1981, 57.

32 Een vergelijkbare bepaling is ook in andere onderwijswetten terug te vinden. Vgl. de artt. 48 lid 1 ISOVSO, 51 lid 2 WVO, 92 lid 1 WHBO.

3.3 DE JURISPRUDENTIE

Jurisprudentie op onderwijsrechtelijk gebied waarin de werking van de bekostigingsvoorwaarden uitdrukkelijk aan bod komt is zeldzaam. Meer impliciet biedt een aantal rechterlijke beslissingen niettemin relevante informatie.

Ik wijs in de eerste plaats op het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1984³³. In dat arrest gaat de Hoge Raad in op de vraag of het Rechtspositiebesluit WVO recht is in de zin van art. 99 RO. Of dat inderdaad het geval is (volgens de Hoge Raad wel), is in dit verband niet relevant. Van belang is wel dat de Hoge Raad spreekt van een akte van benoeming 'die in overeenstemming met art. 51 lid 2 WVO de titels I, III en IV van het Rechtspositiebesluit WVO van toepassing verklaart', terwijl de Hoge Raad zich daarnaast verenigt met het oordeel van de Rechtbank die heeft aangenomen 'dat de akte van benoeming de voormelde titels van het Rechtspositiebesluit tot onderdeel van de overeenkomst heeft gemaakt in de zin waarin zij als wettelijke regeling moeten worden verstaan'. Beide passages geven aan dat de toepasselijkheid van het Rechtspositiebesluit WVO in de ogen van de Hoge Raad berust op de uitdrukkelijke overeenkomst tussen schoolbestuur en werknemer. Van wettelijke bepalingen die als zodanig rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer is in de opvatting van de Hoge Raad dus kennelijk geen sprake.

Ook de lagere jurisprudentie biedt wel aanknopingspunten. Een belangrijk deel van deze jurisprudentie leidt tot de conclusie dat de desbetreffende rechter de bekostigingsvoorwaarden niet ziet als wettelijke bepalingen die rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Zo overweegt de Rechtbank Rotterdam in 1973 dat het in art. 52 WVO bepaalde (dat betrekking heeft op de mogelijkheid om een beroep te doen op een commissie van beroep): 'de bevoegdheid van de Ktr. tot kennisneming van dergelijke geschillen onverlet (laat), aangezien deze bepaling geen *lex specialis* is van de genoemde competentie artikelen in de Wet R.O. (en het) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering'. 'Immers', zo vervolgt de Rechtbank, 'art. 52 WVO houdt primair verband met en is onderdeel van de door de wet genoemde voorwaarden voor bekostiging uit de openbare kas van het bijzonder schoolonderwijs'.³⁴ Zeer duidelijk, met name ook ten aanzien van de consequenties van zijn opvatting, is in 1981 de Kantonrechter Breda in verband met het Rechtspositiebesluit WVO: 'de subsidievoorwaarden krachtens de W.V.O. geven een rechtsplicht van de besturen jegens de subsidieënt; het personeel van een school kan (...) daaraan geen rechten jegens het schoolbestuur ontleenen'.³⁵

33 NJ 1984, 682.

34 Rb Rotterdam, 27-4-1973, AB 1975, 151.

35 Ktr Breda, 14-1-1981, JKOCZ 1981 B1. Ook uit andere uitspraken van de burgerlijke rechter blijkt dat rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden slechts van toepassing worden geacht op de rechtsverhouding van schoolbestuur en werknemer indien en omdat de inhoud van die

Ook een tegengestelde opvatting over de verhouding van de onderwijswetgeving en het civiele arbeidsrecht is overigens aan te treffen in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter.³⁶ Zo oordeelt in 1972 de President van de Rechtbank Den Haag in verband met de art. 67 van de Kleuteronderwijswet (ook hier in verband met de commissie van beroep) dat de akte van benoeming van de hoofdkleuterleidster in casu aldus gelezen dient te worden dat 'het de bedoeling is geweest om eiseres middels die akte aan die bepaling te binden, indien en voorzover art. 67, lid 4, Kleuteronderwijswet zelf haar al niet rechtstreeks bindt, hetgeen onzes inziens duidelijk de bedoeling van de Wetgever is, aangezien art. 67 Kleuteronderwijswet, niettegenstaande haar minder gelukkige plaatsing in hoofdstuk II van de Kleuteronderwijswet, onder het opschrift 'De vergoeding van de overige kosten', zich blijkens haar tekst niet alleen tot de besturen van bijzondere scholen richt, maar algemeen luidt'.³⁷ Blijkbaar is volgens de President (tegen beter weten in?) sprake van een wettelijke bepaling die schoolbestuur en werknemer rechtstreeks bindt, ook al bevat Hoofdstuk II van de – inmiddels door de WBO vervangen – Kleuteronderwijswet bekostigingsvoorwaarden.

3.4 DE LITERATUUR

In de onderwijsrechtelijke literatuur gaat de aandacht vrijwel uitsluitend uit naar het begrip 'bekostigingsvoorwaarde' in de in par. 3.1 aangegeven grondwettelijke betekenis van het woord. Literatuur over de kwestie van de werking van de bekostigingsvoorwaarden, die hier aan de orde is, is schaars.

In de wat oudere literatuur is voor deze kwestie nog wel aandacht. Zo schrijft V.H. Rutgers in 1932 over – wat hij noemt – de voorwaarden voor erkenning van diploma's en voor het verkrijgen van financiële steun:

'De uitwerking dezer voorwaarden kan ze, wat haar inhoud betreft, sterk doen gelijken op de regelen, welke voor het van overheidswege gegeven onderwijs worden gesteld. Rechtskundig zijn zij daarvan geheel verschillend, het zijn niet van overheidswege gestelde en deswege bindende regelen voor het onderwijs, doch voorwaarden waarvan de nakoming of niet nakoming geheel vrij staat, terwijl

← bekostigingsvoorwaarden mee is overeengekomen. Vgl. Ktr Roermond, 28-7-1981, JKOCZ 1981 B.11; Ktr Eindhoven, 23-8-1984, JKOCZ 1984 B.15; Ktr Zevenbergen, 26-9-1985, JKOCZ 1985 B.5; Rb. Den Bosch, 5-9-1986, JKOCZ 1986 C.4.

36 Vgl. behalve het hierna aan te halen vonnis van Pres. Rb Den Haag ook: Hof Amsterdam, 18-3-1965, NJ 1966, 251 (volgens het Hof regelt de LOW zelfstandig de rechtspositie van lagere school en onderwijzer; de wet met haar uitvoeringsvoorschriften derogert aan het BW); Rb. Den Bosch, 9-5-1966, NJ 1970, 95 (i.c. geen derogerende werking; uit de formulering kan worden afgeleid dat de Rechtbank dat overigens niet bij voorbaat uitsluit); Ktr Rotterdam, 14-2-1955, AB 1955, 495 (de LOW derogert aan het BW).

37 Pres. Rb Den Haag, 11-8-1972, NJ 1973, 87.

alleen bij nakoming subsidie wordt verleend of diploma's worden erkend'.³⁸

In de meer recente literatuur komt het rechtskarakter van de bekostigingsvoorwaarden zelden uitdrukkelijk aan de orde.³⁹ Waar dat wel het geval is, sluiten de opvattingen aan op die van Rutgers. Dat is in elk geval zo met Akkermans en Luiten, die in 1979 als volgt schrijven:

'Aangezien de bekostigingsvoorwaarden uitsluitend beogen te regelen onder welke voorwaarden schoolbesturen voor subsidie in aanmerking komen, kan niet geconcludeerd worden dat deze bekostigingsvoorwaarden de leerkrachten rechtstreeks raken'.⁴⁰

Uit zijn dissertatie over de commissies van beroep kan worden afgeleid dat Van der Net eenzelfde opvatting is toegedaan, met name waar hij over de ontstaansgeschiedenis van de commissies van beroep als volgt schrijft:

'Men zou hebben kunnen verwachten, dat de wetgever de positie van de bijzondere onderwijzers verbeterde door voorschriften te geven, welke rechtstreeks op de verhouding schoolbestuur-leerkracht betrekking hebben. Dit gebeurde evenwel niet. De regering maakte gebruik van een publiekrechtelijke relatie tot de schoolbesturen, en wel aldus. De wettelijke regeling bracht indirect een verbetering van de rechtspositie van de bijzondere onderwijzers door de subsidie uit 's Rijks kas voor de bijzondere schoolbesturen afhankelijk te stellen van een voldoen door die besturen aan wettelijk verplicht gestelde subsidievoorwaarden. (...) Aan het gekozen systeem lag de bedoeling ten grondslag om het vrije karakter van de bijzondere school onaangetaast te laten. Immers, rechtens was geen bijzondere school verplicht onder het juk van de subsidievoorwaarden voor het Rijk door te gaan'.⁴¹

4 Voorlopige conclusies

4.1 DE WERKING

Ook al is er geen eenstemmigheid, zijn er tegenstrijdigheden en lijkt niet alles

38 (1932), 460. Vgl. ook: Schelfhout (1959), 206 e.v. en 230 e.v., en m.n. 210 en 230; Idenburg (1964), 317.

39 Afgezien uiteraard van de zeer recente literatuur over deze kwestie die aan de orde komt in de par. 4.4 en 4.5.

40 Akkermans/Luiten (1979), 32. In dezelfde zin: Van der Ven (1976), 392; Van der Burg (1977), 42.

41 (1977), 12. In dezelfde richting wijst het betoog op de pp. 182-184 en op p. 190. Anderzijds schrijft Van der Net op p. 22 dat het z.i. 'niet de overeenkomst leerkracht-schoolbestuur als zodanig is, welke de commissie van beroep tot de rechter voor de bijzondere leerkracht bestempelt. Reeds de wettelijke beroepsbepaling stelt niet alleen de leerkracht tot het volgen van de speciale rechtsgang in de gelegenheid maar verplicht hem zelfs daartoe, mits het schoolbestuur bij enige commissie van beroep is aangesloten'. Hoe dit citaat met het voorgaande in overeenstemming is te brengen, is mij niet duidelijk.

even goed uitgewerkt, niettemin kunnen aan de hand van de Grondwet, de onderwijswetten en hun parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur de volgende conclusies worden getrokken:

- a. Dat de onderwijswetgeving voor een belangrijk deel bekostigingsvoorwaarden bevat, wordt als belangrijk, om niet te zeggen essentieel gezien, met het oog namelijk op de vrijheid van onderwijs van de schoolbesturen.
- b. De bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs zijn voorschriften die het schoolbestuur naleeft ter verkrijging van bekostiging, maar die het op ieder moment ook weer naast zich neer kan leggen, zij het op straffe van verlies van de bekostiging. De overheid kan het schoolbestuur niet rechtstreeks dwingen om de bepalingen na te leven.
- c. Ten aanzien van de positie van werknemers ten opzichte van de bekostigingsvoorwaarden is overheersend de opvatting dat de bekostigingsvoorwaarden de werknemers niet rechtstreeks raken in hun rechtsverhouding met het schoolbestuur.

De conclusies onder b en c sluiten rechtstreeks aan op het gestelde in par. 2.5.

4.2 DE MOTIEVEN

De diverse bronnen hebben ook voldoende informatie opgeleverd om een beeld te krijgen van de motieven van de wetgever om een belangrijk deel van de wettelijke bepalingen voor het bijzonder onderwijs in de vorm van bekostigingsvoorwaarden te gieten.

Sleutel is de vrijheid van overheidsinmenging die, naast de aanspraak op bekostiging, in art. 23 Gw besloten ligt. De onderwerpen genoemd in lid 2 van de onderwijsbepaling zijn blijkbaar belangrijk genoeg om ze – desgewenst – bindend op te leggen aan alle schoolbesturen, bekostigd of niet. Daardoor wordt eventueel inbreuk gemaakt op de vrijheid van onderwijs, zonder dat een schoolbestuur daaraan kan ontkomen. Voor het overige dient de wetgever zich echter van ingrijpen te onthouden, behoudens waar hij voorwaarden verbindt aan de bekostiging. Blijkbaar is het de bedoeling om het schoolbestuur aldus een zekere keuzemogelijkheid te bieden: het kan besluiten om bekostiging te aanvaarden, waardoor het, naast de voordelen, ook de beperking van zijn vrijheid als gevolg van bekostigingsvoorwaarden moet accepteren. Het kan ook de bekostiging laten voor wat die is, om vervolgens (behoudens de wetgeving op basis van art. 23 lid 2 Gw) in volle omvang te genieten van de vrijheid om naar eigen inzicht onderwijs te geven.⁴² Kortom: blijkbaar is het de bedoeling van de Grondwetgever c.q. wetgever geweest om de vrijheid van onderwijs niet alleen te beschermen door ingrijpen op bepaalde terreinen ge-

⁴² Feitelijk is de situatie uiteraard niet zo rooskleurig als hier wordt geschetst: de subsidie is noodzakelijk voor het (voort)bestaan van de bijzondere school. Vgl. par. 5.1.

heel achterwege te laten (vgl. bijvoorbeeld art. 23 lid 6 Gw), maar ook door, waar buiten het terrein van lid 2 wordt ingegrepen, dat ingrijpen te gieten in een vorm die het schoolbestuur zo veel mogelijk vrijheid laat.⁴³

De conclusie dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden als zodanig de werknemer in het bijzonder onderwijs niet aangaan, past heel goed in dat kader, met name als bedacht wordt dat indien de bekostigingsvoorwaarden zouden doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer, de werknemer het schoolbestuur tot nakoming zou kunnen dwingen. In dat geval zou de vrijheid van het schoolbestuur weliswaar via een omweg, maar niettemin teniet zijn gedaan. Daarom vormen de conclusies (b) en (c) een onverbrekkelijk geheel: het bekostigingsvoorwaardenkarakter betekent dat het schoolbestuur naar alle zijden de handen vrij houdt; het kan verplichtingen aangaan ten opzichte van overheid en werknemers; als het dat doet, dan doet het dat vrijwillig.

Daarnaast moet bedacht worden dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden over het algemeen slechts ten dele zijn vastgesteld in het belang van de werknemer. In veel gevallen speelt een zeker zo belangrijke rol dat een deugdelijke regeling van de rechtspositie van de werknemers in het 'algemeen' belang van het bijzonder onderwijs (de rechtspositionele gelijkheid) dan wel het onderwijs als geheel (de deugdelijkheid van het onderwijs) is. Deze algemene belangen worden voldoende gediend als de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden het schoolbestuur binden ten opzichte van de overheid, met de mogelijkheid om de bepalingen vervolgens in de relatie met de werknemer 'door te contracteren'.⁴⁴

4.3 KWALIFICATIE: BESCHIKKINGSVOORWAARDEN

Welke rechtsgevolgen het bekostigingsvoorwaardenkarakter van (het overgrote deel van) de rechtspositionele bepalingen voor het bijzonder onderwijs heeft, lijkt aldus duidelijk. In par. 5 zal ik nagaan wat deze rechtsgevolgen betekenen voor overheid, schoolbesturen en werknemers. Eerst zal ik echter kort stilstaan bij de vraag hoe de bekostigingsvoorwaarden, gezien de werking die zij kennelijk hebben, in het grotere geheel van overheidsbesluiten kunnen worden ingepast.

In een bijdrage in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* in 1988 heb ik betoogd dat de bekostigingsvoorwaarden het beste gezien kunnen worden als door de wetgever (in formele zin, de Kroon etc.) vooraf en in het algemeen vastge-

43 De historische gegevens in Mentink's onderzoek naar de deugdelijkheidseisen bevestigen de hier getrokken conclusie. Vgl. (1989a), 54-55, 96-97.

44 Voor een deel van de bekostigingsvoorwaarden geldt dat zij geheel (m.n. de WMO bijv.) of op zijn minst ten dele (de regeling van de commissies van beroep bijv.) zijn vastgesteld uitdrukkelijk met het oog op de belangen van de werknemers. Of het bekostigingsvoorwaardenkarakter zoals hier geschetst ook aan deze belangen recht doet, is uiteraard de vraag. Ik kom daarop terug in par. 5. Vgl. m.n. par. 5.3 i.v.m. de WMO.

stelde beschikkingsvoorwaarden. Dat betekent dat sprake is van voorwaarden die op het moment van hun vaststelling geen juridische betekenis hebben (geen andere althans dan dat vooraf vaststaat dat onder deze en geen andere voorwaarden subsidie wordt verleend) en die hun daadwerkelijke juridische betekenis pas krijgen op het moment dat zij in het kader van de subsidiebeschikking, als voorwaarden aan die beschikking verbonden, worden opgelegd.⁴⁵

Aldus blijven de bekostigingsvoorwaarden in essentie aan de subsidiebeschikking verbonden voorwaarden (voorschriften). Dat sluit aan op de in par. 4.1 getrokken conclusies, vooral ook waar het de (ontbrekende) doorwerking in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer betreft.⁴⁶ Anderzijds is het wettelijke karakter van de subsidievoorwaarden niet zonder zin. De bekostigingsvoorwaarden zijn opgenomen in een wet (in formele zin) of zijn althans daarop terug te voeren. Dat heeft de voordelen die in het algemeen aan het wettelijk regelen van een bepaalde aangelegenheid worden verbonden. Ik wijs op het algemene karakter, de zekerheid, de gelijkheid en de kenbaarheid die daarvan het gevolg zijn.⁴⁷

In verband met het onderwijs krijgen deze 'voordelen' een speciaal belang. Een belangrijk deel van de bekostigingsvoorwaarden heeft namelijk min of meer rechtstreeks betrekking op grondrechten en democratisering. Of dergelijke voorwaarden zijn toegelaten zonder wettelijke basis wordt nog wel eens in twijfel getrokken.⁴⁸ Door de bemoeienis van de formele wetgever kan ten aanzien van het bijzonder onderwijs niet gauw meer twijfel ontstaan aan de geoorloofdheid van dergelijke voorwaarden. De onderwijswetten voorzien niet in het stellen van voorwaarden buiten de wet om. Het is daarom de wetgever zelf die de voorwaarden vaststelt of de vaststelling ervan delegeert op de wijze die hem het beste lijkt. Aldus is de financiële gelijkstelling van openbaar

45 Het worden dan quasi publiekrechtelijke algemene voorwaarden, tot op zekere hoogte vergelijkbaar met privaatrechtelijke algemene voorwaarden in een gemeentelijke verordening (HR 11-11-1960, NJ 1960, 559, Vaals).

46 In theorie is een zekere betrokkenheid van de werknemer bij de bekostigingsbeschikking en de beschikkingsvoorwaarden denkbaar en wel als 'derde-belanghebbende'. Een dergelijke positie zou van belang kunnen zijn in geval van bezwaren tegen de beschikking of de daaraan verbonden voorwaarden. Van problemen in deze richting zal in de regel echter geen sprake zijn. Als er problemen zijn, dan zal dat zijn als gevolg van het niet-naleven van de voorwaarden door het bestuur. In een dergelijk geval helpt een (eventuele) positie als derde-belanghebbende niet. Vgl. ook nt 18.

47 Vgl. bijv. De Haan/Drupsteen/Fernhout (1986a), 230. Vgl. ook de preadviezen van Van der Burg en Van Kreveld (1977).

48 Vgl. bijv. Van der Burg (1977), 34 en Van Kreveld (1977), 130 e.v. Wie ten aanzien van de inhoud van de onderwijswetgeving zou menen dat sprake is van 'ingrijpende besluiten' (vgl. Van der Vlies (1984), 98, moet constateren dat de wetgever zich i.v.m. het onderwijs – in dit opzicht – voortreffelijk van zijn taak kwijt. Dat (wellicht) geen sprake is van algemeen verbindende voorschriften is in dat verband geen bezwaar. Vgl. Van der Vlies (1984), 112; Van der Burg (1986), 67.

en bijzonder onderwijs op centraal niveau verzekerd⁴⁹, evenals de invloed van het parlement in dat verband.⁵⁰

4.4 KWALIFICATIE: ALTERNATIEVEN

Zowel Tijbosch als Zoontjens zijn in recente beschouwingen over het rechtskarakter van de bekostigingsvoorwaarden tot de conclusie gekomen dat sprake is van algemeen verbindende voorschriften.⁵¹

Specifiek op de bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving toegesneden argumenten ter ondersteuning van die opvatting zijn in hun beider beschouwingen niet aan te treffen. Vooral bij Tijbosch lijkt de opvatting dat sprake is van algemeen verbindende voorschriften ingegeven door de gedachte dat het heel vanzelfsprekend is dat formele wetten en AMvB's algemeen verbindende voorschriften bevatten en dat het de tegenovergestelde opvatting is die een overtuigende argumentatie behoeft.⁵² Zoontjens' betoog wijst eveneens in deze richting.⁵³

Voor Zoontjens sluit de kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift daarnaast aan op het waarborgkarakter van de onderwijswetgeving.⁵⁴ De achtergrond van dit argument onderschrijf ik (vgl. het slot van par. 4.3). Mijns inziens is echter vooral van belang de maximale betrokkenheid van de formele wetgever en het algemene karakter van de bekostigingsvoorwaarden. Ook de kwalificatie als vooraf (algemeen) door de wetgever (en zo veel mogelijk door de formele wetgever) vastgestelde beschikkingsvoorwaarde voldoet in zoverre.⁵⁵

Niettemin moet worden toegegeven dat ook de kwalificatie als algemeen verbindend voorschriften heel wel te verenigen is met de hiervoor geschetste rechtsgevolgen van de bekostigingsvoorwaarden.⁵⁶ De kwalificatie van alge-

49 Alleen daar (aldus was en is de algemene opvatting) is de financiële gelijkstelling goed te bewaken. De onderwijswetgeving, zeker ook op rechtspositioneel gebied, is dan ook vrijwel uitsluitend een zaak van de centrale overheid. Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5; par. 2.8.4.

50 Vgl. de delegatie-discussie in het kader van de – mislukte – poging tot herziening van het onderwijsartikel in de Grondwet: het parlement wil zijn invloed houden; het wil die niet afstaan aan lagere overheden, maar evenmin – zo min mogelijk althans – aan de Kroon of de Minister. Deze sterk centralistische tendens sluit ook aan bij de verzuielde structuur van het onderwijs; de landelijke koepels hebben zo hun invloed, op Minister en parlement. Vgl. hoofdstuk II, par. 3.2, 4.2.

51 (1990), 53 e.v. resp. (1990), 31 e.v.

52 Vgl. in Tijbosch' bijdrage m.n. de pp. 54-55.

53 Vgl. (1990), 36-37, waar hij verwijst naar de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak.

54 Vgl. (1990), 37-38.

55 Ook speelt bij Zoontjens een rol dat een kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift een aantal problemen in het kader van de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer voorkomt c.q. verhelpt. Op dit punt deel ik zijn opvatting niet; ik kom daar op terug (op verschillende plaatsen) in par. 5.

56 Hirsch Ballin laat zien dat beide opvattingen (beschikkingsvoorwaarden vs algemeen verbindende voorschriften) zelfs te combineren zijn. Ook Hirsch Ballin kwalificeert bij of krachtens

meen verbindende voorschriften doet met name niet af aan de conclusie dat de naleving ervan niet (positief) kan worden afgedwongen, maar uitsluitend (negatief) kan worden gesanctioneerd door het intrekken van subsidie.⁵⁷ Uitgaande van de kwalificatie als algemeen verbindend voorschriften ligt in eerste instantie voor de hand om er van uit te gaan dat de bepalingen ook rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer, op dezelfde wijze als ook de rechtspositionele regels voor het openbaar onderwijs en de sociaal-rechtelijke wetgeving dat doen. Hier kan echter Zoontjens' opvatting, dat sprake is van uitsluitend het schoolbestuur verbindende voorschriften, uitkomst bieden.

4.5 OPNIEUW: DE RECHTSGEVOLGEN

Uiteindelijk is de vraag naar de kwalificatie van de bekostigingsvoorwaarden (in elk geval in dit verband) overigens duidelijk minder belangrijk dan de vraag naar hun rechtsgevolgen. Op dat punt zijn zowel Tijbosch als Zoontjens duidelijk. Beiden onderschrijven de in par. 4.1 getrokken conclusies, en met name de conclusies (b) en (c).⁵⁸ Zo is Tijbosch van mening dat de bekostigingsvoorwaarden het schoolbestuur dat de bekostiging ontvangt verplichtingen opleggen, die het echter op ieder moment naast zich neer kan leggen.⁵⁹ Gebeurt dat, dan geeft dat de overheid de bevoegdheid om de bekostiging in te trekken, maar niet de bevoegdheid om nakoming van de bekostigingsvoorwaarden rechtstreeks af te dwingen, bijvoorbeeld door middel van bestuursdwang.⁶⁰ Evenzeer deelt Tijbosch de opvatting dat de bekostigingsvoorwaarden de werknemers niet rechtstreeks aangaan.⁶¹ Dit aspect werkt hij minder ver uit. Op dit punt is juist Zoontjens echter zeer uitgesproken. Hij meent dat sprake is van algemeen verbindende voorschriften, die zich uitsluitend tot het

← de wet vastgestelde subsidieregelingen als algemeen verbindende voorschriften. Zo stelt hij in zijn preadvies 'Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen' dat 'indien subsidieregelingen bij of krachtens de wet zijn vastgesteld, zij in de huidige opvatting als algemeen verbindende voorschriften moeten worden aangemerkt' (1988a, 67). Eerder in hetzelfde preadvies maakt Hirsch Ballin echter een onderscheid tussen de 'regeling (die bepaalt) dat de ontvanger van subsidie zulke voorwaarden in acht moet nemen' en het geval dat 'de voorwaarden – ook al zijn zij in algemene zin in standaardvoorwaarden e.d. te vinden – gesteld (worden) bij gelegenheid van de toekenning van de subsidie in individuele gevallen' (1988a, 50).

57 Vgl. par. 2.5. Of de overtreden subsidievoorwaarden zijn vastgelegd in de wet of in de concrete beschikking doet niet terzake.

58 Datzelfde doet Mentink (1989a, 147-152), wiens onderzoek ik verder buiten beschouwing laat, omdat het voornamelijk geconcentreerd is op meer inhoudelijke problemen rond de deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden.

59 (1990), 55 l.k. en r.k.

60 Op dat punt wijst Tijbosch terecht op het ook hiervoor gemaakte verschil met zowel de regels voor het openbaar onderwijs als de op art. 23 lid 2 Gw gebaseerde wetgeving voor het bijzonder onderwijs; zie (1990), 54 m.k. en r.k.

61 (1990), 54 l.k., 55 r.k.

schoolbestuur richten, althans niet tot de werknemers.⁶² Ten aanzien van de afdwingbaarheid komt ook Zoontjes tot de conclusie dat het schoolbestuur de vrijheid heeft om de bekostigingsvoorwaarden naast zich neer te leggen op straffe van het verlies van de bekostiging.⁶³

5 Consequenties

5.1 DE VERHOUDING OVERHEID-SCHOOLBESTUUR

Uitgaande van deze rechtsgevolgen heeft het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen voor de juridische verhouding tussen schoolbestuur en overheid met name één belangrijke consequentie: het betekent dat overal waar sprake is van een verplichting, dat uitsluitend een verplichting is op straffe van het verlies van de bekostiging. Het staat het schoolbestuur met andere woorden vrij om de in de bekostigingsvoorwaarden vervatte verplichtingen naast zich neer te leggen. De overheid beschikt niet over juridische middelen om het schoolbestuur te dwingen om de bekostigingsvoorwaarden na te leven. Als zij worden nageleefd, dan is dat omdat en zo lang het schoolbestuur dat zelf wil.

Maar, de subsidieverhouding mag dan een – althans tot op zekere hoogte – vrijblijvend karakter hebben, in geval van het niet-naleven van de bekostigingsvoorwaarden is uiteraard de overheid bevoegd om de bekostiging in te trekken.⁶⁴ Dat is een belangrijke constatering, want het niet-naleven van de bekostigingsvoorwaarden op eigen kosten is voor nagenoeg geen enkel schoolbestuur een haalbare zaak, zeker niet op langere termijn. De feitelijke kant van de zaak is daarom een geheel andere dan de juridische. De bekostigingsvoorwaarden binden in de praktijk vrijwel absoluut, als waren zij wettelijke voorschriften, waarvan de naleving rechtstreeks kan worden afgedwongen. De enkele dreiging met het intrekken van de subsidie zal in de regel voldoende zijn om een schoolbestuur onmiddellijk tot de orde te roepen.⁶⁵

Kortom: het karakter van 'bekostigingsvoorwaarde' suggereert eerder een belangrijke mate van vrijheid voor de schoolbesturen dan dat die vrijheid ook werkelijk bestaat. Veel verschil met de regels voor het openbaar onderwijs is er in zoverre niet.

Deze conclusie betreft uitsluitend de verhouding schoolbestuur-overheid; aan de positie van de werknemers ben ik voorbijgegaan. Juist ook hun positie wordt echter sterk beïnvloed door de opvatting over het rechtskarakter van de bekostigingsvoorwaarden. Hierna zal ik daarom nagaan welke invloed de be-

62 (1990), 36-37.

63 (1990), 37. Het is in dit verband dat Zoontjes verwijst naar de WHW. Vgl. par. 3.2 hiervoor.

64 Artt. 105-106 WBO, 103 ISOVSO, 104 WVO, 149 WHBO.

65 Vgl. Drop (1985), 292; Prakke c.s. (1989), 523 (niet speciaal i.v.m. het onderwijs, maar ook daar zonder meer van toepassing).

kostigingsvoorwaarden hebben op de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer(s). Ik zal daarbij de aandacht richten op de bepalingen inzake de drie onderwerpen die ook in de hoofdstukken VII en volgende centraal zullen staan: de bepalingen inzake het ontslag en de rechtspositie van de individuele werknemer in het algemeen (par. 5.2); de medezeggenschapsbepalingen (par. 5.3) en de bepalingen betreffende het collectief overleg (par. 5.4).⁶⁶

5.2 DE INDIVIDUELE WERKNEMER

De grootste groep bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving is die op het gebied van de rechtspositie van de werknemers in dienst van het schoolbestuur.⁶⁷ Deze bekostigingsvoorwaarden werken, zo mag gezien het voorgaande worden aangenomen, niet rechtstreeks door in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

De rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden zijn niettemin van groot belang voor de werknemer. Het schoolbestuur moet ze op straffe van verlies van de bekostiging naleven. Naleven betekent in dit geval: incorporeren in de rechtsverhouding met de individuele werknemer. De onderwijswetten verplichten ook tot een dergelijk 'doorovereenkomen'.⁶⁸ Door aldus de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden te incorporeren in de arbeidsovereenkomst met de werknemer ontstaan in zekere zin twee rechtssferen: die tussen schoolbestuur en overheid en die tussen schoolbestuur en werknemer, met de plicht voor het schoolbestuur om de beide sferen met elkaar in overeenstemming te brengen en te houden.⁶⁹

Voor de werknemer is het ontbreken van de mogelijkheid om rechtstreeks een beroep te doen op de bekostigingsvoorwaarden daarom niet echt bezwaarlijk. De verplichting (en feitelijke noodzaak) om de bekostigingsvoorwaarden over te nemen in de arbeidsovereenkomst maakt de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden afdwingbaar in de relatie tussen schoolbestuur en werk-

66 In 'Themis' heb ik daarnaast aandacht besteed aan de bepalingen inzake de sociale zekerheid. Vgl. (1988), 373 e.v.

67 Een klein aantal rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving is geen bekostigingsvoorwaarde maar 'normaal' algemeen verbindend voorschrift; ik wees daar op in par. 3.1 i.v.m. de wetgeving ex art. 23 lid 2 Gw. Ook de bekostigingshoofdstukken in de diverse onderwijswetten bevatten bepalingen die consequenties hebben in de rechtspositionele sfeer. Vgl. bijv. de artt. 105 WBO, 102 ISOVSO, 141 WHBO, die het schoolbestuur verplichten om ex-werknemers die in het genot zijn van een wachtgelduitkering te benoemen als er vacatures ontstaan, op straffe van het verlies van de aanspraak op vergoeding van de salarissen van de werknemers die in strijd met deze verplichting zijn benoemd. Vgl. in verband daarmee: hoofdstuk VIII, par. 3.2.

68 Vgl. art. 39 lid 1 WBO, dat bepaalt dat de akte van benoeming bepalingen bevat die overeenstemmen met de inhoud van titel I van het RPBO. De verplichting betreft uitsluitend de werknemers die, zouden zij werkzaam zijn in het openbaar onderwijs, belanghebbenden zouden zijn in de zin van het RPBO (vgl. hoofdstuk IV, par. 2.2).

69 Dat is niet zo moeilijk als misschien wel lijkt. Vgl. hoofdstuk VII, par. 5.2.7.

nemer, niet als wettelijke voorschriften, maar als contractuele bedingen.⁷⁰

Zo wordt ook de verhouding tussen de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden en (bijvoorbeeld) de BW-bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst meteen duidelijk: de bekostigingsvoorwaarden zijn geen *lex specialis* ten opzichte van vergelijkbare BW-bepalingen; het BW geldt onverkort en in volle omvang. Daarnaast geldt de arbeidsovereenkomst tussen partijen, zoals die nader is ingevuld door de daarin geïncorporeerde bekostigingsvoorwaarden.⁷¹

In verband met de rechtsbescherming van de werknemers betekent het voorgaande dat werkzaamheden van de commissies van beroep niet hun grondslag vinden in de wet, maar in de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer. Dat sluit aan op de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, waarin over het algemeen wordt aangenomen dat in verband met de commissies van beroep sprake is van bindend advies.⁷²

Het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetten maakt er een ingewikkeld geheel van. Op het eerste oog lijken er echter voor de individuele werknemers weinig of geen nadelen aan vast te zitten.

Dit laatste klopt overigens niet voor de volle honderd procent. Met name één bepaling gooit roet in het eten: art. 41 lid 2 WBO bepaalt namelijk dat tijdens de behandeling van een beroep door een commissie van beroep geen verjaring loopt met betrekking tot rechtsvorderingen ter zake van besluiten die aan het oordeel van de commissie zijn onderworpen.⁷³ Inhoudelijk gezien is dit een zinnige bepaling. De werknemer is in een aantal gevallen (contractueel!) verplicht om een onvrijwillig ontslag eerst aan een commissie van beroep voor te leggen, alvorens hij zich tot de burgerlijke rechter kan wenden. In een dergelijk geval mag de werknemer niet met een inmiddels verjaarde rechtsvordering geconfronteerd worden.

Het probleem is alleen dat deze bepaling als bekostigingsvoorwaarde, die niet rechtstreeks doorwerkt in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer, zonder zin is. Het schoolbestuur kan deze bepaling niet eenzijdig 'naleven' en haar overnemen in de arbeidsovereenkomst met de werknemer is eveneens zonder zin. Art. 41 lid 2 WBO beoogt kennelijk een uitzondering te maken op art. 1639u BW; daarvoor is een 'normaal' wettelijk voorschrift vereist. Hier blijkt het bekostigingsvoorwaardenkarakter toch problemen te veroorzaken.⁷⁴

Anderzijds is het de vraag in hoeverre het schoolbestuur nu werkelijk profi-

70 Dit 'doorovereenkomen' heeft tot gevolg dat de circulaires in het bijzonder onderwijs meer status kunnen hebben dan in het openbaar onderwijs. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.2.2, i.v.m. de aan de 'overurencirculaires' ontleende ontslaggrond voor ontslag uit overuren.

71 Vgl. meer uitgebreid: hoofdstuk VII, par. 5.2.7.

72 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2.

73 Aldus ook de artt. 50 lid 2 ISOVSO, 52 lid 2 WVO, 94 lid 2 WHBO.

74 Aldus ook: Tijbosch (1990), 54. Zoontjens' opvatting dat sprake is van algemeen verbindende voorschriften die zich uitsluitend tot het schoolbestuur richten (zie par. 4.4), biedt geen op-

teert van het feit dat de rechtspositionele bepalingen bekostigingsvoorwaarden zijn. Juridisch gezien bestaat weliswaar de vrijheid om de voorwaarden al dan niet na te leven; feitelijk is het schoolbestuur aan de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden even sterk gebonden als het bevoegd gezag van een openbare school aan de rechtspositionele 'regels'. En nu de overheid het schoolbestuur verplicht om een groot deel van de bekostigingsvoorwaarden op te nemen in de rechtsrelatie met de werknemer, ontstaan er verplichtingen ten opzichte van de werknemer, die deze ook rechtstreeks kan afdwingen, desnoods via de rechter. Daarmee is het principe verlaten dat het schoolbestuur niet kan worden gedwongen de bekostigingsvoorwaarden na te leven. Als het incorporeren in de individuele arbeidsovereenkomsten vrijwillig geschiedde, dan zou dit laatste nog tot daar aan toe zijn: het schoolbestuur zou dan zelf zijn vrijheid inperken door aan derden rechtstreeks afdwingbare aanspraken te verlenen. Van een dergelijke vrijwilligheid is echter geen sprake: op straffe van verlies van de bekostiging moet het schoolbestuur zich binden aan de werknemer. Dat feit, gevoegd bij de feitelijke noodzaak om subsidie te ontvangen, betekent dat er weinig of niets meer over is van de contractsvrijheid, op het handhaven waarvan de Onderwijsraad zo sterk aandrang in verband met art. 39 lid 1 WBO.⁷⁵ Het is de overheid die door middel van de bekostigingsvoorwaarden de inhoud van de akte van benoeming bepaalt.⁷⁶

Kortom: dat de bepalingen betreffende de individuele rechtspositie van de werknemers bekostigingsvoorwaarden zijn, roept voor de werknemers misschien weinig problemen op (de verjaringsbepaling even buiten beschouwing latend), voor het schoolbestuur levert het niet de vrijheid op waar het om begonnen was.

5.3 MEDEZEGGENSCHAP

De bepalingen in verband met de medezeggenschap van werknemers in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs zijn opgenomen in de WMO. Voor de werknemers in het hoger beroepsonderwijs zijn zij opgenomen in de WHBO. Als bekostigingsvoorwaarden in de hiervoor aangegeven zin gaan deze bepalingen de werknemers niet aan. Ook hier levert dat problemen op.⁷⁷

← lossing, omdat ook dan onduidelijk is waarom de verjaringsbepaling als zodanig op de werknemer van toepassing is en art. 1639u BW opzij zet.

75 Vgl. par. 3.2.

76 De algemeen gebruikelijke slotbepaling (waarover meer in hoofdstuk VII, par. 5.2.7) zorgt voor een onmiddellijke doorwerking in de arbeidsovereenkomst.

77 Naast de hierna te behandelen problemen noem ik nog het vreemde karakter van art. 25 WMO als bekostigingsvoorwaarde. Art. 25 WMO bepaalt dat de WOR niet van toepassing is op de scholen die onder de werkingssfeer van de WMO vallen. Als aan het schoolbestuur gestelde bekostigingsvoorwaarde heeft deze bepaling geen zin; art. 25 zou een algemeen verbindend voorschrift (dat zowel schoolbestuur, werknemers als andere betrokkenen bindt!) moeten zijn om de beoogde werking te hebben. Artikel 2 WMO (dat bepaalt dat 'de bepalingen van deze wet' bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs zijn) is dus duidelijk te ruim ge-

Voorop staat uiteraard dat het schoolbestuur de medezeggenschapsbepalingen moet naleven, wederom op straffe van verlies van bekostiging. Het naleven van de verplichtingen op grond van de medezeggenschapsbepalingen gebeurt niet door de medezeggenschapsbepalingen te incorporeren in de rechtsrelatie met de individuele werknemers. Dat gebeurt feitelijk niet. De mij bekende (model)akten van benoeming verwijzen niet naar de medezeggenschapsbepalingen in WMO en WHBO. Een dergelijke verwijzing hoeft ook niet. De WMO noch de WHBO bevatten de verplichting om de medezeggenschapsbepalingen op enigerlei wijze te vertalen naar de juridische relatie met de individuele werknemers.⁷⁸ Een dergelijke vertaling zou ook zeer ongebruikelijk zijn. Medezeggenschap is niet een aangelegenheid van de individuele werknemer ten opzichte van het schoolbestuur; het is een collectieve aangelegenheid, die ook elders is geregeld buiten de individuele arbeidsovereenkomst (en ambtenaarsverhouding) om.⁷⁹

Er van uitgaande, want dat lijkt de juridische situatie op dit moment te zijn, dat de individuele rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer geen basis is voor medezeggenschap, ontstaat er een probleem, omdat de werknemers daardoor zijn aangewezen op de bereidheid van het schoolbestuur om de medezeggenschapsbepalingen na te leven en op de bereidheid van de overheid om toe te zien op naleving en om in geval van niet of onvolkomen naleving het schoolbestuur tot de orde te roepen door middel van een dreiging om subsidie in te trekken. Daarmee verkeren de werknemers in een weinig aantrekkelijke positie.⁸⁰

In de regel zullen de medezeggenschapsbepalingen uiteraard zonder problemen worden nageleefd, al was het maar omdat het op grote schaal ontduiken van de medezeggenschapsbepalingen het risico oproept dat de bekostiging wordt ingetrokken. Maar wat in geval van geschillen over details, in geval van twijfel of de bekostigingsvoorwaarden wel of niet worden nageleefd, in geval van onduidelijkheden over de uitleg van de bekostigingsvoorwaarden? Ook in die gevallen zou steeds de Minister verzocht moeten worden om na te gaan of al dan niet bekostigingsvoorwaarden worden overtreden, om vervolgens al dan niet de bekostiging in te trekken. Dat lijkt niet alleen een tijdrovende en ondankbare taak voor de Minister, het is voor werknemers een onpraktische, maar vooral ook onwenselijke gang van zaken.

Deze situatie is des te moeilijker te rechtvaardigen als bedacht wordt dat de

← formuleerd; zelfs de begripsbepalingen in art. 1 WMO zijn – art. 2 letterlijk genomen – bekostigingsvoorwaarden.

78 De WMO zwijgt op dit punt; art. 92 WHBO heeft geen betrekking op de medezeggenschap.

79 Vgl. de WOR (bijv. art. 2 lid 1) die uitgaat van het werkzaam zijn in een onderneming, onverschillig of dat is op grond van een arbeidsovereenkomst of niet.

80 Mij is geen jurisprudentie bekend waarin deze – vergaande – conclusie wordt getrokken (of wordt tegengesproken). De Toetsingscommissie WMO (vgl. art. 26 van de WMO) lijkt in haar Eindrapport eveneens de conclusie te trekken dat de werknemers zich niet rechtstreeks op de wet kunnen beroepen en zijn aangewezen op het toezicht van overheidswege. Vgl. Toetsingscommissie WMO (1987b), 43-44.

medezeggenschapsregelingen voor het onderwijs juist zijn ingevoerd met het oog op de belangen van de werknemers in het bijzonder onderwijs.⁸¹ Van de bekostigingsvoorwaarden in verband met de individuele rechtspositie van de werknemers kan, zeker in historisch perspectief, gezegd worden dat de overheid ze voor een belangrijk deel stelt in het 'algemeen belang' van het bijzonder onderwijs en het onderwijs in het algemeen. Afdwingbaarheid door de werknemers is in zoverre geen absoluut vereiste.⁸² Niettemin brengt de plicht om deze bekostigingsvoorwaarden over te nemen in de arbeidsovereenkomst de rechtstreekse gebondenheid van het schoolbestuur ten opzichte van de werknemer aan de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden met zich mee. De medezeggenschapsbepalingen daarentegen zijn juist ingevoerd in het besef dat de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs achter liep bij die van de werknemers elders in de private sector op basis van WOR. En juist deze bepalingen zouden als gevolg van hun bekostigingsvoorwaardenkarakter niet rechtstreeks afdwingbaar zijn. Als die rechtstreekse gebondenheid in verband met de bekostigingsvoorwaarden inzake de individuele rechtspositie geen bezwaar is, met name gezien vanuit het oogpunt van de vrijheid van onderwijs, dan mag er mijns inziens van uitgegaan worden dat dat ook met betrekking tot de medezeggenschapsbepalingen geen bezwaar is. Het bekostigingsvoorwaardenkarakter heeft hier dus moeilijk te rechtvaardigen consequenties.

Om aan deze ongewenste consequenties te ontkomen zou eventueel kunnen worden aangenomen dat er een overeenkomst betreffende de medezeggenschap bestaat met de medezeggenschapsraad (MR). Schoolbestuur en MR komen herhaaldelijk met elkaar in contact. Uit die contacten zou een zekere wilsovereenstemming met betrekking tot medezeggenschapsrechten en -plichten afgeleid kunnen worden. De 'medezeggenschapsovereenkomst' zou vervolgens de basis kunnen zijn voor een (nakomings)actie uit wanprestatie voor de burgerlijke rechter. Een probleem is dat dergelijke overeenkomsten niet uitdrukkelijk gesloten worden. Het zou dus moeten gaan om een stilzwijgend gesloten overeenkomst, van een niet duidelijk bepaalde inhoud. Daarnaast is de vraag of een dergelijke overeenkomst, stel dat zij zou bestaan, ook de rechten en plichten van individuele werknemers, van leidingenraden en gemeenschappelijke medezeggenschapsraden kan omvatten. Of moeten zij allen geacht worden de MR tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst gemachtigd te hebben? Een wellicht nog groter probleem is dat de juridische status van de MR geheel onduidelijk is. De raad is geen orgaan van de vereniging of stichting. Hij heeft ook geen eigen rechtspersoonlijkheid. Het is dus zeer de vraag of de MR als zodanig wel in

81 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.

82 Vgl. par. 4.2. Vgl. ook de positie van de niet-georganiseerde in het kader van de cao: hij profiteert, maar is geen gerechtigde. Aldus bijv. HR 7-6-1957, NJ 1957, 527.

staat is om overeenkomsten te sluiten.⁸³

Een tweede mogelijkheid om toch de naleving van de medezeggenschapsbepalingen af te dwingen lijkt een beroep op de burgerlijke rechter op grond van de stelling dat het schoolbestuur door de bekostigingsvoorwaarden in de WMO of de WHBO niet na te leven een onrechtmatige daad pleegt ten opzichte van MR en/of werknemers.⁸⁴

Op het eerste oog lijkt een dergelijk beroep op de burgerlijke rechter weinig kans van slagen te hebben, omdat op zijn minst de vraag rijst of het schenden van bekostigingsvoorwaarden wel onrechtmatig is ten opzichte van de werknemer(s). Er is veel te zeggen voor de stelling dat de onrechtmatigheid niet gelegen kan zijn in schending van bekostigingsvoorwaarden alléén, omdat dat uitsluitend verplichtingen zijn ten opzichte van de overheid. Met andere woorden: het handelen in strijd met bekostigingsvoorwaarden lijkt om die reden geen handelen te zijn in strijd met een wettelijk voorschrift, noch een handelen in strijd met een subjectief recht van de werknemer.⁸⁵ De vordering lijkt in eerste instantie alleen kans van slagen te hebben als er buiten het schenden van de bekostigingsvoorwaarden om sprake zou zijn van onrechtmatig handelen ten opzichte van de werknemer, bijvoorbeeld in geval van strafbare discriminatie.⁸⁶

Bij nader inzien meen ik dat een vordering uit onrechtmatige daad niet kansloos behoeft te worden geacht, namelijk op grond van de stelling dat een schoolbestuur dat bekostiging ontvangt en vervolgens de bekostigingsvoorwaarden niet naleeft handelt in strijd met de in de verhouding tot de MR en de werknemers betamende zorgvuldigheid. Het schoolbestuur dat bekostiging accepteert wekt het vertrouwen dat het de WMO zal naleven. In het algemeen zal het schenden van vertrouwen – in de privaatrechtelijke sfeer – niet steeds en ten opzichte van iedereen onzorgvuldig zijn.⁸⁷ De betrokkenen zullen in een bepaalde relatie tot elkaar moeten staan, in het kader waarvan het niet toegestaan moet worden geacht dat gewekt vertrouwen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, wordt beschaamd. Dat geldt – vanaf een bepaald moment

83 In hoofdstuk X, par. 3.1 komt de status van de MR nader aan de orde. Vgl. daarnaast de par. 3.3.1 en 3.3.3.

84 Ik beperk mij tot deze twee, wanprestatie en onrechtmatige daad. Andere oplossingen zoals de bekostigingsvoorwaarde als schenkingsvoorwaarde (vgl. Van Haersolte (1961), 13, 23) en de bekostigingsvoorwaarde als derdenbeding (de overheid die het schoolbestuur een plicht oplegt en de bedoeling heeft een zelfstandig recht voor de werknemers in het leven te roepen) zijn wel interessant, maar toch ook te zeer exotisch om er langer bij stil te staan. Eventueel zou nog via het rechtspersonenrecht een oplossing gezocht kunnen worden in het geval het schoolbestuur het medezeggenschapsreglement niet naleeft. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.3.1.

85 Door aan te nemen dat sprake is van het schoolbestuur verbindende wettelijke voorschriften (vgl. Zoontjens' opvatting) wordt het probleem niet verholpen.

86 Vgl. bijv. art. 429quater WvSr, in geval het niet-naleven van de WMO (art. 4 lid 11 bijv.) zou betekenen dat onderscheid zou worden gemaakt naar ras.

87 Vgl. over de rol van het vertrouwensbeginsel in het kader van het privaatrecht(elijke ontslagrecht): hoofdstuk IX, par. 2.5.

– in de precontractuele verhouding.⁸⁸ Dat geldt mijns inziens ook in het kader van de verhouding tussen schoolbestuur en MR. Zij mag dan wel niet contractueel van aard zijn, maar zij vertoont daar sterke overeenkomsten mee: de relatie komt niet toevallig tot stand, zij strekt zich over langere duur uit en de beide betrokkenen dienen op zijn minst tot op grote hoogte dezelfde (waaronder elkaars) belangen in het oog te houden.

Tegen deze achtergrond meen ik dat het schoolbestuur zich ook ten opzichte van de MR en de individuele werknemers gebonden moet achten om de medezeggenschapsbepalingen na te leven, op straffe van het terechte verwijt onzorgvuldig te handelen als dat niet gebeurt.⁸⁹

Overigens: het mag dan (niet on-)mogelijk lijken voor MR en werknemers om langs deze weg zelf de nakoming van de medezeggenschapsbepalingen af te dwingen, het is een verre van ideale oplossing. De werknemers die onder de werkingssfeer van de WOR vallen verkeren, gezien de mogelijkheden die art. 36 WOR biedt, in een duidelijk betere positie. Zij kunnen rechtstreeks aan de wet een aanspraak op medezeggenschap ontleen en deze ook – zo nodig – voor de rechter afdwingen.

Tot zover de problemen in de verhouding van het schoolbestuur ten opzichte van de werknemers. Een ander probleem als gevolg van het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de medezeggenschapsbepalingen houdt verband met de positie van de in de artt. 9 WMO en 64 WHBO bedoelde geschillencommissies, voorzover die werkzaam zijn in het bijzonder onderwijs. Zij vervullen een functie die tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met die van de Kantonrechter en de Ondernemingskamer in de WOR.⁹⁰ Uitspraken die de geschillencommissies doen, zijn bindend voor schoolbestuur en MR, dat wordt althans bepaald in de WMO en de WHBO.⁹¹ De bepalingen inzake de geschillencommissies in de WMO en de WHBO dragen echter het karakter van bekostigingsvoorwaarden. Als zodanig kunnen de bekostigingsvoorwaarden moeilijk gezien worden als voldoende wettelijke basis voor de werkzaamheden van de geschillencommissies.⁹² Een uitdrukkelijke contractuele basis is

88 Vgl. over de precontractuele verhouding: Hartkamp (1989), par. 156 e.v. Is de overeenkomst eenmaal gesloten, dan is de verwachting dat gepresteerd zal worden een verplichting tot prestatie geworden. Juist ook dan zullen de betrokkenen mede elkaars belangen in het oog moeten houden.

89 De gebondenheid, ook ten opzicht van de werknemers langs de weg van art 6:162 NBW, bestaat alleen indien en zo lang het schoolbestuur bekostiging ontvangt. Alleen in dat geval kan gezegd worden dat het bedoelde vertrouwen wordt gewekt. Het blijft het schoolbestuur echter geheel vrijstaan om afstand te doen van zijn recht op subsidie. In dat geval mag het zich ten opzichte van de overheid ongebonden achten aan de inhoud van de WMO, maar tevens is dan niet meer sprake van een situatie waarin ten opzichte van de werknemers het vertrouwen wordt gewekt dat de WMO zal worden nageleefd.

90 Artt. 9 en 10 WMO, 64 en 65 WHBO. Vgl. over de geschillencommissies: hoofdstuk XI, par. 2.

91 Artt. 10 WMO, 65 WHBO.

92 I.v.m. de commissies van beroep in ontslagzaken doet zich een vergelijkbaar probleem voor: ook in dat verband is uitsluitend sprake van bekostigingsvoorwaarden, maar daar biedt de individuele arbeidsovereenkomst een uitweg.

er in verband met de geschillencommissies niet; dat bleek hiervoor. De gebondenheid van de MR aan uitspraken van een geschillencommissie kan dan hoogstens nog gebaseerd worden op een stilzwijgende overeenkomst of eenzijdige bereidverklaring zich te onderwerpen aan de uitspraak, bijvoorbeeld af te leiden uit het feit dat het schoolbestuur gebruik maakt van de mogelijkheid om verweer te voeren. Dat is een redelijk vergezochte 'oplossing'. Wie daar niet voor voelt, lijkt echter de conclusie te moeten trekken dat, ondanks de artt. 10 WMO en 65 WHBO, de MR niet gebonden is aan uitspraken van een geschillencommissie en – doorredenerend – het schoolbestuur evenmin, althans niet ten opzichte van de MR.⁹³

Al met al levert het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de medezeggenschapsregelingen voor het bijzonder onderwijs toch wel erg veel vragen en problemen op. En ook hier geldt mijns inziens dat de vragen en problemen des te zwaarder wegen als bedacht wordt dat feitelijk gezien ook de bekostigingsvoorwaarden in verband met de medezeggenschap in de relatie tussen overheid en schoolbestuur een verplichtend karakter hebben als waren zij 'normale' wettelijke bepalingen.

5.4 COLLECTIEF OVERLEG

De onderwijswetgeving, meer in het bijzonder titel IV RPBO, bevat een speciale regeling voor het collectief overleg inzake het openbaar onderwijs. Deze regeling is ook voor het bijzonder onderwijs van belang, omdat de resultaten van het overleg in het bijzonder onderwijs hun gelding hebben; dat bleek in het vorige hoofdstuk.⁹⁴

De regeling betreft in de eerste plaats het overleg tussen de Minister en de centrales in de Bijzondere Commissie (hoofdstuk IV-A RPBO). Hoofdstuk IV-B RPBO bevat een regeling voor het georganiseerd overleg van de Minister met de organisaties van gemeente- en instellingsbesturen. Hoofdstuk IV-C RPBO tenslotte bevat bepalingen betreffende het georganiseerd overleg op instellingsniveau, tussen bevoegd gezag en ambtenarencentrales. Deze regeling is uitsluitend op de hbo-instellingen van toepassing.⁹⁵

De bepalingen betreffende het collectief overleg zijn in verband met het rechtskarakter van de onderwijswetgeving zeer interessant. Dat is ten dele het geval, omdat het bekostigingsvoorwaardenkarakter als zodanig vragen oproept of zelfs problemen veroorzaakt (ik kom daar op terug aan het slot van deze paragraaf). De bepalingen zijn echter met name interessant vanwege een probleem dat als het ware één stadium eerder opdoemt: het is volslagen onduidelijk of sprake is van 'normale' algemeen verbindende voorschriften, die

93 Zoontjens' opvatting leidt m.i. tot hetzelfde resultaat. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.2.

94 Vgl. par. 5.2.

95 De Regeling MBO 1990-1991 (die in hoofdstuk VII aan de orde zal komen) laat ik i.v.m. haar tijdelijke karakter buiten beschouwing.

geacht mogen worden rechtstreeks van invloed te zijn op de rechtsrelatie tussen overheid c.q. schoolbestuur en werknemer(sorganisaties), dan wel van bekostigingsvoorwaarden in de hiervoor aangegeven zin van het woord, die zich uitsluitend richten tot de bekostigde schoolbesturen.

De onduidelijkheid blijkt al meteen bij lezing van het RPBO. De titels I, II en III zijn voorzien van bovenschriften die het karakter van de erin opgenomen bepalingen duidelijk aangeven: titel I bevat zowel regels voor het openbaar onderwijs als bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs, titel II bevat de 'overige' regels, titel III de 'overige' bekostigingsvoorwaarden. Titel IV draagt echter als bovenschrift: 'Georganiseerd overleg' en laat aldus het karakter van de bepalingen in het midden.

Denkbaar is de redenering dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter als geheel genomen uitzonderlijk is, zodat de bepalingen in de onderwijswetgeving geacht worden 'normale' algemeen verbindende voorschriften te zijn, tenzij de wetgever duidelijk anders aangeeft. Uitgaande van deze redenering moet de conclusie zijn dat de bepalingen in titel IV RPBO algemeen verbindende voorschriften zijn. De Nota van Toelichting op hoofdstuk IV-C bevat echter een verwijzing naar het karakter van de bepalingen als bekostigingsvoorwaarden. Nadat is vooropgesteld dat de direct betrokkenen de regeling in het RPBO door eigen afspraken kunnen aanvullen, vervolgt de toelichting:

'De in het besluit neergelegde minimumregeling is echter bekostigingsvoorwaarde in die zin dat de nadere afspraken tussen de overlegpartners niet strijdig mogen zijn met de minimumvoorwaarden zoals die in deze regeling zijn neergelegd.'⁹⁶

Per se doorslaggevend is die passage niet, daarvoor geschiedt de verwijzing naar het bekostigingsvoorwaardenkarakter te terloops, maar zij vormt een aanwijzing dat volgens de 'besluitgever' geen sprake is van algemeen verbindende voorschriften, die rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemers(organisaties).⁹⁷ Nu is niet ondenkbaar dat inderdaad de bedoeling is geweest om de bepalingen inzake het georganiseerd overleg bekostigingsvoorwaarden te laten zijn, maar als dat de bedoeling was, waarom is dat dan niet uitdrukkelijk aangegeven, bijvoorbeeld in het bovenschrift boven titel IV?

De onduidelijkheid in het RPBO zou aanleiding kunnen zijn om de formeel-wettelijke grondslag(en) van het rechtspositiebesluit te raadplegen, dit op grond van de redenering dat een uitvoeringsvoorschrift dat (mede) het bijzonder onderwijs betreft en dat (mede) berust op een bekostigingsvoorwaarde in een van de formele onderwijswetten, voor het bijzonder onderwijs niet anders kan zijn dan een bekostigingsvoorwaarde. Zou de formeel-wettelijke ba-

96 De NvT is opgenomen achter het Besluit van 16-10-1987, S. 480.

97 In elk geval niet voor het bijzonder onderwijs. De aangehaalde passage maakt geen onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs; het zal echter niet de bedoeling zijn dat daaruit wordt geconcludeerd dat de regeling ook voor het openbaar onderwijs bekostigingsvoorwaarde is.

sis daarentegen een 'normaal' algemeen verbindend voorschrift zijn, dan zou ook titel IV-C RPBO algemeen verbindende voorschriften bevatten.

Spijtig genoeg vergroot deze redenering alleen nog maar de onduidelijkheid. Alle onderwijswetten bevatten wel de bepaling dat 'over aangelegenheden van algemeen belang betreffende de rechtstoestand van het personeel (...) volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels overleg (wordt) gevoerd met de daarvoor in aanmerking komende personeelsorganisaties en, indien en voorzover zij daarbij belang hebben, organisaties van gemeente- en schoolbesturen. Dat gebeurt in de artt. 43 WBO, 52 ISOVSO, 40 WVO en 56 lid 1 WHBO. Art. 56 lid 2 WHBO voegt daaraan toe dat 'over aangelegenheden van algemeen belang voor de bijzondere rechtstoestand van het personeel van de instelling (...) door of namens het bevoegd gezag volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels overleg (wordt) gevoerd met de daarvoor in aanmerking komende personeelsorganisaties'.

De bepalingen in de WBO en de ISOVSO zijn opgenomen in titels die als bovenschrift dragen: 'Overige bepalingen met betrekking tot het uit de openbare kassen bekostigd onderwijs'. Omdat eerder in de beide wetten wel uitdrukkelijk wordt aangegeven dat sprake is van bekostigingsvoorwaarden, wordt op zijn minst de suggestie gewekt dat dat hier niet het geval is. Dat zou betekenen dat de artt. 43 WBO en 52 ISOVSO en – dus ook – de bepalingen in titel IV RPBO voor zover van toepassing op het basis- en het speciaal onderwijs 'normale' algemeen verbindende voorschriften zijn. De artt. 40 WVO en 56 WHBO zijn daarentegen bekostigingsvoorwaarden.⁹⁸ Kennelijk is dus ook titel IV-C, voor zover van toepassing op het voortgezet en het hoger beroeps-onderwijs, bekostigingsvoorwaarde. Het kost weinig moeite om te concluderen dat de wetgever dat niet bedoeld zal hebben. Wat wel de bedoeling is, wordt echter evenmin duidelijk. Kortom: het RPBO noch de onderwijswetten bieden doorslaggevende aanknopingspunten bij het vaststellen van het juridische karakter van titel IV RPBO.

Stel het zijn bekostigingsvoorwaarden (de beschikbare informatie wijst wellicht nog het meest in die richting), past dat dan bij de inhoud van de regeling van het georganiseerd overleg?

Voor wat betreft hoofdstuk IV-A RPBO is dat allerm minst het geval. Het lijkt althans weinig zin te hebben om een regeling die betrekking heeft op het overleg tussen Minister en centrales te gieten in de vorm van aan de schoolbesturen te stellen subsidievoorwaarden.⁹⁹ De regeling in hoofdstuk IV-B RPBO betreft wel – mede – de schoolbesturen, althans hun organisaties. De regeling legt echter op geen enkele wijze verplichtingen op; zij schept uitsluitend de mogelijkheid om overleg te voeren. Een beperking van de vrijheid van de schoolbesturen levert de regeling niet op. Een reden om er bekostigingsvoorwaarden in te zien, is er allerm minst.

⁹⁸ Art. 6 WVO, art. 7 WHBO.

⁹⁹ Evenmin heeft het zin om er uitsluitend tot het schoolbestuur gerichte algemeen verbindende voorschriften in te zien (vgl. Zoontjens' opvatting).

De regeling betreffende het georganiseerd overleg op instellingsniveau in het beroepsonderwijs legt wel verplichtingen op aan het individuele schoolbestuur. Het dient alvorens het bepaalde besluiten neemt overleg te voeren met de centrales van overheids- en onderwijspersoneel en in het kader van dat overleg te streven naar overeenstemming. Een beperking van de vrijheid van onderwijs zou daarvan het gevolg kunnen zijn.¹⁰⁰ Gezien de aard van de regeling lijkt hier het bekostigingsvoorwaardenkarakter wèl op zijn plaats; het laat het schoolbestuur (in theorie, verder niet uiteraard) de vrijheid om af te zien van het voeren van overleg, zij het op straffe van verlies van de bekostiging. Dit zou kunnen leiden tot de conclusie dat in ieder geval hoofdstuk IV-C RPBO als bekostigingsvoorwaarde moet worden gezien.

Zonder problemen is die conclusie niet, want – op een vergelijkbare wijze als in verband met de commissie van beroep en de geschillencommissie – rijst vervolgens de vraag waarop dan wel de werkzaamheid van de in art. IV-C6 RPBO bedoelde geschillencommissie berust. Deze commissie beslecht tussen schoolbestuur en centrales gerezen conflicten en doet in dat kader bindende uitspraken; dat bepaalt althans art. IV-C8 RPBO. Ook voor deze geschillencommissie geldt echter dat een bekostigingsvoorwaarde niet als een voldoende (wettelijke) basis voor de werkzaamheid van de commissie en de gebondenheid van de betrokkenen aan de beslissing kan worden gezien.¹⁰¹ Problemen rijzen ook al in een eerder stadium, als een schoolbestuur namelijk zou weigeren om de bekostigingsvoorwaarden na te leven. In dat geval blijkt het bekostigingsvoorwaardenkarakter bezwaren op te leveren voor de centrales die het schoolbestuur aan het bepaalde in hoofdstuk IV-C RPBO zouden willen houden.¹⁰²

De conclusie is dan ook dat het rechtskarakter van de bepalingen betreffende het collectief overleg met de nodige vragen en problemen is omgeven, zonder dat daar, met name in de relatie tussen overheid en schoolbestuur, iets positiefs tegenover staat.

6 Conclusies

6.1 EEN MINDER POSITIEF OORDEEL

In par. 4.1 heb ik kort aangegeven welke rechtsgevolgen het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving heeft voor overheid, schoolbesturen en werknemer. In par. 4.2 heb ik vervolgens aangegeven om welke motieven de constructie van de bekostigingsvoorwaarde in het leven is geroepen. Tegen de achtergrond van die motieven kon in eerste instantie van een zinnige juridische constructie worden

¹⁰⁰ Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.3, par. 7.4.2.

¹⁰¹ Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.6.

¹⁰² Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.1.

gesproken. In dat verband bleek niet van belang te zijn of de bekostigingsvoorwaarden worden op gevat als beschikkingsvoorwaarden (par. 4.3) dan wel als tot het schoolbestuur gerichte (algemeen) verbindende voorschriften (par. 4.4).

Na hetgeen in de vorige paragraaf over de consequenties van het bekostigingsvoorwaardenkarakter werd gezegd, moet het oordeel duidelijk minder positief zijn. In de verhouding tussen schoolbestuur en overheid hebben de bekostigingsvoorwaarden in de praktijk niet de werking die zij volgens de theorie zouden kunnen en moeten hebben. De gebondenheid die de bekostigingsvoorwaarden tot stand brengen, verschilt in de praktijk niet van de gebondenheid die 'normale' wettelijke bepalingen zouden hebben, waarvan de nakoming desnoods door bestuursdwang kan worden afgedwongen. Debet daaraan is de feitelijke noodzaak om overheidssubsidie te (blijven) ontvangen. Het maakt in dat verband niet uit of de bekostigingsvoorwaarden als beschikkingsvoorwaarden dan wel als tot het schoolbestuur gerichte (algemeen) verbindende voorschriften worden gezien.

Tegenover dit gebrek aan voordelen bezien vanuit de positie van het schoolbestuur staan verschillende nadelen voor de werknemer. Zij worden met name veroorzaakt door de omstandigheid dat de bekostigingsvoorwaarden niet rechtstreeks doorwerken in de rechtsrelatie tussen het schoolbestuur en de werknemer. Meer indirect biedt de onmisbaarheid van de subsidie uiteraard een zekere garantie dat het schoolbestuur de bekostigingsvoorwaarden naleeft. Een mogelijkheid om zelf, rechtstreeks de nakoming van de rechtspositionele bepalingen af te dwingen ontbreekt echter, met name in verband met de wettelijke regeling die uitdrukkelijk in het belang van de werknemers is ingevoerd: de WMO. Ook in dit verband is niet relevant hoe de bekostigingsvoorwaarden precies worden gekwalificeerd.

6.2 DE CONCLUSIES

Deze constatering leiden op zijn minst tot één duidelijke conclusie: er is iets mis met de onderwijswetgeving, want het is niet goed als een grote hoeveelheid wetgeving op een belangrijk terrein als het onderwijs zo veel vragen en problemen, onduidelijkheden en tegenstrijdigheden oproept. Het lijkt daarom dringend gewenst dat de (Grond)wetgever zich opnieuw bezint op het karakter van de onderwijswetgeving voor het bijzonder onderwijs.

Mijn voorkeur zou hebben de beslissing om de bekostigingsvoorwaarden in 'normale' algemeen verbindende voorschriften om te zetten, die rechtstreeks de onderlinge verhoudingen tussen schoolbesturen, werknemers, MR's en werknemersorganisaties beïnvloeden. In hoofdstuk XII kom ik op deze kwestie terug.

In de tussentijd blijven de onderwijswetten bekostigingsvoorwaarden bevatten en zal aan dat feit een redelijke zin moeten worden gegeven.

De wellicht simpelste oplossing voor alle problemen is er van uit te gaan dat

de bekostigingsvoorwaarden 'normale' algemeen verbindende voorschriften zijn. Deze 'oplossing' gaat mijns inziens te ver. Het geheel mag dan niet erg helder en doordacht zijn uitgewerkt, de bedoeling van de (Grond)wetgever is duidelijk: de bekostigingsvoorwaarden zijn géén algemeen verbindende voorschriften, die rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

De andere 'zwart-wit'-oplossing is er zonder meer van uit te gaan dat alle bekostigingsvoorwaarden zonder meer de hiervoor geschetste rechtsgevolgen teweeg brengen.¹⁰³ De consequenties van een dergelijke opvatting voor werknemers zouden in de opvatting genegeerd moeten worden, omdat zij de onaangename maar ook onvermijdelijke bijverschijnselen zijn van wat de (Grond)wetgever op grond van de vrijheid van onderwijs noodzakelijk heeft geacht. Ook deze oplossing acht ik niet aanvaardbaar.¹⁰⁴

Ik zal er daarom van uit gaan dat een bekostigingsvoorwaarde in elk geval dan geacht moet worden een algemeen verbindend voorschrift te zijn, dat rechtstreeks de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer beïnvloedt, als het bekostigingsvoorwaardenkarakter bezwaren oproept voor schoolbestuur, werknemer of beiden, terwijl de vrijheid van onderwijs niet in het geding is. Om die reden zal ik bijvoorbeeld aannemen dat de verjaringsbepalingen, ondanks hun plaats in de onderwijswetten, rechtstreeks op schoolbestuur en werknemer van toepassing zijn. Ook van de bepalingen betreffende het georganiseerd overleg in titel IV RPBO, in elk geval voor zover het betreft de hoofdstukken IV-A en IV-B, zal ik aannemen dat sprake is van algemeen verbindende voorschriften, die de rechtsverhouding tussen (i.c.) overheid en werknemersorganisaties dan wel (organisaties van) schoolbesturen bepalen. Hetzelfde geldt voor art. 25 WMO. Voor het overige zal ik in beginsel uitgaan van de opvatting dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter betekent dat de desbetreffende bepalingen niet doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer, met alle consequenties van dien. Waar dat relevant is, zal ik echter tevens het alternatief – rechtstreeks doorwerkende wettelijke voorschriften – in het onderzoek betrekken en het op zijn voors en tegens onderzoeken.

Tenslotte kom ik nog even terug op de relatie tussen schoolbestuur en overheid, speciaal waar het betreft de relatie tussen de bekostigingsvoorwaarden en de vrijheid van onderwijs. De bekostigingsvoorwaarden kunnen de vrijheid van onderwijs beperken, eventueel zelfs verder dan de Grondwet strikt genomen toestaat. Art. 23 lid 5 Gw schrijft weliswaar voor dat bij het stellen van deugdelijkheidseisen/bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van richting in acht moet worden genomen.¹⁰⁵ Er lijkt op het eerste oog geen bezwaar tegen te

103 Een 'tertium', naast beschikkingsvoorwaarde of algemeen verbindend voorschrift, dat 'als bij toverslag' alle tegenstellingen zou overbruggen en problemen zou doen verdwijnen, bestaat m.i. niet. Vgl. ook: Beurskens (1988), 379-380.

104 Anders: Tijbosch (1990), 54 r.k. en m.k., 56 r.k.

105 Vgl. hoofdstuk III, par. 4.4.3.

bestaan dat het schoolbestuur in ruil voor de bekostiging beperkingen van de vrijheid van richting accepteert. Maar, vrijwilligheid is dan wel een absoluut vereiste. Hiervoor bleek dat die vrijwilligheid feitelijk gezien niet aanwezig is. Dat moet betekenen dat de bekostigingsvoorwaarden waar het gaat om de beperking van de vrijheid van onderwijs geen andere positie innemen dan 'normale' wettelijk voorschriften, die het schoolbestuur onafhankelijk van zijn wil worden opgelegd: zij dienen de vrijheid van richting zonder meer te respecteren.

Hoofdstuk VII – Het collectief overleg

1 Inleiding

Dit hoofdstuk is gewijd aan het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

Het collectief overleg betreft in de eerste plaats de vaststelling en wijziging van de arbeidsvoorwaarden.¹ 'Arbeidsvoorwaarden' moet hierbij in ruime zin worden opgevat. Ik doel niet alleen op de financiële arbeidsvoorwaarden, maar op het totale samenstel van bepalingen dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer bepaalt.² Een ander deel van het collectief overleg heeft betrekking op concrete besluiten, die als zodanig veelal geen betrekking hebben op de rechtspositie van de werknemers, maar die daarvoor in de regel wel ingrijpende gevolgen hebben. Ik denk aan besluiten tot fusie en reorganisatie.

De nadruk zal hierna liggen op het collectief overleg betreffende de arbeidsvoorwaarden. Het collectief overleg dat betrekking heeft op arbeidsorganisatorische kwesties zoals fusies en reorganisaties zal meer zijdelings aan de orde komen. In dat verband zal ik met name aandacht besteden aan de taakafbakening tussen werknemersorganisaties en medezeggenschapsorganen.

Doelstelling in dit hoofdstuk is in de eerste plaats een beschrijving te geven van de juridische aspecten van het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Die beschrijving wordt gecompileerd door het feit dat de materie sterk in beweging is. In het hoger beroeps-onderwijs zijn vrij recent ingrijpende wijzigingen aangebracht in het stelsel van collectief overleg. Datzelfde is, zeer recent, gebeurd in het middelbaar

1 Hierna zal ik uitsluitend spreken van 'vaststellen'; 'wijzigen' is daar mede onder begrepen. Twee andere terminologische opmerkingen vooraf: (1) waar hierna van 'werknemersorganisaties' sprake is, worden daaronder de vakbonden verstaan, maar ook de centrales van vakbonden; (2) onder 'overleg' wordt hierna zowel verstaan het overleg dat de overheid voert met werknemersorganisaties, waarbij over het algemeen wel onderhandeld wordt, maar waarbij het bereiken van overeenstemming geen vereiste is voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, als het overleg zoals dat in de private sector wordt gevoerd, waarbij het bereiken van overeenstemming vereist is. Vgl. over het 'overleg' met de medezeggenschapsraad: nt 69.

2 Vgl. ook hoofdstuk I, par. 4.3.

beroepsonderwijs.³ Elders in het voortgezet onderwijs en in het speciaal en basisonderwijs is vrij zeker dat het huidige stelsel ingrijpend gewijzigd zal worden, maar is nog onduidelijk hoe dat zal gebeuren.⁴ Ik zal mij daarom beperken tot een beschrijving van het collectief overleg zoals dat op dit moment plaats vindt in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs en van het nieuw ingevoerde stelsel in het beroepsonderwijs. Dat zal gebeuren in de par. 5 en 6. Daaraan voorafgaand zal ik in par. 3 een globale schets geven van het overlegstelsel als geheel en in par. 4 beschrijven welke principes aan het overlegstelsel ten grondslag liggen.

Een tweede doelstelling in dit hoofdstuk is om aandacht te besteden aan een aantal meer principiële kwesties in verband met het collectief overleg. Een voor de hand liggende ingang daarbij is het onderwijsgrondrecht. Minder gebruikelijk, maar zeker zo zinvol is een benadering vanuit het perspectief van het recht op collectief overleg. De principiële invalshoek komt met name in de par. 4 en 7 aan de orde.

Alvorens de aandacht toe te spitsen op het bijzonder onderwijs zal ik eerst in par. 2, bij wege van referentiekader, het collectief overleg bij de overheid en in de private sector kort behandelen. Ik zal mij daarbij beperken tot die aspecten die van speciaal belang zijn met het oog op de beschrijving en evaluatie van het collectief overleg inzake het bijzonder onderwijs.

2 Collectief overleg in de publieke en de private sector

2.1 COLLECTIEF OVERLEG IN DE PUBLIEKE SECTOR

2.1.1 *Eenzijdigheid als uitgangspunt*

Het systeem voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden bij de overheid is – in juridisch opzicht – vrij eenvoudig van opzet. In zijn essentie komt het er op neer dat (1) de arbeidsvoorwaarden van de ambtenaar eenzijdig door de overheid worden vastgesteld, nadat (2) daarover overleg is gevoerd met organisaties van ambtenaren.⁵ De eenzijdige vaststelling geschiedt in de vorm van (formele) wetten en daarop gebaseerde lagere regelingen en concrete besluiten. De vaststelling van de arbeidsvoorwaarden beïnvloedt de positie van alle amb-

3 Vgl. TK 1987-1988, 20646, nr 1 e.v. en de Wet van 23-5-1990, S. 1990, 266. De rechtspositionele gevolgen zijn voorlopig (dat wil zeggen: in afwachting van de wijziging van het RPBO) geregeld in de (Ministeriële) Regeling m.b.o. 1990-1991 van 16-6-1990 (WJZ 90055868/3474) (hierna: RMBO).

4 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5.4, par. 2.8.4, i.v.m. de nota 'De school op weg naar 2000'. Op korte termijn zal een minder ingrijpende wijziging worden doorgevoerd in de vorm van het zgn. formatiebudgetsysteem (FBS). Het FBS zal hierna buiten beschouwing blijven, bij gebreke aan concrete wettelijke bepalingen. Een groot deel van de opmerkingen die in par. 6 en par. 7 over het IGO gemaakt worden, zal ook relevant zijn voor eventuele nieuwe overlegvormen i.v.m. (c.q. na) de invoering van het FBS. Vgl. i.v.m. het FBS nader: TK 1988-1989, 21140, nr 1 e.v.

5 De arbeidscontractanten blijven hierna buiten beschouwing.

tenaren, ook degenen die niet zijn aangesloten bij een van de organisaties waarmee de overheid overleg voert. De individuele ambtenaar kan zich op geen enkele wijze onttrekken aan de gevolgen van de eenzijdige vaststelling (tenzij door de dienst te verlaten).

Het arbeidsvoorwaardenoverleg binnen de overheid is een onderwerp dat sedert jaren sterk in de belangstelling staat. Gebleken is dat achter de vrij simpele juridische façade tal van problemen schuil gaan. De voorgenomen herziening van het huidige stelsel is dan ook een buitengewoon ingewikkelde aangelegenheid gebleken.⁶

De problemen zijn het gevolg van de – volgens sommigen – typische positie van de ambtenaar als werknemer in dienst van de overheid. De ambtenaar zou als zodanig een aparte status (dienen te) hebben, samenhangend met het feit dat althans een deel van de ambtenaren min of meer rechtstreeks bij de uitoefening van het overheidsgezag en bij de behartiging van het algemeen belang is betrokken. In verband daarmee wordt ook gewezen op de dubbele taak van de overheid, als hoedster van het algemeen belang én werkgever en, meer specifiek, op de ministeriële verantwoordelijkheid en op het budgetrecht van het parlement en de andere vertegenwoordigende organen. Een en ander zou de eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden (en in samenhang daarmee: het eenzijdige, publiekrechtelijke karakter van de aanstelling) principiële onmisbaar maken.⁷

De geldigheid van deze argumenten wordt steeds meer betwist. In de juridische literatuur wordt zelfs vrij algemeen de conclusie getrokken dat geen van de hiervoor genoemde argumenten per se noodzaakt tot het instandhouden van het huidige 'eenzijdige' stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden.⁸ Daar tegenover wordt gewezen op bepalingen in internationale verdragen, waarin aan de ambtenaren(organisaties) een recht op collectief overleg wordt toegekend dat verder gaat dan de huidige ARAR-regeling.⁹

2.1.2 De rol van het overleg

Die ARAR-regeling komt in het kort op het volgende neer: Art. 125 lid 1 sub k Aw bepaalt dat de overheid overleg voert 'met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheidspersoneel (...) over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren'. In art. 105 ARAR wordt daaraan toegevoegd 'met inbegrip van de algemene regels volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd'. In de praktijk komen alle (voorgenomen) besluiten die betrekking hebben op het overheidspersoneel of die daarvoor consequenties hebben in het georganiseerd overleg aan de orde, zowel regelingen van arbeidsvoorwaarden als meer incidentele besluiten.

6 Vgl. Niessen (1982), 155 e.v.; Rood (1989), 17 e.v., 58 e.v.

7 Vgl. De Jong (1982), 50 e.v.; Niessen (1982), 131 e.v.; Ahlers (1982); Rood (1989), 20 e.v.

8 Vgl. De Jong, Niessen, Ahlers en Rood zoals aangehaald in de vorige noot.

9 Met name: art. 6 leden 1-3 ESH; IAO-conventie nr 151. Vgl. par. 7.2.

Aan de kant van de ambtenaren nemen aan het overleg deel de vier ambtenarencentrales: het Algemeen Comité van Overheidspersoneel (ACOP), de Christelijke Centrale van Overheids- en Onderwijspersoneel (CCOOP), het Ambtenarencentrum (AC) en de Centrale van Middelbare en Hogere Functionarissen bij Overheid en Onderwijs (CMHF).¹⁰ Het recht op deelname aan het overleg berust op de wet; art. 105 lid 2 ARAR bepaalt wie tot het overleg worden toegelaten.¹¹

Het overleg dient tijdig gevoerd te worden, eerlijk en open te zijn en naar zijn duur recht te doen aan de complexiteit van het onderwerp; de uitkomst dient (voor de overheid met name) niet bij voorbaat vast te staan; beide partijen dienen te streven naar overeenstemming.¹² Het overleg doet echter niet af aan de bevoegdheid van de overheid om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen en wel om twee redenen. In de eerste plaats is de juridische constructie niet die van een tweezijdige rechtshandeling (overeenkomst), maar die van overleg gericht op het bereiken van overeenstemming, dat voorafgaat aan de eenzijdige vaststelling door de overheid.¹³ Belangrijker is om te constateren dat op dit moment wettelijk gezien de overeenstemming tussen overheid en ambtenarenorganisaties geen absoluut vereiste is. Denkbaar is een eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden die niet wordt voorafgegaan door overeenstemming tussen overheid en ambtenarenorganisaties over de inhoud van hetgeen wordt vastgesteld.¹⁴

Sedert 1984 is aan het stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden bij de overheid, als een zgn. sluitstukregeling, een regeling inzake de Advies- en Arbitragecommissie (AAC) toegevoegd. De AAC kan overheid en ambtenarenorganisaties adviseren en zelfs arbitrerende in een geschil over de vaststelling van arbeidsvoorwaarden.¹⁵ Een advies kan de overheid – juridisch gezien – naast zich neerleggen. Arbitrage is alleen mogelijk als de overheid daar in het concrete geval in toestemt.¹⁶ In zoverre doet de regeling voor de AAC principieel gezien geen afbreuk aan het uitgangspunt 'eenzijdigheid'. De activiteiten van de AAC betekenen hoogstens een relativering daarvan. In de praktijk ligt dat uiteraard anders, maar dat geldt voor het gehele stelsel van georga-

10 Vgl. over de ambtenarenorganisaties: Van der Horst e.a. (red.), 17-4 e.v.

11 Belangrijk uitgangspunt is de mate van representativiteit van de organisaties. Vgl. Schipper (red.), II C-11 e.v.; Rood (1989), 66-67.

12 Vgl. Pres. Rb Den Haag, 11-11-1983, TAR 1984, 22; AAC 16-4-1985, AAC-1, TAR 1985, 118; dezelfde 5-11-1986, AAC-9, TAR 1986, 264; dezelfde 25-5-1987, AAC-12, TAR 1987, 180; dezelfde 11-2-1988, AAC-14, TAR 1988, 92. Vgl. Schipper (red.), II C-15; Van der Horst e.a. (red.), 17-1, 17-11 e.v.; Jaspers (1985), 541 e.v.; Fortuyn (1987), 235 e.v.; De Groot (1988), 275 e.v.; Rood (1989), 50 e.v. Vgl. specifiek i.v.m. het onderwijs nt 104 hierna.

13 Vgl. Rood (1989), 54 e.v.

14 In dat geval is er een motiveringsplicht. Vgl. art. 111 ARAR.

15 Vgl. de artt. 110a-k ARAR. Vgl. ook: Rood (1989), 94 e.v.

16 Art. 110f lid 2 ARAR. Een arbitrale uitspraak bevat AAC 23-6-1989, AAC-21, TAR 1989, 187. De AAC kan ook (met instemming van beide partijen) bemiddelen; vgl. AAC 18-7-1985, AAC-5, TAR 1985, 198. Bindende juridische uitspraken doet zij daarentegen niet: AAC 2-2-1990, AAC-26, TAR 1990, 99.

niseerd overleg: hoe de overheid gebruik maakt van haar bevoegdheid tot eenzijdige vaststelling en in hoeverre zij in dat verband rekening houdt met het standpunt van de ambtenarenorganisaties en (eventueel) van de AAC wordt in belangrijke mate bepaald door de politieke verhoudingen en – in verband daarmee – de publieke opinie.¹⁷

Verdergaande veranderingen in het stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden bij de overheid zijn niet uitgesloten; tal van wijzigingsvoorstellen zijn de afgelopen jaren gedaan.¹⁸ Eén daarvan wordt op dit moment bij wege van experiment in de praktijk gebracht.¹⁹ Overheid en ambtenarenorganisaties zijn overeengekomen (?) en hebben vervolgens in een 'protocol' neergelegd dat de overheid op bepaalde punten (regelingen waaraan individuele personeelsleden rechten kunnen ontlenen en werkgelegenheidsmaatregelen die beslag leggen op de financiële ruimte voor de arbeidsvoorwaarden) alleen tot besluitvorming mag overgaan, als daarover daadwerkelijk overeenstemming is bereikt met de ambtenarenorganisaties. De constructie blijft die van overeenstemming die voorafgaat aan de eenzijdige vaststelling door de overheid. Materieel is echter sprake van 'echte' tweezijdigheid: overheid en ambtenarenorganisaties moeten het met elkaar eens zijn; zo niet, dan is de overheid niet bevoegd om tot besluitvorming over te gaan.²⁰ Ten aanzien van de onderwerpen waarop het experiment geen betrekking heeft (andere, al of niet in regelingen neer te leggen, beleidsvoornemens met personele of werkgelegenheidsconsequenties) blijft de overheid bevoegd om eenzijdig besluiten te nemen, na overleg weliswaar, maar zonder dat per se overeenstemming moet zijn bereikt.

2.1.3 *Deconcentratie en decentralisatie*

De eenzijdige vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren is in de eerste plaats een zaak van de Minister van Binnenlandse Zaken, zeker voor zover het betreft de rijksambtenaren. Ten aanzien van het georganiseerd overleg ligt de nadruk dan ook op het overleg in de Centrale Commissie voor georganiseerd overleg in ambtenarenzaken (Centrale Commissie), tussen de Minister van Binnenlandse Zaken en de vier hiervoor genoemde organisaties.²¹

In het ARAR is de mogelijkheid gecreëerd om een deel van de bevoegdheid tot het vaststellen van arbeidsvoorwaarden over te dragen aan andere ministers, steeds voor zover het de eigen ambtenaren betreft. De delegatie van bevoegdheden noodzaakt ook tot een verplaatsing van althans een deel van het georganiseerd overleg naar het niveau van de afzonderlijke ministeries. Onder de Centrale Commissie kunnen dan ook bijzondere commissies ressorteren, waarin overleg wordt gevoerd tussen de desbetreffende minister en de

17 Vgl. Fortuyn (1987), 233 e.v.; Rood (1989), 90.

18 TK 1984-1985, 19009, nr. 1 e.v. Vgl. Schipper (red.), II C-27 e.v.; Rood (1989), 69 e.v.

19 Vgl. TK 1989-1990, 20402, nr 3. Vgl. ook: Rood (1989), 80, 86.

20 Tenzij bij formele wet. Vgl. Rood (1989), 81.

21 Art. 105 ARAR.

ambtenarencentrales over de rechtstoestand van bepaalde groepen ambtenaren.²² Tussen de Centrale Commissie en de bijzondere commissies bestaat een hiërarchieke verhouding.²³

Ook het onderwijs kent georganiseerd overleg in een Bijzondere Commissie, de Bijzondere Commissie voor overleg in zaken betreffende de rechtspositie van het onderwijspersoneel.²⁴ Zoals hierna zal blijken, neemt deze commissie een wat afwijkende positie in.²⁵

De provincies, gemeentes en andere decentrale onderdelen van de overheid regelen zelf de (materiële) rechtspositie van hun ambtenaren. Ook het georganiseerd overleg vindt diensgevolge op decentraal niveau plaats, zij het dat dat gebeurt binnen de op centraal niveau vastgestelde grenzen. De lagere overheden zijn echter in grote mate betrokken bij het overleg op centraal niveau.²⁶

Opvallend is dat het gemeentelijk openbaar onderwijs niet binnen deze hoofdpzetspast: het gemeentelijk onderwijspersoneel valt onder de van rijkswege vastgestelde rechtspositionele bepalingen.²⁷

2.1.4 Georganiseerd overleg en medezeggenschap

De vaststelling van de arbeidsvoorwaarden is – zoals tot nu toe bleek – een vrijwel exclusieve bevoegdheid van de desbetreffende minister in (c.q. na) overleg met de bonden. (De lagere overheden laat ik hierna buiten beschouwing.) De dienstcommissies, als medezeggenschapsorganen binnen de overheid, hebben geen bemoeienis van de arbeidsvoorwaarden, althans niet op grote schaal.²⁸ De dienstcommissies hebben weliswaar adviesbevoegdheden ten aanzien van enkele rechtspositionele aangelegenheden.²⁹ Art. 127h lid 1 ARAR bepaalt echter dat over aangelegenheden waarvan de behandeling is voorbehouden aan het overleg in de Centrale Commissie dan wel een Bijzondere Commissie de dienstcommissie geen advies kan uitbrengen. De grote lijn is aldus duidelijk: in verband met de arbeidsvoorwaarden heeft het georganiseerd overleg met de centrales prioriteit boven de medezeggenschap van de ambtenaren via de dienstcommissie.

22 Art. 113 ARAR.

23 Art. 113 ARAR.

24 Art. IV-A2 lid 1 RPBO.

25 Vgl. par. 5.2. Vgl. over het wetenschappelijk onderwijs: Rood (1989), 101-102.

26 TK 1987-1988, 20402, nr 1, 5 e.v.; idem 1989-1990, nr 3, 8. e.v.

27 Vgl. art. I-A1 RPBO i.v.m. art. 2 lid 2 ARAR. Vgl. over de achtergronden van deze uitzondering: par. 4.1.

28 Vgl. Borghouts c.s. (1982), 16 e.v., 31 e.v.; Rood (1989), 175 e.v.

29 Art. 127d lid 1 ARAR.

2.2 COLLECTIEF OVERLEG IN DE PRIVATE SECTOR

2.2.1 *Tweezijdigheid als uitgangspunt*

Uitgangspunt bij de vaststelling van arbeidsvoorwaarden in de private sector is de individuele arbeidsovereenkomst, als een tweezijdig tot stand te brengen en te wijzigen rechtshandeling. De tweezijdigheid vormt de kern van het geheel. Zij betekent dat de werkgever (of degene die hem vertegenwoordigt) en de werknemer (of degene die hem vertegenwoordigt) wilsovereenstemming moeten bereiken, wil de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden een feit zijn. Deze wilsovereenstemming is niet alleen een noodzakelijke voorwaarde vooraf, zoals de instemming van de ambtenarenorganisaties in het kader van het (experimentele) georganiseerd overleg. De wilsovereenstemming, gegoten in de vorm van een (al dan niet collectieve) arbeidsovereenkomst, vormt als zodanig de vaststelling.³⁰

2.2.2 *Collectieve vaststelling als regel*

Voor een deel van de werknemers is de arbeidsovereenkomst met de werkgever (aangevuld door wet en redelijkheid en billijkheid) de enige bron van rechten en plichten. De groep werknemers die in deze situatie verkeert, is echter veruit in de minderheid. De vaststelling van arbeidsvoorwaarden vindt in de regel collectief plaats. 'Collectief' wil zeggen, dat grotere groepen werknemers gebonden worden aan afspraken ter zake van hun arbeidsvoorwaarden die door of namens de werkgever worden gemaakt met 'derden', die de werknemers representeren.³¹

2.2.3 *De collectieve arbeidsovereenkomst*

Het middel bij uitstek om arbeidsvoorwaarden collectief vast te stellen is sinds lang de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao), volgens Bakels de belangrijkste rechtsbron in het arbeidsrecht.³² De cao is naar de vorm genomen een obligatoire overeenkomst tussen een werkgever en een of meer vakbonden. Aan werkgeverszijde kan de cao ook worden afgesloten door een aantal werkgevers gezamenlijk, of door een vereniging van werkgevers; aan werknemerszijde is het optreden van twee of meer vakbonden gezamenlijk zelfs de regel.

Of en met wie de werkgever (c.q. werkgeversvereniging) en de vakbond(en) een cao sluiten, is een zaak waarover zij in beginsel zelf beslissen; dat vloeit voort uit het beginsel van de contractsvrijheid.³³ Behoudens strijd met de wet (en de openbare orde en de goede zeden) staat het de cao-partijen vrij om

30 De formele vereisten, i.v.m. de (verplicht schriftelijke) vorm van bepaalde bedingen in de arbeidsovereenkomst en i.v.m. de cao (de schriftelijke vorm en de mededeling aan de DCA) laat ik even buiten beschouwing.

31 Vgl. Fase (1982a), 177.

32 (1990), 136.

33 Vgl. Rood (1989), 62-63. Vgl. ook par. 7.2.

overeen te komen wat zij willen. Ook in zoverre is de cao een normale overeenkomst.

De cao is in staat om de partijen bij de overeenkomst te binden, zoals iedere obligatoire overeenkomst dat doet.³⁴ Een belangrijk deel van de bepalingen in de cao beoogt echter niet de contractspartijen te binden.³⁵ Zij zijn bedoeld om de werkgever, die eventueel geen contractspartij is bij het sluiten van de cao, te binden ten opzichte van de individuele werknemer, die in geen geval zelf partij is.³⁶

Deze 'buiten-contractuele invloed' van de cao kan voor een belangrijk deel gebaseerd worden op een samenstel van contractenrecht en verenigingsrecht. Of dat in alle opzichten het geval is, is de vraag. Concreet juridisch belang heeft het antwoord op die vraag in de regel niet, omdat de wetgever in de WCAO voldoende voorzieningen heeft getroffen.³⁷ Ik doel op de artt. 12 en 13 WCAO, die de dwingende doorwerking van de normatieve cao-bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst bewerkstelligen.³⁸ Dat betekent dat de werknemer op basis van zijn eigen arbeidsovereenkomst de naleving van het in de cao bepaalde kan afdwingen.³⁹ Dat geldt overigens uitsluitend voor de georganiseerde werknemer, dat wil zegen de werknemer aangesloten bij een van vakbonden die partij is bij de cao. In de praktijk blijkt de cao ook uiterst relevant te zijn voor de rechtspositie van de (in deze zin) niet-georganiseerde werknemer.⁴⁰

Met 'werkgever' werd in het voorgaande bedoeld op de door de cao gebonden werkgever; de niet-georganiseerde werkgever bleef tot nu toe buiten beschouwing. Voor deze werkgever geldt dat hij in geen enkel opzicht door de cao gebonden wordt, ook niet ten opzichte van leden van bij cao's betrokken vakbonden.

2.2.4 *Op andere wijze afgezwakte tweezijdigheid*

Een andere mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden collectief vast te stellen biedt het arbeidsreglement in de zin van art. 1637j BW. De BW-regeling gaat er weliswaar van uit dat de inhoud van het reglement niet eerder de inhoud van de arbeidsovereenkomst bepaalt, dan nadat de individuele werknemer schrift-

34 Vgl. over de zgn. obligatoire bepalingen in de cao: Fase (1982a), 43 e.v.; Koning (1988); De Leede (1988), 282-283.

35 Naast de hierna te behandelen zgn. normatieve bepalingen geldt dat ook voor de zgn. diagonale bepalingen, Vgl. Fase (1982a), 61 e.v.; Koning (1988); De Leede (1988), 282-283.

36 Ook cao's zonder bepalingen die bedoeld zijn om door te werken in de individuele arbeidsovereenkomsten zijn denkbaar. Vgl. Fase (1987), 683-684; Koning (1988), 177; Duk (1988); Olbers (1988), 206-208; De Leede (1988), 286.

37 Vgl. Jacobs (1986a), 214 e.v., m.n. 225; Olbers (1988), 208 e.v.

38 Vgl. (o.a.) Fase (1982a), 51 e.v.; Jacobs (1982), 26 e.v. en (1986), 205 e.v.; De Leede (1988), 292-293.

39 Daarnaast blijft optreden van de vakbonden mogelijk: artt. 15 en 16 WCAO. Vgl. daarover (o.a.): Jacobs (1986a), 241 e.v.; Olbers (1988); De Leede (1988), 295-296.

40 Vgl. par. 6.3.5.

telijk heeft verklaard zich met het reglement te verenigen.⁴¹ De werkgever kan het reglement echter niet eerder ter instemming aan de werknemer voorleggen, dan nadat hij over de inhoud van het reglement overeenstemming heeft bereikt met de ondernemingsraad (OR); dat vloeit voort uit het bepaalde in art. 27 lid 1 sub a WOR. Deze instemming door de OR vervangt weliswaar niet de instemming door de individuele werknemer. Het niet instemmen met het reglement heeft echter dermate ingrijpende gevolgen (de werknemer wordt geacht ontslag te hebben genomen), dat de instemming door de OR de wezenlijke voorwaarde is voor het vaststellen en wijzigen van het reglement. In zoverre kan in de praktijk van collectieve vaststelling van arbeidsvoorwaarden gesproken worden.⁴²

Een arbeidsreglement dat niet voldoet aan de in de artt. 1637j e.v. BW gestelde eisen (en dat is in de praktijk vaak het geval) is niet zonder betekenis. De Hoge Raad heeft beslist dat de inhoud daarvan deel kan uitmaken van de schriftelijke arbeidsovereenkomst.⁴³ Aldus blijkt dat in de praktijk de 'collectieve' vaststelling van arbeidsvoorwaarden ook langs een andere weg dan die van de cao en het arbeidsreglement kan geschieden. In veel gevallen zal de werkgever bepaalde regelingen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vaststellen en bekend maken. Dat zal veelal gebeuren nadat de werkgever de instemming daartoe heeft gekregen van de OR, als het namelijk gaat om een aangelegenheid in de zin van art. 27 lid 1 sub b e.v. WOR. Uiteraard is hier geen sprake van een uitzondering op de hoofdregel van de tweezijdigheid. Er is sprake van een stilzwijgende acceptatie door de werknemer van het aanbod tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, dat besloten ligt in het bekendmaken van de regeling op het gebied van de arbeidsvoorwaarden. De werknemer die protesteert, verhindert daarmee dan ook dat zijn arbeidsovereenkomst wordt gewijzigd.

Werkgever en werknemer kunnen overeenkomen dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst (mede) wordt bepaald door een 'externe bron', bijvoorbeeld een elders in de bedrijfstak van toepassing zijnde cao waaraan de werkgever niet rechtstreeks gebonden is. Die overeenkomst zou kunnen inhouden dat iedere toekomstige wijziging in die bron automatisch doorwerkt in de arbeidsovereenkomst. Ook in dit geval wordt niets afgedaan aan het uitgangspunt 'tweezijdigheid'. Werknemer en werkgever geven niettemin een belangrijk stuk invloed op de inhoud van hun onderlinge overeenkomst uit handen. Juridisch gezien is een afspraak om de inhoud van de arbeidsovereenkomst te laten bepalen door een externe bron echter mogelijk. Zoals hierna zal blijken,

41 Art. 1637j lid 1 BW. Vgl. Koning (1987), 8 e.v.; De Leede (1988), 280 e.v.; Van der Grinten (1990), 46 e.v. Het zgn. directiereglement kan wel eenzijdig door de werkgever worden vastgesteld. Vgl. Van der Grinten (1990), 46-47. Bepalingen inzake de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden horen echter niet thuis in het directiereglement.

42 Het arbeidsreglement is in onbruik geraakt. Vgl. Mensink (1982); Van der Goes/Korporaal (1988).

43 HR 4-5-1956, NJ 1956, 299. Recent: HR 7-10-1988, NJ 1989, 335.

wordt in het bijzonder onderwijs op grote schaal van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

2.2.5 *Collectief overleg en medezeggenschap*

De OR, als orgaan ten behoeve van de medezeggenschap van de werknemers, heeft naar verhouding weinig bemoeienis met de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden. Dat geldt in elk geval voor de primaire arbeidsvoorwaarden, ten aanzien waarvan de OR in beginsel geen bevoegdheden heeft. Wel geeft art. 27 lid 1 WOR een aantal instemmingsrechten op het gebied van de secundaire arbeidsvoorwaarden, onder andere in verband met het reglement. Lid 3 van hetzelfde artikel bepaalt echter dat geen instemmingsrecht bestaat 'indien en voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst'. Kortom: (het overleg over) de vaststelling van arbeidsvoorwaarden is primair een taak van de vakbonden.⁴⁴

Waar het gaat om arbeidsorganisatorische aangelegenheden als fusies en reorganisaties is de situatie iets ingewikkelder. Zowel de SER-fusiegedragsregels als de WMCO geven werknemersorganisaties recht op overleg dienaangaande, maar uitsluitend voor zover het betreft de gevolgen voor de werknemers. Daarnaast (!) zal de OR medezeggenschapsbevoegdheden hebben in verband met de fusie of reorganisatie, welke in beginsel het voorgenomen fusie- of reorganisatiebesluit als geheel betreffen.⁴⁵ De OR is tenslotte niet primair in het leven geroepen om speciaal de rechtspositionele belangen van de werknemers te behartigen, maar om medezeggenschap uit te oefenen ten aanzien van de gang van zaken in de onderneming in het algemeen.⁴⁶

2.2.6 *De rol van de overheid*

Eén van de bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden in de private sector betrokkenen is tot nu toe grotendeels buiten beschouwing gebleven: de overheid.

De oudste rol van de overheid in dit verband is die van wetgever die het collectief overleg bevordert. De WCAO is in dit verband een goed voorbeeld; de Wet AVVOVV eveneens, deze laatste wet met name voor zover het de algemeen verbindend verklaring betreft. Deze vormt in zekere zin het 'toppunt' van collectieve vaststelling van arbeidsvoorwaarden: op verzoek van een of meer cao-partijen wordt de cao van toepassing verklaard op alle werkgevers en alle werknemers in de sector waarop de cao van toepassing is.⁴⁷

Na 1945 zijn op ruime schaal wettelijke regelingen vastgesteld die de overheid de bevoegdheid geven om invloed uit te oefenen op (de resultaten van) het collectief overleg in de private sector.⁴⁸ De voornaamste daarvan is de Wet

44 Vgl. Jacobs (1982), 34-35; Koning (1986), 256.

45 Art. 25 lid 1 WOR.

46 Art. 2 lid 1 WOR. Vgl. Duk c.s., art. 2-commentaar, aant. 3; Rood, WOR, art. 2 lid 1, aant. 2.

47 Artt. 2, 3, 4 WAVVOVV. Vgl. Frenkel/Jacobs (1986a), 173; Fase (1987a).

48 Vgl. Frenkel/Jacobs (1986), 167 e.v.

op de loonvorming (LW) uit 1970.⁴⁹ Uitgangspunt van de wet is de contractsvrijheid van werkgever(sorganisatie) en vakbonden. Zij geeft de overheid echter een aantal instrumenten in handen om in te grijpen. Het belangrijkste is de bevoegdheid die art. 10 lid 1 LW geeft tot de vaststelling van 'regelen (...) betreffende lonen en andere op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarden'. Deze bevoegdheid bestaat echter alleen als naar oordeel van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 'een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door één of meer schoksgewijze optredende externe factoren, het nemen van maatregelen ten aanzien van het peil van de loonkosten vereist'. Daaruit blijkt dat een loonmaatregel alleen in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk is en uitsluitend om sociaal-economische redenen.⁵⁰ Deze regeling is pas sinds kort (1987) van kracht. De voordien geldende regeling bood de overheid ruimere mogelijkheden om in te grijpen in de arbeidsvoorwaarden in de private sector. Zij werd vervangen naar aanleiding van kritische opmerkingen van de IAO, die de vorige regeling in strijd achtte met het recht op collectief overleg van werkgever(sorganisaties) en werknemersorganisaties.⁵¹

2.2.7 De gepremieerde en gesubsidieerde sector

Tot nu toe kwamen stelsels voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden 'in zuivere vorm', hetzij bij de overheid, hetzij in de private sector, aan de orde. Er zijn ook mengvormen, stelsels die zowel private als publieke kenmerken vertonen. Een daarvan is het stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden in de zogenaamde gepremieerde en gesubsidieerde sector (hierna: g. en g.-sector), waartoe onder meer de private instellingen en ondernemingen op het gebied van de gezondheidszorg en het openbaar vervoer behoren.

Ten aanzien van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden is het uitgangspunt in de g. en g.-sector niet anders dan elders in de private sector: basis van het geheel is de individuele arbeidsovereenkomst. In de regel vallen de ondernemingen en instellingen uit de g. en g.-sector ook onder de werkingssfeer van een cao. Vervolgens blijkt echter dat de overheid op verschillende wijzen invloed kan uitoefenen op de arbeidsvoorwaarden in de g. en g.-sector. Basis daarvoor is de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS). De wet is tot stand gebracht vanuit de gedachte dat de overheid, als (mede)verantwoordelijke voor de financiering en voor de omvang en het niveau van de voorzieningen, zo nauw bij de arbeidsvoorwaarden in de g. en g. sector betrokken is, dat een verdergaande mate van invloed aan de LW mogelijk maakt op zijn plaats is.⁵²

De artt. 4 en 5 WAGGS bieden de overheid dan ook de mogelijkheid om vooraf vast te stellen welke financiële ruimte de cao-partijen hebben voor het

49 Vgl. over de LW en haar toepasselijkheid op het bijzonder onderwijs: hoofdstuk V, par. 5.3.

50 Extra beperkingen en voorwaarden vloeien voort uit art. 10 leden 2 en 3 LW.

51 Vgl. Jacobs (1982), 44. Vgl. ook par. 7.3.4.

52 TK 1983-1984, 18479, nr 3, 14 e.v. Vgl. Van Peijpe (1986), 362 e.v.

sluiten van overeenkomsten over de arbeidsvoorwaarden.⁵³ De cao-partijen hoeven zich niet te storen aan de beperking die de overheid oplegt. De artt. 6 en 7 WAGGS geven de overheid echter de bevoegdheid om de cao achteraf te toetsen. Die toetsing kan aanleiding zijn tot het afkondigen van een bevrozing van de arbeidsvoorwaarden in de desbetreffende sector; de artt. 10 en 11 WAGGS geven de overheid deze bevoegdheid. De cao, althans het onderdeel daarvan dat bezwaren oproept, wordt daarmee buiten werking geplaatst; bedingen in strijd met een bevrozingsverklaring zijn nietig.

Voorwaarde voor de afkondiging van een bevrozing van de arbeidsvoorwaarden is dat de overeengekomen arbeidsvoorwaarden naar oordeel van de overheid leiden tot een onaanvaardbare stijging van de collectieve lasten dan wel de omvang en de kwaliteit van de dienstverlening in gevaar brengen.⁵⁴ Dat beperkt de mogelijkheden van de overheid om regulerend op te treden in de g. en g.-sector, maar de beperking gaat aanzienlijk minder ver dan de beperking die art. 10 LW de overheid oplegt ten aanzien van de (overige) private sector.

De WAGGS staat sterk ter discussie. Net als in verband met het georganiseerd overleg en de LW is het ook hier het recht op collectief overleg dat in het geding is.⁵⁵ Op basis van Conventie nr 87 is de IAO tot de conclusie gekomen dat de WAGGS de overheid te veel invloed geeft op de arbeidsvoorwaarden in de g. en g.-sector.⁵⁶

3 Collectief overleg in het bijzonder onderwijs: hoofdlijnen

3.1 PRIVAATRECHT ALS UITGANGSPUNT

Tegen de achtergrond van de hiervoor beschreven stelsels van collectief overleg voor de overheid en voor de private sector zal ik in deze paragraaf een beknopte schets geven van het collectief overleg inzake de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

Belangrijk als vertrekpunt is het feit dat tussen schoolbestuur en werknemer in het bijzonder onderwijs een arbeidsovereenkomst bestaat.⁵⁷ Dat betekent dat de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in uitgangspunt alleen dan mogelijk is, als beide partijen het daarover eens zijn. Van een bevoegdheid bij de werkgever om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vast te stellen is zodoende geen sprake.

53 Kortheidshalve spreek ik van 'overheid'; de bevoegdheden op grond van de WAGGS komen toe aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de minister die speciaal verantwoordelijk is voor de sector waarop de cao betrekking heeft; vgl. art. 2 lid 1 WAGGS.

54 Art. 10 lid 1 WAGGS.

55 Andere bezwaren waren er ook, maar kunnen hier buiten beschouwing blijven. Vgl. Van Peijpe (1986), 370 e.v.

56 Vgl. Driessen (1989); Van der Heijden (1989a). Vgl. ook par. 7.3.5.

57 Vgl. hoofdstuk IV, par. 3.2 e.v.

3.2 SCHOOLBESTUUR EN WERKNEMER(SVERENIGING)

3.2.1 De (model-)akte van benoeming

De vrijheid van schoolbestuur en werknemer om arbeidsvoorwaarden vast te stellen is uiteraard niet onbeperkt. Zij zullen rekening moeten houden met wetgeving, met name op arbeidsrechtelijk gebied. De wetgever laat echter de nodige vrijheid voor een nadere invulling.

Toch is die vrijheid meer schijn dan werkelijkheid. Dat geldt in de eerste plaats voor de werknemer in het bijzonder onderwijs. Net als elders in de private sector is de invloed van de individuele werknemer op 'zijn' arbeidsvoorwaarden beperkt; collectieve vaststelling is regel. Uitzonderlijker is dat ook de speelruimte voor het schoolbestuur beperkt is. Dat blijkt al meteen als gekeken wordt naar de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst. In het bijzonder onderwijs is een schriftelijke arbeidsovereenkomst, akte van benoeming genoemd, regel. Schoolbestuur en werknemer zouden de inhoud van de akte in beginsel zelf kunnen vaststellen. In de praktijk gebeurt dat echter niet of nauwelijks. De inhoud van de akte van benoeming is sedert lang voorwerp van overleg tussen organisaties van schoolbesturen en van werknemers. Zowel in het rooms-katholiek, het protestants-christelijk als het algemeen-bijzonder onderwijs vindt dergelijk overleg plaats. Resultaat is een model-akte (eventueel met verschillende versies naar gelang het onderwijstype), die vervolgens door ieder schoolbestuur binnen de desbetreffende zuil kan worden gebruikt – en in de regel ook wordt gebruikt.⁵⁸ Ook voor de schoolbesturen is de inhoud van de arbeidsovereenkomst met hun werknemers in zoverre een vaststaand gegeven.

De model-aktes bevatten met name bepalingen op het gebied van aanstelling en ontslag.⁵⁹ Wat daarentegen ontbreekt in de model-aktes is een regeling van de arbeidsvoorwaarden in enge zin: de geldelijke of op geld waardeerbare tegenprestaties voor de door de werknemer verrichte arbeid en de overige daarmee samenhangende financiële regelingen.

3.2.2 De cao

Nu is dat niet zo opvallend, want ook elders in de private sector worden de primaire arbeidsvoorwaarden zelden in extenso geregeld in de individuele arbeidsovereenkomst. Dat gebeurt in de regel in cao's.

Ook het bijzonder onderwijs, en met name het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, kent cao's. Aan werkgeverszijde worden deze cao's tot nu toe gesloten door afzonderlijke schoolbesturen.⁶⁰ Als contractspartijen hebben de

58 Vgl. Leune (1987), 269; Van Esch (1988), 220, 292.

59 Daaronder valt ook de afvloeiingsregeling, alhoewel die qua overleg een aparte positie inneemt; vgl. par. 5.3.3. Nauw verwant aan de bepalingen inzake aanstelling en ontslag zijn de bepalingen inzake schorsing en disciplinaire maatregelen; zij worden hierna onder de bepalingen inzake 'aanstelling en ontslag' begrepen.

60 Vgl. par. 6.3.2.

individuele schoolbesturen aldus een rechtstreekse invloed op de inhoud van de cao's en daarmee op de rechten en plichten in de verhouding tot de individuele werknemers. De belangen van de individuele werknemers worden daarentegen behartigd door de vakbonden, althans de centrales van vakbonden die in het bijzonder onderwijs als contractspartijen blijken op te treden.

Overigens: ook al wordt ook in het bijzonder onderwijs van cao's gebruik gemaakt, het belang van de cao voor het bijzonder onderwijs als geheel is maar zeer beperkt. Grote delen van het bijzonder onderwijs kennen in het geheel geen cao's. Dat geldt voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Het middelbaar en het hoger beroepsonderwijs kennen wel cao's, maar zeker niet overal. Het zijn met name de algemeen-bijzondere schoolbesturen die cao's hebben afgesloten. Tevens moet bedacht worden dat de cao's vrij summier van inhoud zijn. Zij bevatten globaal gezien dezelfde regelingen als elders in de akte van benoeming zijn opgenomen, namelijk betreffende aanstelling en ontslag. Bepalingen inzake de financiële arbeidsvoorwaarden ontbreken opnieuw vrijwel geheel. Was dat in verband met de akte van benoeming niet opvallend, in verband met de cao is het ontbreken van bepalingen inzake de beloning wel apart. Elders in de private sector is de cao nu juist bij uitstek daarvoor bedoeld.

3.3 GEORGANISEERD OVERLEG

3.3.1 *De Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie*

De vraag rijst waar de financiële arbeidsvoorwaarden (en in wezen alle aspecten van de rechtspositie behalve aanstelling en ontslag) dan wel ter sprake komen.

Daarvoor blijkt een derde, geheel afzonderlijk overlegcircuit te bestaan: het georganiseerd overleg. Zowel het overleg met de Centrale Commissie als het overleg met de Bijzondere Commissie zijn voor het onderwijs van belang: in de Centrale Commissie worden de grote lijnen vastgelegd; in de Bijzondere Commissie vindt de verdere detaillering voor de onderwijssector plaats.

Het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie wijkt qua opzet niet af van wat elders bij de overheid gebruikelijk is.⁶¹ Uitzonderlijk is wel dat de resultaten van het overleg met de Bijzondere Commissie zowel op het openbaar als op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn. Hoe dat precies in zijn werk gaat, komt hierna nog aan de orde.⁶² In dit verband volstaat de opmerking dat de bekostigingsvoorwaarden een belangrijke rol spelen bij het doorwerken van de resultaten van het georganiseerd overleg naar het bijzonder onderwijs.

⁶¹ Zij het dat er enkele belangrijke uitzonderingen zijn. Vgl. par. 5.2.

⁶² Par. 5.2.7.

3.3.2 *De Commissie Besturenorganisaties*

Voor zover het het bijzonder onderwijs betreft, betekent dit alles dat een belangrijk deel van het arbeidsvoorwaardenoverleg plaats vindt buiten het schoolbestuur om. Er bestaat weliswaar ook een Commissie Besturenorganisaties, waarin de Minister van Onderwijs overlegt met onder andere de organisaties van schoolbesturen in het bijzonder onderwijs, die zich daartoe in een aantal centrales hebben verenigd. In deze commissie komen de arbeidsvoorwaarden echter alleen aan de orde voor zover deze de organisaties die aan het overleg deelnemen aangaan.⁶³ Kennelijk is dat niet steeds het geval.⁶⁴ In zoverre is de invloed van de (organisaties van) schoolbesturen beperkt. Daar komt bij dat de ontwikkelingen in het overleg met de centrales aan werknemerszijde, die de eenzijdigheid verzachten, aan de Commissie Besturenorganisaties voorbij zijn gegaan. Aan de (eventuele) resultaten van het overleg met deze commissie is de Minister van Onderwijs dan ook niet gebonden.

3.3.3 *Het 'orgaan van georganiseerd overleg' in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs*

Het middelbaar en het hoger beroepsonderwijs, zowel openbaar als bijzonder, kennen georganiseerd overleg op een derde niveau, namelijk binnen de afzonderlijke instellingen. Het georganiseerd overleg op instellingsniveau (IGO) wordt gevoerd door of namens het bestuur van de instelling en het 'orgaan van georganiseerd overleg'.⁶⁵ Op grond van art. IV-E2 RMBO c.q. art. IV-C2 RPBO kent iedere instelling voor middelbaar respectievelijk hoger beroepsonderwijs een dergelijk 'orgaan', waarin zitting hebben de vertegenwoordigers van de vier tot de Centrale Commissie toegelaten centrales voor overheids- en onderwijspersoneel.

In het kader van het georganiseerd overleg binnen de instelling treedt het schoolbestuur zodoende wel rechtstreeks in overleg met organisaties van werknemers. Het georganiseerd overleg binnen de instelling betreft aangelegenheden van algemeen belang voor de bijzondere rechtstoestand van het personeel van de instelling, met inbegrip van de bijzondere regels volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd.⁶⁶ Aangelegenheden waarover overleg is gevoerd met de Centrale Commissie of de Bijzondere Commissie komen niet aan de orde in het IGO. Dat betekent in de praktijk dat in het IGO voor een belangrijk deel de nadere detaillering van de resultaten van het georganiseerd overleg op hoger niveau aan de orde komt. In zoverre is en blijft de rechtstreekse invloed van het schoolbestuur op de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers beperkt.

Het IGO dient gericht te zijn op het bereiken van overeenstemming tussen

63 Artt. 43 WBO, 52 ISOVSO, 40 WVO, IV-B2 lid 1 RPBO.

64 Vgl. op dit punt de NvT bij art. IV-B2 RPBO.

65 Art. 56 lid 2 WHBO en titel IV-C RPBO; art. 40 lid 2 WVO en hoofdstuk IV-E RMBO (strikt genomen: art. 2.25 sub F RMBO, waarin de tekst van hoofdstuk IV-E is opgenomen).

66 Art. IV-E4 lid 1 RMBO; art. IV-C4 lid 1 RPBO. Vgl. par. 6.2.4.

het schoolbestuur en op zijn minst drie van de vier, zo niet alle vier de centrales.⁶⁷ Leidt het overleg niet tot overeenstemming, dan kunnen de centrales het aldus ontstane geschil voorleggen aan een speciale geschillencommissie die, na een marginale toetsing van het beleidsvoornemen van het schoolbestuur, een voor schoolbestuur en centrales bindende uitspraak doet.⁶⁸

3.4 MEDEZEGGENSCHAP

Tenslotte is er nog een vierde overlegcircuit dat in dit verband genoemd moet worden: het overleg tussen schoolbestuur en medezeggenschapsraad (MR).⁶⁹ De MR is in de eerste plaats een orgaan van medezeggenschap ten aanzien van de totale gang van zaken binnen de school. Voor de MR geldt dat in nog sterkere mate dan voor de OR, nu ouders en/of leerlingen of studenten de helft van het aantal zetels bezetten.⁷⁰ Een deel van de bevoegdheden van de MR kan betrekking hebben op besluiten die (mede) rechtspositionele consequenties hebben. Dat geldt bijvoorbeeld voor fusies. De taakverdeling tussen MR en vakbonden (althans centrales) is in het onderwijs niet anders dan elders: voor zover een aangelegenheid is geregeld in een cao wijkt de MR.⁷¹

3.5 OPVALLENDE ASPECTEN

Aldus is in hoofdlijnen geschetst wie met wie in welk kader en met welk resultaat overleg voert over welk deel van de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder onderwijs.

In een aantal opzichten vertoont het overlegstelsel opvallende kenmerken. In de eerste plaats valt op dat de overheid een zeer sterke invloed heeft op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. De vraag rijst waarom dat het geval is, of, vanuit een andere optiek, waarom de schoolbesturen zo weinig invloed hebben op de rechtspositie van hun werknemers. Deze laatste vraag geeft meer precies aan wat het probleem is, want uiteraard hoeft niet alle overheidsoptreden met betrekking tot de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs een verklaring en rechtvaardiging.

67 Vgl. par. 6.2.5.

68 Vgl. par. 6.2.6 e.v.

69 Strikt genomen hoeft hier van overleg geen sprake te zijn; zowel schoolbestuur als MR kunnen het laten bij het kenbaar maken van standpunten, waarna het aan de MR is om te beslissen of en zo ja hoe het van zijn medezeggenschapsbevoegdheden gebruik wil maken. Als het goed is, is echter van daadwerkelijk overleg sprake, waarbij schoolbestuur en MR ingaan op elkaars standpunten en waarbij eventueel zelfs gestreefd wordt naar het bereiken van overeenstemming.

70 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.4.

71 Niettemin wijkt in het bijzonder onderwijs de taakverdeling tussen extern overleg (met werknemersorganisaties) en intern overleg (met de MR) af van wat elders gebruikelijk is. Vgl. de par. 5.3.2 e.v. en 6.4.7 e.v.

Voor een deel is sprake van wetgeving die vanuit sociaal-rechtelijke optiek de verhouding tussen werkgever en werknemer wil regelen. Schoolbestuur en werknemer verkeren in dit opzicht in dezelfde positie als werkgever en werknemer elders in de private sector.⁷² Wat een verklaring en rechtvaardiging behoeft is het optreden van de overheid op gebieden die elders in de private sector in principe aan werkgever(sorganisaties) en werknemer(sorganisaties) zijn overgelaten. Anders gezegd: dat het georganiseerd overleg mede betrekking heeft op het bijzonder onderwijs, waardoor de overheid optreedt als ware zij werkgever in het bijzonder onderwijs.⁷³

Naast de vraag naar het 'waarom?' van het overheidsoptreden rijst de vraag hoe een en ander juridisch in zijn werk gaat. Van eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden is in het bijzonder onderwijs geen sprake en nog los daarvan: de overheid is niet de werkgever in het bijzonder onderwijs; dat is het schoolbestuur. Het is zodoende niet meteen duidelijk hoe de resultaten van het georganiseerd overleg 'doorwerken' in de individuele arbeidsovereenkomsten in het bijzonder onderwijs. In verband daarmee rijst ook de vraag hoe de resultaten van het georganiseerd overleg zich verhouden tot de resultaten van het overleg tussen het schoolbestuur en de MR en van het overleg tussen het schoolbestuur en de werknemersorganisaties, bijvoorbeeld over de inhoud van de model-akte van benoeming.

Het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs blijkt in verband met het collectief overleg een uitzonderingspositie in te nemen. Het kent als enige georganiseerd overleg binnen de afzonderlijke instellingen. De vraag rijst waarom dat het geval is. Evenmin is op voorhand duidelijk waarom de opzet van het georganiseerd overleg binnen het middelbaar en hoger beroepsonderwijs afwijkt van die van het overleg met de Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie. Ook voor het georganiseerd overleg op instellingsniveau in het beroepsonderwijs geldt daarnaast dat het een vreemde eend in de priaatrechtelijke bijt is en dat onduidelijk is hoe de resultaten van het overleg doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten.⁷⁴ Daar komt bij dat naast georganiseerd overleg in een aantal gevallen nog cao's worden afgesloten en dat daarnaast in ieder geval rekening moet worden gehouden met de bevoegdheden van de MR's. Dat is op het eerste oog wel erg veel overleg. De vraag rijst dan ook waarom in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs zo veel overlegcircuits naast elkaar bestaan en hoe hun onderlinge verhouding is.

Een volgend opvallend punt is dat de centrales voor overheids- en onderwijspersoneel zo'n belangrijke rol spelen aan werknemerszijde, in de Bijzondere Commissie, maar juist ook binnen het bijzonder onderwijs, waar in be-

72 Vgl. ook par. 7.3.4.

73 Vgl. over de rol van de wetgever en van de sociale partners op sociaal-rechtelijk gebied: Jacobs (1982), 47 e.v. en (1986), 297 e.v.; Van Peijpe (1986), 362 e.v.; Olbers (1987).

74 In dat verband rijst ook de vraag in hoeverre relevant is dat de wettelijke bepalingen inzake het IGO - naar alle waarschijnlijkheid - bekostigingsvoorwaarden zijn. Vgl. par. 6.2.1; par. 6.2.6. Vgl. over het 'naar alle waarschijnlijkheid' hoofdstuk VI, par. 5.4.

ginsel sprake is van privaatrechtelijke overlegvormen, althans overlegvormen tussen privaatrechtelijke partners. Dat geldt bijvoorbeeld voor het IGO en voor het cao-overleg in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. De centrales overkoepelen tal van afzonderlijke vakbonden.⁷⁵ Het overgrote deel daarvan heeft niet of nauwelijks leden onder de werknemers in het bijzonder onderwijs; andere zijn juist wel representatief te achten. Daar komt bij dat het schoolbestuur van een bijzondere instelling voor middelbaar of hoger beroepsonderwijs niet vrij is in de keuze van de overlegpartners; dat wordt door de overheid bepaald. De wetgever verplicht het schoolbestuur ook tot het voeren van overleg (op straffe van subsidieverlies). Dat is in dubbel opzicht een belangrijke afwijking van wat elders in de private sector geldt, namelijk dat de direct betrokkenen zelf bepalen of en zo ja, met wie zij overleg voeren over de arbeidsvoorwaarden. De vraag rijst dan ook waarom de wettelijke bepalingen inzake het georganiseerd overleg binnen het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs op hoofdpunten zo weinig aansluiten bij de hoofdprincipes van het arbeidsvoorwaardenoverleg in de private sector. Meer in het algemeen rijst de vraag waarom de centrales ook buiten de sfeer van het georganiseerd overleg met de overheid zo'n sterke positie innemen en, in verband daarmee, de vraag of deze wettelijke regeling c.q. gang van zaken wel juist is bezien tegen de achtergrond van het reguliere collectieve arbeidsrecht.

Als tenslotte gekeken wordt naar de verdeling van de onderwerpen over de verschillende circuits, dan valt op dat er kennelijk een taakverdeling bestaat tussen het georganiseerd overleg enerzijds en de cao en/of akte van benoeming anderzijds. Dat de cao's en de (model-)aktes van benoeming geen bepalingen bevatten op financieel gebied, hoeft niet te verbazen, eenmaal wetend dat daarover georganiseerd overleg wordt gevoerd. Gezien de nadruk die op het georganiseerd overleg ligt, valt dan al eerder op dat een onderwerp als 'aanstelling en ontslag' juist geheel buiten de sfeer van (het georganiseerd overleg met) de overheid wordt besproken. De vraag rijst waarom de taken aldus verdeeld zijn.

4. Achtergronden van het overlegstelsel

4.1. RECHTSPOSITIONELE GELIJKHEID

Veel opvallends aan de hiervoor geschetste gang van zaken wordt meteen een stuk begrijpelijker als bedacht wordt dat de wetgever en de direct betrokkenen in het onderwijs lange tijd als uitgangspunt hanteerden – en voor een deel nog steeds hanteren – dat openbaar en bijzonder onderwijs gelijk-op behoren te gaan waar het gaat om de rechtspositie van de werknemers. Dat betekent dat in eerste instantie naar een absoluut gelijke positie wordt gestreefd. Dat geldt voor de salarissen en voor de overige financiële arbeidsvoorwaarden, maar

⁷⁵ Vgl. het overzicht in: Van der Horst e.a. (red.), 17-5.

ook voor de pensioenen.⁷⁶ Waar absolute gelijkheid niet mogelijk is, wordt gestreefd naar een zo veel mogelijk vergelijkbare rechtspositie. Dat geldt bijvoorbeeld voor de ontslagbescherming.⁷⁷

De Grondwet biedt voor deze vorm van gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs geen rechtstreekse aanknopingspunten.⁷⁸ Het principe van de rechtspositionele gelijkheid dient met name niet vereenzelvigd te worden met de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven, alleen al omdat het niet alleen op de financiële aspecten van de rechtspositie betrekking heeft.⁷⁹ Wel heeft het principe van de gelijke rechtspositie ten dele dezelfde achtergrond als de financiële gelijkstelling: de vrijheid van onderwijs baat niets als het openbaar onderwijs zijn werknemers een betere rechtspositie kan bieden dan het bijzonder onderwijs, zowel financieel als anderszins, en op grond daarvan de beste werknemers kan aantrekken. De gelijkheid van rechtspositie is daarom in het belang van het bijzonder onderwijs.

Zij is echter tevens in het belang van het openbaar onderwijs (ook dat is een verschil met de financiële gelijkstelling). Vandaar dat het niet alleen de bevoegde gezagsorganen in het openbaar onderwijs verboden wordt om extra uitkeringen te doen aan de werknemers, maar ook de schoolbesturen.⁸⁰ Zo wordt voorkomen dat beide categorieën werkgevers uit eigen middelen de van rijkswege vergoede salarissen aanvullen en elkaar onheuse concurrentie aandoen.⁸¹

De sterke overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs is ook door andere factoren bepaald. Ik noem met name de overheidszorg voor deugdelijkheid van het onderwijs in het algemeen. De gedachte is dat deugdelijk onderwijs alleen mogelijk is als de arbeidsvoorwaarden en andere aspecten de rechtspositie van de werknemers in het onderwijs aan zekere eisen voldoen. Het verband tussen arbeidsvoorwaarden en deugdelijkheid is vanaf het eerste begin gelegd.⁸² Art. 23 lid 2 Gw bevat bijvoorbeeld al sedert 1848 de verwijzing naar bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers, terwijl ook de wetgeving inzake de lonen en pensioenen en inzake de rechtsbescherming in geval van ontslag mede met het oog op de deugdelijkheid van het onderwijs is ingevoerd.⁸³

76 Naast titel I RPBO is ook de ABPw op openbaar en bijzonder onderwijs van toepassing.

77 Een goed voorbeeld op dit laatste punt vormen de commissies van beroep. Vgl. ook nt .86

78 Toch is de rechtspositionele gelijkheid al ouder dan de financiële gelijkstelling; in 1901 werden de salarissen gelijk getrokken, in 1905 de pensioenen; sinds 1905 bestaan ook de commissies van beroep. Vgl. Mentink (1989a), 65 e.v.; 69 e.v. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.8.4.

79 Drop (1985, 202-203) vereenzelvigt naar het lijkt financiële gelijkstelling en 'rechtspositionele gelijkheid'.

80 Art. 21 WBO, art. 29 ISOVSO. Dit verbod is iets uitzonderlijks in de onderwijswetgeving. In de regel zijn de bekostigingsvoorwaarden namelijk minimum-voorwaarden. Vgl. Mentink (1989a), 41. Ten aanzien van de financiële arbeidsvoorwaarden wijkt aldus, in Jacobs' terminologie (1982, 30-31), het gunstigheidsbeginsel voor het ordeningsbeginsel.

81 Vgl. Mentink (1989a), 87-88, 107-108, 121, 123.

82 Vgl. Mentink (1989a), 68, 87, 95.

83 Vgl. Drop (1985), 181; Akkermans, red. (1987), 372.

Toch moet bedacht worden dat de relatie tussen deugdelijkheid en arbeidsvoorwaarden in dit verband slechts een beperkt belang heeft. Is een bepaald minimumniveau bereikt, dan is dat strikt genomen voldoende. Boven dat minimum zijn verschillen in rechtspositie denkbaar, zonder dat dat meteen gevolgen heeft voor de deugdelijkheid van het onderwijs. De overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs is dan ook niet in staat om ten volle te verklaren waarom de werknemers in het openbaar en bijzonder onderwijs in de ogen van wetgever en direct betrokkenen per se gelijke arbeidsvoorwaarden dienen te hebben. De verklaring daarvoor is het principe van de rechtspositionele gelijkheid zoals hiervoor geschetst.

Uitgaande van dat principe ligt voor de hand dat het aantal overlegcircuits zo beperkt mogelijk wordt gehouden, want anders is de na te streven gelijkheid niet of nauwelijks te waarborgen. Dat geldt in de eerste plaats voor het openbaar onderwijs. Vandaar dat ook op de ambtenaren werkzaam in het gemeentelijk openbaar onderwijs de van rijkswege, na georganiseerd overleg op centraal niveau vastgestelde rechtspositieregelingen van toepassing zijn.⁸⁴ Dat geldt daarnaast voor het geheel van openbaar en bijzonder onderwijs. Dat de rijksoverheid een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor openbaar en bijzonder onderwijs ligt vervolgens voor de hand. Zij heeft niet alleen een grondwettelijke taak ten aanzien van de deugdelijkheid het onderwijs, zij is ook de financier van openbaar én bijzonder onderwijs.

Ook de financiële betrokkenheid van de overheid is aldus een factor die de sterke overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs bepaalt. Ook deze factor heeft echter een beperkt belang. De overheidsinvloed op aard en omvang van de bekostiging lijkt strikt genomen voldoende om de overheid in staat te stellen haar financiële en economische belangen (althans het algemeen financieel en economisch belang) te behartigen. Daarvoor is niet nodig dat de overheid, in de regel tot in de kleinste details, de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs vaststelt. Dat dat niettemin gebeurt kan alleen verklaard worden door er van uit te gaan dat het kennelijk de taak van de overheid is om de gelijk(waardig)heid van de arbeidsvoorwaarden in openbaar en bijzonder onderwijs te bewaken, met het oog op de belangen van bijzonder én openbaar onderwijs.

Ook aan werknemerszijde leidt het streven naar gelijkheid van arbeidsvoorwaarden kennelijk tot het zo veel mogelijk in één hand houden van (het deelnemen aan) het overleg. Zo althans zou verklaard kunnen worden waarom de centrales van overheids- en onderwijspersoneel niet alleen aan het georganiseerd overleg met de overheid deelnemen, maar ook, binnen het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs, bemoeienis hebben met het georganiseerd overleg op instellingsniveau en met het afsluiten van cao's.

⁸⁴ Dit in afwijking van het bepaalde in art. 125 lid 2 Aw. Vgl. par. 2.1.3.

4.2 VRIJHEID VAN ONDERWIJS

De gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs op rechtspositioneel gebied is enerzijds in het belang van het bijzonder onderwijs, dat is in de vorige paragraaf gebleken. De grote mate van overheidsinvloed die van het streven naar gelijke behandeling het gevolg is, betekent anderzijds ook weer een gevaar voor het bijzonder onderwijs. Al in hoofdstuk III is tenslotte gebleken dat er een duidelijke relatie ligt tussen de vrijheid van onderwijs en althans bepaalde aspecten van rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Dat geldt met name ook voor het onderwerp 'aanstelling en ontslag'.⁸⁵ Zo wordt begrijpelijk waarom de overheid ten aanzien van dit onderwerp een grote mate van terughoudendheid betracht. Het onderwerp 'aanstelling en ontslag' komt als zodanig niet in het georganiseerd overleg met de overheid aan de orde. Het behoort tot de sfeer van het schoolbestuur, in overleg met de werknemers en hun organisaties. De resultaten van dat overleg worden neergelegd in privaatrechtelijke vorm – in de akte van benoeming en de cao.

Het is goed om te benadrukken dat de terughoudendheid van de overheid ten aanzien van het onderwerp 'aanstelling en ontslag' de uitzondering op de regel vormt. Alle andere rechtspositionele aangelegenheden komen, als gevolg van het uitgangspunt 'gelijke behandeling', in het georganiseerd overleg tussen rijksoverheid en centrales aan de orde. Dat is ten dele niet zo erg als het lijkt, omdat de deelnemers aan het georganiseerd overleg zich kunnen beperken tot het maken van afspraken op hoofdlijnen, die vervolgens op lager niveau, met een grotere betrokkenheid voor de schoolbesturen, verder worden uitgewerkt. Anderzijds is de invloed van het georganiseerd overleg nog veel groter dan op het eerste oog al lijkt, omdat bij de taakverdeling geen rekening wordt gehouden met indirecte effecten van de besluiten naar aanleiding van het georganiseerd overleg voor de vrijheid van de schoolbesturen ten aanzien van aanstelling en ontslag.⁸⁶

85 Hoofdstuk III, par. 2.8.2.

86 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat in een concreet geval overheidsoptreden ten dienste van de rechtspositionele gelijkheid (en dus indirect ten dienste van de vrijheid van onderwijs) geacht wordt noodzakelijk te zijn, ook al betekent het een (directe) inbreuk op de vrijheid van onderwijs. Ik wijs in dit verband op de commissies van beroep: zonder het principe van de gelijke rechtspositie had de wetgever ingrijpen op het gebied van de rechtsbescherming tegen ontslag geheel achterwege kunnen laten en zo alle problemen rond de al dan niet grondwettigheid van zijn ingrijpen uit de weg kunnen gaan. Zonder ingrijpen zouden de werknemers in het openbaar onderwijs qua rechtsbescherming echter duidelijk beter af zijn geweest dan de werknemers in het bijzonder onderwijs, zodat ingrijpen wel degelijk geboden was. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.1.

4.3 RECENTE WIJZIGINGEN

Het op de hiervoor geschetste principes gestoelde stelsel blijkt in de praktijk bezwaren op te roepen. Alle rechtspositionele aangelegenheden (afgezien van aanstelling en ontslag) zijn tot in details in wettelijke regelingen vastgelegd. Waar de regelingen niet voldoende zijn, neemt de Minister van Onderwijs talloze beslissingen in concrete gevallen. Daar staat tegenover dat duizenden schoolbesturen wel de juridische werkgevers zijn, maar dat zij weinig of geen vrijheid van handelen hebben op het gebied van de arbeidsvoorwaarden van hun werknemers, noch om in algemene zin beleid te voeren, noch om in een zekere vrijheid concrete beslissingen te nemen.

Het bezwaar is niet alleen de bureaucratie die hiervan het gevolg is. Ook in financieel opzicht zijn er grote bezwaren voor de overheid. Alle beslissingen van Minister en schoolbesturen die conform de regels zijn, komen ten laste van de onderwijsbegroting. Voor de schoolbesturen is er geen enkele noodzaak om, door eigen beleid te voeren, de uitgaven te beperken. De totale kosten van de arbeidsvoorwaarden in het onderwijs zijn daardoor ook niet of nauwelijks vooraf in te schatten, laat staan te beheersen en te beïnvloeden.⁸⁷ Vanuit de positie van de overheid is dit een weinig wenselijke situatie. Ook de schoolbesturen hebben uiteraard weinig reden om tevreden te zijn, er van uitgaande dat zij invloed willen op de arbeidsvoorwaarden van het personeel, om zo een zeker personeelsbeleid te kunnen voeren.

Naar het lijkt is het echter vooral het overheidsbelang geweest, dat, enkele jaren geleden, heeft geleid tot de beslissing om het stelsel voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs te wijzigen.⁸⁸ Dat is in eerste instantie alleen gebeurd in het hoger beroepsonderwijs, waar, gelijktijdig met de schaalvergroting, bevoegdheden op rechtspositioneel gebied zijn gedelegeerd (althans overgelaten) aan de besturen van afzonderlijke hbo-instellingen.⁸⁹ Hetzelfde is inmiddels gebeurd in het middelbaar beroepsonderwijs. De schoolbesturen in het beroepsonderwijs kunnen tot op zekere hoogte zelf personeelsbeleid voeren, dat beleid in regels vastleggen en, op basis van beleid en regels, beslissen in concrete gevallen. Die vrijheid wordt nog steeds begrensd door wettelijke bepalingen op rechtspositioneel gebied; deze laten de schoolbesturen in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs echter meer ruimte dan voorheen het geval was. Daarnaast wordt de vrijheid van de schoolbesturen begrensd door de omvang van de beschikbare financiën. Financiering vindt namelijk plaats in de vorm van een bedrag ineens (een 'lump sum'), waarvan de hoogte wordt vastgesteld aan de

87 Vgl. School 2000, 8; Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 9 e.v.

88 Vgl. School 2000, 12-13.

89 De betrokkenen in het onderwijs spreken wel van delegatie door de Minister aan de schoolbesturen. Die term is niet correct, omdat van een echte overdracht geen sprake is. De Minister ziet voortaan af van de uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden. Het schoolbestuur maakt vervolgens gebruik van zijn 'natuurlijke' privaatrechtelijke bevoegdheden als bestuur van de rechtspersoon die de school in stand houdt en als werkgever.

hand van het leerlingen- c.q. studentenaantal van de instelling. De grotere ruimte voor de schoolbesturen om eigen beleid te voeren betekent dus tevens dat op hen de verantwoordelijkheid rust om met de beschikbare middelen uit te komen. Voor de overheid is dat uiteraard aantrekkelijk, omdat het meer greep geeft op de uitgaven.⁹⁰

De vergroting van de bevoegdheden van de schoolbesturen op rechtspositioneel gebied betekent dat behoefte is aan een 'tegenwicht' aan werknemerszijde. Een deel van de arbeidsvoorwaarden in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs komt tenslotte niet meer in de Bijzondere Commissie aan de orde. Het is om die reden dat de schoolbesturen in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs overleg dienen te voeren in het kader van het IGO, alvorens zij hun bevoegdheden uitoefenen.

Opvallend is dat tegen de regeling van het IGO bezwaren zijn geuit op grond van de vrijheid van onderwijs, zowel door de Raad van State als vanuit het bijzonder onderwijs. De overlegregelingen op hoger niveau worden zelden of nooit bekritiseerd vanuit het standpunt dat zij de vrijheid van onderwijs in gevaar brengen. In verband met het IGO is dat wel gebeurd, met ingrijpende gevolgen voor de inhoud van de IGO-bepalingen in het RPBO (en vervolgens ook in de RMBO).

In dit verband is het nodig om kort de ontstaansgeschiedenis van de IGO-bepalingen in hoofdstuk IV-C RPBO te schetsen. De WHBO is een jaar eerder in werking getreden dan hoofdstuk IV-C RPBO (1 augustus 1986 resp. 1 augustus 1987). Gedurende dat jaar is binnen het hoger beroepsonderwijs georganiseerd overleg gevoerd op basis van de Ministeriële regeling van 24 juli 1986, die gebaseerd was op art. E.68 IWHBO. De inhoud van die regeling werd als ontwerp-AMvB aan de Raad van State voorgelegd. Zij was voor de Raad van State aanleiding om een aantal kritische vragen te stellen die verband hielden met de vrijheid van onderwijs, onder andere over de overeenstemmingseis (ik kom daar hierna op terug). Deze vragen zijn vervolgens aanleiding geweest om een sterk gewijzigd hoofdstuk IV-C RPBO vast te stellen.⁹¹ Als gevolg daarvan wijkt de regeling van het IGO in het RPBO op een aantal essentiële punten af van de regeling van het georganiseerd overleg op hoger niveau. Datzelfde geldt voor de regeling in het RMBO, die vrijwel gelijk-luidend is.⁹²

Aldus is duidelijk waarom het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs georganiseerd overleg kent op instellingsniveau en waarom de opzet daarvan afwijkt van de opzet van overleg met de Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie. Waarom het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs daarnaast nog cao's kent is daarentegen nog steeds onduidelijk. Zij zouden het gevolg kunnen zijn van de vergroting van de autonomie van de afzonderlijke instellingen, in die zin dat met het toenemen van de ruimte voor

90 Vgl. i.v.m. het voorgaande ook: hoofdstuk III, par. 2.5.4, par. 2.8.4.

91 Vgl. Ros (1990), 21 e.v.

92 Vgl. par. 6.2.

eigen beleid ook de behoefte zou kunnen groeien om dat beleid 'ergens' vast te leggen. De cao's hebben echter een zeer beperkte inhoud, die vrijwel overeenstemt met de inhoud die elders de aktes van benoeming hebben; dat bleek in par. 3.2.2. Een rechtstreeks verband met de nieuwe bevoegdheden van de schoolbesturen in het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs is er in zoverre niet. Meer indirect is dat verband er wel: met de uitbreiding van bevoegdheden hangt ook samen een uitbreiding van de omvang van de instellingen en een versterking van het management. Daardoor ligt het sluiten van cao's in het beroepsonderwijs meer voor de hand dan elders in het bijzonder onderwijs. Gezien het feit dat de schoolbesturen toch al overleg voeren over rechtspositionele aangelegenheden met de vier centrales, ligt het voor de hand om de centrales ook te betrekken bij het cao-overleg. In dat opzicht is er wel een band tussen IGO en cao-overleg.

4.4 SPECIALE AANDACHTSPUNTEN

4.4.1 *Juridisch-technische aspecten*

Tot zover de principes die ten grondslag liggen aan het stelsel voor de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs. Aan de hand daarvan is het mogelijk om een groot aantal van de in par. 3.5. geformuleerde vragen te beantwoorden, met name de vragen die betrekking hadden op het 'waarom?' van het huidige stelsel. Een aantal van de meer juridisch-technische vragen is echter nog niet beantwoord.

Zo is nog niet beantwoord de vraag hoe de resultaten van het georganiseerd overleg doorwerken in de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en individuele werknemer. In verband daarmee is ook nog niet beantwoord de vraag hoe de verhouding is tussen het georganiseerd overleg enerzijds en het overleg met (en de uitoefening van bevoegdheden door) de MR en het eventuele overleg tussen schoolbestuur en (organisaties van) werknemers anderzijds. Meer specifiek voor het beroepsonderwijs resteert daarnaast nog de vraag naar de verhouding tussen de resultaten van het georganiseerd overleg (op centraal niveau en binnen de instelling) en de in een aantal gevallen daarnaast gevoerde cao-onderhandelingen.⁹³

4.4.2 *Principiële kwesties*

Nadere aandacht verdienen ook de principes die aan het huidige stelsel (in zijn beide verschijningsvormen, voor het beroepsonderwijs en elders) ten grondslag liggen. Die principes als zodanig zijn duidelijk. Duidelijk is ook hun grote invloed op de wijze waarop de arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs worden vastgesteld. Dat wil echter niet zeggen dat de opvallende gang van

⁹³ Daarnaast rijst de vraag naar de status van het IGO binnen het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs, omdat dat overleg in eerste instantie uitsluitend lijkt te berusten op bekostigingsvoorwaarden; ik wees daar al op in nt 74.

zaken daardoor ook gerechtvaardigd wordt. Die kwestie verdient uitdrukkelijk aan de orde te komen.

Van zeker zo groot belang is het om het collectief overleg inzake het bijzonder onderwijs uitdrukkelijk in verband te brengen met het sociaal recht betreffende het collectief overleg in de private sector. Daar worden arbeidsvoorwaarden vastgesteld binnen een grotendeels privaatrechtelijk overlegstelsel, gestoeld op de door de overheid zo min mogelijk beperkte contractsvrijheid van werkgevers, werknemers en hun organisaties. Als het stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs vanuit de invalshoek van het reguliere sociaal recht benaderd wordt, dan is het allerm minst vanzelfsprekend, in sommige opzichten zelfs bepaald problematisch. Dat geldt voor de werknemers en hun organisaties én voor de schoolbesturen. Een voorbeeld kwam al aan de orde in par. 3.5: het feit dat de overheid de schoolbesturen in het bijzonder hoger beroepsonderwijs verplicht om overleg te voeren en daarbij meteen vastlegt met wie dat dient te geschieden.

4.4.3 De volgende paragrafen

In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op het in par. 3 in hoofdlijnen beschreven stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs. Ik zal daarbij een tweedeling aanbrengen tussen het 'oude' stelsel voor de vaststelling van arbeidsvoorwaarden, zoals dat in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs wordt gehanteerd (par. 5), en het 'nieuwe' stelsel, dat in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs wordt gehanteerd (par. 6). Bij de beschrijving van beide stelsels zal ik speciaal de aandacht richten op de hiervoor genoemde technisch-juridische aandachtspunten. De meer principiële punten komen met name aan de orde in par. 7.

5 Collectief overleg inzake het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs

5.1 VOORAF

Het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs wordt in twee circuits gevoerd.⁹⁴ In de eerste plaats is er het georganiseerd overleg tussen overheid en centrales in de Bijzondere Commissie. In de tweede plaats is er het overleg binnen het bijzonder onderwijs, tussen (organisaties van) schoolbesturen en werknemersorganisaties. Hierna zal ik beide overlegcircuits achtereenvolgens behandelen, in par. 5.2 het georganiseerd overleg met de overheid, in par. 5.3 het overleg binnen het bijzonder onderwijs.

⁹⁴ Onder 'voortgezet onderwijs' versta ik in deze paragraaf niet het mbo.

5.2 GEORGANISEERD OVERLEG MET DE BIJZONDERE COMMISSIE

5.2.1 *De grondslag van het overleg*

Het georganiseerd overleg tussen de Minister van Onderwijs en de Bijzondere Commissie is gebaseerd op dezelfde principes als het georganiseerd overleg elders bij de overheid.⁹⁵ Op een aantal punten zijn er echter verschillen. Het eerste verschil is de wettelijke basis voor het georganiseerd overleg. Elders binnen de (rijks)overheid zijn dat de artt. 113 e.v. ARAR jo. art. 125 lid 1 sub k Aw. Ten aanzien van het onderwijs is de verplichting tot het voeren van georganiseerd overleg opgenomen in de diverse onderwijswetten.⁹⁶ De verdere uitwerking van deze verplichting wordt gegeven in hoofdstuk IV-A RPBO.

5.2.2 *De deelnemers aan het overleg*

Ten aanzien van de samenstelling van de Bijzondere Commissie zijn er geen verschillen: de werknemers worden vertegenwoordigd door de vier centrales die ook in de Centrale Commissie zijn vertegenwoordigd. Bij elk van de vier centrales zijn een of meer vakbonden aangesloten die zich speciaal richten op het onderwijs. In de ACOP is dat de Algemene Bond van Onderwijzend Personeel (ABOP), in de CCOOP zijn dat de Protestants-Christelijke Onderwijsvakorganisatie (PCO) en de Katholieke Onderwijs Vakorganisatie (KOV), in het AC is dat het Nederlands Genootschap van Leraren (NGL) en in de CMHF de Unie Beroepsonderwijs.

Het feit dat de centrales het overleg voeren, en (bijvoorbeeld) niet de onderwijsvakbonden die lid zijn van de centrales, kan betekenen dat te weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om in de Bijzondere Commissie speciaal te letten op de omstandigheden in het onderwijs. Weliswaar is gebruikelijk dat de leden van de Bijzondere Commissie afkomstig zijn uit de onderwijsvakbonden, de formele overlegpartij is en blijft echter de centrale. Dat kan van belang zijn als de onderwijsvakbond en (een meerderheid van) de overige in de centrale verenigde vakbonden van mening zouden verschillen op een bepaald punt. Wordt in de centrale bij meerderheid beslist, dan delft de onderwijsvakbond het onderspit. Dat betekent dat niet is uitgesloten dat een centrale in de Bijzondere Commissie een koers volgt, die uitdrukkelijk niet de instemming heeft van de vakbond die representatief is voor de werknemers in het onderwijs. Daarom bestaat er bezwaar tegen de samenstelling van de Bijzondere Commissie uit een oogpunt van representativiteit, niet vanwege een absoluut gebrek aan representativiteit, maar vanwege een gebrek aan voldoende specifieke representativiteit voor de werknemers in het onderwijs.

Het overleg met de Bijzondere Commissie wordt gevoerd door (een ver-

95 Vgl. par. 2.1. De Centrale Commissie blijft hierna zo veel mogelijk buiten beschouwing.

96 Artt. 43 WBO, 52 ISOVSO, 40 WVO.

tegenwoordiger aangewezen door) de Minister van Onderwijs.⁹⁷ Net als in verband met de Centrale Commissie, maakt de vertegenwoordiger van de overheid geen deel uit van de Bijzondere Commissie. Hij fungeert wel als voorzitter van het overleg. Als gevolg daarvan heeft hij een aantal specifieke functies, onder andere in verband met de agenda.⁹⁸

5.2.3 De inhoud van het overleg

De competentie van de Bijzondere Commissie voor het onderwijspersoneel verschilt van die van de overige bijzondere commissies. Aan de orde komen: 'aangelegenheden van algemeen belang voor de ('bijzondere' is vervallen, W.B.) rechtstoestand van het onderwijspersoneel met inbegrip van de regels, volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd'.⁹⁹ De competentie is zodoende ruimer. Overleg in de Bijzondere Commissie blijft niettemin achterwege 'indien omtrent een bij of krachtens wet gegeven regeling betreffende aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van ambtenaren' overleg is gepleegd in de Centrale Commissie en die regeling 'van toepassing of van overeenkomstige toepassing is op het onderwijspersoneel'.¹⁰⁰ Is de aangelegenheid echter niet in de Centrale Commissie aan de orde geweest, dan hebben Minister van Onderwijs en centrales de vrije hand voor zover het overleg althans betrekking heeft op 'een maatregel (...) die beoogt in de rechtstoestand van het onderwijspersoneel een wijziging aan te brengen overeenkomstig een voor het burgerlijk rijkspersoneel aangebrachte of aan te brengen wijziging, waaromtrent met de Centrale Commissie (...) overleg is gepleegd', dan wel indien het overleg betrekking heeft op 'een aangelegenheid (...) die uitsluitend van belang is voor de rechtstoestand van het onderwijspersoneel'. In alle andere gevallen wordt in het georganiseerd overleg inzake het onderwijs niet eerder beslist dan nadat 'omtrent de wenselijkheid van de desbetreffende maatregel, gezien in het kader van de regeling van de rechtstoestand van het burgerlijk rijkspersoneel', overleg is gepleegd met de Centrale Commissie.¹⁰¹

Gevolg van dit alles is dat de Minister van Onderwijs en de Bijzondere Commissie een grotere zelfstandigheid hebben bij het overleg over c.q. de vaststelling van arbeidsvoorwaarden dan elders in het kader van het decentrale georganiseerd overleg het geval is, terwijl toch verzekerd is dat de grote lijnen door de Minister van Binnenlandse Zaken en de Centrale Commissie (kunnen) worden bewaakt. De toelichting op het RPBO noch de literatuur geven informatie over het waarom van deze grotere zelfstandigheid. Het ligt voor de hand dat zij te maken heeft met het feit dat het georganiseerd overleg in de

97 Voor zover het gaat om het landbouwonderwijs: de Minister van Onderwijs en de Minister van Landbouw en Visserij; art. IV-A6 RPBO.

98 Art. IV-A10 lid 4 RPBO.

99 Art. IV-A10 lid 1 RPBO.

100 Art. IV-A10 lid 2 RPBO.

101 Art. IV-A10 lid 3 RPBO.

Bijzondere Commissie voor het onderwijspersoneel betrekking heeft op de gehele onderwijssector, inclusief het gemeentelijk en het bijzonder onderwijs.

Het voorgaande betreft uitsluitend de taakverdeling tussen Centrale Commissie en Bijzondere Commissie. Daarnaast moet uiteraard rekening worden gehouden met de 'buitengrens' van het georganiseerd overleg als geheel. Op dat punt is de competentie van de Bijzondere Commissie dezelfde als die van de Centrale Commissie: in de Bijzondere Commissie komen al die aangelegenheden aan de orde die rechtstreeks of meer indirect betrekking hebben op de (rechts)positie van het onderwijspersoneel. De competentie is zo ruim dat daaronder alle arbeidsvoorwaarden (regelingen) vallen. Ook fusies, reorganisaties en andere arbeidsorganisatorische besluiten, die betrekking hebben op grotere delen van het onderwijs, komen in de Bijzondere Commissie aan de orde. In dat geval zal in de regel een onderscheid moeten worden gemaakt tussen het (voorgenomen) besluit als zodanig, dat niet ter discussie staat, en de personele consequenties van het besluit, die uitdrukkelijk wel aan de orde dienen te komen.¹⁰² Het overleg over de personele aspecten moet op een zodanig tijdstip en op een zodanig wijze worden gevoerd, dat het mogelijk is om het besluit in kwestie op basis van de resultaten van het georganiseerd overleg bij te stellen.¹⁰³

5.2.4 Het rechtskarakter van het overleg

Taak en bevoegdheden van de Bijzondere Commissie voor het onderwijspersoneel mogen dan ruimer zijn, het rechtskarakter van het georganiseerd overleg is hetzelfde als elders. Dat blijkt uit art. IV-A10 lid 1 RPBO: 'Over aangelegenheden (...) wordt niet beslist dan nadat daarover (...) overleg is gepleegd met de Bijzondere Commissie'. Uitgangspunt is de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden. Daaraan voorafgaand wordt overleg gevoerd; overeenstemming is niet vereist. Wel zal sprake moeten zijn van open en reëel overleg, gericht op het bereiken van overeenstemming.¹⁰⁴ Een dergelijke opstelling wordt van alle deelnemers aan het overleg verwacht.¹⁰⁵ In de praktijk zal het vooral de overheid zijn die moeite zal hebben om te voldoen aan de eis van open overleg, zonder min of meer onwrikbare, vooraf ingenomen standpunten.

¹⁰² Vgl. (niet speciaal i.v.m. het onderwijs, maar daarop wel van toepassing:) AAC 16-4-1985, AAC-1, TAR 1985, 118.

¹⁰³ AAC 11-6-1985, AAC-3, TAR 1985, 197; AAC 5-7-1988, AAC-16, TAR 1988, 182.

¹⁰⁴ Specifiek i.v.m. het onderwijs: Pres Rb Den Haag 3-10-1977, NJ 1978, 170; dezelfde 16-5-1980, NJ 1980, 533; AAC 5-7-1988, AAC-16, TAR 1988, 182; AAC 2-2-1989, AAC-17, TAR 1989, 87. Vgl. over het georganiseerd overleg in het algemeen: par. 2.1.2 en m.n. nt 12. Is het besluit nog niet genomen, dan is eventueel een rechterlijk verbod mogelijk; vgl. (interessant, maar ook omstreden): Pres. Rb Den Haag 3-10-1977, AB 1977, 377, NJ 1978, 170. Indien de Minister geen (toereikend) overleg heeft gevoerd, heeft dat in beginsel de nietigheid van het eventueel toch genomen overheidsbesluit tot gevolg. Vgl. (bijv.) CRvB 7-9-1989, TAR 1989, 209. Het bestaan van de sluitstukregeling zal in de regel problemen op dit vlak voorkomen. Vgl. bijv. AAC 16-4-1985, AAC-1, TAR 1985, 118.

¹⁰⁵ AAC 11-6-1985, AAC-3, TAR 1985, 197; AAC 24-6-1987, AAC-13, TAR 1987, 205. Vgl. ook Jaspers (1985), 452; Rood (1989), 53-54.

Het overleg dient uiteindelijk te leiden tot een standpuntbepaling door de vier centrales. Het standpunt wordt bepaald bij enkelvoudige meerderheid, waarbij elke centrale één stem uitbrengt.¹⁰⁶ Het standpunt kan positief of negatief zijn. Van groot belang is dat niet, uitgaande van de wettelijke regeling in het RPBO. Met name doet een afwijzend oordeel van het georganiseerd overleg niet af aan de bevoegdheid van de Minister van Onderwijs om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Evenmin is in dat verband van belang of sprake is van een unaniem ingenomen standpunt aan de zijde van de centrales of van een meerderheidsstandpunt.¹⁰⁷

5.2.5 De sluitstukregeling

Het invoeren van de sluitstukregeling, die ook op het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie voor het onderwijspersoneel van toepassing is, heeft de situatie op dit punt overigens aanzienlijk veranderd.¹⁰⁸ De centrales hebben nu de mogelijkheid om zich tot de AAC te wenden als het overleg niet tot overeenstemming leidt. Zelfs een centrale die een minderheidsstandpunt inneemt, door als enige niet in te stemmen met een bepaald beleidsvoornemen, kan zich tot de AAC wenden.

Voor de centrales is de mogelijkheid om een beroep te doen op de AAC extra van belang, omdat de sluitstukregeling deel uitmaakt van de overlegregeling, zodat de Minister pas een definitieve beslissing in de zin van art. IV-A10 lid 1 RPBO mag nemen, nadat overeenstemming is bereikt, nadat de procedure voor de AAC geheel is doorlopen, dan wel nadat vast staat dat geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om een beroep te doen op de AAC.¹⁰⁹

Alvorens een beroep op de AAC kan worden gedaan, is vereist dat de Minister dan wel een of meer centrales uitdrukkelijk tot de conclusie komt (dan wel komen) dat het overleg niet zal leiden tot een uitkomst die de instemming van alle deelnemers aan het overleg zal hebben en die conclusie vervolgens schriftelijk meedeelt (dan wel meedelen) aan de andere bij het overleg betrokkenen.¹¹⁰ Daarop volgt – verplicht – hernieuwd overleg tussen alle betrokkenen in een speciaal te beleggen overlegvergadering. Dat overleg kan leiden tot de beslissing om het overleg 'inhoudelijk' voort te zetten (of definitief te beëindigen). Zo niet, dan dient het overleg (liefst) te leiden tot het gezamenlijk formuleren van onderwerp en inhoud van het geschil en tot een gezamenlijke beslissing om de AAC om advies te vragen dan wel om een arbitraire beslissing te vragen.

106 Art. IV-A13 leden 3 en 4 RPBO. Uitgangspunt is dat de Bijzondere Commissie wacht met het innemen van een standpunt tot na het moment dat (voor zover dat vereist is) de Commissie Besturenorganisaties een standpunt heeft bepaald (art. IV-A13 lid 2 RPBO).

107 Vgl. wel art. IV-A23 lid 2 RPBO, dat de Minister eventueel een motiveringsplicht oplegt.

108 Die toepasselijkheid is geen automatisme; zij berust op de artt. IV-A14 e.v. RPBO.

109 NvT bij de artt. IV-A13 tot en met IV-A22, onder Algemeen.

110 Art. IV-A15 RPBO. Vgl. Rood (1989), 96 e.v.

trale uitspraak.¹¹¹ Een arbitrale uitspraak is alleen mogelijk als alle deelnemers aan het overleg daarmee instemmen; tot het inwinnen van advies is ieder van de deelnemers in staat, onafhankelijk van het standpunt dienaangaande van de andere overlegpartners.¹¹²

Art. IV-A14 RPBO bevat een belangrijke beperking van de mogelijkheden om een beroep te doen op de AAC: een dergelijk beroep is alleen mogelijk terzake van aangelegenheden die behoren tot de competentie van de Bijzondere Commissie 'voor zover die aangelegenheden uitsluitend de rechtstoestand van het onderwijspersoneel met inbegrip van de algemene regels volgens welke het personeelsbeleid zal worden gevoerd, betreffen'. Deze bepaling is in twee opzichten van belang. In de eerste plaats beperkt zij de bevoegdheden van de AAC ten aanzien van geschillen over aangelegenheden die niet uitsluitend de rechtstoestand van het onderwijspersoneel (en het personeelsbeleid) betreffen, zoals reorganisaties. Uitsluitend over het rechtspositionele aspect mag de AAC zich uitspreken.¹¹³ In de tweede plaats moet de bepaling bezien worden in het licht van de beperkte taak van de Bijzondere Commissie als orgaan van georganiseerd overleg voor uitsluitend het onderwijspersoneel. In de Bijzondere Commissie kunnen op grond van art. IV-A10 RPBO ook rechtspositionele aangelegenheden aan de orde komen die niet uitsluitend voor het onderwijspersoneel van belang zijn. Geschillen ten aanzien van dergelijke aangelegenheden kan de Bijzondere Commissie niet aan de AAC voorleggen.¹¹⁴

Ten aanzien van de samenstelling van de AAC is art. 110g ARAR van toepassing, met dien verstande dat als het geschil betrekking heeft op het onderwijs, de AAC wordt uitgebreid met twee leden, benoemd door de Minister van Onderwijs op voordracht van respectievelijk de voorzitter van de Bijzondere Commissie en de centrales.¹¹⁵ Ten aanzien van de werkwijze van de AAC zijn de desbetreffende bepalingen in het ARAR van toepassing.¹¹⁶

Ook ten aanzien van het onderwijs geldt dat een advies van de AAC niet meer is dan dat – een advies. In art. IV-A21 RPBO wordt bepaald dat het georganiseerd overleg over het geschilpunt binnen twee weken na ontvangst van het advies hervat dient te worden. De bij het overleg betrokkenen zijn daarom gehouden om opnieuw naar overeenstemming te streven; zij zijn niet verplicht om het advies op te volgen. Aan een arbitrale uitspraak zijn alle

111 Art. IV-A16 RPBO. Een bepaling vergelijkbaar met art. 110f lid 2 ARAR (de gang van zaken in geval om een arbitrale uitspraak verzocht wordt) ontbreekt vreemd genoeg in het RPBO, al lijkt de NvT (art. IV-A17) wel van haar bestaan uit te gaan.

112 Art. IV-A16 leden 3 en 4 RPBO. Vgl. in dit verband: AAC 10-10-1990, AAC-28, TAR 1990, 255, een arbitrale beslissing inzake de arbeidsduurverkortung in het onderwijs.

113 AAC 16-4-1985, AAC-1, TAR 1985, 118. Vgl. Jaspers (1985), 453; Rood (1989), 95-96.

114 De NvT bij het RPBO (artt. IV-A13 tot en met IV-A22, onder Algemeen) wijst uitsluitend op dit aspect.

115 Art. IV-A18 RPBO.

116 Art. IV-A19 RPBO.

betrokkenen zonder meer gebonden.¹¹⁷ Voor de Minister kan dat betekenen dat hij verplicht is te beslissen conform de uitspraak van de AAC.

5.2.6 *Experimentele tweezijdigheid ook in het onderwijs*

De wettelijke regeling in hoofdstuk IV-A RPBO wordt op dit moment voor een belangrijk deel niet toegepast. Het protocol waarvan in par. 2.1.2 sprake was, betreft namelijk ook het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie voor het onderwijspersoneel.¹¹⁸ Dat betekent dat ook de Minister van Onderwijs ten aanzien van regelingen waaraan individuele personeelsleden rechten kunnen ontleenen en werkgelegenheidsmaatregelen die beslag leggen op de financiële ruimte voor de arbeidsvoorwaarden) alleen tot besluitvorming mag overgaan, als daarover daadwerkelijk overeenstemming is bereikt met de (dat wil zeggen: drie van de vier) centrales.¹¹⁹ Ten aanzien van andere, al of niet in regelingen neer te leggen, beleidsvoornemens met personele of werkgelegenheidsconsequenties is de Minister daarentegen nog steeds bevoegd om eenzijdig besluiten te nemen, na overleg weliswaar, maar zonder dat per se overeenstemming moet zijn bereikt.¹²⁰

5.2.7 *De doorwerking van de overlegresultaten in het bijzonder onderwijs*

Een kwestie die in par. 3.5 al kort aan de orde kwam en die ik in deze paragraaf meer uitgebreid wil behandelen, is de kwestie van de doorwerking van de resultaten van het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie in het bijzonder onderwijs en met name in de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer.

Ter vergelijking het openbaar onderwijs: nadat dat overleg is afgerond gaat de Minister (of eventueel de Kroon of de formele wetgever) eenzijdig over tot besluitvorming; de besluiten werken rechtstreeks door in de arbeidsrelatie tussen de individuele ambtenaar en diens bevoegd gezag.

Ook ten aanzien van het bijzonder onderwijs zou de doorwerking verzekerd kunnen worden door wetgeving die rechtstreeks doorwerkt in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer, maar gebruikelijk is dat niet.¹²¹ De besluiten naar aanleiding van het georganiseerd overleg hebben voor het bijzonder onderwijs namelijk meestal de vorm van tot het schoolbestuur gerichte bekostigingsvoorwaarden. In het vorige hoofdstuk werd de conclusie getrok-

117 Art. IV-A22 RPBO. De arbitrage door de AAC dient uiteraard niet verward te worden met de arbitrage in de zin van de artt. 1020 e.v. WBRv. Zo ook Borghouts/Veldstra (1983) 698-699; Rood (1989), 106.

118 TK 1989-1990, 20402, nr 3, 9.

119 Vgl. AAC 2-2-1989, AAC-17, TAR 1989, 87 (m.n. onder B, slot).

120 In het protocol worden reorganisaties uitdrukkelijk genoemd als voorbeeld van de tweede categorie. Uit AAC 2-2-1989, AAC-17, TAR 1989, 87 blijkt dat ook een wijziging in de formatieregelingen voor het onderwijs, leidend tot een verkrapping van de formatie, niet onderhevig is aan instemming.

121 Uitzondering vormen de bepalingen op grond van art. 23 lid 2 Gw, m.n. i.v.m. de bekwaamheid. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.2.

ken dat het schoolbestuur zich daaraan gebonden zal voelen als aan 'normale' wettelijke voorschriften.¹²² Die gebondenheid bestaat echter alleen ten opzichte van de overheid. Willen de bekostigingsvoorwaarden van invloed zijn op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer, dan is daarvoor een overeenkomst tussen schoolbestuur en werknemer nodig waarin de bekostigingsvoorwaarden van toepassing worden verklaard.

Aldus ontstaat een rijkelijk ingewikkeld geheel. Uit het oogpunt van de overheid, die ook in haar eigen belang de gelijkheid van arbeidsvoorwaarden in openbaar en bijzonder onderwijs in het oog houdt, biedt de verplichting van het schoolbestuur tot het doorcontracteren van de bekostigingsvoorwaarden kennelijk echter voldoende garanties.

Voor het schoolbestuur zou een bezwaar kunnen zijn dat de subsidie in gevaar wordt gebracht als het er niet heel precies op toeziet dat de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden worden overgenomen in de individuele arbeidsovereenkomsten.¹²³ Het tweezijdige karakter van de arbeidsovereenkomst lijkt op het eerste oog zelfs te betekenen dat het schoolbestuur over iedere wijziging van de arbeidsovereenkomst overeenstemming moet bereiken met al zijn werknemers, juist ook als die wijziging vereist is op grond van een wijziging van de bekostigingsvoorwaarden. Bij nader inzien valt dat mee. Gebruikelijk is namelijk dat de akte van benoeming een slotbepaling bevat, op basis waarvan de inhoud van de akte van benoeming automatisch wordt aangepast als de bekostigingsvoorwaarden veranderen. Deze slotbepaling doet de akte van benoeming op een cao lijken: zonder dat partijen daar invloed op hebben, ondergaat de arbeidsovereenkomst een invloed van buitenaf. De vergelijking gaat echter niet in volle omvang op, omdat in het ene geval (de cao) sprake is van wettelijke doorwerking; in het andere geval is de doorwerking onderling overeengekomen.

De individuele werknemer zou het als een bezwaar kunnen zien dat met 'zijn' werkgever niet of nauwelijks te onderhandelen valt over de arbeidsvoorwaarden en de overige aspecten van de rechtspositie. De slotbepaling in de akte van benoeming bewerkstelligt zelfs dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst verandert zonder dat hij daar invloed op heeft. De werknemer in het bijzonder onderwijs verkeert in dit opzicht echter niet in een duidelijk andere positie dan de georganiseerde werknemer die gebonden wordt door een cao. In beide gevallen geldt dat de (betrekkelijke) garantie die is gelegen in het feit dat zij zelf accoord moeten gaan met de vaststelling van hun arbeidsvoorwaarden is vervangen door de garanties die het collectief overleg biedt. Dat is het essentiële verschil met het in art. 1637f BW verboden beding in de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer vooraf verklaart accoord te gaan met

122 Par. 5:14

123 De positie van het schoolbestuur is in zekere zin vergelijkbaar met die van een door een cao gebonden werkgever ten opzichte van een niet-georganiseerde werknemer, voorzover de werkgever op grond van art. 14 WCAO verplicht is de cao ook ten opzichte van niet-georganiseerden na te komen.

elk in te toekomst vast te stellen of te wijzigen reglement. Om die reden bestaat er mijn inziens geen bezwaar tegen de slotbepaling.¹²⁴

5.3 OVERLEG BINNEN HET BASIS-, SPECIAAL EN VOORTGEZET ONDERWIJS

5.3.1 *Algemeen: weinig ruimte voor onderling overleg*

Par. 5.2 was gewijd aan het overleg met de overheid voor zover dat betrekking heeft op de rechtspositie van de werknemer in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Hierna komt het collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs aan de orde.

Veel ruimte voor dergelijk overleg is er niet, gezien de omvang van het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie. Het grootste belang heeft het overleg over kwesties rond aanstelling en ontslag, het onderwerp waarmee de overheid zich niet bezig dient te houden met het oog op de vrijheid van onderwijs. In dat verband is met name van belang het overleg tussen organisaties van schoolbesturen en werknemersorganisaties dat betrekking heeft op de bepalingen inzake aanstelling en ontslag in de aktes van benoeming van de individuele werknemers. In de par. 5.3.2 en 5.3.3 komt dit onderdeel van het collectief overleg aan de orde. Speciale aandacht vergt in dat verband de taakverdeling tussen het externe overleg met de werknemersorganisaties en het interne overleg met de MR. Overleg inzake aanstelling en ontslag kan ook op zijn plaats zijn in geval van fusies en reorganisaties. Ook in dat verband is van belang op welke wijze de taken zijn verdeeld tussen de werknemersorganisaties en de MR. In par. 5.3.4 zal deze kwestie aan de orde komen. Buiten het terrein van aanstelling en ontslag kan overleg op zijn plaats zijn voor zover het nodig is om de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving door nadere besluitvorming toe te spitsen op de individuele school. Veel behoefte aan een dergelijke uitwerking is er niet in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. In par. 5.3.5 zal ik er niettemin kort aandacht aan besteden, opnieuw mede met het oog op de taakverdeling tussen werknemersorganisaties en MR.

5.3.2 *Overleg over de modelakte van benoeming*

Een vorm van collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs die al sinds lang bestaat, is het overleg tussen de organisaties van schoolbesturen en van werknemers binnen de afzonderlijke onderwijszuilen over de inhoud van de binnen de zuil te gebruiken aktes van benoeming.

De akte van benoeming bevat in de regel bepalingen inzake de aard, de omvang en de duur van de aanstelling, inzake de mogelijkheid om disciplinaire maatregelen en schorsing op te leggen en inzake de beëindiging van de dienstbetrekking. Afhankelijk van de aard van de school kan zij ook bepalingen

¹²⁴ Vgl. in dit verband: Olbers (1989), 161-162, mede n.a.v. HR 7-10-188, NJ 1989, 335. Vgl. echter wel par. 5.3.3, i.v.m. het bepaalde in art. I-G2 lid 3 RPBO.

bevatten die de specifieke eisen omschrijven die aan de werknemer worden gesteld op grond van de richting van de school en ontslaggronden die daarop aansluiten. Het overleg betreffende de inhoud van de akte van benoeming heeft zodoende een groot belang.

Een uitdrukkelijke basis voor dit overleg in de (onderwijs)wetgeving ontbreekt. Of het gevoerd wordt en zo ja, op welke wijze is (behoudens één uitzondering die in par. 5.3.3 aan de orde komt) geheel aan de betrokkenen overgelaten.¹²⁵ Waar het gevoerd wordt heeft het overleg in de regel dezelfde opzet als het georganiseerd overleg met de overheid: er is sprake van overleg dat vooraf gaat aan eenzijdige besluitvorming aan werkgeverszijde en waarbij overeenstemming eventueel wel wordt nagestreefd, maar niet vereist is alvorens besluitvorming plaats vindt.

Ook als overeenstemming wel vereist zou zijn, zou het overleg over de inhoud van de akte van benoeming niet vergelijkbaar zijn met het cao-overleg (elders) in de private sector. Dat is het gevolg van het rechtskarakter van het resultaat van het overleg. Het overleg leidt namelijk niet tot het afsluiten van een cao, maar uitsluitend tot de vaststelling van de inhoud van een model-akte van benoeming, in de zin van een geheel van 'schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen'.¹²⁶ De inhoud van de model-akte krijgt zodoende pas juridische betekenis op het moment dat de bepalingen worden geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten die een schoolbestuur met zijn werknemers sluit. Gevolg daarvan is dat zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend van het bepaalde in de model-akte kan worden afgeweken. Een wijziging van de model-akte laat de inhoud van de voordien, op basis van de 'oude' akte gesloten arbeidsovereenkomsten onverlet.¹²⁷

De gevolgde aanpak, waarbij het collectief overleg uitsluitend leidt tot de vaststelling van een model-akte en waarbij het individuele schoolbestuur de doorslaggevende beslissing neemt door deze model-akte (al dan niet) te hanteren, roept problemen op waar het gaat om de afbakening van (extern) collectief overleg en (interne) medezeggenschap. Het is namelijk zeer waarschijnlijk dat de MR bijzondere bevoegdheden heeft ten aanzien van aangelegenheden die ook in de model-akte aan de orde komen, bijvoorbeeld ten aanzien van het beleid met betrekking tot de aanstelling en het ontslag van de schoolleiding en het overige personeel.¹²⁸ In dat geval ontstaat het probleem van de samenloop van extern overleg en interne medezeggenschap.

125 Wel 'bemoeit' de overheid zich met de inhoud van de aktes; vgl. de artt. 39 WBO, 48 ISOVSO en 51 WVO.

126 Aldus omschrijft art. 6:231 sub a NBW de 'algemene voorwaarden'. De aan algemene voorwaarden gewijde afdeling in het NBW zal overigens na haar invoering niet van toepassing zijn op de model-aktes in het bijzonder onderwijs, dit ingevolge het bepaalde in art. 6:245 NBW.

127 Vgl. in deze zin uitdrukkelijk: Cvb rk kbbo Zd Ned. 24-11-1975, Het Schoolbestuur 1976, 60 e.v.

128 Art. 7 sub i jo. art. 6 lid 1 WMO. Bijv.: aard en omvang van de eisen die op basis van de richting van de school aan de werknemer worden gesteld.

De onderwijswetgever heeft voor dat probleem dezelfde oplossing willen kiezen als elders in de private sector wordt gevolgd. Art. 8 lid 1 WMO bepaalt (kort gezegd) dat een bijzondere advies- of instemmingsbevoegdheid van de MR vervalt 'indien en voor zover de betrokken aangelegenheid voor de school reeds inhoudelijk is geregeld in een bij of krachtens wet gegeven voorschrift of een collectieve arbeidsovereenkomst'. De bedoeling moge duidelijk zijn (het overleg met werknemersorganisaties heeft voorrang), de uitwerking levert problemen op. De model-akte is tenslotte noch een bij of krachtens de wet gegeven voorschrift, noch een cao. Gevolg daarvan is dat in zekere zin 'dubbel' overleg plaats moet vinden, met werknemersorganisaties over de model-akte en met de MR over de beslissing om al dan niet een bepaalde akte te hanteren. Aan die consequentie zou kunnen worden ontkomen door art. 8 lid 1 WMO ruim te interpreteren, zodat daar ook overleg met werknemersorganisaties dat niet leidt tot een cao onder valt. Dat is in mijn ogen een weinig aantrekkelijke oplossing. Juist de tweezijdigheid van de cao is namelijk een garantie voor serieus overleg; die garantie ontbreekt ten aanzien van het overleg over de model-akte van benoeming.

5.3.3 *Overleg over de afvloeiingsregeling*

Onderdeel van de akte van benoeming is de afvloeiingsregeling, die wordt gehanteerd om de ontslagvolgorde te bepalen in geval van inkrimpingen van de formatie door teruglopende leerlingenaantallen, in geval van fusies en reorganisaties etc.¹²⁹ Het overleg dienaangaande verdient een aparte bespreking, omdat de onderwijswetgeving op dit punt een verplichting tot het voeren van overleg bevat.¹³⁰

In art. I-G2 lid 1 RPBO wordt het schoolbestuur (kort gezegd) verplicht om een afvloeiingsregeling vast te stellen. Tevens wordt bepaald dat het schoolbestuur deze taak kan overdragen aan een vereniging van schoolbesturen waarbij het is aangesloten. In lid 2 van hetzelfde artikel wordt bepaald dat de regeling niet eerder wordt vastgesteld dan nadat daarover overleg is gevoerd met de vier centrales die ook in de Bijzondere Commissie zijn vertegenwoordigd 'voor zover deze hun werkzaamheden uitstrekken over het aan (...) (de) instellingen verbonden personeel'. Sedert 1 maart 1991 bevat art. I-G2 RPBO een nieuw derde lid, waarin het bevoegd gezag de bevoegdheid wordt gegeven om in geval van samenvoeging (fusie) van scholen een daarop toegesneden nieuwe afvloeiingsregeling vast te stellen, ook hier na overleg met de (representatieve) centrales.¹³¹

Art. I-G2 RPBO is op openbaar én bijzonder onderwijs van toepassing.

¹²⁹ Vgl. over de afvloeiingsregeling: hoofdstuk VIII, par. 3.4.

¹³⁰ Sedert 1988 bevat titel I RPBO een tweede overlegverplichting voor het schoolbestuur, namelijk de verplichting ex art. I-B9 lid 2 RPBO, om overleg te voeren over de sollicitatiecode. Het overleg heeft dezelfde opzet als het overleg over de afvloeiingsregeling.

¹³¹ Vgl. het KB van 24-1-1991, S. 63. Vgl. over de consequenties van deze toevoeging aan het RPBO: hoofdstuk VIII, par. 3.9.10.

Binnen het openbaar onderwijs leidt de bepaling tot overleg dat eenzelfde karakter heeft als het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie, zij het dat, anders dan wanneer de aangelegenheid (op dit moment) in de Bijzondere Commissie aan de orde zou komen, overeenstemming niet vereist is alvorens het bevoegd gezag tot besluitvorming overgaat. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs is de opzet van het overleg niet anders: het schoolbestuur is verplicht tot het voeren van overleg. Er mag van uit worden gegaan dat het overleg gericht dient te zijn op het bereiken van overeenstemming, met alle consequenties van dien.¹³² Overeenstemming is echter niet vereist alvorens het schoolbestuur tot vaststelling van de afvloeiingsregeling overgaat.

Met name op één punt is dat uitermate bezwaarlijk, namelijk waar het gaat om de vaststelling van de afvloeiingsregeling in geval van de samenvoeging van twee of meer scholen. Op grond van de (in par. 5.2.7) behandelde slotbepaling in de aktes van benoeming vervangt deze nieuwe afvloeiingsregeling de afvloeiingsregeling in de akte. Dat betekent dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst eenzijdig door het schoolbestuur kan worden veranderd, niet alleen onafhankelijk van de wil van de werknemer, maar ook zonder de 'vervangende waarborg' dat de nieuwe regeling de instemming heeft van de centrales. Gezien de (in hoofdstuk VIII, par. 3.9 te behandelen) problemen rond de werking van de afvloeiingsregeling in geval van scholenfusies is te billijken dat de bevoegdheid is gecreëerd om de afvloeiingsregeling te wijzigen onafhankelijk van de wil van de individuele werknemer. Zou de nieuwe regeling echter worden vastgesteld zonder dat deugdelijk overleg met de centrales heeft plaats gehad, dan moet mijns inziens worden aangenomen dat een beroep erop niet mogelijk is vanwege strijd met de redelijkheid en billijkheid.¹³³

In de praktijk wordt de afvloeiingsregeling veelal op dezelfde wijze behandeld als de (rest van de) akte van benoeming. Dat betekent dat het overleg aan werkgeverszijde wordt gevoerd door een vereniging van schoolbesturen en dat de vaststelling geschiedt in de vorm van een model-regeling, die aan de schoolbesturen wordt aangeboden ter incorporatie in de individuele arbeidsovereenkomsten. Consequentie daarvan is dat het schoolbestuur de vrijheid heeft om van de vastgestelde model-afvloeiingsregeling af te wijken.¹³⁴ In de regel zal het schoolbestuur daartoe echter niet bereid zijn – en dat op goede gronden.¹³⁵

Ten aanzien van de afvloeiingsregeling is voorgeschreven met wie het schoolbestuur (of zijn organisatie) dient te overleggen: de vier centrales van overheids- en onderwijspersoneel. Al eerder wees ik er op dat uit een oogpunt

132 Vgl. par. 2.1.2 en 5.2.4.

133 Vgl. HR 7-10-1988, NJ 1989, 335. Mijn voorkeur zou hebben de conclusie dat de afvloeiingsregeling nietig is naar analogie met het bepaalde in art. 1637f BW. Vgl. het slot van par. 5.2.7.

134 Consequentie is ook hier dat het externe overleg niet betekent dat de MR een eventuele advies- of instemmingsbevoegdheid verliest. Gezien de opzet van het overleg is aan een ruime interpretatie van art. 8 lid 1 WMO ook ten aanzien van de sollicitatiecode en de afvloeiingsregeling geen behoefte.

135 Eenheid is een absoluut vereiste. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.4.4.

van representativiteit opvallend en ook wel bezwaarlijk is dat in het onderwijs de centrales het overleg voeren en niet de afzonderlijke onderwijsvakbonden.¹³⁶ In dit verband is dat extra bezwaarlijk, omdat het overleg plaats vindt binnen het bijzonder onderwijs, eventueel zelfs binnen de afzonderlijke school. Aan het bezwaar dat door de beperkte schaal van het overleg niet vast staat dat alle vier de centrales representatief zijn voor de werknemers die de gevolgen van het overleg ondervinden is de besluitgever tegemoet gekomen door te bepalen dat het overleg uitsluitend dient te worden gevoerd met de centrales 'voor zover deze hun werkzaamheden uitstrekken over het aan (...) (de) instellingen verbonden personeel'. Het bezwaar dat de centrales als zodanig te weinig specifiek representatief zijn voor de werknemers in het bijzonder onderwijs (c.q. in de afzonderlijke school) blijft echter overeind. Daar komt bij dat op het niveau van de afzonderlijke school een niet bij een centrale aangesloten vakbond bij uitstek representatief kan zijn voor de desbetreffende werknemers. Met het bestaan van dergelijke organisaties wordt in art. I-G2 lid 2 RPBO geen rekening gehouden. Ook dat is een bezwaar van de regeling.

Art. I-G2 RPBO is een bekostigingsvoorwaarde. Dat betekent dat de centrales aan het RPBO geen rechtstreekse aanspraak op overleg over de afvloeiingsregeling kunnen ontleenen. In de praktijk levert dat (zoals te verwachten was) geen problemen op.

5.3.4 Overleg over arbeidsorganisatorische aangelegenheden

Ruimte voor c.q. behoefte aan collectief overleg op het gebied van aanstelling en ontslag is er niet alleen voor zover het gaat om de vaststelling van meer algemene regelingen op dat gebied, maar ook in geval van (voorgenomen) besluiten tot reorganisatie, fusie en dergelijke. Een deel van dat overleg vindt plaats in de Bijzondere Commissie, namelijk in die gevallen dat de overheid het initiatief neemt tot de veranderingen.¹³⁷ Aan overleg met een of enkele schoolbesturen kan in dat geval niettemin behoefte zijn voor zover het gaat om de nadere uitwerking van in de Bijzondere Commissie gemaakte afspraken. Overleg is daarnaast op zijn plaats als het initiatief tot de reorganisatie of de fusie uitgaat van een of enkele schoolbesturen.

Voor het voeren van overleg over fusies, reorganisaties en daarmee vergelijkbare aangelegenheden dienen zich twee overlegpartners aan: de werknemersorganisaties en de MR. Gelet op de taakverdeling elders binnen de private sector zou verwacht mogen worden dat het overleg in eerste instantie een taak is van de werknemersorganisaties. Dat geldt met name voor de personele gevolgen van (bijvoorbeeld) de fusie. Naar verwachting zou de MR hoogstens een adviserende rol moeten hebben ten aanzien van het (fusie)besluit als geheel.

In het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs is de taakverdeling tussen

¹³⁶ Par. 3.5., par. 5.2.2.

¹³⁷ Hier blijkt (opnieuw) dat aanstelling en ontslag wel degelijk in de Bijzondere Commissie aan de orde komen. Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 4.2.

extern en intern overleg echter een andere. Dat is in de eerste plaats het gevolg van het feit dat regelingen die elders in de private sector de vakbonden betrekken bij fusies en reorganisaties niet of nauwelijks van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs. Dat geldt voor de SER-fusiegedragsregels die in het geheel niet van toepassing zijn.¹³⁸ De WMCO is weliswaar van toepassing op het bijzonder onderwijs, maar uitsluitend voor zover het betreft het niet-onderwijzend personeel. In de praktijk is haar belang zodoende buitengewoon klein.¹³⁹ Fusies en reorganisaties kunnen gepaard gaan met het wijzigen van afvloeiingsregelingen; in zoverre is er een zekere bemoeienis met de personele gevolgen van dergelijke arbeidsorganisatorische besluiten.¹⁴⁰ Andere bepalingen of regelingen die de werknemersorganisaties recht geven op overleg in geval van voorgenomen fusies en reorganisaties ontbreken.

Daar staat tegenover dat de MR op dat gebied uitgebreide bevoegdheden heeft, althans kan hebben. Dat geldt onder andere voor de 'beëindiging, belangrijke inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de school of van een belangrijk onderdeel daarvan', voor de 'overdracht of omzetting van de school of van een onderdeel daarvan dan wel fusie van de school met een andere school' en voor de 'regeling van de gevolgen voor het personeel' in al deze gevallen.¹⁴¹ Ten aanzien van deze aangelegenheden kan de MR een adviesbevoegdheid of eventueel een instemmingsbevoegdheid hebben.¹⁴²

De keuze voor de MR als behartiger van de werknemersbelangen ligt niet voor de hand. Dat geldt niet voor fusies en reorganisaties als zodanig; ten aanzien daarvan is de MR de bij uitstek geëigende overlegpartner.¹⁴³ De behartiging van de personele belangen van de werknemers had daarentegen beter aan de werknemersorganisaties kunnen worden toevertrouwd. Zij kunnen wat meer afstand nemen van de gevolgen van de fusie of reorganisatie; zij zijn over het algemeen deskundiger en ervarener.¹⁴⁴ Ook het schoolbestuur profiteert daarvan, bijvoorbeeld in geval van fusie, doordat zich slechts één gesprekspartner aandient en niet advies c.q. instemming gevraagd hoeft te worden aan twee of meer, onderling vaak zeer verschillend oordelende MR's.¹⁴⁵

De resultaten van het overleg over fusies, reorganisaties en andere arbeids-

138. Vgl. art. 14 lid 1 SER-fusiegedragsregels. Vgl. ook hoofdstuk V, par. 4.1. Denkbaar is dat de SER-fusiegedragsregels bij cao van toepassing worden verklaard. Vgl. par. 6.3.4.

139. Vgl. ook hoofdstuk V, par. 4.1.

140. Vgl. daarnaast art. I-G2 lid 3 slot RPBO i.v.m. een (mogelijk) afvloeiingsplan.

141. Art. 7 sub c, d en m WMO.

142. Art. 6 lid 1 WMO.

143. Waarbij het aan de betrokkenen zelf is om een keuze te maken tussen een advies- dan wel instemmingsbevoegdheid. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.6.

144. Vgl. Brekelmans (1989), 23-24. Vgl. over de verhouding tussen collectief overleg en medezeggenschap: Looise (1989).

145. Dit probleem is ten dele op te lossen door de instelling van een gemeenschappelijke MR. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.10. Ook komt wel voor dat de MR verklaart zijn instemmingsbevoegdheid uit te oefenen conform de afspraken die schoolbestuur en vakbonden maken. De juridische status van een dergelijke verklaring is uiterst twijfelachtig. Komt de MR terug op zijn verklaring, dan kan de geschillencommissie ex art. 9 WMO nagaan in hoeverre dat terecht is.

organisatorische aangelegenheden hebben geen rechtstreekse betekenis voor de individuele werknemer en diens rechten en plichten ten opzichte van het schoolbestuur. Dat geldt voor de afspraken die het schoolbestuur maakt met werknemersorganisaties, omdat zij niet in cao-vorm zijn gegoten. Ook als het schoolbestuur tot besluitvorming wil overgaan na instemming verkregen te hebben van de MR zal blijken dat die instemming niet meer betekent dan dat het schoolbestuur in staat wordt gesteld om in onderhandeling te treden met de individuele werknemers over een wijziging van hun arbeidsovereenkomst. De MR is niet in staat om individuele werknemers te binden.¹⁴⁶

5.3.5 Overleg over arbeidsvoorwaarden(regelingen)

Naast het terrein bestreken door de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden, de (model-)akte van benoeming (inclusief de afvloeiingsregeling) en de sollicitatiecode is er voor een individueel schoolbestuur in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs weinig ruimte om beleid te voeren en om beslissingen van meer algemene strekking te nemen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden van de eigen werknemers. Dat betekent dat er binnen de afzonderlijke school ook weinig ruimte voor c.q. behoefte aan collectief overleg over de arbeidsvoorwaarden is. Hoogstens zou overleg op zijn plaats zijn als het schoolbestuur zou overgaan tot de vaststelling van arbeidsvoorwaardenregelingen die de rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden verder uitwerken of die liggen op terreinen die in het georganiseerd overleg niet aan de orde komen.

Voor dergelijk overleg dienen zich opnieuw de werknemersorganisaties en de MR als potentiële overlegpartners aan. Gelet op de taakverdeling elders in de private sector (en bij de overheid) zou de MR geen bemoeienis moeten hebben met de arbeidsvoorwaarden, behalve in het geval de werknemersorganisaties van het voeren van overleg zouden afzien.¹⁴⁷

In het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs is van een dergelijke taakverdeling geen sprake. Uitgangspunt is overleg met de MR, die advies- of instemmingsbevoegdheden kan hebben ten aanzien van (bijvoorbeeld) de regels met betrekking tot de nascholing van het personeel, het werkoverleg en de verlofregeling.¹⁴⁸ Ten aanzien van deze aangelegenheden zou elders in de private sector de instemmingsbevoegdheid van de OR vervallen als de vakbonden dienaangaande zouden willen optreden. Art. 8 lid 1 WMO wil wellicht hetzelfde bewerkstelligen, maar doet dat niet, omdat uitsluitend naar een eventuele cao wordt verwezen. Zo lang de betrokkenen in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs niet tot het afsluiten daarvan overgaan, is, als overleg verplicht is, de MR de bevoegde instantie.¹⁴⁹ Ook hier is dat niet

146 Net zo min als de OR dat kan. Vgl. Fase (1987b), 54; Duk c.s., art. 27-commentaar, aant. 9.

147 Art. 27 lid 3 WOR. Vgl. ook par. 2.2.5.

148 Art. 7 sub n, o en p jo. art. 6 lid 1 WMO.

149 Door het volslagen ontbreken van een kader voor het overleg met de werknemersorganisaties is het in dit geval wel zeer onaantrekkelijk om art. 8 lid 1 WMO ruim op te vatten.

de meest voor de hand liggende taakverdeling tussen MR en werknemersorganisaties.¹⁵⁰

6 Collectief overleg inzake het middelbaar en hoger beroepsonderwijs

6.1 VOORAF

Voor het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs geldt in eerste instantie hetzelfde als voor het overleg in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs: het vindt plaats in twee circuits, het georganiseerd overleg en het overleg tussen (organisaties van) schoolbesturen en werknemersorganisaties. Meer in detail zijn er echter aanzienlijke verschillen tussen het beroepsonderwijs en het overige bijzonder onderwijs.

In verband met het georganiseerd overleg moet rekening worden gehouden met het bestaan van een derde niveau: het IGO. Het IGO is een toevoeging aan het stelsel van georganiseerd overleg, gevolg van het feit dat over bepaalde rechtspositionele aangelegenheden niet langer door de overheid, maar door de afzonderlijke schoolbesturen beslist wordt. Dat betekent dat bepaalde aangelegenheden niet of slechts summier in het overleg met de Bijzondere Commissie aan de orde komen. Afgezien daarvan heeft het overleg met de Bijzondere Commissie voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs hetzelfde belang als voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. De inhoud van par. 5.2 is in zoverre ook op het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs van toepassing. In par. 6.2, die aan het georganiseerd overleg is gewijd, zal ik daarom geen speciale aandacht meer schenken aan de Bijzondere Commissie, behoudens waar het gaat om de taakafbakening tussen Bijzondere Commissie en IGO. Verder zal ik mij concentreren op het IGO.

In verband met het collectief overleg tussen (organisaties van) schoolbesturen en werknemersorganisaties moet bedacht worden dat in het beroepsonderwijs cao's worden afgesloten. De cao's komen aan de orde in par. 6.3. In diezelfde paragraaf zal ik ook ingaan op het arbeidsvoorwaardenoverleg in die delen van het middelbaar en hoger beroepsonderwijs waar geen cao's worden afgesloten en op de specifieke overlegverplichting inzake de afvloeiingsregeling, die ook in het beroepsonderwijs bestaat.

Dat in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs zo veel vormen van collectief overleg bestaan, kan verbazing wekken. In par. 6.4 zal ik ingaan op de onderlinge verhouding van de verschillende overlegvormen. In dat verband zal ik tevens ingaan op de taak van de MR op het gebied van de rechtspositie van de werknemers.

¹⁵⁰ De invoering van het formatiebudgetstelsel zal op dit punt waarschijnlijk een verandering brengen, vergelijkbaar met de (in par. 6 te beschrijven) veranderingen in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Vgl. TK 1990-1991, 21140 (21800 VIII) nr. 6.

6.2 GEORGANISEERD OVERLEG OP INSTELLINGSNIVEAU

6.2.1 *De juridische status van het IGO*

In verband met het IGO dient allereerst de vraag aan de orde te komen welke de juridische status is van het overleg.

Ter vergelijking het overleg met de Bijzondere Commissie: dat vindt zijn grondslag in bepalingen in de diverse onderwijswetten; het wordt geregeld in hoofdstuk IV-A RPBO. Deze bepalingen vormen de grondslag voor het bestaan van de Bijzondere Commissie, voor de plicht aan de zijde van de overheid om het overleg te voeren, voor de werkzaamheden van de AAC en voor de gebondenheid van de betrokkenen aan een eventuele arbitrale uitspraak.

De bepalingen inzake het IGO zijn daarentegen bekostigingsvoorwaarden. Dat wordt weliswaar nergens uitdrukkelijk bepaald, maar het volgt uit de algemene structuur van de onderwijswetgeving.¹⁵¹ Het bekostigingsvoorwaardenkarakter betekent dat art. 40 lid 2 WVO en hoofdstuk IV-E RMBO c.q. art. 56 lid 2 WHBO en hoofdstuk IV-C RPBO verplichtingen van het schoolbestuur ten opzichte van de overheid bevatten, waaraan het schoolbestuur gehouden is te voldoen op straffe van subsidieverlies. Het betekent tevens dat de genoemde bepalingen als zodanig geen betekenis hebben voor de centrales waarmee het schoolbestuur overleg dient te voeren. De artt. IV-E2 lid 1 RMBO en IV-C2 lid 1 RPBO ('Bij de instelling is een orgaan van georganiseerd overleg.') moeten voor het bijzonder onderwijs dan ook gelezen worden als: 'Het schoolbestuur dient op straffe van subsidieverlies te zorgen dat er bij de instelling een orgaan van georganiseerd overleg is'. Het doet dat door met de centrales overleg te voeren over de inhoud van een overlegreglement en het vervolgens uitdrukkelijk vast te stellen.¹⁵² De overlegrechten en -plichten van schoolbestuur en centrales ten opzichte van elkaar berusten dan ook niet op de RMBO c.q. het RPBO, maar op het overlegreglement en de daaraan ten grondslag liggende overeenstemming. Deze vorm van gebondenheid kan mijns inziens als een contractuele worden beschouwd.¹⁵³ Dat betekent dat het schoolbestuur dubbel gebonden is: in de vorm van subsidievoorwaarden ten opzichte van de overheid en op basis van het overlegreglement met de centrales.

Deze dubbele gebondenheid heeft duidelijke voordelen in het geval een schoolbestuur zou proberen om zich te onttrekken aan zijn IGO-verplichtingen. Een dergelijke handelwijze houdt uiteraard risico's in voor de bekosti-

151 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.4.

152 Art. IV-E4 lid 1 slot RMBO en art. IV-C4 lid 1 slot RPBO. Over de inhoud van het reglement hoeven schoolbestuur en centrales geen overeenstemming te bereiken; deze overeenstemming kan vervangen worden door een positieve beslissing van de geschillencommissie. Vgl. ook par. 7.4.3 en m.n. nt 281.

153 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2. en hoofdstuk XI, par. 2.2., waar i.v.m. de commissie van beroep en de geschillencommissie ex art. 9 WMO nader op deze kwestie wordt ingegaan.

ging, maar zal ook afgezien daarvan het schoolbestuur niet baten. Er van uitgaande althans dat er een overlegreglement is, kan de daarover bereikte instemming dienen als basis voor een nakomingsactie voor de burgerlijke rechter.¹⁵⁴

Zou een schoolbestuur echter weigeren om zelfs maar aan het totstandkomen van een overlegreglement mee te werken, dan ontstaan problemen. Uiteraard is het mogelijk een beroep te doen op de Minister, met een verzoek om de bekostiging in te trekken. Passender zou echter zijn als de centrales een mogelijkheid zouden hebben om een beroep te doen op de rechter. Een oplossing zou kunnen zijn een actie door een of meer individuele werknemers, gebaseerd op de stelling dat een schoolbestuur dat weigert collectief overleg te voeren met betrekking tot de rechtspositie van zijn werknemers niet handelt zoals een goed werkgever betaamt en aldus art. 1638z BW schendt.¹⁵⁵

6.2.2 *Het minimumkarakter van de regeling*

Het bepaalde in hoofdstuk IV-C RPBO heeft een minimumkarakter. Hetzelfde geldt voor de inhoud van hoofdstuk IV-E RMBO. In de nota van toelichting op hoofdstuk IV-C RPBO wordt daarover het volgende gezegd:

'De onderhavige regeling van het overleg heeft het karakter van een minimumregeling. In aanvulling op deze regeling kunnen de overlegpartners verdergaande afspraken maken over de wijze waarop zij het overleg willen inrichten, alsmede over de wijze van handelen bij eventuele geschillen in dat overleg. De in het besluit neergelegde minimumregeling is echter bekostigingsvoorwaarde in die zin dat de nadere afspraken tussen de overlegpartners niet strijdig mogen zijn met de minimumvoorwaarden zoals die in deze regeling zijn neergelegd. Van strijdigheid zou bijvoorbeeld sprake zijn als de nadere afspraken zouden inhouden dat er volstrekt geen geschillencommissie zou bestaan.'

Deze passage blinkt niet uit door helderheid. Het gebruik van de termen 'minimumregeling' en 'verdergaande afspraken' lijkt er op te wijzen dat onderlinge afspraken waarbij uitdrukkelijk wordt afgeweken van het bepaalde in hoofdstuk IV-E RMBO c.q. hoofdstuk IV-C RPBO zijn toegestaan, mits die afwijking plaats vindt in één bepaalde richting, namelijk weg van het minimum. Wat dat minimum is, blijft echter in het midden en daarmee ook welke vrijheid de betrokkenen hebben om af te wijken.¹⁵⁶

154 Behalve een beroep op de burgerlijke rechter kan ook een beroep op de (in de par. 6.2.6 e.v. te behandelen) geschillencommissie uitkomst bieden, er van uitgaande dat zij de wijze waarop het overleg is gevoerd toetst.

155 Een dergelijke actie heeft in het verleden wel succes gehad. Vgl. Rb Amsterdam 20-1-1982, NJ 1984, 101. Vgl. ook par. 7.4.6. Vgl. daarnaast hoofdstuk VI, par. 5.3 waar, i.v.m. de MR, wordt ingegaan op de mogelijkheden van een op art. 6:162 NBW gebaseerde actie.

156 Brekelmans (1989, 22) wijst er terecht op dat het minimum-karakter in elk geval niet kan betekenen dat de centrales ook bevoegdheden worden gegeven buiten het terrein van de rechtspositie van de werknemers.

Het vermoeden zou kunnen rijzen dat de besluitgever heeft gedoeld op het algemeen-sociaal-rechtelijke 'gunstigheidsbeginsel', op grond waarvan afwijken van overigens dwingende bepalingen mogelijk wordt geacht in een voor de werknemers (i.c. de centrales) gunstige zin.¹⁵⁷ Een dergelijke interpretatie zou niet zonder zin zijn, met name niet nu de definitieve regeling in hoofdstuk IV-C RPBO op verschillende punten slechter uitvalt voor de centrales dan de aanvankelijk gehanteerde tijdelijke regeling.¹⁵⁸ Het minimumkarakter zou bedoeld kunnen zijn om ruimte te scheppen voor het opnemen van de inhoud van de oorspronkelijke regeling (of andere verbeteringen uiteraard) in het eigen reglement. De regeling in hoofdstuk IV-E RMBO is afgeleid van de regeling in het RPBO; daarvoor zou hetzelfde kunnen gelden.

Zonder problemen is die interpretatie niet. Uit de nota van toelichting blijkt dat verenigbaar met het minimumkarakter wordt geacht een afspraak waarbij overeenstemming als bereikt geldt wanneer drie van de vier centrales instemmen. Een dergelijke afspraak is bovenal in het voordeel van het schoolbestuur en in het nadeel van de centrale die in de minderheidspositie verkeert. 'Gunstig' aan werknemerszijde is hoogstens dat de andere drie centrales niet gehinderd worden bij het sluiten van een accoord.

Niettemin: bij gebrek aan een beter alternatief houd ik het er op dat 'minimumkarakter' en 'gunstigheidsbeginsel' hetzelfde zijn. Een onderlinge afspraak die alle centrales gezamenlijk ten goede komt, mag in deze opvatting in elk geval als toegestaan gelden, eventueel ook een afspraak die een meerderheid bevoordeelt. Een afspraak die afbreuk doet aan rechten van alle of een meerderheid van de centrales is zonder twijfel niet toegestaan.

6.2.3 *De deelnemers aan het overleg*

In het orgaan van georganiseerd overleg wordt het personeel van de instelling vertegenwoordigd door de in de Centrale Commissie toegelaten centrales. De artt. IV-E3 RMBO en IV-C3 RPBO voorzien niet in de toelating van andere werknemersorganisaties dan de in de Centrale Commissie vertegenwoordigde centrales.

Deze regeling is om verschillende redenen zeer bezwaarlijk. In de eerste plaats is er het feit dat de centrales en niet de onderwijsvakbonden de werknemers vertegenwoordigen. De bezwaren daartegen werden reeds in verband met de samenstelling van de Bijzondere Commissie uiteengezet.¹⁵⁹ In verband met het IGO, dat binnen afzonderlijke scholen wordt gevoerd, weegt het bezwaar van de te weinig specifieke representativiteit van de centrales in mijn ogen extra zwaar. Een tweede bezwaar is dat zowel art. IV-E3 lid 2 RMBO als art. IV-C3 lid 2 RPBO bepalen dat alle vier de centrales aan het overleg binnen

157 Vgl. Jacobs (1982), 36. Ook zonder de uitdrukkelijke vermelding daarvan zou de IGO-regeling een minimum-karakter hebben gehad, alleen al gezien het bekostigingsvoorwaardenkarakter.

158 Vgl. par. 4.3.

159 Par. 5.2.2.

de instelling deelnemen, terwijl in het geheel niet vast staat dat zij ook alle vier representatief zijn voor de werknemers binnen de instelling.¹⁶⁰

Dat de centrales in het IGO binnen het bijzonder onderwijs zo'n overheersende positie innemen, is tot op zekere hoogte wel begrijpelijk. Uitgangspunt is het overleg met de overheid; het andere overleg is daarvan afgeleid, neemt in elk geval een daaraan ondergeschikte positie in. In zoverre heeft het overleg met de overheid een zekere uitstraling 'omlaag'. De belangen van de werknemers in het bijzonder onderwijs zijn daarmee echter niet per se gediend. In verband met het overleg over de afvloeiingsregeling lijkt ook de besluitgever dat te hebben ingezien, omdat bepaald wordt dat de centrales uitsluitend aan het overleg deelnemen 'voor zover deze hun werkzaamheden uitstrekken over het aan (...) (de) instellingen verbonden personeel'.¹⁶¹ Waarom dat in de artt. IV-E3 RMBO en IV-C3 RPBO niet is gebeurd, is onduidelijk.

Zowel art. IV-E9 RMBO als art. IV-C9 RPBO openen de mogelijkheid dat de Minister van Onderwijs op verzoek van het schoolbestuur, op gronden die verband houden met de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging die aan de bijzondere instelling ten grondslag ligt, toestaat dat het schoolbestuur uitsluitend overleg voert met vertegenwoordigers van werknemersorganisaties die daarvoor naar het oordeel van het schoolbestuur in aanmerking komen.¹⁶² Voorwaarde voor toewijzing van het verzoek is dat het schoolbestuur aantoont dat ten minste twee derde van de werknemers het verzoek ondersteunt.¹⁶³ Uit de toelichting blijkt dat is gedacht aan een beperking van het aantal centrales en/of aan de toelating van vakbonden die niet tot de centrales zijn toegelaten. Kennelijk is de gedachte dat, wanneer dat op basis van de richting van de school vereist is, het overleg over de kwesties die in het IGO aan de orde komen uitsluitend met in godsdienstig of levensbeschouwelijk opzicht gelijkgezinden moet kunnen worden gevoerd. Of deze mogelijkheid op dit moment nodig is, is maar zeer de vraag: de opzet van het IGO geeft het schoolbestuur in het overleg een sterk overheersende positie, dat zal hierna

160 Een derde bezwaar is dat de regeling kan betekenen dat een vakbond die niet bij een van de centrales is aangesloten, maar die uitgesproken representatief is voor de werknemers van een afzonderlijke instelling, buiten het overleg wordt gehouden. Vgl. ook par. 7.4.6.

161 Vgl. par. 5.3.3.

162 Daarnaast heeft de Minister de mogelijkheid om 'nadere voorzieningen' te treffen voor de toepassing van de hoofdstukken IV-E RMBO resp. IV-C RPBO. Uit de toelichtingen blijkt dat op basis hiervan voor het concrete geval afwijkingen kunnen worden toegestaan van bijv. de artt. IV-C5 en 6 lid 2 RMBO c.q. IV-C5 en 6 lid 2 RPBO. Mocht als gevolg daarvan de status van het overleg nog verder verlaagd (kunnen) worden, dan zou m.i. overwogen moeten worden om de artt. IV-E9 RMBO en IV-C9 RPBO te vervangen door een algehele ontheffingsmogelijkheid (zoals in art. 18 WMO). Die geeft beter aan wat de bedoeling is dan de huidige bepalingen.

163 Lid 3 voegt daar aan toe dat het verzoek wordt ingetrokken als niet langer aan deze voorwaarde is voldaan. Het schoolbestuur is niet verplicht om de Minister op dit punt periodiek op de hoogte te houden (vgl. art. 18 lid 4 WMO waar dat wel het geval is). Hoe de Minister moet weten dat intrekken van de ontheffing op zijn plaats is, is daarom onduidelijk. Erg fraai is de regeling niet.

blijken. Een onbedoeld, maar niet onwelkom effect van de ontheffing is dat zij kan leiden tot overleg met werknemersorganisaties die bij uitstek representatief zijn voor de werknemers in de desbetreffende school.

Aan werkgeverszijde wordt het overleg gevoerd door het schoolbestuur dan wel de door het schoolbestuur aangewezen vertegenwoordigers; dat blijkt uit art. IV-E5 RMBO en art. IV-C5 RPBO.¹⁶⁴ Die vertegenwoordigers kunnen specifieke leden van het schoolbestuur zijn; denkbaar is ook dat het overleg met de centrales wordt gevoerd door de schoolleiding. Hoe in dat geval de verhouding is tussen schoolbestuur en schoolleiding is afhankelijk van de aard en van de bevoegdheden van de schoolleiding.¹⁶⁵

6.2.4 De inhoud van het overleg

Het overleg met c.q. in het overlegorgaan wordt gevoerd over 'aangelegenheden van algemeen belang voor de bijzondere rechtstoestand van het personeel van de instelling (...) met inbegrip van de bijzondere regels volgens welke het personeelsbeleid bij de instelling (...) zal worden gevoerd alsmede over een reglement voor het overleg'. Aldus wordt bepaald in art. IV-E4 lid 1 RMBO en art. IV-C4 lid 1 RPBO.

De uitdrukkelijke vermelding van het overlegreglement is uniek in een regeling van georganiseerd overleg. In par. 6.2.1 is het hoe en waarom van deze vermelding reeds aan de orde gekomen. Overigens wijken de competentiebepalingen in de RMBO en het RPBO niet wezenlijk af van andere, soortgelijke bepalingen.¹⁶⁶ Daaruit mag de conclusie worden getrokken dat ook in het IGO alle aangelegenheden die betrekking hebben op het personeel van de instelling of die daarvoor consequenties hebben aan de orde kunnen komen.¹⁶⁷ In de artt. IV-E4 lid 2 RMBO en IV-C4 lid 2 RPBO wordt de verhouding met het georganiseerd overleg op hoger niveau geregeld: het IGO wijkt 'ten aanzien van aangelegenheden waarover overleg is gevoerd met de Bijzondere Commissie of de Centrale Commissie'.¹⁶⁸

Voor zover het betreft de arbeidsvoorwaarden betekent deze taakverdeling dat aangelegenheden, ten aanzien waarvan ondanks de vergroting van de beleidsruimte van de schoolbesturen nog steeds door de Minister wordt beslist, als vanouds in de Bijzondere Commissie aan de orde zullen komen. Dat geldt

164 RMBO en RPBO laten in het midden of (de vertegenwoordiger van) het schoolbestuur overleg voert 'in' of 'met' het overlegorgaan. Met name uit de artt. IV-E2 en 9 RMBO c.q. IV-C2 en 9 RPBO zou kunnen worden afgeleid dat het schoolbestuur zitting heeft in het overlegorgaan. Gezien het minimumkarakter van de IGO-bepalingen lijkt toegestaan dat de betrokkenen in het overlegreglement bepalen dat dat (net als elders) niet het geval is.

165 Vgl. de artt. 37b en 37c WVO en de artt. 17 en 18 WHBO. Vgl. ook hoofdstuk IV, par. 3.2.7, par. 3.3.3.

166 Art. 105 lid 1 ARAR; art. IV-A10 RPBO.

167 Vgl. par. 2.1.2, par. 5.2.3. Deze ruime taakomschrijving zorgt voor complicaties in de taakafbakening tussen IGO, cao en medezeggenschap. Vgl. de par. 6.4.7 e.v.

168 De vergroting van de autonomie van de hbo-instellingen dient voor de Minister geen aanleiding te zijn om niet of te laat het eigen overleg met de Bijzondere Commissie te voeren. Vgl. AAC 5-7-1988, AAC-16, TAR 1988, 182. Hetzelfde geldt uiteraard voor het mbo.

voor de hoogte en de structuur van de salarissen, voor de pensioenen en de wachtgelden.¹⁶⁹ Dat geldt ook voor aangelegenheden die het middelbaar en/of hoger beroepsonderwijs als geheel betreffen. Waar daarentegen bevoegdheden op rechtspositioneel gebied zijn overgelaten aan het schoolbestuur, is overleg met het overlegorgaan binnen de afzonderlijke instelling op zijn plaats. Dat geldt bijvoorbeeld voor aangelegenheden als de vaststelling en wijziging van het formatiebeleid.¹⁷⁰ Ten aanzien van arbeidsorganisatorische aangelegenheden als fusies en reorganisaties zal het afhangen van de schaal waarop zij plaatsvinden of zij in de Bijzondere Commissie dan wel in het overlegorgaan van de afzonderlijke instelling(en) aan de orde komen. De taakverdeling tussen Bijzondere Commissie en IGO is overigens niet een kwestie van 'of-of'. Denkbaar is dat de grote(re) lijnen in de Bijzondere Commissie aan de orde komen en de nadere detaillering in de overlegorganen binnen de afzonderlijke instellingen. Voor een dergelijke taakverdeling moet op het hogere niveau wel ruimte worden gelaten. De beslissingen op centraal niveau kunnen in het IGO uiteraard niet meer ter discussie worden gesteld.

6.2.5 *Het rechtskarakter van het overleg*

In verband met het rechtskarakter van het IGO is het uitgangspunt hetzelfde als in verband met het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie: het IGO is opgezet als overleg, in de regel over een beleidsvoornemen van het schoolbestuur, dat wordt gevoerd alvorens het schoolbestuur eenzijdig tot besluitvorming overgaat.¹⁷¹

De artt. IV-E5 RMBO en IV-C5 RPBO bepalen dat over zaken die behoren tot de competentie van het overlegorgaan overleg wordt gevoerd 'dat is gericht op het bereiken van overeenstemming'. Die formulering is niet overduidelijk: is overeenstemming vereist of niet? Tegen de achtergrond van de ontstaansgeschiedenis van hoofdstuk IV-C RPBO moet de conclusie zijn dat overeenstemming niet vereist is, alvorens het schoolbestuur tot besluitvorming kan overgaan.¹⁷² De oorspronkelijke (Ministeriële) regeling bevatte voor het bijzonder onderwijs de bepaling dat over 'aangelegenheden die behoren tot de competentie van het overlegorgaan (...) niet beslist (wordt) dan nadat daarover overeenstemming is bereikt tussen het bevoegd gezag en de centrales'.¹⁷³ Ook de aan de Raad van State voorgelegde ontwerp-AMvB bevatte die bepaling. Voor de Raad van State was dat aanleiding om de vraag te stellen 'welke de rechtsbasis is waarop Uw minister zich voorstelt in een algemene maatregel van bestuur de onderhavige beperking van de grondwettelijk gewaarborgde

169. Op hoofdlijnen zullen deze onderwerpen in de Centrale Commissie aan de orde komen. Vgl. TK 1987-1988, 20402, nr 1, 2; School 2000, 20-21; Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 25.

170. Art. 37a lid 5 WVO, artt. 53 lid 5 en 142 lid 2 WHBO. Vgl. ook hoofdstuk I-Z RPBO i.v.m. het hbo, voor zover het betreft eventueel beleid over de daarin genoemde concrete beslissingen.

171. Deze opzet is voor het bijzonder onderwijs allerminst vanzelfsprekend. Vgl. par. 6.4.5.

172. Zo ook: Ros (1990), 23.

173. Art. IV-C10 lid 1.

vrijheid van onderwijs aan te brengen'.¹⁷⁴ Naar aanleiding van die vraag werden de besluitgever en de centrales (waarvan een meerderheid instemde met de huidige regeling) het eens over de huidige tekst, waarin overleg 'gericht op het bereiken van overeenstemming' wordt voorgeschreven.¹⁷⁵ Daaruit moet worden afgeleid dat de betrokkenen de overeenstemmingseis inderdaad een beperking van de vrijheid van onderwijs hebben geacht en dat zij de voorhanden rechtsbasis (met name art. 56 lid 2 WHBO) niet voldoende vonden. Vervolgens hebben zij kennelijk niet geoordeeld dat de beperking op zichzelf gezien noodzakelijk was. Zij hebben het tegenovergestelde gedaan: door de overeenstemmingseis te laten vallen, hebben zij de vooronderstelde beperking van de vrijheid van onderwijs teniet gedaan. Voor het middelbaar beroepsonderwijs is vervolgens voor eenzelfde opzet gekozen.

Dat geen overeenstemming nodig is, vermindert uiteraard het belang van de overlegplicht van het schoolbestuur in aanzienlijke mate. Gelijktijdig met het laten vallen van de overeenstemmingseis in de IGO-regeling voor het hoger beroepsonderwijs zijn echter andere garanties voor serieus overleg en voor een zorgvuldige besluitvorming in de regeling opgenomen: de mogelijkheid om hernieuwd overleg af te dwingen en de mogelijkheid om een beroep te doen op een speciale geschillencommissie. Ook het RMBO bevat dergelijke bepalingen. In de paragrafen 5.2.6 en volgende komen zij nader aan de orde. RMBO en RPBO bevatten de minimale regeling. In het overlegreglement kunnen partijen afspreken dat wel overeenstemming moet worden bereikt alvorens het schoolbestuur tot definitieve besluitvorming mag overgaan. Ook is denkbaar dat een onderscheid wordt gemaakt tussen aangelegenheden ten aanzien waarvan wel en aangelegenheden ten aanzien waarvan geen overeenstemming vereist is, bijvoorbeeld op soortgelijke wijze als in het 'protocol' is gedaan.¹⁷⁶ In deze gevallen dienen de betrokkenen te regelen wat onder overeenstemming moet worden verstaan. Zo lang schoolbestuur en centrales niet anders hebben bepaald, is overeenstemming bereikt als zowel het schoolbestuur als alle centrales instemmen met het resultaat van het overleg. Schoolbestuur en centrales kunnen ook een afwijkende regeling treffen, met name in die zin dat overeenstemming als bereikt geldt als drie van de vier centrales instemmen met het overlegresultaat.¹⁷⁷

De voors en tegens van een dergelijke regeling kwamen in par. 6.2.2 al kort aan de orde. Daaraan kan worden toegevoegd dat, gezien de samenstelling van het overlegorgaan, de afspraak dat de instemming van drie van de vier centrales voldoende is om overeenstemming te bereiken niet zonder problemen is. Denkbaar is dat het schoolbestuur tot overeenstemming komt met drie centrales die graag wat toegevend zijn, omdat zij weinig of niet representatief zijn voor de werknemers binnen de school, terwijl de vierde centrale juist zeer

174 Vgl. Ros (1988), 13.

175 Vgl. Ros (1990), 23.

176 Par. 2.1.2; par. 5.2.4.

177 Vgl. de NvT bij art. IV-E5 RMBO en art. IV-C5 RPBO.

representatief is en toch buiten spel wordt gezet. De fout is hier overigens niet in de eerste plaats de meerderheidsbeslissing (die op dit moment ook in de Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie wordt gehanteerd), maar de mogelijkheid dat een centrale in het geheel niet representatief is voor de werknemers waarop het overleg betrekking heeft.¹⁷⁸

Uiteindelijk zal het overleg moeten leiden tot het innemen van een standpunt door de vier centrales. Dat standpunt kan inhouden dat overeenstemming bestaat tussen schoolbestuur en centrales. In dat geval kan het schoolbestuur tot definitieve besluitvorming overgaan. Het standpunt kan echter ook afwijzend zijn. In dat geval is de vereiste overeenstemming (nog) niet bereikt. Welke gevolgen dat heeft, is met name afhankelijk van de opstelling van de centrales. Zij kunnen uitdrukkelijk afzien van verder overleg; in dat geval mag worden aangenomen dat het schoolbestuur heeft voldaan aan zijn overlegverplichting, zodat het tot definitieve besluitvorming kan overgaan.¹⁷⁹ Meer voor de hand liggend is wellicht dat een beroep wordt gedaan op de geschillencommissie.

6.2.6 *De status van de geschillencommissie*

Art. IV-E6 lid 1 resp. art. IV-C6 lid 1 RPBO verplicht het schoolbestuur zich bij een geschillencommissie aan te sluiten. De geschillencommissie dient haar werkkring (behoudens ontheffing) over tenminste vijf instellingen uit te strekken (lid 2). De geschillencommissie wordt samengesteld door de aangesloten schoolbesturen en de aan het overleg deelnemende centrales (lid 3). Dat kunnen alle vier de centrales zijn, maar in geval van een ontheffing in de zin van art. IV-E9 RMBO c.q. IV-C9 RPBO zou dat ook één bepaalde centrale of een niet bij een centrale aangesloten vakbond kunnen zijn. De ontheffingsmogelijkheid die in eerste instantie alleen aard en hoeveelheid van de overlegpartners betreft, heeft aldus ook invloed op de samenstelling van de geschillencommissie.

De artt. IV-E6 RMBO en IV-C6 RPBO zijn bekostigingsvoorwaarden en vormen als zodanig niet de juridische basis voor de werkzaamheden van de geschillencommissie. Die wordt gevonden in de instelling van de geschillencommissie door een of meer onderwijsorganisaties. De werkzaamheden van de geschillencommissie worden beheerst door het overlegreglement en door het eigen reglement van de commissie.¹⁸⁰ De gebondenheid aan de beslissing van de geschillencommissie (waarover hierna meer) berust op de overeenstemming tussen schoolbestuur en centrales, zoals vastgelegd in het overleg-

178 Benaderd vanuit de gang van zaken in de private sector is de meerderheidsbeslissing als zodanig overigens wel degelijk problematisch. Vgl. par. 7.4.6.

179 Aldus ook de NvT bij de artt. IV-E5 RMBO en IV-C5 RPBO.

180 In de RMBO en het RPBO is van een reglement van de geschillencommissie geen sprake; het zal er ongetwijfeld zijn. Overigens: wil het minimum-karakter van de regeling tot zijn recht komen, dan zal de geschillencommissie zich in eerste instantie niet naar haar eigen reglement moeten richten, maar naar dat van de afzonderlijke instelling. Dat zou kunnen betekenen dat de geschillencommissie steeds een verschillende aanpak moet volgen.

reglement.¹⁸¹ De juridische basis van het geheel is derhalve een privaatrechtelijke. Het meest voor de hand liggend is de geschillencommissie te zien als bindend adviseur en haar beslissing als een bindend advies.¹⁸² De werkwijze van de geschillencommissie wordt daardoor niet beïnvloed. Een wettelijke regeling van het bindend advies ontbreekt namelijk, zodat het partijen geheel vrij staat om de toegang, de wijze van toetsen en de aard van de beslissing te regelen.¹⁸³ Gevolg van de kwalificatie als bindend advies is wel dat beide partijen zonder meer gebonden worden door de beslissing van de geschillencommissie, behoudens een (overigens zeer beperkte) mogelijkheid om door middel van een beroep op de burgerlijke rechter aan de gevolgen van de beslissing van de geschillencommissie te ontkomen.¹⁸⁴

6.2.7 De toegang

Wil een beroep op de geschillencommissie mogelijk zijn, dan is in de eerste plaats vereist dat een of meer centrales tot het oordeel komt (dan wel komen) dat het overleg niet zal leiden tot een uitkomst die de instemming van alle deelnemers aan het overleg zal hebben en dat oordeel vervolgens schriftelijk meedeelt (dan wel meedelen) aan de andere bij het overleg betrokkenen.¹⁸⁵ Daarop volgt hernieuwd overleg tussen alle betrokkenen in een speciaal te beleggen overlegvergadering. Daarin wordt geprobeerd alsnog overeenstemming te bereiken. Hiervoor bleek dat de besluitgever het hernieuwd overleg ziet als een garantie voor serieus overleg. Van het houden van de overlegvergadering kan dan ook uitsluitend worden afgezien als alle centrales daarmee instemmen.¹⁸⁶

Wordt geen overlegvergadering gehouden of wordt in die vergadering geen overeenstemming bereikt, dan is ieder van de centrales bevoegd om het geschil voor te leggen aan de geschillencommissie; aldus wordt bepaald in art. IV-C8 lid 1 RPBO. Deze 'voorprocedure' is aan strakke termijnen gebonden. Worden deze overschreden, dan kan dat betekenen dat een centrale het recht op hernieuwd overleg of zelfs het recht om een beroep te doen op de geschillencommissie verspeelt, waarna het schoolbestuur tot definitieve besluitvorming kan overgaan, ook al is geen overeenstemming bereikt. Daar staat tegenover dat zo lang de mogelijkheid van hernieuwd overleg bestaat en, vervolgens, zo lang het hernieuwd overleg nog niet is afgerond, het schoolbestuur niet gerechtigd is zijn beleidsvoornemen uit te voeren. Ook het instellen van

181 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2 en hoofdstuk XI, par. 2.2.

182 Daardoor worden problemen i.v.m. de artt. 17 en 112 Gw vermeden; datzelfde geldt voor art. 6 EVRM. Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.3.

183 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2.

184 Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.3.5 e.v.

185 Art. IV-E7 RMBO en art. IV-C7 RPBO.

186 Ook als overeenstemming als bereikt geldt als drie van de vier centrales instemmen, heeft de vierde centrale het recht om een overlegvergadering bijeen te roepen. Aldus de NvT bij de artt. IV-E5 RMBO en IV-C5 RPBO.

beroep betekent dat het schoolbestuur daarmee zal moeten wachten.¹⁸⁷

Van groot belang voor de toegang tot de geschillencommissie is welke regeling het overlegreglement bevat ter zake van het bereiken van overeenstemming. Is de instemming van alle vier de centrales vereist, dan heeft ieder van de centrales het in zijn macht om de uitvoering van het beleidsvoornemen tegen te houden door beroep in te stellen. Is de instemming van drie van de vier bonden voldoende en wordt die verkregen, dan is overeenstemming bereikt en is er strikt genomen geen geschil dat aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd. De 'vierde' centrale zal in dat geval moeten accepteren dat het beleidsvoornemen wordt uitgevoerd.¹⁸⁸

Deze regeling is de minimumregeling. In het overlegreglement kan worden bepaald dat, ook al is de instemming van drie van de vier centrales voldoende, de vierde centrale niettemin de mogelijkheid heeft om een beroep te doen op de geschillencommissie. Een dergelijke bepaling kan voor interessante problemen zorgen als de 'vierde' centrale de bij uitstek representatieve is (vgl. het voorbeeld in par. 6.2.5).¹⁸⁹

De artt. IV-E8 lid 1 RMBO en IV-C8 lid 1 RPBO bevatten een ingrijpende beperking van de mogelijkheid om een beroep te doen op de geschillencommissie: een dergelijk beroep is uitsluitend mogelijk ten aanzien van geschillen die betrekking hebben op beleidsvoornemens van het schoolbestuur. Andere geschillen kunnen niet aan de geschillencommissie worden voorgelegd. Dat is met name van belang voor geschillen die het gevolg zijn van het feit dat het schoolbestuur een voorstel van een of meer centrales niet wil overnemen.

Ter vergelijking de gang van zaken in de Bijzondere Commissie: als de centrales de Minister een voorstel doen ten aanzien van het te voeren beleid, dan is de Minister verplicht om daarover serieus overleg te voeren, gericht op overeenstemming. Hij kan niet rechtstreeks gedwongen worden om het voorstel van de centrales over te nemen. De centrales kunnen echter de AAC om advies vragen over het gerezen geschil en daarmee ook over het eigen voorstel en het afwijzende standpunt van de Minister. Zou het advies positief uitvallen voor de centrales, dan heeft dat tot gevolg een indirecte, maar niettemin sterke druk op de Minister om het voorstel van de centrales serieus in (her)overweging te nemen.

Deze laatste mogelijkheid missen de centrales in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, zonder dat duidelijk is waarom. Ook afgezien daarvan is de beperking niet zonder bezwaren. Er van uitgaande dat een uitdrukkelijke en gemotiveerde weigering om beleid te voeren onder omstandigheden ook een beleidsvoornemen kan zijn, doet het schoolbestuur er verstandig aan om in het overleg in het geheel niet te reageren op voorstellen van de zijde van de cen-

187 NvT bij art. IV-E7 RMBO en art. IV-C7 RPBO.

188 In het reglement kan anders bepaald worden, in die zin dat de vierde centrale toch toegang heeft tot de geschillencommissie. Juist ook gezien de bindende kracht van de beslissing van de geschillencommissie (par. 6.2.8), lijkt het niet verstandig dat te doen.

189 Vgl. ook par. 7.4.6.

trales. De beperking is in zoverre weinig bevorderlijk voor open en serieus overleg.¹⁹⁰

Uitsluitend de centrales kunnen een beroep doen op de geschillencommissie, niet het schoolbestuur. In de gedachtengang van de besluitgever is dat logisch: het schoolbestuur is ook zonder overeenstemming bevoegd om tot besluitvorming over te gaan; de beroepsmogelijkheid op de geschillencommissie is een laatste mogelijkheid voor de centrales om de uitvoering van een beleidsvoornemen waartegen zij bezwaren hebben tegen te houden.¹⁹¹

6.2.8 De toetsing en de beslissing

Nadat een geschil over een beleidsvoornemen van het schoolbestuur aan de geschillencommissie is voorgelegd, zal de commissie dienaangaande een standpunt moeten bepalen en dat vervolgens in een beslissing moeten neerleggen.

Ten aanzien van de toetsing bepalen de artt. IV-E8 lid 2 RMBO en IV-C8 lid 2 RPBO dat de geschillencommissie dient te beoordelen 'of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid het aan het overlegorgaan voorgelegde beleidsvoornemen tot uitvoering kan brengen'. Ten aanzien van de beslissing bepaalt lid 3 van de genoemde artikelen uitsluitend dat zij binnen dertig dagen na de aanvang van de procedure dient te worden gedaan. Uit de nota's van toelichting blijkt dat de beslissing uitsluitend een positief dan wel negatief oordeel over het beleidsvoornemen mag inhouden. Is het oordeel positief, dan is het schoolbestuur bevoegd om zijn beleidsvoornemen te realiseren. Is het oordeel negatief, dan is strikt genomen de enige consequentie dat het beleidsvoornemen niet gerealiseerd kan worden. Het schoolbestuur kan zelf beslissen of het zijn beleidsvoornemen bijstelt dan wel besluit geen beleid te voeren.

Dit alles maakt duidelijk dat van de geschillencommissie een terughoudende opstelling wordt verwacht, met name met het oog op de positie van het schoolbestuur. Zij is niet gerechtigd om zich in volle omvang met het geschil in te laten; haar taak is de uitsluitend marginale toetsing van het beleidsvoornemen van het schoolbestuur. Zij kan het schoolbestuur geen verplichting op-

190 Gezien de bindende kracht van de beslissing van de geschillencommissie (par. 6.2.8), is de regeling begrijpelijk; de bindende beslissing is de boosdoener.

191 Zowel art. 110e lid 3 ARAR als art. IV-A16 lid 3 RPBO bieden de desbetreffende minister de mogelijkheid om een beroep te doen op de AAC. Daarbij is vooral gedacht aan het geval dat het overleg door toedoen van de centrales al te zeer vertraagd wordt. Ook voor het schoolbestuur zou dat van belang kunnen zijn. Gezien de huidige opzet van de geschillenregeling, waarbij een bindende beslissing moet volgen, zou een beroepsmogelijkheid voor het schoolbestuur het overleg echter nog verder ondergraven. De bindende beslissing blijkt opnieuw een bron van problemen te zijn.

leggen, maar uitsluitend een bepaald beleidsvoornemen tegenhouden.¹⁹²

De terughoudendheid is begrijpelijk, zeker als bedacht wordt dat de geschillencommissie niet kan volstaan met een advies, maar een bindende beslissing geeft. Anderzijds betekent met name de voorgeschreven wijze van toetsing dat weinig of niets overblijft van de garantie voor een zorgvuldige besluitvorming die de geschillenregeling zou moeten bieden. Wil die garantie iets te betekenen hebben, dan zal de geschillencommissie zich in elk geval op vergaande wijze moeten inlaten met de wijze waarop het overleg is gevoerd. Voor terughoudendheid is in dit opzicht geen enkele reden. Het schoolbestuur is verplicht om serieus overleg te voeren; de geschillencommissie dient daarop in volle omvang toe te zien. Maar ook als dat gebeurt, kan de door de geschillencommissie te hanteren toetsingsmaatstaf niets anders betekenen dan dat de centrales in de regel aan het kortste eind zullen trekken.

Tenslotte verdient opmerking dat de RMBO noch het RPBO bepalen dat de beslissing van de geschillencommissie bindend is. Uit de nota van toelichting op art. IV-C8 RPBO blijkt dat de besluitgever dat wil overlaten aan de formele wetgever; een wijziging van de WHBO is in voorbereiding.¹⁹³ Voor het bijzonder onderwijs betekent dat niet dat het schoolbestuur op dit moment een (negatieve) beslissing van de geschillencommissie kan negeren. Uitgaande althans van hetgeen in par. 6.2.1 werd gezegd over de rechtsbasis van het IGO en in par. 6.2.6 over de status van de geschillencommissie als bindend adviseur vloeit de gebondenheid aan de beslissing voort uit het feit dat schoolbesturen en centrales overeenstemming hebben bereikt over het voeren van overleg conform het bepaalde in hoofdstuk IV-E RMBO c.q. hoofdstuk IV-C RPBO.

6.2.9 *De doorwerking van de overlegresultaten*

Tot slot van de behandeling van het IGO zal ik ingaan op de in par. 3.5 reeds kort aan de orde gestelde vraag naar de invloed van het IGO op de inhoud van de arbeidsovereenkomst van de individuele werknemers.

In par. 6.2.5 wees ik er op dat het IGO zowel in het openbaar als het bijzonder onderwijs is opgezet als overleg dat voorafgaat aan de eenzijdige besluitvorming door het schoolbestuur. Voor het openbaar onderwijs is dat vanzelfsprekend. Daar kan de verplichting tot het voeren van IGO gezien worden als een logisch gevolg van het feit dat de bevoegdheid tot vaststelling van arbeidsvoorwaarden ten dele op decentraal niveau is gelegd. De eenzijdigheid van de

192 De regeling is duidelijk gebaseerd op de gedachte dat overeenstemming niet is vereist. Zouden betrokkenen in het overlegreglement bepalen dat wel overeenstemming vereist is, dan ligt een wijziging van de toetsingsmaatstaf (in de richting van een volle toets) voor de hand. In samenhang daarmee is het waarschijnlijk verstandig om de geschillencommissie de bevoegdheid te geven om te adviseren, eventueel ook op verzoek van het schoolbestuur. In dat geval krijgt het overleg alle kans.

193 Vgl. Brekelmans (1989), 23; Ros (1990), 23. De bepaling zal voor het bijzonder onderwijs waarschijnlijk een bekostigingsvoorwaarde zijn. Daarom biedt zij weinig extra's ten opzichte van de gebondenheid die op dit moment al bestaat op basis van (het bindend advies-karakter van) de beslissing van de geschillencommissie.

vaststelling van de arbeidsvoorwaarden is echter overleind gebleven:

De IGO-regeling suggereert dat het bijzonder onderwijs eenzelfde opzet kent. Ook daar geldt inderdaad dat er een zekere vrije ruimte is op rechtspositioneel gebied, die binnen de instelling zelf gevuld kan worden. Vooral waar het gaat om de arbeidsvoorwaarden (regelingen) die in het IGO aan de orde komen, zal het schoolbestuur dat echter zelden eenzijdig kunnen doen. Er zijn uitzonderingen, zoals het directiereglement¹⁹⁴ en de bevoegdheid tot eenzijdige vaststelling die berust op de overeenkomst of de wet.¹⁹⁵ In de regel zal het echter gaan om zaken die niet buiten de individuele werknemer om geregeld kunnen worden, omdat zij deel uitmaken van de onderlinge contractuele relatie. Dat geldt ook voor besluiten tot fusie of reorganisatie, niet als zodanig, maar wel op het moment dat zij rechtspositionele gevolgen hebben. Gevolg daarvan is dat het schoolbestuur nadat het overleg heeft gevoerd, ook als dat overleg tot overeenstemming heeft geleid dan wel als op dat overleg een positieve beslissing van de geschillencommissie is gevolgd, de instemming van de individuele werknemer nodig heeft, wil de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden een feit zijn.

Denkbaar zou zijn dat de individuele aktes van benoeming een bepaling bevatten, op grond waarvan alle afspraken die schoolbestuur en centrales in het IGO maken (voor zover die zich daarvoor lenen) automatisch doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. Dergelijke bepalingen zijn niet gebruikelijk. Mijns inziens is daaraan ook geen behoefte, zeker niet zo lang de IGO-regeling uit werknemersoptiek zo gebrekkig is als op dit moment

6.3 ANDER OVERLEG BINNEN HET MIDDELBAAR EN HOGER BEROEPSONDERWIJS

6.3.1 *Cao-overleg in het beroepsonderwijs*

Behalve het IGO wordt binnen het middelbaar en hoger beroepsonderwijs ook ander collectief overleg gevoerd. In dat kader verdient met name het cao-overleg een meer uitgebreide behandeling, omdat het, net als het IGO, een voor het bijzonder onderwijs nieuwe wijze van collectief overleg is.

Ik zal hierna tot uitgangspunt nemen de (voor zover na te gaan) 'grootste' cao's in het beroepsonderwijs. Dat is in de eerste plaats de cao afgesloten door een elftal besturen van hbo-instellingen en de vier centrales van overheids- en onderwijspersoneel (ook wel de 'cao-Eindhoven' genoemd). Dat is in de tweede plaats de model-cao afgesloten door de Algemene Bijzondere Centrale (waarbij aangesloten een tweetal besturenorganisaties uit het algemeen-bijzonder onderwijs) en de vier centrales van overheids- en onderwijspersoneel (ook wel de cao-Woerden genoemd). Dat is in de derde plaats de cao die is

¹⁹⁴ De inhoud daarvan zal niet of nauwelijks in het IGO aan de orde hoeven te komen.

¹⁹⁵ Vgl. art. 1638gg lid 1 BW, i.v.m. de vaststelling van de vakantiedatum. Vgl. ook art. I-G2 lid 3 RPBO, voor zover het betreft het mbo.

afgesloten door de Vereniging Algemene Besturenbond voor beroepsonderwijs, ander voortgezet onderwijs, opleiding en vorming (ABB), als gemachtigde van een groot aantal schoolbesturen in het middelbaar beroepsonderwijs, en de vier centrales (de cao-mbo).

Dat de cao-Woerden een model-cao is, betekent dat de overeenkomst als zodanig geen juridische betekenis heeft voor de individuele werknemers. Dat is pas het geval op het moment dat een individueel schoolbestuur en de vier centrales, op basis van het model, een eigen 'ondernemingscao' afsluiten. De cao-Eindhoven is eveneens een ondernemingscao, althans een veelheid van ondernemingscao's, omdat de cao is afgesloten door de schoolbesturen gezamenlijk en niet door een vereniging die hen vertegenwoordigde. Ook de cao-mbo is een ondernemingscao, omdat de ABB niet als werkgeversvereniging maar als gemachtigde van elk van de individuele schoolbesturen is opgetreden.

Aan werknemerszijde zijn alle drie de cao's afgesloten door de vier inmiddels overbekende centrales.¹⁹⁶ Opnieuw moet geconstateerd worden dat dat uit een oogpunt van representativiteit opvallend en problematisch is, zowel het feit dat de centrales de werknemers vertegenwoordigen als het feit dat alle vier de centrales dat gezamenlijk doen. In verband met de cao's komt daar bij dat in art. 1 WCAO uitdrukkelijk sprake is van 'verenigingen (...) van arbeiders'. De vraag rijst of daaronder ook een centrale, in de zin van een vereniging van vakbonden, begrepen kan worden, zodat ook zij bevoegd is om cao's af te sluiten. Zo neen, dan heeft dat ingrijpende gevolgen voor de op dit moment in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs afgesloten cao's; zij zijn dan namelijk geen cao's, maar 'normale' overeenkomsten bevattende arbeidsvoorwaarden. De kwestie is daarom belangrijk genoeg om er iets langer bij stil te staan.

6.3.2 De centrales als contractspartijen

Ik stel daarbij voorop dat jurisprudentie noch literatuur veel aanknopingspunten bieden. Jurisprudentie terzake ontbreekt geheel. In de literatuur wordt het kennelijk vanzelfsprekend gevonden dat vakbonden cao's afsluiten.¹⁹⁷ Dat ligt voor de hand, bijvoorbeeld gezien de wijze waarop de werknemers en vervolgens de vakbonden in de private sector zich hebben georganiseerd. De oprichting van vakcentrales geschiedde als laatste en heeft allerm minst betekend dat de individuele vakbonden hun zeggenschap geheel of zelfs

¹⁹⁶ De Cao-Woerden gaat er van uit dat ook binnen de afzonderlijke instellingen steeds alle vier de centrales aan werknemerszijde optreden. Ik zal er hierna van uitgaan dat dat inderdaad het geval is (het hoeft uiteraard niet).

¹⁹⁷ I.v.m. de vertegenwoordiging van de werknemers wordt de aandacht gericht op de vraag welke vakbonden dat dienen te doen. De Leede (1989, 39) wijst er op dat in Duitsland centrales uitdrukkelijk de mogelijkheid hebben om cao's af te sluiten. Ook in België is dat het geval (Koning (1987), 137), maar door de andere, volledig institutionele opzet van het overleg ligt dat wellicht ook meer voor de hand.

maar in belangrijke mate aan de centrales hebben overgedragen.¹⁹⁸

Dat vakbonden cao's sluiten ligt ook gezien de WCAO voor de hand, want niet alleen uit art. 1 WCAO, maar ook uit de overige bepalingen van de wet blijkt dat de wetgever is uitgegaan van cao's gesloten door vakbonden. Met name blijkt dat uit de bepalingen waarin sprake is van de 'vereniging' en de 'leden'. Willen deze bepalingen voor de cao's in het beroepsonderwijs zin hebben, dan zal het veelal nodig zijn om onder 'vereniging' zowel de centrale als de vakbond te verstaan (de artt. 6 en 8 WCAO bijvoorbeeld) en onder 'leden' zowel de individuele werknemers als de vakbonden (art. 9 WCAO). Daarnaast is het nodig om er van uit te gaan dat het feit dat een werknemer lid is van een vakbond die vervolgens lid is van een centrale die partij is bij de cao voldoende is om de werknemer aan de cao te binden. Zo niet, dan kan van de normatieve werking in de zin van de artt. 12 en 13 WCAO geen sprake zijn.

Het is hier dat de bezwaren van de door een centrale gesloten cao het duidelijkst aan het licht treden. In verband met het IGO is het optreden van de centrales wellicht bezwaarlijk uit een oogpunt van de kwaliteit van de belangenbehartiging, het IGO kan er niet toe leiden dat de rechten en plichten van de individuele werknemer buiten zijn wil veranderd worden. De cao is daarentegen in staat om, onafhankelijk van de wil van de werknemer, diens rechtspositie te veranderen (ik kom daar nog uitgebreid op terug in par. 6.3.5).

Bezien vanuit de positie van de individuele werknemer wordt die inbreuk op de individuele contractsvrijheid gelegitimeerd door het feit dat de werknemer zich vrijwillig aansluit bij een vakbond die uitdrukkelijk bevoegd is tot het sluiten van cao's.¹⁹⁹ De betere onderhandelingspositie en de daarvan te verwachten positieve gevolgen voor de kwaliteit van de rechtspositie compenseren het verlies aan individuele vrijheid, maar dat niet alleen. De vakbond representeert uitdrukkelijk zijn leden.²⁰⁰ Als het goed is hebben de werknemers invloed op de inzet van de onderhandelingen en op het resultaat daarvan. Die invloed kan expliciet uitgeoefend worden, als de vakbond zijn leden raadpleegt over de te voeren onderhandelingen of zelfs uitdrukkelijk om instemming vraagt over het bereikte resultaat.²⁰¹ Die invloed bestaat in elk geval impliciet, omdat de vakbonden hun onderhandelingspositie verliezen als zou blijken dat hetgeen zij nastreven uitdrukkelijk niet aansluit op de opvattingen van hun leden en als, in het uiterste geval, de leden niet bereid zouden blijken om de vakbond te steunen door een staking of een andere collectieve actie (of andersom, als de leden tot actie over gaan, ondanks de cao). De beperking van de individuele contractsvrijheid wordt in zoverre niet alleen gecompenseerd en gelegitimeerd door de (materiële) voordelen van het gezamenlijk optre-

198 Ook in de private sector worden wel afspraken gemaakt op centraal niveau, in de Stichting van de Arbeid met name, maar deze afspraken hebben geen bindend karakter. Vgl. Frenkel c.s. (1980), 51 e.v.; Fase (1986), 21.

199 Een werknemer die dat niet doet, behoudt dan ook zijn contractsvrijheid. Vgl. art. 14 WCAO. Vgl. ook Fase (1985), 86 e.v. en (1987b), 49-50.

200 Vgl. Fase (1980), 177.

201 Vgl. Frenkel c.s. (1980), 65 e.v.

den, maar ook door het feit dat de werknemer bij dat optreden als lid van de vakbond betrokken is.²⁰²

Ook ten aanzien van de gang van zaken binnen een centrale zou een dergelijke invloed van de individuele werknemer geconstrueerd kunnen worden, namelijk op getrapte wijze, via de vakbond.²⁰³ De centrale treedt in deze redenering weliswaar op in eigen naam, maar in wezen namens de gezamenlijke aangesloten vakbonden en hun leden. Voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil deze redenering opgaan, zijn dat óf de vakbond statutair bevoegd is om cao's af te sluiten en dat de bevoegdheid van de centrale om namens deze vakbond cao's af te sluiten buiten kijf is, óf de centrale statutair bevoegd is om cao's af te sluiten en de werknemers op het moment dat de vakbond aansluiting zocht bij de centrale wisten van de bevoegdheid van de centrale om cao's af te sluiten.

Is aan deze voorwaarden voldaan, dan zou dat kunnen leiden tot de conclusie dat de centrale de bevoegdheid tot het sluiten van cao's uiteindelijk aan de individuele werknemers en aan hun lidmaatschap van de vakbond ontleent. In dat geval is (mits aan de andere voorwaarden is voldaan) een geldige cao tot stand gekomen. Is niet aan deze voorwaarden voldaan, dan is de cao 'slechts' een overeenkomst betreffende arbeidsvoorwaarden, die de rechtsgevolgen van de cao mist. Dat is dan ook alleszins gerechtvaardigd. Het kan tenslotte niet de bedoeling zijn om werknemers, die zich hebben aangesloten bij een onderwijsvakbond en die (wellicht) hebben ingestemd met de aansluiting van de vakbond bij een centrale op een moment dat van cao's in het onderwijs nog geen sprake was, nu te confronteren met een ver boven hun hoofd gesloten overeenkomst, die pretendeert hun individuele contractsvrijheid grotendeels teniet te doen.

De hier geschetste oplossing verdient geen schoonheidsprijs. Daar staat het voordeel tegenover dat een heleboel problemen worden vermeden die het gevolg zijn van de conclusie dat de cao's geen cao's zijn.²⁰⁴

6.3.3 (Andere) ontstaansvereisten

Wil een cao inderdaad cao zijn, dan is niet voldoende dat zij door daartoe bevoegde partijen wordt afgesloten. Zij moet daarnaast op schrift worden gesteld.²⁰⁵ Een derde eis is dat van het sluiten van de cao mededeling wordt gedaan aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en dat daarbij de tekst van de cao wordt overgelegd. Zonder deze mededeling kan de cao niet in werking treden. Deze eis vloeit voort uit art. 4 LW.

In hoofdstuk V bleek dat de LW maar zeer ten dele op het bijzonder onder-

202 Vgl. Fase (1982a), 28.

203 Ook binnen de vakbonden is vaak van getrapte democratie sprake. Vgl. Frenkel c.s. (1980), 37 e.v.

204 Vgl. over de werking van een overeenkomst betreffende arbeidsvoorwaarden die, bij nader inzien, geen cao is: Fase (1982a), 28; Olbers (1988), 207.

205 Art. 3 WCAO.

wijs van toepassing is, namelijk alleen ten aanzien van het niet-onderwijzend personeel.²⁰⁶ Tevens werd geconstateerd dat deze gedeeltelijke toepasselijkheid zonder betekenis is, nu de overheid via het georganiseerd overleg al sedert enige tijd een dermate sterke invloed heeft op de arbeidsvoorwaarden van het niet-onderwijzend personeel, dat de mogelijkheid om in te grijpen op basis van de LW overbodig is. De tekst van de LW is op dit punt (nog?) niet aangepast. De hiervoor genoemde cao's maken geen onderscheid tussen onderwijzend personeel en niet-onderwijzend personeel (dat zal hierna blijken); daarom is art. 4 LW op deze cao's – en op alle soortgelijke cao's in het bijzonder onderwijs – van toepassing. Niet voldoen aan art. 4 LW betekent derhalve dat de cao niet als cao kan werken.²⁰⁷

6.3.4 *De inhoud van de cao*

Al in par. 3.2.2 constateerde ik dat de cao's in het bijzonder onderwijs zeer beperkt van inhoud zijn. Zij bevatten geen, althans nagenoeg geen obligatoire bepalingen.²⁰⁸ Het overgrote deel van de bepalingen is 'normatief', in die zin dat de inhoud ervan beoogd is om door te werken in de arbeidsovereenkomst tussen het schoolbestuur en de (georganiseerde) werknemer. Deze normatieve bepalingen bestrijken voor het overgrote deel het terrein van aanstelling en ontslag. Ook de afvloeiingsregeling is in de cao's opgenomen. Daardoor is er inhoudelijk gezien weinig verschil tussen de cao's in het beroepsonderwijs (althans de drie cao's die hier met name aan de orde zijn) en de model-aktes van benoeming die elders worden gebruikt.

6.3.5 *De werking van de cao*

Zowel de Eindhovense en de Woerdense cao als de cao-mbo bevatten een bepaling van de volgende strekking: 'de cao is van toepassing op alle werknemers in dienst van het schoolbestuur'. Daaruit blijkt dat geen verschil wordt gemaakt tussen onderwijzend en niet-onderwijzend personeel. Daaruit blijkt tevens dat de cao niet van toepassing is op personen die werkzaam zijn binnen de school zonder met het desbetreffende schoolbestuur een arbeidsovereenkomst gesloten te hebben.²⁰⁹ De bepalingen kunnen uiteraard niets toevoegen aan de WCAO en met name aan de artt. 9 lid 1, 12, 13 en 14. Van dwingende doorwerking van de inhoud van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst

²⁰⁶ Par. 5.3.

²⁰⁷ Anders: Brekelmans (1989, 28) die er kennelijk van uit gaat dat de LW niet op het bijzonder onderwijs van toepassing is.

²⁰⁸ Een belangrijke uitzondering in alle drie de cao's is dat de SER-fusiegedragsregels van toepassing worden verklaard. Gezien het bestaan van de IGO-regeling lijkt dat wat veel van het goede. Daarnaast rijst de vraag of de cao-partijen zich gerealiseerd hebben dat de regeling overleg eist met de vakbonden en niet met de centrales. Ook moet bedacht worden dat een beroep op de Commissie voor Fusieaangelegenheden niet mogelijk is, omdat het onderwijs buiten de werkingssfeer van de PBO valt. Vgl. over de SER-fusiegedragsregels en de toepasselijk verklaring daarvan in cao's: Olbers (1983), 151 e.v.

²⁰⁹ Vgl. hoofdstuk IV, par. 1.4.

sten kan alleen sprake zijn ten aanzien van georganiseerde werknemers, dat wil in dit geval zeggen: werknemers die lid zijn van een vakbond die lid is van een van de vier centrales.

De niet-georganiseerde werknemers gaat de cao in beginsel niet aan. Art. 14 WCAO verplicht de werkgever weliswaar om (tenzij de cao anders bepaalt) de cao ook na te leven ten opzichte van de niet-georganiseerde werknemer. Dat is echter een verplichting ten opzichte van de vakbonden.²¹⁰ Uit de aangehaalde cao-bepaling kan worden afgeleid dat de verplichting van het schoolbestuur ex art. 14 WCAO betrekking heeft op alle werknemers in zijn dienst.²¹¹ Dat sluit echter niet uit dat het schoolbestuur met een niet-georganiseerde een van de cao afwijkende overeenkomst sluit; een dergelijke overeenkomst is volledig geldig.²¹²

In de praktijk zal de cao overigens wel degelijk van belang zijn voor de niet-georganiseerde. In het kader van het cao-overleg is de tekst van modelaktes van benoeming vastgesteld waarin de cao uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard. Er van uitgaande dat het schoolbestuur deze aktes steeds hanteert, zijn ook de niet-georganiseerden aan de inhoud van de cao gebonden. Wel moet bedacht worden dat de toepasselijkheid berust op de individuele arbeidsovereenkomst, zodat denkbaar is dat uitdrukkelijk of stilzwijgend van de cao wordt afgeweken.

Maar ook waar toepasselijkheid niet uitdrukkelijk is overeengekomen, zal de cao van belang zijn voor de niet-georganiseerde werknemer. Het schoolbestuur zal niet weten wie georganiseerd is of niet en zal alle werknemers 'over één kam scheren'. De niet-georganiseerden zullen over het algemeen ook weinig bezwaar hebben tegen toepasselijkheid van de cao. Een en ander betekent dat de cao in veel gevallen stilzwijgend deel zal gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst.²¹³ Daarom mag er van uit worden gegaan dat de cao in de praktijk de arbeidsvoorwaarden van alle werknemers in dienst van het schoolbestuur vaststelt.²¹⁴

Ook ten aanzien van georganiseerde werknemers is denkbaar dat van de cao mag worden afgeweken. Dat is het geval als de cao een minimum-karakter heeft; in dat geval zijn bedingen waarin ten gunste van de georganiseerde werknemer wordt afgeweken van de cao geldig, ondanks het bepaalde in art. 12 WCAO. De cao-Eindhoven bevat echter een bepaling waaruit blijkt dat de cao (in beginsel) een standaard-karakter heeft, zodat afwijkingen ten gunste van de werknemer niet mogelijk zijn.²¹⁵

210 HR 7-6-1957, NJ 527.

211 Dat hoeft niet. Vgl. Fase (1981), 10 e.v.

212 Vgl. Hekkelman (1979); Fase (1982a), 53 e.v. en (1986), 27-28; Olbers (1988), 210, 219 e.v.; De Leede (1988), 293.

213 Dat is uiteraard m.n. van belang in geval van een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden. Vgl. Fase (1986), 29.

214 Vgl. Koning (1987), 88 e.v., 141 e.v.; Olbers (1988), 210-211, 219-220.

215 Vgl. ook Jacobs (1982), 24 en (1986), 334 e.v.

6.3.6 *De algemeen verbindend verklaring*

Een laatste kwestie in verband met de cao's in het beroepsonderwijs die verdient kort behandeld te worden, is die van de algemeen-verbindendverklaring van de cao. Daartoe is bevoegd de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Gevolg van de algemeen-verbindendverklaring van de cao is dat in beginsel alle werkgevers en alle werknemers in een bepaalde bedrijfstak door de inhoud van de cao worden gebonden.²¹⁶ Gezien dat effect is begrijpelijk dat tot algemeen-verbindendverklaring uitsluitend kan worden overgegaan als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De belangrijkste voorwaarde is wel dat de algemeen-verbindend te verklaren cao geldt voor een naar het oordeel van de Minister belangrijke meerderheid van de in een bepaalde bedrijfstak werkzame personen.²¹⁷ Aan deze voorwaarde kan alleen voldoen een cao die aan werkgeverszijde is gesloten door een of meer verenigingen van werkgevers.

Getoetst aan deze laatste voorwaarde staat vast dat de drie cao's die in deze paragraaf centraal staan niet algemeen-verbindend verklaard kunnen worden, omdat zij 'slechts' ondernemingscao's zijn.²¹⁸ Zouden in de toekomst verenigingen van schoolbesturen cao's afsluiten, dan is een algemeen-verbindendverklaring niet langer uitgesloten. In dat geval zou de vraag rijzen of de Minister van Sociale Zaken wel bevoegd is tot algemeen-verbindend verklaring, gezien art. 23 lid 6 Gw. De opvatting dat hij dat niet is, lijkt verdedigbaar, met name waar het gaat om de ontslagbepalingen in de cao. Anderzijds moet bedacht worden dat een groot deel van het ontslagrecht voor de private sector geen relatie heeft met de vrijheid van richting.²¹⁹ Zolang de bepalingen waarin een rechtstreeks verband wordt gelegd tussen richting en ontslag van de algemeen-verbindend verklaring worden uitgezonderd, lijkt mij met het oog op art. 23 Gw geen bezwaar te bestaan tegen een algemeen-verbindend verklaring.

6.3.7 *Het overleg over 'raamovereenkomst' en model-akte*

Bepaald niet alle schoolbesturen in het beroepsonderwijs hebben cao's afgesloten. Met name in het confessioneel-bijzonder onderwijs bestaan weerstanden tegen de cao als vervanger van de model-akte van benoeming. Voor een deel zal dat te maken hebben met de vrees voor een algemeen-verbindend verklaring. Om die reden zal in het confessionele middelbaar beroepsonderwijs zijn gekozen voor de figuur van de 'raamovereenkomst', die qua inhoud en werking gelijkt op de cao maar het niet is. De doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten is namelijk niet (mede) gebaseerd op de WCAO, maar is afhankelijk van verwijzingen naar de raamovereenkomst in de aktes

216 Vgl. Fase (1982a), 95 e.v. en (1987a); Frenkel/Jacobs (1986), 171 e.v.

217 Art. 2 lid 1 WAVVOVV. Vgl. Fase (1982a), 101 e.v.

218 Vgl. Fase (1986), 30.

219 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.5.

van benoeming en daardoor zuiver contractueel.²²⁰ Een algemeen-verbindendverklaring is dan ook uitgesloten.

Naar verluidt wordt het bezwaar tegen de cao daarnaast ingegeven door het bepaalde in art. 1 lid 3 WCAO: 'Het beding, waarbij een werkgever verplicht wordt, arbeiders van een bepaald ras, van eene bepaalde godsdienstige of staatkundige overtuiging of leden van eene bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen, is nietig.' Of het terecht is om omwille van deze bepaling af te zien van het afsluiten van cao's is maar zeer de vraag. De bepaling heeft een erg beperkte strekking: zij verbiedt het maken van onderscheid als de tekst van de cao de werkgever daartoe wil verplichten.²²¹ Van een dergelijke verplichting zal in de in het onderwijs afgesloten cao's geen sprake zijn. De situatie zal veeleer die zijn, dat juist het schoolbestuur aanspraak maakt op de vrijheid om in verband met de richting van de school onderscheid te maken op grond van (bijvoorbeeld) een bepaalde godsdienstige overtuiging. De vraag hoe ver die vrijheid gaat, kan niet worden beantwoord aan de hand van art. 1 lid 3 WCAO. Doorslaggevend zijn het BW, de WGB en (in de toekomst) de Algemene wet gelijke behandeling.²²² Daarnaast moet bedacht worden dat ook buiten de cao om, bijvoorbeeld in een (model-)akte van benoeming, het maken van onderscheid in beginsel niet is toegestaan.

Een andere reden om van het sluiten van cao's af te zien zou kunnen zijn dat de schoolbesturen en hun organisaties er voor terugschrikken om op basis van gelijkwaardigheid met werknemersorganisaties te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Het is overigens de vraag of een schoolbestuur overleg op basis van gelijkwaardigheid kan tegenhouden als werknemersorganisaties daar uitdrukkelijk aanspraak op maken; in par. 7.4.6 kom ik daar op terug. Een dergelijke aanspraak wordt kennelijk niet gemaakt, want feit is dat in een belangrijk deel van het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, op dezelfde wijze als in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, met model-aktes van benoeming wordt gewerkt.

6.3.8 *Het overleg over de afvloeiingsregeling*

Hoofdstuk I-G RPBO, met bepalingen inzake het overleg over de afvloeiingsregeling, is zonder meer op het middelbaar en hoger beroepsonderwijs van toepassing.²²³ Het overleg wordt ook in het beroepsonderwijs gevoerd met de representatieve centrales van overheids- en onderwijspersoneel. De bezwaren die daartegen bestonden in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, gelden ook in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs.

220 Daarom heeft de raamovereenkomst strikt genomen dezelfde status als de model-akte (in het confessionele mbo 'overige voorwaarden' genoemd). Ook wijzigingen in de eenmaal van toepassing verklaarde raamovereenkomst werken echter (net als in geval van een cao) automatisch door.

221 Vgl. De Leede (1988), 287.

222 Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 4.4.

223 Datzelfde geldt voor art. I-B9 lid 2 RPBO, betreffende het overleg over de sollicitatiecode.

6.4 DE VERHOUDING TUSSEN IGO EN 'ANDER' OVERLEG

6.4.1 Vooraf

In de voorgaande twee paragrafen heb ik het IGO en de andere vormen van collectief overleg in het beroepsonderwijs behandeld zonder daarbij al te zeer in te gaan op hun onderlinge verhouding. Dat daarop wordt ingegaan, lijkt zeer wenselijk, want het beroepsonderwijs kent op het eerste oog wel erg veel overlegcircuits naast elkaar.

Om na te gaan of en zo ja, op welke wijze er enige orde is aan te brengen in de diverse overlegvormen, zal ik hierna ingaan op het niveau waarop het overleg plaats heeft (par. 6.4.2), op de inhoud van het overleg (par. 6.4.3), op de onderlinge verhouding van de bij het overleg betrokken partijen (par. 6.4.4) en op de rechtsgevolgen (par. 6.4.5). In par. 6.4.6 zal ik speciaal ingaan op de verhouding tussen IGO en cao. De par. 6.4.7 e.v. zijn tenslotte gewijd aan de verhouding tussen werknemersorganisaties en MR.

6.4.2 Het niveau van het overleg

Een aanknopingspunt bij het zoeken naar de onderlinge verhouding van de diverse overlegvormen zou kunnen zijn het niveau waarop het overleg plaats vindt. Het ligt voor de hand om er van uit te gaan dat de resultaten van overleg op een lager niveau niet in strijd mogen zijn met de resultaten van overleg op hoger niveau.

Deze benadering biedt echter geen oplossing. Vrijwel alle overleg binnen het beroepsonderwijs, zoals dat op dit moment gevoerd wordt, is namelijk overleg tussen het individuele schoolbestuur en een of meer vertegenwoordigers van de werknemers. Weliswaar wordt ook boven het niveau van de afzonderlijke school collectief overleg gevoerd, maar dat levert in de regel uitsluitend modellen op. De doorslaggevende beslissing wordt vervolgens toch binnen de afzonderlijke school genomen – en dient opnieuw voorwerp van overleg te zijn.

6.4.3 De inhoud van het overleg

Een andere manier om orde aan te brengen in het overleg binnen het middelbaar en het hoger beroepsonderwijs zou kunnen zijn te letten op de inhoud van het overleg.

Die aanpak lijkt inderdaad aanknopingspunten te bieden, omdat de taakverdeling bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden in het beroepsonderwijs ogenschijnlijk niet veel afwijkt van de taakverdeling elders in het bijzonder onderwijs. De regelingen inzake aanstelling en ontslag komen aan de orde in het overleg tussen (organisaties van) schoolbesturen en werknemersorganisaties. Het enig nieuwe lijkt hier de vorm waarin in een aantal gevallen het overlegresultaat gegoten wordt: de cao. Het overleg over andere rechtspositionele aangelegenheden is georganiseerd overleg. Het enig nieuwe lijkt hier dat het overleg ten dele niet langer met de overheid, maar met het schoolbestuur gevoerd wordt.

Toch is die taakverdeling minder vanzelfsprekend en duidelijk dan wel lijkt. In de eerste plaats moet bedacht worden dat het niet nodig is om de inhoud van de cao te beperken tot bepalingen inzake aanstelling en ontslag. De cao zou ook de uitwerking van de door de overheid vastgestelde rechtspositionele bekostigingsvoorwaarden en de resultaten van het overleg naar aanleiding van de nieuwe taken van het schoolbestuur kunnen bevatten.

De praktijk is een andere. De cao-partijen zien de cao kennelijk vooral als opvolger van de akte van benoeming en brengen haar niet of nauwelijks in verband met de nieuwe taken en bevoegdheden van het schoolbestuur. Op dezelfde wijze wordt het IGO kennelijk uitsluitend in verband gebracht met de nieuwe taken van het schoolbestuur. Anders is bijvoorbeeld niet verklaarbaar waarom naast de verplichting tot het voeren van IGO de afzonderlijke overlegverplichting voor de afvloeiingsregeling is blijven bestaan²⁴ en waarom de direct betrokkenen in een aantal gevallen het overleg over de modelakte van benoeming hebben voortgezet na het invoeren van het IGO.

De exclusieve koppeling tussen IGO en de nieuwe taken en bevoegdheden aan het schoolbestuur is al even onjuist als die tussen cao (of akte van benoeming) en aanstelling en ontslag. In het IGO dienen alle aangelegenheden die betrekking hebben op het personeel van de instelling of die daarvoor consequenties hebben aan de orde te komen. Zo zal bijvoorbeeld het besluit van het schoolbestuur om een bepaalde modelakte te hanteren in het IGO aan de orde moeten komen, ook al is over de inhoud van de modelakte voordien verleg geweest met werknemersorganisaties. Ook het (voorgenomen) besluit om op basis van een model-cao naar het afsluiten van een cao voor de eigen instelling te streven, behoort tot de competentie van het IGO, evenals de inhoud van iedere cao-bepaling afzonderlijk.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de inhoud van het overleg geen inknopingspunten biedt om een bepaalde ordening aan te brengen.

4.4 De positie van de bij het overleg betrokkenen

De conclusie zou vervolgens inmonden op de vraag waarom dan wel cao's den afgesloten in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Alle rechtspositionele aangelegenheden dienen tenslotte hoe dan ook in het IGO aan de orde te komen. Voor het schoolbestuur is het voeren van IGO daarnaast een verplichting op straffe van verlies van de bekostiging, terwijl cao's in principe vrijwillig worden afgesloten. Dat cao's worden afgesloten wordt nog verwonderlijker als bedacht wordt dat de IGO-regeling in het voordeel van het schoolbestuur is, terwijl cao's juridisch gezien op basis van gelijkwaardigheid

Daar komt bij dat de overlegpartners in het overleg over de afvloeiingsregeling en in het IGO niet dezelfde (hoeven te) zijn (de representatieve centrales vs. alle centrales). Dat bemoeit de — overigens zeer voor de hand liggende — conclusie dat de IGO-regeling van toepassing is op het overleg over de afvloeiingsregeling. Hier lijkt eerder sprake te zijn van een slordigheid dan van een aanwijzing dat de besluitgever bedoeld zou hebben dat afvloeiingsregelingen niet in het IGO aan de orde dienen te komen.

van partijen worden afgesloten.

Deze laatste overweging biedt een ingang om een zekere ordening aan te brengen. Alleen waar het schoolbestuur op basis van gelijkwaardigheid collectief overleg wil voeren is een cao denkbaar. Is een schoolbestuur daartoe niet bereid (en leggen de werknemersorganisaties zich daarbij neer!; zie par. 7.4.6), dan ligt de keuze voor IGO duidelijk meer voor de hand. Uitgaande van de wettelijke regeling is het bereiken van overeenstemming met de werknemersorganisaties dan niet per se vereist.

6.4.5 De rechtsgevolgen van het overleg

Wordt het IGO (conform afspraken in het eigen reglement) gevoerd op basis van gelijkwaardigheid van partijen, dan stemt het in dat opzicht overeen met het cao-overleg, in andere opzichten zijn er echter nog steeds belangrijke verschillen. Met name één verschil is in dit verband van groot belang, namelijk het verschil in rechtsgevolg van het overleg.²²⁵

De cao is in staat is om de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst rechtstreeks te beïnvloeden.²²⁶ De instemming in het IGO vervangt niet de instemming van de individuele werknemer.²²⁷

Het verschil in rechtsgevolg is een belangrijk voordeel van de cao ten opzichte van het IGO, juist ook gezien vanuit de optiek van het schoolbestuur, omdat het niet langer met elke werknemer afzonderlijk tot overeenstemming hoeft te komen over een wijziging van zijn arbeidsovereenkomst. Zeker als ingrijpende beslissingen moeten worden genomen, die een verslechtering of op zijn minst ingrijpende wijziging betekenen van de rechtspositie van de werknemers (zoals in geval van fusies en reorganisaties), kan dat van groot belang zijn. Daarnaast biedt de cao schoolbestuur en werknemersorganisaties de mogelijkheid om wederzijds bindende afspraken te maken; het IGO als zodanig leent zich daarvoor niet.

Gezien deze specifieke rechtsgevolgen van de cao valt niet in te zien waarom de schoolbesturen en centrales die op dit moment reeds cao's op het gebied van aanstelling en ontslag hebben afgesloten het daarbij zouden laten. Alle rechtspositionele aangelegenheden (voor zover zij niet geregeld worden in bekostigingsvoorwaarden) lenen zich voor regeling bij cao. Wellicht dat de geschetste rechtsgevolgen zelfs de schoolbesturen die in eerste instantie niet voelen voor overleg op basis van gelijkwaardigheid 'over de streep kunnen trekken'.

²²⁵ Een tweede verschil tussen IGO en cao betreft de handhaving, dat wil zeggen: het toezien op en zonodig afdwingen van de naleving van het overlegresultaat. Het verschil betreft m.n. de positie van de werknemersorganisaties. De WCAO bevat op dit punt een speciale regeling in de artt. 15 en 16 WCAO, terwijl de IGO-regeling in het geheel geen bepalingen terzake bevat. In par. 6.4.7 zal daarnaast nog blijken dat het afsluiten van de cao de taakverdeling tussen werknemersorganisaties en MR op een andere wijze beïnvloedt dan het IGO.

²²⁶ Vgl. par. 6.3.5.

²²⁷ Vgl. par. 6.2.9.

6.4.6 IGO en cao: keuze of combinatie?

Uit dit alles moet niet worden afgeleid dat in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs een keuzemogelijkheid bestaat tussen óf IGO, óf cao-overleg. De ruime taakomschrijving van het IGO in combinatie met het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de overlegverplichting verhinderen dat. Wel is het mogelijk om IGO en cao-overleg te combineren, in die zin dat de resultaten van het IGO in de vorm van een cao worden vastgelegd.²²⁸ Aldus kan het schoolbestuur de bekostigingsvoorwaarden in hoofdstuk IV-C RPBO naleven en tegelijkertijd, tezamen met de werknemers en hun organisaties, profiteren van de extra's die de cao biedt.²²⁹

Maar toch: aan het begin van par. 6.4.4 stelde ik de vraag waarom, gezien de aard en de omvang van het IGO, cao's worden afgesloten in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Die vraag kan in wezen net zo goed worden omgedraaid: waarom is het IGO nodig, nu in het bijzonder onderwijs de mogelijkheid bestaat om cao's af te sluiten? Is het niet zo dat het IGO uitsluitend een functie heeft voor die schoolbesturen die overleg op basis van gelijkwaardigheid uit de weg willen gaan en dat het overigens alleen gevoerd wordt omdat de overheid daartoe verplicht? Het lijkt er sterk op.

6.4.7 De positie van de MR: algemeen

Tot slot van de behandeling van het collectief overleg in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs komt in deze paragraaf de taakverdeling tussen de werknemersorganisaties en de MR aan de orde, zowel op het gebied van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden als op het gebied van arbeidsorganisatorische aangelegenheden als fusies en reorganisaties.

In het voorgaande is gebleken dat de werknemersorganisaties in het beroepsonderwijs, anders dan in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, een duidelijke rol vervullen bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden binnen de afzonderlijke instelling. Daarnaast kent het beroepsonderwijs echter MR's die in beginsel over dezelfde bevoegdheden kunnen beschikken als de MR's in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Ook hier dienen zich aldus twee overlegpartners voor het schoolbestuur aan.

Vóór optreden van werknemersorganisaties kunnen dezelfde argumenten worden aangevoerd als elders wel gebeurt: de werknemersorganisaties zijn deskundiger en ervarener; waar het gaat om de arbeidsvoorwaarden kunnen

²²⁸ Dat zal uitdrukkelijk moeten gebeuren. De wil om de overeenkomst het karakter van een cao te geven, moet vast staan. De afspraak moet op schrift worden gesteld en aan art. 4 LW moet worden voldaan. Ook overleg op bovenschools niveau is aldus mogelijk, omdat de artt. IV-E2 RMBO en IV-C2 RPBO uitdrukkelijk overkoepelend IGO toelaten.

²²⁹ In een dergelijk geval is de IGO-geschillenregeling een stortende factor. Volgens de nota's van toelichting op de hoofdstukken IV-E RMBO en IV-C RPBO is afschaffen in strijd met het minimum-karakter van de regelingen. Voor het openbaar onderwijs is dat zeker het geval. Indien in het bijzonder onderwijs in het kader van het IGO cao's worden afgesloten, lijkt mij daarentegen geen bezwaar te bestaan tegen het 'afschaffen' van de geschillencommissie. Nog beter ware wellicht om haar een adviserende rol te geven.

zij beter dan de MR rekening houden met ontwikkelingen elders in en buiten het onderwijs; ten aanzien van fusies en reorganisaties kunnen zij wat meer afstand nemen van de gevolgen daarvan en zo wellicht tot een evenwichtiger oordeel komen. Daar staat tegenover dat in de regel uitsluitend de MR uitdrukkelijk namens alle werknemers spreekt en voor hun belangen kan opkomen. Het is ook de MR die bij uitstek op de hoogte is van de situatie binnen de afzonderlijke instelling.

Het is in eerste instantie aan de wetgever om hier voor een goede en duidelijke taakverdeling te zorgen. De artt. 8 lid 1 WMO en 63 WHBO bevatten op dit punt de volgende regeling.

Indien de MR ten aanzien van voorgenomen besluiten inzake een bepaalde aangelegenheid een bijzondere advies- of instemmingsbevoegdheid heeft en de aangelegenheid inhoudelijk geregeld wordt in een cao, dan vervalt de advies- dan wel instemmingsbevoegdheid. Heeft de MR ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid een bijzondere advies- of instemmingsbevoegdheid en behoort de aangelegenheid tevens tot de competentie van het IGO, dan vervalt een eventuele instemmingsbevoegdheid van de MR. Zou de MR daarentegen een bijzondere adviesbevoegdheid hebben ten aanzien van de IGO-aangelegenheid, dan blijft die bestaan. Dat betekent dat het schoolbestuur de MR om advies zal moeten vragen en dat het zal moeten motiveren waarom het (eventueel) van het advies afwijkt. Wat de gevolgen zijn van het vervallen van een instemmingsbevoegdheid is niet geheel duidelijk. Op basis van de wettekst ligt waarschijnlijk het meest voor de hand de opvatting dat de gevolgen dezelfde zijn als wanneer de aangelegenheid in een cao zou zijn geregeld: uitsluitend de algemene adviesbevoegdheid resteert. Het alternatief is aan te nemen dat de instemmingsbevoegdheid wordt omgezet in een bijzondere adviesbevoegdheid, zodat het schoolbestuur verplicht is om advies te vragen en om te motiveren waarom het (als het dat doet) van het advies afwijkt.²³⁰ Hierina zal ik aangeven waarom deze tweede oplossing in mijn ogen de voorkeur verdient.

6.4.8 De MR en de arbeidsvoorwaarden

Waar het gaat om de vaststelling van arbeidsvoorwaarden heeft deze regeling tot gevolg dat de MR vrijwel elke betrokkenheid daarbij verliest. Een eventuele uitwerking van door de overheid vastgestelde rechtspositionele bepalingen behoort tot de competentie van het IGO.²³¹ Zou het resultaat van het IGO in een cao worden vastgelegd, dan vervallen zelfs eventuele bijzondere advies-

²³⁰ Art. 60 lid 2, art. 63 lid 2 WHBO.

²³¹ De tweede volzin van art. 63 lid 1 WHBO dient m.i. op dezelfde wijze gelezen te worden als de eerste: indien en voor zover het schoolbestuur, ondanks het IGO, nog beleidsvrijheid heeft, blijven de eventuele bevoegdheden van de MR in stand.

bevoegdheden.²³² Kortom: wat de wetgever voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs niet is gelukt, is voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs wel gelukt: inzake het overleg over de arbeidsvoorwaarden heeft het externe overleg met de werknemersorganisaties voorrang boven het interne overleg met de MR.

6.4.9 De MR en arbeidsorganisatorische besluiten

Gevolg van de in par. 6.4.7 geschetste regeling is dat het overleg over arbeidsorganisatorische aangelegenheden als fusies en reorganisaties, voor zover het niet met de Bijzondere Commissie wordt gevoerd, tot de competentie van het IGO behoort. Advies- of instemmingsbevoegdheden van de MR ten aanzien van fusie- of reorganisatiebesluiten als zodanig ondervinden uiteraard geen invloed van het IGO of van een eventuele regeling bij cao.

Dat betekent dat ook in het beroepsonderwijs het schoolbestuur inzake fusies en reorganisaties zowel met de werknemersorganisaties als met de MR overleg zal moeten voeren. Wel is de taakverdeling ten aanzien van positionele kwesties duidelijker dan elders in het bijzonder onderwijs. In zekere zin wordt de taakverdeling tussen werknemersorganisaties en MR zelfs op de spits gedreven, zeker als een vergelijking wordt gemaakt met de situatie in het bedrijfsleven. Daar zijn enerzijds de SER-fusiegedragsregels en de WMCO van toepassing. Anderzijds heeft de OR een adviesbevoegdheid ten aanzien van bijvoorbeeld fusie- en reorganisatiebesluiten.²³³ Het overleg met de vakbonden doet daar niet aan af.

De IGO-regeling doet de invloed van de MR daarentegen voor het overgrote deel teniet, er van uitgaande dat de MR (zoals veelal inderdaad het geval is) een instemmingsbevoegdheid heeft ten aanzien van fusie- en reorganisatiebesluiten. Daar zijn bezwaren tegen. Dat de werknemersorganisaties, als zij dat willen, het alleenrecht hebben op het gebied van de arbeidsvoorwaardenregelingen is zeker te verdedigen. In geval van fusies, reorganisaties en dergelijke kan het eveneens van belang zijn om de beslissende stem bij de werknemersorganisaties te leggen. Het zou echter verkeerd zijn om daaraan de consequentie te verbinden dat, waar het gaat om de personele gevolgen van de fusie of reorganisatie, de opvatting van de direct betrokken werknemers formeel geheel niet meer gehoord behoeft te worden.²³⁴

Het is om deze reden dat mijns inziens moet worden aangenomen dat het feit dat een aangelegenheid een 'IGO-aangelegenheid' is niet betekent dat een eventuele instemmingsbevoegdheid vervalt, maar dat zij wordt omgezet in een bijzondere adviesbevoegdheid. Ik wijs er in dit verband op dat de opzet van de

232 De centrales kunnen niet 'alles' naar zich toe trekken door zeer globale afspraken te maken in een cao. Vgl. i.v.m. de vergelijkbare bepaling in de WOR (art. 27 lid 3): Jacobs (1986a), 346; Koning (1986), 263-264; Fase (1987b), 53-54. Vgl. specifiek i.v.m. het onderwijs: Brekelmans (1990).

233 Art. 25 lid 1 WOR.

234 Vgl. i.v.m. de OR: Looise (1989), 129.

WMO op dit moment is dat schoolbestuur en MR in onderling overleg vaststellen welke mate van betrokkenheid van de MR bij een bepaald besluit op zijn plaats is en op basis daarvan een afweging maken tussen het verlenen van een advies- of een instemmingsbevoegdheid. Zo bezien is het ongerijmd om juist een instemmingsbevoegdheid, die duidt op de behoefte aan een zo groot mogelijke betrokkenheid van de MR, geheel te laten vervallen, terwijl een bijzondere adviesbevoegdheid, die wijst op een minder grote behoefte aan betrokkenheid, blijft bestaan.²³⁵

7 Het bijzonder onderwijs en het recht op collectief overleg

7.1 VOORAF

Tot slot van de behandeling van het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs zal ik hierna het overlegstelsel voor het bijzonder onderwijs confronteren met het collectief overleg zoals dat elders in de private sector wordt gevoerd. Op die wijze wil ik nagaan of het overleg inzake het bijzonder onderwijs voldoet aan de te stellen eisen. Ik doel daarbij met name op de eisen die voortvloeien uit het recht op collectief overleg als grondrecht.

Niet alleen bij dit grondrecht als zodanig zal ik stilstaan, maar ook bij de wijze waarop het collectief overleg heeft beïnvloed, in wetgeving en jurisprudentie. Ik herinner in dit verband aan het gestelde in hoofdstuk III, par. 3.4: ter bepaling van de aanspraken die de werknemers in het bijzonder onderwijs kunnen ontlenen aan de sociaal-rechtelijke grondrechten moet worden uitgegaan van het principe dat de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs gelijk of althans gelijkwaardig moet zijn aan de rechtspositie van de werknemers elders in de private sector. Waar dat niet het geval is, is sprake van een schending van het desbetreffende grondrecht. Dat is het geval, tenzij voor de 'mindere' rechtspositie een afdoende rechtvaardiging aanwezig is, bijvoorbeeld omdat het onderwijsgrondrecht dient te prevaleren. Dit alles betekent dat de in par. 4 weergegeven principes die aan het huidige overlegstelsel voor het bijzonder onderwijs ten grondslag liggen hierna opnieuw aan de orde zullen komen, niet ter verklaring van het huidige stelsel, maar om na te gaan of zij de eventuele schending van sociaal-rechtelijke grondrechten kunnen rechtvaardigen.

Niet al het overleg dat in de voorgaande paragrafen werd beschreven komt hierna vanuit deze grondrechtenoptiek aan de orde. De nadruk zal liggen op het collectief overleg met de werknemersorganisaties over de arbeidsvoor-

235 Het in hoofdstuk X (par. 2.4) te behandelen voorstel tot wijziging van de WMO brengt een wijziging in deze zin aan in art. 8 WMO. Deze wijziging is ook op het mbo van toepassing. De WHBO wordt vooralsnog niet in deze zin gewijzigd. Het ligt voor de hand om de WHBO op dezelfde wijze te interpreteren.

waarden. In dat verband zal ik in par. 7.3 ingaan op het 'oude' overlegstelsel, zoals dat op dit moment wordt gehanteerd in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. In par. 7.4 komt het nieuwe overlegstelsel aan de orde, dat in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs wordt gehanteerd. Tot slot van het hoofdstuk zal ik in par. 7.5 enkele voorstellen voor verandering doen. In dat kader komen ook het overleg met de werknemersorganisaties over arbeidsorganisatorische aangelegenheden en de rol van de MR kort aan de orde.

Allereerst zal ik echter, ter inleiding, ingaan op de verschillende aspecten van het recht op collectief overleg.

7.2 HET RECHT OP COLLECTIEF OVERLEG

Het recht op collectief overleg wordt als zodanig niet in de Grondwet, maar uitsluitend in internationale verdragen erkend en geregeld. Soms wordt het daarin uitdrukkelijk gegarandeerd; in andere gevallen wordt het recht op collectief overleg afgeleid uit het meer algemene grondrecht van de vakbondsvrijheid.²³⁶ Voor een deel zijn de internationale bepalingen inzake het recht op collectief overleg zowel op de private sector als op de overheid van toepassing. Dat geldt bijvoorbeeld voor de leden 1, 2 en 3 van art. 6 ESH. Uit de in IAO-verband gesloten verdragen blijkt daarentegen dat een verschil wordt gemaakt tussen het recht op collectief overleg van ambtenarenorganisaties (IAO-conventie nr 151)²³⁷ en van werknemersorganisaties in de private sector (IAO-conventie nr 87).²³⁸

Dat dit verschil wordt gemaakt is tot op zekere hoogte begrijpelijk: de overheid vervult de dubbel-rol van werkgever en overheid. Deze rollen kunnen wel onderscheiden worden, maar een absolute scheiding is niet aan te brengen. Gevolg daarvan is dat het recht op collectief overleg bij de overheid al snel op een andere wijze gestalte krijgt dan in de private sector. Daar heeft het zin om in het grondrecht zowel een aanspraak op overheidsonthouding als een aanspraak op overheidsoptreden ter bevordering van het overleg te onderscheiden. Voor de ambtenarenorganisaties is de overheid daarentegen zowel de overlegpartner als, in een eerder stadium, de wetgever die bepaalt of en zo ja, met wie en waarover overleg wordt gepleegd.²³⁹ Dat het overleg betrekking heeft op het overheidspersoneel kan tot gevolg hebben dat het overleg met minder waarborgen omgeven wordt. De hiervoor genoemde IAO-conventie nr 151 laat dat toe; datzelfde geldt voor art. 6 ESH.²⁴⁰

In de private sector is de overheid alleen overheid. Hier is het overheidsop-

236 Vgl. hoofdstuk III, par. 3.3.3.

237 Trb. 1979, 50.

238 S. 1949, J538.

239 Vgl. De Jong (1986), 48.

240 Vgl. art. 7 IAO-conventie nr 151. In het kader van art. 6 ESH bieden de woorden 'indien nodig en nuttig' ('where necessary and appropriate') in lid 2 de mogelijkheid om onderscheid te maken tussen overheid en private sector.

treden in verband met het recht op collectief overleg heel goed te gieten in termen van 'bevorderen' en 'onthouden'. De overheid dient het overleg te bevorderen, kan dat althans doen, bijvoorbeeld door wetgeving die de invloed van de resultaten van het overleg versterkt.²⁴¹ Met de inhoud van het overleg en de resultaten ervan dient zij zich echter niet, of althans zo min mogelijk te bemoeien.

Het recht op collectief overleg geeft de betrokkenen in de private sector niet alleen aanspraken ten opzichte van de overheid. Daarnaast is het van belang voor de horizontale verhouding tussen de werkgever of zijn organisatie en de werknemersorganisaties. De rechtstreekse betekenis van het grondrecht in dit verband is overigens beperkt. Uitgangspunt van het collectief overleg in de private sector is het privaatrechtelijke beginsel van de contractsvrijheid. Dat beginsel beheerst vrijwel volledig de vraag wie met wie waarover overlegt.²⁴² Ook eventuele geschillen dienen de betrokkenen in beginsel zelf op te lossen, desnoods door stakingen (c.q. uitsluitingen) en andere collectieve acties.²⁴³

Niet alleen de wetgever, maar ook de rechter is zeer terughoudend op dit punt. Het staat de (potentiële) overlegpartijen weliswaar vrij om zich tot de burgerlijke rechter te wenden: om de tegenpartij tot het voeren van overleg te dwingen, om toegang tot reeds bestaand overleg af te dwingen, om (al dan niet tijdens of na een staking) hervatting van het overleg af te dwingen etc. Als dat gebeurt, dan stelt de burgerlijke rechter zich over het algemeen echter zeer terughoudend op. Het arbeidsvoorwaardenoverleg in de private sector is daardoor tot op grote hoogte aan het 'vrije spel der krachten' overgelaten.²⁴⁴ Slechts bij uitzondering is de rechter bereid om rechtstreeks in te grijpen en het recht op collectief overleg van een werknemersorganisatie te erkennen en te beschermen.²⁴⁵ Voorwaarde voor een dergelijk ingrijpen is de representativiteit van de desbetreffende werknemersorganisatie.²⁴⁶

De laatste jaren is de rechter overigens minder terughoudend bij het ingrijpen in het onderhandelingsproces dan hij voordien wel was. Over het algemeen wordt daaruit in de literatuur echter niet de conclusie getrokken dat de uitzondering tot regel is geworden.²⁴⁷ In zoverre is het grondrecht op collectief overleg in de horizontale verhouding tussen werkgever(s)organisatie en werknemersorganisatie nog steeds slechts bij uitzondering een subjectief, via de

241 In dat kader dienen de WCAO en de WAVVOVV geplaatst te worden (zie ook par. 2.2.6). Of in dit verband behoefte bestaat aan een regeling voor bemiddeling en arbitrage is nog steeds voorwerp van discussie. Vgl. o.a. Fase (1986), 42-43; Jacobs (1986b).

242 Vgl. Fase (1981), 19 e.v. en (1985); De Leede (1988), 284.

243 Vgl. Fase (1981), 19 en (1986), 36. Dergelijke acties zijn niet bij voorbaat onrechtmatig. Vgl. bijv. Pres. Rb Utrecht 6-6-1969, NJ 1969, 301.

244 Vgl. Brink (1988), 189 (en m.n. de in nt 31 genoemde jurisprudentie).

245 Vgl. Pres. Rb Amsterdam 30-10-1980, NJ 1982, 179; Rb Amsterdam, 20-1-1982, NJ 1984, 101; Pres. Rb Rotterdam, 16-6-1982, KG 1982, 103.

246 Vgl. m.n. de eerste twee in nt 245 genoemde vonnissen. Vgl. Fase (1986), 35-36 en (1987b), 57; Brink (1988), 184 e.v.; De Leede (1988), 284.

247 Vgl. Fase (1985), 90 e.v. en (1987b), 56, 58; De Leede (1988), 284-285 en (1989), 17. Positiever: Van der Heijden (1983), 117; Brink (1988), 190-191.

rechter afdwingbaar recht op overleg.²⁴⁸ In de verticale verhouding ten opzichte van de overheid is zelfs in het geheel geen sprake van een voor de rechter afdwingbaar recht. Vrij algemeen wordt aangenomen dat de desbetreffende verdragsbepalingen niet eenieder verbinden in de zin van art. 94 Gw. Toezien op de naleving geschiedt hier door middel van toezichtsprocedures en dergelijke.²⁴⁹

De door het recht op collectief overleg beschermde belangen kunnen botsen op andere belangen. In dat geval kan een beperking van het recht op collectief overleg op zijn plaats zijn. Die andere belangen zouden ook zelf als grondrecht erkend kunnen zijn in Grondwet of internationale verdragen. In dat geval ontstaat het probleem van de botsing van grondrechten. Beide kwesties zijn niet uitsluitend van theoretisch belang. De vraag of het recht op collectief overleg van de ambtenarenorganisaties beperkt mag worden met het oog op (bijvoorbeeld) het budgetrecht van het parlement is bijvoorbeeld sedert lang actueel en nog steeds niet definitief beantwoord.²⁵⁰ Datzelfde geldt voor de vraag of het algemeen sociaal-economisch belang rechtvaardigt dat het recht op collectief overleg in de private sector (inclusief de g. en g.-sector) wordt beperkt.²⁵¹ De kwestie van de botsende grondrechten is juist ook in verband met het bijzonder onderwijs van belang: in verband met de opzet van het IGO bijvoorbeeld is gebleken dat het recht op collectief overleg en het onderwijsgrondrecht met elkaar (kunnen) botsen. In hoeverre het recht op collectief overleg beperkt mag worden ten behoeve van de met het onderwijsgrondrecht gediende belangen is niet duidelijk. De internationale verdragen bieden op zichzelf gezien een opening voor een dergelijke beperking.²⁵² Daarmee is echter niet gezegd dat in een concreet geval inderdaad een beperking op zijn plaats is. Of dat het geval is, dient op basis van een afweging van belangen vastgesteld te worden.²⁵³

7.3 HET OVERLEGSTELSEL VOOR HET BASIS-, SPECIAAL EN VOORTGEZET ONDERWIJS

7.3.1 Vooraf

In deze paragraaf zal ik nagaan in hoeverre het huidige overlegstelsel voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs in overeenstemming is met het recht

248 Vgl. par. 7.4.6.

249 Vgl. hoofdstuk III, par. 3.3.3.

250 Par. 2.1.1.

251 Par. 2.2.6, par. 2.2.7.

252 Art. 31 ESH: mits bij wet voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Vergelijkbaar is art. 8 lid 1 sub a en sub c IVESCR. IAO-conventie nr 87 bevat geen uitdrukkelijke voorzieningen van deze aard; ook zij sluit een beperking van het recht op collectief overleg niet absoluut uit. Dat is i.v.m. de LW gebleken.

253 Vgl. hoofdstuk III, par. 4.5.

op collectief overleg van de schoolbesturen en hun organisaties en van de werknemersorganisaties. Ik zal mij daarbij beperken tot de grondrechtelijke aspecten van het overleg met de Bijzondere Commissie.²⁵⁴ In dat verband komen allereerst de positie van de schoolbesturen (par. 7.3.2) en de positie van de werknemersorganisaties (7.3.3.) aan de orde. In de par. 7.3.4-7.3.6 zal ik ingaan op de argumenten om een (eventuele) inbreuk op het recht op collectief overleg te rechtvaardigen. In par. 7.3.7 sta ik kort stil bij de consequenties van de in de voorgaande paragrafen getrokken conclusies.

7.3.2 *De positie van het schoolbestuur*

Zou het recht op collectief overleg van het schoolbestuur zonder beperking gerealiseerd zijn, dan zou het schoolbestuur in vrijheid kunnen beslissen of het collectief overleg wil voeren over de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers. Zo ja, dan zou het in vrijheid kunnen beslissen met wie het overleg zou voeren, over welke aspecten van de rechtspositie, hoe lang de resultaten van het overleg geldig zouden zijn etc. Deze vrijheid zou uiteraard niet absoluut zijn, omdat het schoolbestuur met aanspraken van werknemersorganisaties rekening zou moeten houden. De overheid zou de vrijheid in elk geval niet mogen beperken; wel zou zij eventueel 'bevorderend' mogen optreden. Een en ander volgt uit de hiervoor genoemde verdragsbepalingen inzake het collectief overleg in de private sector, die mede van toepassing zijn op de schoolbesturen.

Van een vrijheid als hier geschetst is in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs geen sprake. Dat is niet het geval omdat de overheid het voeren van overleg verbiedt. Het probleem is dat collectief overleg voeren vanuit het standpunt van het schoolbestuur gezien volledig overbodig is, omdat de overheid reeds overleg voert over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs en de resultaten van dat overleg in de vorm van bekostigingsvoorwaarden oplegt aan het schoolbestuur.

Uit deze gang van zaken zou de conclusie kunnen worden getrokken dat van een beperking van het recht op collectief overleg geen sprake is, omdat het schoolbestuur de vrijheid houdt om de bekostigingsvoorwaarden te negeren.²⁵⁵ Deze conclusie zou in mijn ogen ten onrechte getrokken worden. Er van uitgaande dat inderdaad van een beperking sprake is, zou geconcludeerd

254 Over het arbeidsvoorwaardenoverleg binnen het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs zal ik in par. 7.4.6 een aantal opmerkingen maken, in samenhang met het overleg binnen het hoger beroepsonderwijs.

255 Ik beperk mij hierna tot het recht op collectief overleg van het schoolbestuur. De kwestie zou ook vanuit de vrijheid van onderwijs gezien kunnen worden. Dat heeft echter weinig zin: de huidige opzet respecteert de vrijheid van richting, omdat (en voor zover, vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.4) aanstelling en ontslag buiten beschouwing blijven. Eventueel zou in de huidige gang van zaken een beperking van de vrijheid van inrichting gezien kunnen worden. Zo zij al geschonden wordt (m.i. niet, vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4), is die schending het noodzakelijke gevolg van het beginsel van de rechtspositionele gelijkheid dat eveneens, zij het op andere wijze, de vrijheid van onderwijs wil bevorderen.

kunnen worden dat het schoolbestuur de beperking van het recht op collectief overleg vrijwillig aanvaardt, in ruil namelijk voor het ontvangen van subsidie. Ook dat lijkt een onjuiste zienswijze. Zoals in hoofdstuk VI al werd uiteengezet, heeft het schoolbestuur geen enkele andere mogelijkheid dan de bekostigingsvoorwaarden strikt na te leven.²⁵⁶ Daaraan werd aan het slot van hoofdstuk VI de conclusie verbonden dat uitsluitend de inhoud en niet (ook) de vorm waarin het overheidsoptreden is gegoten doorslaggevend is bij het beantwoorden van de vraag of het optreden geoorloofd is. Die conclusie betrof met name de vrijheid van onderwijs, maar er is geen reden om daar anders over te denken nu het recht op collectief overleg in het geding is.

Een en ander leidt tot de conclusie dat, ten gevolge van het overheidsoptreden terzake van de rechtspositie van de werknemers, van een daadwerkelijk recht op collectief overleg van de schoolbesturen in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs vrijwel geen sprake is.

Het bestaan van de Commissie Besturenorganisaties vormt voor die conclusie eerder een bevestiging dan een relativering. Het overleg met de commissie is met weinig waarborgen omgeven: het kent geen sluitstukregeling en evenmin, al was het maar op experimentele basis, een overeenstemmingseis. Dat de eenzijdigheid niet afgezwakt of zelfs weggenomen wordt, ligt in wezen voor de hand. De Minister van Onderwijs zou gemakkelijk tussen twee vuren kunnen geraken als hij zowel met de Bijzondere Commissie als met de Commissie Besturenorganisaties tot overeenstemming zou moeten komen. Het dubbele overleg is dan ook het wezenlijke probleem. Ook al zou het overleg met de Commissie Besturenorganisaties een hogere status hebben, dan nog zou namelijk sprake zijn van twee overlegcircuits, waarbij de overheid in beide gevallen als een van de overlegpartners optreedt. Van rechtstreeks overleg tussen werkgever en vakbonden (of centrales), zoals elders in de private sector, zou nog steeds geen sprake zijn.

7.3.3 *De positie van de werknemersorganisaties*

Voor de werknemersorganisaties is de situatie uiteraard een geheel andere. Zij voeren op uitgebreide schaal overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Het overleg wordt echter niet met de schoolbesturen of hun organisaties gevoerd, maar met de overheid.

Gezien de verhouding tussen overheid en schoolbesturen is dat op dit moment moeilijk anders denkbaar. Een bezwaar van deze opzet is echter dat de overheid niet alleen met de Bijzondere Commissie, maar ook met de Commissie Besturenorganisaties overleg pleegt. Gevolg daarvan is dat de schoolbesturen een zekere invloed hebben op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs, zonder (en dat is het wezenlijke bezwaar) dat zij recht-

²⁵⁶ Par. 5.1. De wetgever zelf ziet dat ook zo; vgl. het in hoofdstuk V, par. 5.3 aangehaalde citaat uit de parlementaire behandeling van de WAGGS.

streeks aanspreekbaar zijn voor de werknemersorganisaties.²⁵⁷

Een ander bezwaar van de huidige opzet is dat het overleg inzake het bijzonder onderwijs plaats vindt in hetzelfde kader als het overleg over de rechtspositie van de ambtenaren. Daardoor ontbreekt de mogelijkheid om speciaal rekening te houden met de situatie in het bijzonder onderwijs. De ruime competentie van de Bijzondere Commissie voor het onderwijs komt ten dele aan dit bezwaar tegemoet, maar niet meer dan dat. De direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs hebben namelijk niet de vrijheid om – desgewenst – het overleg op een nog meer decentraal niveau plaats te laten vinden.²⁵⁸

Ook om andere redenen kunnen de werknemersorganisaties met recht stellen dat hun recht op collectief overleg beperkt wordt. Zo wordt in het ARAR en in het RPBO tot in details geregeld met wie, waarover en op welke wijze het georganiseerd overleg gevoerd wordt. Nog belangrijker is dat de wettelijke regelingen geen overeenstemming eisen tussen overheid en centrales alvorens de overheid overgaat tot besluitvorming.²⁵⁹ Het overleg is daardoor geen overleg tussen gelijkwaardige partners.

Tegen de achtergrond van het recht op collectief overleg is het experimentele stelsel uiteraard een duidelijke vooruitgang, zeker ook voor de werknemers in het bijzonder onderwijs en hun organisaties. Dat vooralsnog op het bereiken van overeenstemming de eenzijdige vaststelling van de rechtspositionele bepalingen (althans bekostigingsvoorwaarden) volgt, is geen doorslaggevend bezwaar.²⁶⁰ Een bezwaar was enkele jaren het vooraf beperkte budget. Een ander bezwaar was het feit dat het niet bereiken van overeenstemming leidde tot het handhaven van de status quo. Beide bezwaren zijn gesignaleerd²⁶¹ en verholpen.²⁶² Zou het experimentele stelsel in zijn huidige vorm worden geformaliseerd, dan zou een redelijk evenwichtig overlegstelsel tot stand zijn gebracht en zou om die reden van een duidelijke beperking van het recht op collectief overleg van de werknemersorganisaties in het bijzonder onderwijs niet meer gesproken kunnen worden. Een bezwaar blijft uiteraard dat het overleg met de overheid plaats vindt en dat het per se het gehele onderwijs, en voor een deel zelfs het geheel van overheidsorganisatie en onderwijs omvat.

7.3.4 Gerechtvaardigde inbreuken?: algemeen

De positie van de schoolbesturen en hun organisaties en van de werknemersorganisaties met elkaar vergelijkend, moet de conclusie zijn dat in beide gevallen sprake is van een beperking van het recht op collectief overleg, zij het dat het recht van de schoolbesturen het meest vergaand wordt beperkt. Hierna zal ik nagaan of voor de geconstateerde inbreuken op het recht op collectief over-

257 Vgl. ook Van Peijpe (1986), 366.

258 Vgl. Jacobs (1986a), 285 e.v.

259 Par. 2.1.2, par. 5.2.4.

260 Vgl. Niessen (1982) 150-151; De Jong (1982), 59; Rood (1989), 61, 65.

261 TK 1987-1988, 20402, nr 1, 5; idem 1989-1990, nr 3, 6-7.

262 Vgl. SR (1990), 157, 321.

leg een rechtvaardiging aanwezig is. Ik concentreer mij daarbij op de positie van de schoolbesturen, omdat vooral hun belangen in het geding zijn.

In par. 7.3.2 gaf ik aan in welke opzichten het schoolbestuur aan het recht op collectief overleg een aanspraak op overheidsonthouding kan ontlelen. Dit recht op collectief overleg wil uiteraard niet zeggen dat daardoor elk overheidsingrijpen op rechtspositioneel gebied verboden is. Ik wijs met name op de sociaal-rechtelijke wetgeving, zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk, die moeilijk als een beperking van het recht op collectief overleg gezien kan worden.²⁶³ Ten dele is deze wetgeving op de gehele private sector, inclusief het bijzonder onderwijs van toepassing; ik wijs op de artt. 1637a e.v. BW. Ten dele is de wetgeving specifiek op het (bijzonder) onderwijs toegesneden; ik wijs op de WMO, die, hoe zeer zij ook naar haar inhoud door het onderwijsgrondrecht is beïnvloed, niettemin tot stand is gebracht om sociaal-rechtelijke motieven.²⁶⁴ Wat een speciale rechtvaardiging behoeft, is dat de overheid in plaats van de schoolbesturen en hun organisaties het overleg over de arbeidsvoorwaarden voert met de centrales en dat de overheid deze arbeidsvoorwaarden vervolgens dwingend oplegt aan de schoolbesturen. Het is met name dit overheidsoptreden dat een duidelijke beperking vormt van het recht op collectief overleg van de schoolbesturen.²⁶⁵

En dergelijke beperking kan gerechtvaardigd zijn. Dat blijkt uit de LW, die de overheid de mogelijkheid geeft om in te grijpen in de arbeidsvoorwaarden in de private sector. Zeker nu de mogelijkheid tot ingrijpen enkel nog in uitzonderlijke gevallen bestaat en eventueel overheidsoptreden ook overigens met veel waarborgen is omgeven, mag worden aangenomen dat zij in overeenstemming is met het internationale recht.

7.3.5 *Gerechtvaardigde inbreuken?: de g. en g.-sector ter vergelijking*

Verdergaande beperkingen van het recht op collectief overleg in de private sector dan de LW op dit moment biedt, zijn in beginsel in strijd met IAO-

263 Zowel nationaal-rechtelijk (art. 19 Gw) als internationaal-rechtelijk is de overheid verplicht om op te treden. Optreden dat verder gaat dan een bepaald minimum zou niettemin gezien kunnen worden als een beperking van het recht op collectief overleg, maar die beperking kan gerechtvaardigd zijn, uit een oogpunt van gelijkheid van rechtspositie, als compensatie voor het achterwege blijven van collectief overleg in bepaalde sectoren, met het oog op het algemeen belang of de belangen van derden. Vgl. Jacobs (1982), 47 e.v. en (1986), 297 e.v.; Van Peijpe (1986), 362-363; Olbers (1987).

264 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5.

265 Strikt genomen behoeft daarnaast een rechtvaardiging de omstandigheid dat de overheid dermate ingrijpende beslissingen kan nemen over de gang van zaken in het bijzonder onderwijs, dat ook het overleg over de personele gevolgen van bijvoorbeeld fusies en reorganisaties voor een belangrijk deel niet door de schoolbesturen, maar door de overheid gevoerd wordt. Op dit punt veranderingen aanbrengen, zou een zeer fundamentele en ingrijpende wijziging van het onderwijsbestel vergen, omdat dat zou vergen dat niet alleen de rechtspositie van de werknemers, maar ook het onderwijsbeleid als geheel als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van overheid en onderwijsorganisaties zou worden gezien. Vgl. ook hoofdstuk II, par. 3.2.1.

conventie nr 87. Dat blijkt niet alleen uit de voorgeschiedenis van het huidige art. 10 LW, maar ook uit de gang van zaken rond de WAGGS. In 1988 is namelijk gebleken dat de WAGGS, naar oordeel van een commissie van deskundigen van de IAO, mogelijkheden tot beperking van het recht op collectief overleg biedt, die niet in overeenstemming zijn met IAO-conventie nr 87.²⁶⁶ Met name de artt. 10 en 11 WAGGS zijn bij de IAO-deskundigen op weerstanden gestuit, omdat zij de overheid de mogelijkheid bieden in te grijpen in de resultaten van collectief overleg als dat niet noodzakelijk is op grond van zwaarwegende en dringende sociaal-economische redenen.²⁶⁷

Bij het totstandkomen van de WAGGS werden deze (potentiële) beperkingen noodzakelijk geacht. Dat was in de eerste plaats het geval omwille van de beheersbaarheid van de collectieve uitgaven. Dat was daarnaast het geval omdat de wetgever beducht was voor al te grote verbeteringen van de arbeidsvoorwaarden die, gegeven de omvang van de subsidie, zouden moeten leiden tot een verlaging van de kwaliteit van de dienstverlening of het doorberekenen van de kosten aan de cliënten van de instellingen.²⁶⁸

De IAO is door deze argumenten niet overtuigd. Ook voor de g. en g.-sector is overheidsingrijpen kennelijk alleen acceptabel 'as an exceptional measure, only to the extent necessary, without exceeding a reasonable period, accompanied by adequate safeguards to protect the workers' living standards'.²⁶⁹ Verwacht mag worden dat deze kritiek zal (moeten) leiden tot een aanpassing van de WAGGS, waarbij in elk geval de artt. 10 en 11 vervallen. Aldus resteert de mogelijkheid van de overheid om vooraf aan te geven welke ruimte er is voor cao-overleg en om de afgesloten cao's te toetsen, maar de cao-partijen staat vrij om cao's af te sluiten die uitgaan boven de door de overheid 'geboden' ruimte. In dat geval kan de overheid eventueel ingrijpen via de subsidies; de eenmaal gemaakte afspraken over de arbeidsvoorwaarden zijn onaantastbaar.

Uit deze gang van zaken rond de WAGGS kan ook voor het bijzonder onderwijs een aantal conclusies getrokken worden. De eerste is dat het feit dat de overheid het bijzonder onderwijs volledig subsidieert niet een afdoende rechtvaardiging vormt voor de overheersende invloed op de rechtspositie van de werknemers. Denkbaar is dat de overheid omwille van het algemeen sociaal-economische beleid invloed wil hebben op de financiële arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs. Die invloed bestaat echter in voldoende mate via de bekostiging (waarbij uiteraard de gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder onderwijs in het oog moet worden gehouden).²⁷⁰ Het rechtstreeks vaststellen van de financiële arbeidsvoorwaarden (laat staan de overige aspecten van de rechtspositie) is daarvoor niet vereist. Zou het in uitzonderlijke geval-

266 Vgl. over de achtergronden: Betten (1984), Driessen (1989), Van der Heijden (1989a).

267 Vgl. over de WAGGS: par. 2.2.7.

268 TK 1983-1984, 18479, nr 3, 15 e.v.

269 Aldus het deskundigencomité van de IAO t.z.v. conventie nr 87 in de rapportage die leidde tot de wijziging van art. 10 LW. Vgl. Jacobs (1982), 44

270 Aldus over de g. en g.-sector: Frenkel (1983), 649.

len anders zijn, dan biedt de (op alle werknemers in het bijzonder onderwijs van toepassing te verklaren) LW voldoende mogelijkheden tot ingrijpen.

Evenmin een rechtvaardiging voor de huidige gang van zaken in het bijzonder onderwijs is de combinatie van de overheidsbekostiging en de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs. Net als ten aanzien van de g. en g.-sector geldt ook voor het bijzonder onderwijs dat ongewenst is dat (gezien de bekostiging) bovenmatige verbeteringen van de arbeidsvoorwaarden ten koste gaan van het onderwijs of worden doorberekend aan de afnemers. Daarvoor is echter niet nodig dat de overheid de arbeidsvoorwaarden vaststelt. Voorschriften inzake het gebruik van de in verband met huisvesting en exploitatie ontvangen gelden en voorschriften inzake de ouderbijdrage zouden daarvoor in wezen voldoende zijn.

Afgezien hiervan moet bedacht worden dat de overheidsinvloed op het bijzonder onderwijs zeer veel verder gaat dan de invloed op de g. en g.-sector. Mocht het al nodig zijn om invloed uit te oefenen op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs om het algemeen sociaal-economisch belang en/of om 'afwentelen' of 'doorberekenen' tegen te gaan, dan biedt een overlegstelsel dat op dezelfde wijze is opgezet als de (aangepaste) WAGGS voldoende mogelijkheden; in dat geval zou de beperking van het recht op collectief overleg naar tijd en omvang duidelijk minder ingrijpend zijn. Algemeen wordt aangenomen dat als een beperking van een grondrecht noodzakelijk is, deze beperking zo minimaal mogelijk moet zijn.²⁷¹ Is dat niet het geval, dan is de beperking enkel om die reden niet acceptabel. Alleen al daarom is de huidige gang van zaken in het bijzonder onderwijs niet te rechtvaardigen met 'WAGGS-achtige' argumenten.

7.3.6 Gerechtvaardigde inbreuken?: het onderwijsgrondrecht

Dat de in verband met de g. en g.-sector gehanteerde argumenten niet overtuigen, wil uiteraard niet zeggen dat er in het geheel geen argumenten zijn om de sterke invloed van de overheid op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs te rechtvaardigen. Het ligt voor de hand om die argumenten met name te zoeken in de sfeer van het onderwijsgrondrecht en de daardoor te beschermen belangen.²⁷² Met name twee argumenten zijn denkbaar. Het eerste is de overheidstaak ten aanzien van de deugdelijkheid van het onderwijs, vanuit de gedachte dat de rechtspositie van de werknemers in openbaar én bijzonder onderwijs aan bepaalde eisen dient te voldoen, zodat overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs noodzakelijk is. Het tweede is het principe van de gelijke rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs, in het belang van zowel het bijzonder onderwijs als het openbaar onderwijs.²⁷³

Van het eerste argument kan zonder veel moeite gezegd worden dat het niet

271 Hoofdstuk III, par. 4.4.

272 Vgl. ook het slot van par. 7.2.

273 Vgl. par. 4.1.

overtuigt. In par. 4.1 merkte ik al op dat voor de deugdelijkheid van het onderwijs voldoende is dat de rechtspositie aan bepaalde minimale eisen voldoet. Gezien de ontwikkelingsgraad van het 'algemene' sociaal recht in de eerste decennia van deze eeuw is begrijpelijk dat de wetgever zich gedwongen voelde om specifiek met het oog op het bijzonder onderwijs op te treden. Inmiddels is het reguliere arbeidsrecht echter dermate ontwikkeld dat ook zonder ingrijpen via de onderwijswetgeving het voor de deugdelijkheid van het onderwijs vereiste 'rechtspositionele minimum' in beginsel aanwezig is. Specifiek ten aanzien van de financiële arbeidsvoorwaarden is de bepaling van de subsidiehoogte voldoende om de kwaliteit van de arbeidsvoorwaarden te waarborgen.

Ook ten aanzien van het tweede argument, de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs, rijst de vraag hoe sterk het is. Voor de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs zijn goede argumenten aan te voeren; concurrentie op grote schaal op het gebied van de financiële en andere arbeidsvoorwaarden moet als ongewenst worden beschouwd, voor openbaar én bijzonder onderwijs. De vraag is echter of het principe van de rechtspositionele gelijkheid de huidige gang van zaken op het gebied van het collectief overleg rechtvaardigt.

Dat is allerm minst het geval. Het principe van de rechtspositionele gelijkheid betekent op dit moment dat het bijzonder basis-, speciaal en voortgezet onderwijs zich volledig aanpast aan het openbaar onderwijs. Deze gang van zaken is zeker niet vanzelfsprekend. Denkbaar is dat de Minister van Onderwijs en de organisaties van schoolbesturen gezamenlijk het overleg met de centrales voeren. Denkbaar is eveneens dat de Minister weliswaar het overleg voert, maar dat hij dat doet in nauw overleg met de organisaties van schoolbesturen, niet op de wijze zoals op dit moment in de Commissie Besturenorganisaties geschiedt, maar uitdrukkelijk en principieel omdat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van overheid en schoolbesturen wordt onderkend.²⁷⁴ Van dat alles is geen sprake; dat bleek in het voorgaande. Het is daarom opnieuw vanuit het gezichtspunt van de zo minimaal mogelijke beperking van grondrechten dat geconcludeerd moet worden dat de beperking van het recht op collectief overleg van het schoolbestuur niet gerechtvaardigd wordt.

Als geheel moet de conclusie dan ook zijn dat het huidige overlegstelsel voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs een beperking betekent van het recht op collectief overleg van het schoolbestuur die door de daarvoor eventueel in aanmerking komende gronden niet gerechtvaardigd wordt.

7.3.7 Consequenties

De consequenties van deze conclusie zijn in eerste instantie gering. Het recht op collectief overleg van het schoolbestuur, zoals dat in verschillende internationale verdragen is vastgelegd, kan niet door middel van een beroep op de

274 Vgl. de wijze waarop op dit moment de diverse overheidswerkgevers bij het overleg met de Centrale Commissie betrokken zijn (TK 1987-1988, 20402, nr 1, 6-7; idem 1989-1990, nr 3, 7 e.v.)

rechter worden afgedwongen.²⁷⁵ Dat wil uiteraard niet zeggen dat de overheid niet gehouden zou zijn om de genoemde verdragen en verdragsbepalingen na te leven. Op de vraag welke consequenties dat dient te hebben voor de huidige wettelijke bepalingen inzake het collectief overleg in het bijzonder onderwijs zal ik in par. 7.5 ingaan.

7.4 HET OVERLEGSTELSEL VOOR HET MIDDELBAAR EN HOGER BEROEPSONDERWIJS

7.4.1 Vooraf

Ook in het nieuwe overlegstelsel voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs is het uitgangspunt nog steeds het collectief overleg tussen overheid en werknemersorganisaties. Het nieuwe schuilt in de meer uitgebreide taken van het schoolbestuur en, in verband daarmee, in de grotere rol voor het overleg tussen het schoolbestuur en werknemersorganisaties. Van dat overleg houdt de overheid zich echter allerminst afzijdig; het tegendeel is eerder het geval, met name gezien de uitgebreide regeling van het IGO in hoofdstuk IV-E RMBO en in hoofdstuk IV-C RPBO. Voor de private sector is dat een vrij unieke vorm van overheidsoptreden.

In deze paragraaf zal ik nagaan in hoeverre het nieuwe overlegstelsel in overeenstemming is met het recht op collectief overleg van schoolbesturen en werknemersorganisaties. Ik zal mij daarbij in eerste instantie beperken tot het IGO.²⁷⁶ In verband daarmee komen in par. 7.4.2 de positie van de schoolbesturen aan de orde en in par. 7.4.3 de positie van de werknemersorganisaties. In de par. 7.4.4 en 7.4.5 zal ik stilstaan bij de gronden om een (eventuele) inbreuk op het recht op collectief overleg te rechtvaardigen. In par. 7.4.6 komen de consequenties van de in de eerdere paragrafen getrokken conclusies aan de orde. In die paragraaf komt ook kort de verhouding tussen IGO en cao aan de orde.

7.4.2 De positie van de schoolbesturen

Ook in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs wordt het overgrote deel van de besluiten op rechtspositioneel gebied nog steeds op centraal niveau genomen.²⁷⁷ Dit betekent dat ook voor de schoolbesturen in het beroepsonderwijs geldt dat hun recht op collectief overleg in sterke mate wordt beperkt.

Niettemin: vanuit de positie van de schoolbesturen zou de wijziging van het bekostigingssysteem voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs en de daarmee gepaard gaande vergroting van de taken en bevoegdheden van de schoolbesturen op rechtspositioneel gebied als een stap in de goede richting kunnen worden gezien. De wijzigingen hebben tenslotte tot gevolg dat het

275 Par. 7.2; hoofdstuk III, par. 3.3.2, 3.3.3.

276 Het overleg over de afvloeiingsregeling beschouw ik als speciës van het IGO. Vgl. nt 224.

277 Par. 6.2.4.

schoolbestuur zelf collectief overleg voert met de werknemersorganisaties, al is het maar over een naar omvang beperkt deel van de totale rechtspositie van de werknemers.

Deze verandering zou als een gedeeltelijke opheffing van de beperking van het recht op collectief overleg gezien kunnen worden, ware het niet dat de wetgever niet heeft volstaan met de vergroting van de rechtspositionele taken en bevoegdheden van het schoolbestuur, maar daaraan meteen een verplichting tot het voeren van collectief overleg op de door de overheid voorgeschreven wijze heeft gekoppeld.²⁷⁸ Daar komt bij dat inhoudelijk gezien de overlegruimte van het schoolbestuur sterk beperkt is en wel als gevolg van het van hogerhand vastgestelde budget.

Vormt het enkele bestaan van de IGO-regeling een beperking van het recht op collectief overleg van het schoolbestuur, de inhoud van de regeling geeft het schoolbestuur weinig reden tot klagen. Door het ontbreken van de overeenstemmingseis en door de opzet van de geschillenregeling werkt de IGO-regeling sterk in het voordeel van het schoolbestuur.

Het geheel overziend heeft het nieuwe overlegstelsel voor het schoolbestuur in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs en zijn recht op collectief overleg zowel voors als tegens.

7.4.3 *De positie van de werknemersorganisaties*

Anders dan de schoolbesturen zijn de werknemersorganisaties in het beroepsonderwijs er waar het gaat om hun recht op collectief overleg allerm minst op vooruit gegaan door de uitbreiding van de rechtspositionele taken en bevoegdheden van de schoolbesturen en de daarmee samenhangende invoering van het IGO.

Dat is in de eerste plaats het gevolg van het enkele bestaan van de IGO-regeling, waardoor tot in details is vastgelegd met wie en op welke wijze het overleg gevoerd moet worden. Dat is, ik wees daar al eerder op, een duidelijke afwijking van de vrijheid die elders in de private sector aan werkgevers en vakbonden gelaten wordt op grond van het recht op collectief overleg.²⁷⁹

Veel belangrijker nog is dat de IGO-regeling inhoudelijk gezien bezwaren oproept. Dat geldt in de eerste plaats voor het feit dat de overheid tot overleg verplicht met alle vier de centrales, onafhankelijk van hun mate van representativiteit. Verschillen tussen de centrales, bijvoorbeeld in omvang en in de actiebereidheid van de leden, worden daardoor geneutraliseerd, of op zijn minst verdoezeld, met alle gevolgen van dien voor de onderlinge verhouding van de centrales en voor hun onderhandelingspositie ten opzichte van het

278 Op geen enkele wijze blijkt dat het recht op collectief overleg van de schoolbesturen (laat staan van de werknemersorganisaties) een factor van belang is geweest bij het aanbrengen van deze veranderingen. Toch kunnen de veranderingen (eenmaal uitgaande van de plicht van het schoolbestuur om overleg te voeren) wel degelijk in dit kader geplaatst worden.

279 Ook de centrales ondervinden daarnaast de nadelige gevolgen van het feit dat de overheid de financiële ruimte voor het overleg vaststelt, minder echter dan de schoolbesturen, omdat de ruimte in overleg met de Bijzondere Commissie wordt vastgesteld.

schoolbestuur. Waarom het nodig is om op deze wijze af te wijken van hetgeen elders in de private sector als logisch voortvloeisel uit het recht op collectief overleg wordt gezien, is onduidelijk. Het onderwijsgrondrecht is niet in het geding. Ook andere redenen voor de overheid om regulerend op te treden ontbreken op het eerste oog.

Nog bezwaarlijker is dat de IGO-regeling het schoolbestuur een sterkere positie geeft in het overleg dan de centrales. Deze ongelijkwaardigheid is opnieuw een principieel verschil met het cao-overleg elders in de private sector, waar werkgever(sorganisatie) en vakbond als in juridisch opzicht gelijkwaardige partijen tegenover elkaar staan.

Maar ook als een vergelijking wordt gemaakt met de regeling inzake het overleg met de Bijzondere Commissie wordt het bezwaarlijke van de IGO-regeling op dit punt zichtbaar. De combinatie van enerzijds het ontbreken van de overeenstemmingseis en anderzijds de bepalingen inzake de toetsing en beslissing door de geschillencommissie maken van het IGO namelijk een geheel andere, met duidelijk minder waarborgen omgeven vorm van overleg dan het georganiseerd overleg met de Bijzondere Commissie.

Dat is zeker het geval in de situatie waarin overeenstemming van Minister en Bijzondere Commissie vereist is. De overlegpartners kunnen dan moeilijk anders dan serieus overleg voeren gericht op het bereiken van overeenstemming.²⁸⁰ Zelfs waar geen instemming vereist is, biedt de regeling in hoofdstuk VI-A RPBO nog betere waarborgen dan de IGO-regeling. Dat is het gevolg van de mogelijkheid om de AAC om advies te vragen. De AAC is daarbij niet gebonden aan een bepaalde wijze van toetsen; zij is zeker niet verplicht om marginaal, in het voordeel van de Minister te toetsen. Door haar gezag kan zij wel het bereiken van overeenstemming bevorderen. Daarom dient zij de belangen van beide partijen.

De IGO-regeling biedt daarentegen alle kans aan het schoolbestuur om te speculeren op een positieve, in dat geval doorslaggevende beslissing van de geschillencommissie, met alle gevolgen van dien voor het overleg met de centrales.²⁸¹ Dat reëel overleg wordt gevoerd en dat de betrokkenen zo veel mogelijk overeenstemming bereiken wordt zodoende niet bevorderd. De geschillenregeling biedt uitsluitend garanties dat de bevoegdheid tot eenzijdige besluitvorming niet overduidelijk misbruikt wordt. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat verwacht mag worden dat elk schoolbestuur, of zelfs maar een aanzienlijk deel van de schoolbesturen voor een negatieve opstelling ten opzichte van het overleg zou kiezen. De wettelijke regeling is echter vooral van

280 Daaraan draagt ook bij dat een bindende beslissing van de AAC uitsluitend mogelijk is als beide partijen daarmee instemmen; de overlegpartners zijn daardoor sterk op elkaar aangewezen. Zo ook de Minister van Binnenlandse Zaken, TK 1987-1988, 20402, nr 1, 4.

281 Dat is des te erger als bedacht wordt dat het overleg dat vooraf gaat aan de vaststelling en wijziging van het overlegreglement niet tot overeenstemming hoeft te leiden. Dat betekent dat het schoolbestuur ook op de regels die het overleg beheersen een overwegende invloed heeft, met alle risico's van dien. De oorspronkelijke Ministeriële regeling eiste – terecht – overeenstemming tussen schoolbestuur en centrales.

belang in die gevallen waarin het schoolbestuur aarzelend of zelfs weigerachtig staat ten opzichte van overleg. In die gevallen schiet de regeling tekort.

De conclusie ligt voor de hand: de IGO-regeling vormt een duidelijke beperking van het recht op collectief overleg van de werknemersorganisaties in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs.²⁸²

7.4.4 *Gerechvaardigde inbreuken?: algemeen*

Voor zover in het kader van het nieuwe overlegstelsel de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs worden vastgesteld door de overheid, na overleg met de Bijzondere Commissie, geldt daarvoor hetzelfde als voor het 'oude' stelsel: het recht op collectief overleg van schoolbestuur en werknemersorganisaties wordt beperkt; dat van de schoolbesturen het meest vergaand. De IGO-regeling daarentegen leidt tot de precies tegenovergestelde conclusie: ook hier wordt het recht op collectief overleg van beide betrokkenen beperkt, maar dat van de werknemersorganisaties het meest vergaand.

Hierna zal ik nagaan of voor de geconstateerde beperkingen van het recht op collectief overleg als gevolg van de opzet van het nieuwe overlegstelsel een rechtvaardiging aanwezig is. Ik beperk mij daarbij tot de IGO-regeling. Voor de beperkingen die het gevolg zijn van het overleg met de Bijzondere Commissie en de daarop volgende besluitvorming door de overheid geldt voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs hetzelfde als elders: deze beperkingen zijn, in de geconstateerde aard en omvang, niet te rechtvaardigen.

In verband met de IGO-regeling wijs ik er op dat hierna in eerste instantie niet of nauwelijks aan de orde is de horizontale werking van het recht op collectief overleg. Voorop staat de vraag of het overheidsoptreden dat betrekking heeft op de onderlinge verhouding van schoolbestuur en centrales in overeenstemming is te brengen met het recht op collectief overleg van beide betrokkenen.²⁸³ Dat dit overheidsoptreden is gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden is daarbij niet van belang. In par. 7.4.2 werd dat uiteengezet ten aanzien van de schoolbesturen. Voor de werknemersorganisaties geldt hetzelfde. De inhoud van hoofdstuk IV-C RPBO gaat de werknemersorganisaties in beginsel niet aan, maar zij ondervinden daarvan onvermijdelijk de gevolgen. Gevolg van het feit dat de IGO-regeling bestaat, is tenslotte dat de centrales bij het voeren van overleg schoolbesturen tegenover zich vinden die in redelijkheid niet anders kunnen doen dan de IGO-regeling naleven.

Evenmin als ten aanzien van het overleg met de Bijzondere Commissie het geval was, kan de IGO-regeling gerechtvaardigd worden met een beroep op de noodzaak om controle te houden over de overheidsuitgaven of met een beroep op de noodzaak om in het belang van de deugdelijkheid van het onderwijs afwentelen en doorberekenen tegen te gaan. De hoeveelheid geld die in het overleg 'besteed' kan worden, staat tenslotte al bij voorbaat vast.

Dat de overheid regelend optreedt zou vanuit het perspectief van de werk-

282 Aldus ook: Ros (1990), 28.

283 De horizontale werking komt aan de orde in par. 7.4.6.

nemersorganisaties gezien kunnen worden als 'bevorderend' optreden, omdat de IGO-regeling ook schoolbesturen die aarzelend of zelfs weigerachtig staan ten opzichte van overleg aanzet tot het voeren van overleg. Voldoende voor dat effect zou zijn geweest een bepaling waarin het schoolbestuur verplicht wordt om overleg te voeren met de daarvoor in aanmerking komende organisaties. De huidige regeling gaat veel verder – en dus te ver.

7.4.5 *Gerechtigde inbreuken?: het onderwijsgrondrecht*

Zou de wetgever voor het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs het vaststellen van een inhoudelijke overlegregeling achterwege hebben gelaten, dan zou het aan de betrokkenen zelf zijn geweest om te bepalen of en zo ja, op welke wijze het collectief overleg zou worden gevoerd. Met name als een of meer werknemersorganisaties duidelijk representatief zouden zijn, zou cao-overleg niet of nauwelijks tegen te houden zijn geweest. In deze laatste conclusie ligt wellicht een rechtvaardiging voor het bestaan van de huidige IGO-regeling besloten: zonder wettelijke regeling zou het schoolbestuur verplicht kunnen worden om overleg te voeren op basis van gelijkwaardigheid. Die gelijkwaardigheid zou in strijd kunnen zijn met het onderwijsgrondrecht.

In dat verband kan in de eerste plaats gedacht worden aan het principe van de gelijke rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs. Inderdaad is mede om die reden de oorspronkelijke regeling vervangen door de huidige. De oorspronkelijke, op art. E.68 IWHBO gebaseerde regeling ging ten aanzien van het bijzonder onderwijs uit van de gelijkwaardigheid van partijen. Het schoolbestuur diende dan ook de instemming te hebben van de andere deelnemers aan het overleg.²⁸⁴ Voor het openbaar onderwijs volstond de Minister met het voorschrijven van overleg, waarna het aan de betrokkenen was om de status van het overleg te regelen. Dit verschil in behandeling was voor de Raad van State aanleiding om te constateren dat een duidelijke toelichting ontbrak.²⁸⁵ Daarop werd in de definitieve regeling in het RPBO de overeenstemmingseis vervangen door de in par. 6.2.6 e.v. besproken (geschillen)regeling, die zowel op het openbaar als het bijzonder onderwijs van toepassing is.

De vraag rijst of het bestaan van de huidige IGO-regeling inderdaad gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs. Om verschillende redenen meen ik dat dat niet het geval is.

In de eerste plaats moet bedacht worden dat absolute gelijkheid niet vereist is; ook een gelijkwaardige regeling kan voldoende zijn; met name in die gevallen waarin de geheel verschillende, publiekrechtelijke c.q. privaatrechtelijke grondslag van het openbaar en bijzonder onderwijs dat voor de hand liggend

²⁸⁴ Art. IV-C10 lid 1 van de Ministeriële regeling: 'Over zaken, die behoren tot de competentie van het overlegorgaan, wordt niet beslist dan nadat daarover overeenstemming is bereikt tussen het bevoegd gezag en de centrales.' Vgl. Ros (1990), 22-23.

²⁸⁵ Vgl. Ros (1988), 12 en (1990), 22-23.

maakt.²⁸⁶ Daarnaast moet bedacht worden dat de rechtspositionele gelijkheid vooral van belang is met het oog op de arbeidsvoorwaarden van de werknemers en niet per se in verband met het overleg dat aan het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden vooraf gaat. Als verschillende overlegregelingen tot gelijke of gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden leiden, dan is er geen bezwaar tegen dergelijke verschillende regelingen.²⁸⁷ Tenslotte moet bedacht worden dat het bewerkstelligen van gelijkheid (dan wel gelijkwaardigheid) niet per se door middel van onderwijswetgeving behoeft te geschieden. Ook het reguliere arbeidsrecht (de WCAO bijvoorbeeld) en de mogelijkheden die het privaatrecht de direct betrokkenen biedt (de cao met name) dienen ingecalculeerd te worden.

Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat de wetgever door het schoolbestuur te verplichten tot het voeren van overleg, en verder optreden ter zake van het collectief overleg achterwege te laten, de gelijkheid of gelijkwaardigheid van de arbeidsvoorwaarden in het openbaar en bijzonder beroepsonderwijs voldoende zou hebben gewaarborgd.²⁸⁸ Dat de betrokkenen in openbaar en bijzonder onderwijs over gelijke financiële middelen beschikken, vormt (gegeven de beperkte bevoegdheden van het IGO) op zichzelf een voldoende garantie voor gelijke, althans niet al te zeer verschillende arbeidsvoorwaarden.²⁸⁹

Een tweede aspect van het onderwijsgrondrecht dat zich zou kunnen verzetten tegen overleg op basis van gelijkwaardigheid is de vrijheid van onderwijs. Als dat zo is, dan zou dat een rechtvaardiging kunnen zijn voor het bestaan van de IGO-regeling in de huidige vorm. Zij zou namelijk gezien kunnen worden als een inbreuk op het recht op collectief overleg van schoolbesturen en centrales, waardoor de schoolbesturen beschermd worden tegen de mogelijke consequenties van het reguliere sociaal recht (een afdwingbaar recht op cao-overleg).

De vraag rijst uiteraard of de vrijheid van onderwijs zich verzet tegen overleg op basis van gelijkwaardigheid, dat wil zeggen: overleg waarbij schoolbestuur en centrales overeenstemming moeten bereiken wil de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden een feit zijn. Uit de kritiek van de Raad van State op de oorspronkelijke regeling zou kunnen worden opgemaakt dat de vrijheid van onderwijs inderdaad in het geding is. Zoals in par. 6.2.5 bleek, was deze kritiek voor Minister en centrales aanleiding om de oorspronkelijke regeling

286 Anders: Ros (1990), 28.

287 Anders: Ros (1990), 24.

288 En als absolute gelijkheid al noodzakelijk is, dan valt niet in te zien waarom per se het model voor het openbaar onderwijs uitgangspunt moest zijn bij het ontwerpen van de IGO-regeling. Gezien de beperkte schaal die het IGO ook in het openbaar onderwijs zou hebben, was er ook daar m.i. geen bezwaar tegen een overeenstemmingseis. Nu ook in het kader van het overleg met de Centrale Commissie en de Bijzondere Commissie (ten dele) deze eis wordt gesteld, is er in het geheel geen bezwaar meer tegen de overeenstemmingseis in het openbaar onderwijs.

289 Aldus ook: Ros (1990), 26. Ook de wetgever ziet dit kennelijk in; want een bepaling als art. 21 WBO ontbreekt in de WHBO.

te vervangen door de huidige, met als gevolg dat de voor de centrales bijzonder nadelige regeling inzake de geschillencommissie in de plaats is getreden van de overeenstemmingseis.

Mijns inziens is het maar zeer de vraag of overleg op basis van gelijkwaardigheid gevaar oplevert voor de vrijheid van onderwijs.

Het zou kunnen zijn dat de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen die aan de school ten grondslag liggen zich verzetten tegen elke vorm van overleg. Voor dat geval biedt art. IV-C9 RPBO voorzieningen die in wezen niet eens ver genoeg gaan. Een algehele ontheffingsmogelijkheid, zoals art. 18 WMO die biedt voor het geval medezeggenschap van werknemers en ouders in strijd komt met de richting van de school, zou meer op zijn plaats zijn.

Het enkele feit dat het schoolbestuur in zijn vrijheid beperkt wordt, is uitdrukkelijk geen argument voor de stelling dat cao-overleg de vrijheid van onderwijs beperkt. In hoofdstuk III wees ik er op dat een beperking van de vrijheid van het schoolbestuur alleen dan een beperking van de vrijheid van onderwijs inhoudt, wanneer tevens de richting van de school in het geding is.²⁹⁰ Niettemin lijken Minister en centrales, bij het aanpassen van de regeling naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State, te zijn uitgegaan van de opvatting dat enkel de beperking van de vrijheid van de schoolbesturen een beperking van de vrijheid van onderwijs betekent. Het gehele bijzonder onderwijs ondervindt namelijk de invloed van de conclusie dat de vrijheid van onderwijs in het geding is, zowel de confessionele als de niet-confessionele bijzondere scholen.²⁹¹

Dat er een verband is tussen het IGO en de vrijheid van onderwijs kan overigens zeker wel verdedigd worden, namelijk voor die gevallen waarin in het IGO onderwerpen aan de orde komen die verband houden met de richting van de school. Het is niet absoluut uitgesloten dat overleg op basis van gelijkwaardigheid het schoolbestuur in dat geval tot bepaalde besluiten zou kunnen dwingen, waartegen het bezwaar heeft op grond van de richting van de school. Dat is met name het geval waar het gaat om het onderwerp 'aanstelling en ontslag', dat in volle omvang in het IGO aan de orde dient te komen. Zou de kans op een aantasting van de vrijheid van richting inderdaad bestaan, dan bieden de artt. IV-E9 RMBO en IV-C9 RPBO echter voldoende garanties, omdat die bepalingen de schoolbesturen in staat stellen om de overlegpartners op basis van de gezamenlijke godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging te selecteren. Als dat gebeurt, dan is dat een vergaande en naar haar aard zeer uitzonderlijke beperking van het recht op collectief overleg van de uitgesloten centrales, waarvan echter verdedigd kan worden dat zij noodzakelijk

290 Par. 2.7.9. Uitgaande van een ruime opvatting over de vrijheid van inrichting zou eventueel van een beperking van de vrijheid van inrichting gesproken kunnen worden. Aldus de bevoegdheid van Ros (1990), die vervolgens de — gegeven het uitgangspunt — terecht conclusie trekt dat het recht op collectief overleg dient te prevaleren.

291 De invloed van art. IV-C9 RPBO is daarentegen beperkt tot bezwaren op basis van de richting van de school.

is in het belang van de vrijheid van onderwijs.²⁹²

Naast de waarborgen die art. IV-C9 biedt, zijn andere waarborgen voor de vrijheid van onderwijs overbodig. Met name is er in mijn ogen geen noodzaak om overleg op basis van gelijkwaardigheid een bezwaar te achten.²⁹³ Dat betekent dat de beperking van het recht op collectief overleg van de centrales, die het gevolg is van het ontbreken van de overeenstemmingseis en van de opzet van de geschillenregeling, onnodig en daarom niet te rechtvaardigen is.

Zelfs uitgaande van de opvatting dat de overeenstemmingseis wel een gevaar oplevert voor de vrijheid van onderwijs, is de huidige regeling overigens niet acceptabel, omdat zij het gehele bijzonder onderwijs betreft. Bezwaren tegen overleg op basis van gelijkwaardigheid kan daarentegen alleen een uitdrukkelijk confessioneel- of levensbeschouwelijk-bijzondere school aan de vrijheid van onderwijs ontnemen.²⁹⁴ Alleen al om die reden vormt de huidige IGO-regeling een te vergaande beperking van het recht op collectief overleg van de centrales.

Dat de schoolbesturen in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs ten dele onwennig en huiverig staan tegenover iets nieuws als collectief overleg, en zeker tegenover overleg op basis van gelijkwaardigheid, is nog wel te begrijpen. Dat dergelijk overleg gevoerd wordt, is echter de logische consequentie van het feit dat hun eigen taken en bevoegdheden zijn uitgebreid. Het alternatief voor overleg op basis van gelijkwaardigheid zou zijn dat de overheid opnieuw de arbeidsvoorwaarden vaststelt na overleg met de centrales.

7.4.6 Consequenties

Op de vraag welke consequenties deze conclusies dienen te hebben voor de bestaande IGO-regeling zal ik in par. 7.5. ingaan. In deze paragraaf zal ik stilstaan bij de vraag in hoeverre de centrales op dit moment aan het grondrecht op collectief overleg concrete rechten ten opzichte van het schoolbestuur kunnen ontnemen, die verder gaan dan de IGO-regeling. Het gaat hier om rechtstreekse aanspraken ten opzichte van het schoolbestuur, dat wil zeggen: om de horizontale werking van het recht op collectief overleg. In hoofdstuk III werd daarover gezegd dat horizontale werking, ook van internationale grondrechten, in beginsel mogelijk moet worden geacht, maar dat de vraag of en zo ja, in hoeverre dat het geval is pas in het concrete geval beantwoord kan worden.²⁹⁵

Dat het recht op collectief overleg inderdaad horizontale werking kan heb-

²⁹² De regeling kan in technisch opzicht verbeterd worden; art. 18 WMO is daarbij een goed uitgangspunt. Vgl. hoofdstuk X, par. 3:11.3.

²⁹³ Overleg op basis van gelijkwaardigheid, met art. IV-C9 als 'uitweg' i.v.m. de vrijheid van richting, is m.i. verre ter verkiezen boven de huidige regeling, waarbij het schoolbestuur in het overleg een overheersende positie krijgt (en waardoor art. IV-C9 in wezen overbodig is).

²⁹⁴ Tenzij wordt uitgegaan van een ruime interpretatie van de vrijheid van inrichting. Vgl. echter nt 290.

²⁹⁵ Par. 4.3.

ben, blijkt uit de jurisprudentie.²⁹⁶ Ook al is het principieel gezien bij uitzondering, in een aantal gevallen is uitdrukkelijk een recht op collectief overleg toegekend. Fase zegt het als volgt:

‘De uitoefening van het collectief onderhandelingsrecht is van de medewerking van de anderen afhankelijk. Van een rechtsaanspraak op collectief onderhandelen kan echter wel sprake zijn, indien gepoogd wordt om buiten de vereniging om de arbeidsvoorwaarden van de door haar vertegenwoordigde groep van werknemers te regelen. De vereniging moet wel representatief zijn voor die werknemersgroep, terwijl dat van de andere onderhandelingspartners niet of in mindere mate kan worden gezegd.’²⁹⁷

Wordt aan het recht op collectief overleg horizontale werking verleend, dan gebeurt dat – kenmerkend – via de omweg van privaatrechtelijke kwalificaties als de onrechtmatige daad en de goede werkgever. Zij worden echter ingevuld aan de hand van de internationale bepalingen inzake het recht op collectief overleg.²⁹⁸

Deze jurisprudentie betreft in de regel de toelating van een werknemersorganisatie tot reeds bestaand cao-overleg. Gezien de wijdverbreidheid van het cao-overleg in de private sector is dat niet verwonderlijk. De door Fase geformuleerde regel acht ik eveneens van toepassing indien in het geheel geen cao-overleg (of, ruimer: geen overleg op basis van gelijkwaardigheid) wordt gevoerd. In een dergelijk geval staan aan werknemerszijde tenslotte nog veel grotere belangen op het spel dan in het geval de werkgever al overleg voert, maar met de ‘verkeerde’ organisaties.²⁹⁹

Ten aanzien van het bijzonder onderwijs betekent het voorgaande dat werknemersorganisaties onder omstandigheden aanspraak kunnen maken op cao-overleg in de plaats van IGO. In dit verband moet overigens bedacht worden dat als eenmaal overeenstemming is bereikt over de inhoud van het overlegreglement, zowel schoolbestuur als centrales (contractueel) gebonden zijn aan dat overlegreglement en aan het IGO in het algemeen. Dat betekent dat het schoolbestuur op basis van de bereikte overeenstemming tot het voeren van overleg gedwongen kan worden. Voor de centrales en de daarbij aan-

296 Op dit punt zou kunnen worden tegengeworpen dat in de in nt 245 vermelde rechterlijke beslissingen, waarin een recht op overleg wordt erkend, de internationale bepalingen inzake het recht op collectief overleg geen rol spelen. In de (zeer summier onderbouwde) beslissingen is inderdaad uitsluitend sprake van ‘onrechtmatigheid’ en van ‘goed werkgeverschap’. Deze beslissingen lijken mij echter ondenkbaar zonder het grondrecht ‘recht op collectief overleg’ op de achtergrond. Vandaar dat ik spreek van horizontale werking van het grondrecht op collectief overleg. Overigens: al zouden deze beslissingen geen voorbeelden zijn van de horizontale werking van art. 6 ESH en IAO-conventie nr 87, dan nog blijkt daaruit dat onder omstandigheden een voor de rechter afdwingbaar recht op collectief overleg bestaat, dat dan blijkbaar geheel en al aan het Nederlandse privaatrecht kan worden ontleend.

297 (1987b), 58.

298 Vgl. de jurisprudentie genoemd in nt 245. Vgl. ook nt 295.

299 Vgl. Fase (1982a), 85-86. Vgl. ook Brink (1988), 187: aan arbeidsvoorwaardenoverleg binnen de afzonderlijke onderneming dienen in beginsel alle werknemersorganisaties deel te nemen.

gesloten vakbonden betekent het dat zij het IGO niet kunnen negeren. Dat betekent weliswaar een beperking van hun recht op collectief overleg, maar in dit geval is er geen bezwaar tegen om die beperking te zien als een vrijwillig aanvaarde. Met voorbijgaan aan het IGO streven naar het afsluiten van een cao is pas (weer) mogelijk als de contractuele relatie door de centrales (eenzijdig, door opzegging) wordt verbroken c.q. wanneer een vakbond het lidmaatschap van de centrale zou beëindigen.

Ook om een andere reden is het niet nodig om de keuze tussen IGO en cao op de spits te drijven. In par. 6.4.6 werd geconcludeerd dat het mogelijk is om IGO en cao te combineren, in die zin dat de resultaten van het IGO worden vastgelegd in een cao. In de regel zal deze oplossing voor de centrales voldoen.

Toch is niet ondenkbaar dat ooit de vraag rijst of een centrale, althans een daarbij aangesloten vakbond, cao-overleg kan eisen in plaats van IGO. Dat zou bijvoorbeeld het gevolg kunnen zijn van de bepaling in het overlegreglement dat in het kader van het IGO overeenstemming is bereikt als drie van de vier centrales instemmen met het beleidsvoornemen van het schoolbestuur. De IGO-regeling gaat er van uit dat de vierde centrale zich daarbij neerlegt. Als niet steeds dezelfde centrale in een minderheidspositie is, dan zal dat ook wel gebeuren. Is echter steeds dezelfde centrale de 'vierde', dan zal dat wellicht meer moeite kosten. Deze centrale zou daarop kunnen besluiten om het IGO te laten voor wat het is en om aanspraak te maken op overleg met het schoolbestuur dat is gericht op het afsluiten van een cao. Eenzelfde situatie zou zich voordoen als een in het geheel niet bij een centrale aangesloten vakbond aanspraak zou maken op cao-overleg. Dat zou eventueel ook een vakbond kunnen zijn die zich losmaakt van 'zijn' centrale, om naar een eigen cao te streven.

Binnen de overheid rijzen in dergelijke gevallen geen problemen; andere werknemersorganisaties dan de vier centrales hebben in het geheel geen recht op overleg; de centrales hebben geen verdergaande rechten dan de desbetreffende overlegregeling biedt. In het bijzonder onderwijs is dat anders. Daar zet de IGO-regeling, als gevolg van haar bekostigingsvoorwaardenkarakter, de reeds bestaande mogelijkheden tot (c.q. rechten op) overleg niet opzij. Zeker als de werknemersorganisatie die aanspraak maakt op cao-overleg veel leden telt onder de werknemers van de desbetreffende school, veel meer wellicht dan de (andere) centrales, zou het schoolbestuur verplicht kunnen worden in te gaan op de eis om cao-overleg. Het schoolbestuur zou in een dergelijk geval voor onoplosbare problemen komen te staan, omdat het cao-overleg een inbreuk betekent op de bekostigingsvoorwaarden in hoofdstuk IV-E RMBO c.q. hoofdstuk IV-C RPBO.³⁰⁰ De cen-

300 De werkingssfeer van de af te sluiten cao is eventueel nog wel te beperken tot de leden van de bij de centrale aan gesloten onderwijsvakbond(en); art. 14 WCAO is van regelend recht. De verplichting op grond van hoofdstuk IV-C RPBO betreft daarentegen alle werknemers, zonder uitzondering.

trale of vakbond gaat dat echter niet aan.³⁰¹

Tot zo ver de horizontale werking van het recht op collectief overleg. Waar de centrales c.q. vakbonden in het bijzonder onderwijs met een beroep daarop het schoolbestuur eventueel kunnen verplichten tot cao-overleg, daar kan het schoolbestuur trachten dat tegen te gaan met een beroep op de vrijheid van onderwijs. Zij is een deugdelijk argument tegen overleg op basis van gelijkwaardigheid, mits in het concrete geval komt vast te staan dat de richting van de school in het geding is. Dat zal naar verwachting niet gauw het geval zijn. In par. 7.4.5 bleek dat de stelling dat de overheid op grond van de vrijheid van onderwijs het IGO op een bepaalde wijze dient in te richten wordt verdedigd op basis van argumenten die voor een deel niet geldig zijn. Diezelfde argumenten kunnen uiteraard ook ten opzichte van de werknemersorganisaties niet in het geweer worden gebracht.

Tot zo ver het IGO. De conclusies die ten aanzien daarvan werden getrokken, gaan ook op voor het overleg over de afvloeiingsregeling. Deze regeling vormt een beperking van het recht op collectief overleg van met name de werknemersorganisaties, omdat geen sprake is van overleg tussen gelijkwaardige partijen. Mits de werknemersorganisatie aan de te stellen eisen voldoet (en mits dat niet in strijd is met de vrijheid van onderwijs) kunnen de centrales aanspraak maken op overleg gericht op overeenstemming. Dat geldt voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, maar ook voor het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs. Hetzelfde geldt ook voor het overleg over de modelaktes van benoeming voor zover dat niet op basis van gelijkwaardigheid wordt gevoerd.³⁰²

7.5 EEN KORTE SCHETS VAN EEN NIEUWE OPZET

7.5.1 *Uitgangspunt: collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs*

De voorgaande paragrafen leiden tot de conclusie dat de beide stelsels, op basis waarvan op dit moment het collectief overleg over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs wordt gevoerd, niet gehandhaafd kunnen blijven. Dat volgt uit de conclusies inzake de (uiterst gebrekkige) wijze waarop het recht op overleg in het bijzonder onderwijs gestalte heeft gekregen. Dat volgt ook uit de andere kritiek, die in eerdere paragrafen van dit hoofdstuk aan de orde kwam. Aan de vraag hoe het anders kan, is deze paragraaf gewijd, niet om aldus tot in details een nieuwe opzet te schetsen, maar wel om op een aantal punten een aanzet daartoe te geven.

301 Ter vergelijking het georganiseerd overleg met de overheid: in haar uitspraak van 25-5-1987 (TAR 1987, 180) overweegt de AAC dat een regeerakkoord een afspraak is tussen Tweede Kamer-fracties, waaraan de Minister weliswaar gebonden kan zijn, maar die niet kan afdoen aan de rechten van derden (de centrales).

302 En ook voor het overleg binnen het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs dat volgt op de invoering van het FBS.

7.5.2 Het IGO: verbeteren of afschaffen?

Uitgangspunt dient te zijn het recht op collectief overleg van de schoolbesturen en hun organisaties en van de werknemersorganisaties. Dat recht zou zo veel mogelijk gerealiseerd moeten worden. Daarbij ligt voor de hand om uit te gaan van het collectief overleg dat op dit moment binnen het bijzonder onderwijs wordt gevoerd – en met name de IGO-regeling voor het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, omdat die het gevolg is van een bewuste versterking van de positie van de schoolbesturen als werkgevers. De IGO-regeling is des te interessanter omdat zij in de ogen van de overheid uitgangspunt is bij de herziening van het overlegstelsel elders in het bijzonder onderwijs.

Uitgaande van de IGO-regeling verdienen de volgende punten in elk geval aanpassing. Het bekostigingsvoorwaardenkarakter zou geschrapt moeten worden.³⁰³ Het minimum-karakter van de regeling zou verduidelijkt moeten worden; nog beter zou zijn als de wetgever zelf een afdoende regeling zou treffen.³⁰⁴ De verhouding van de IGO-regeling ten opzichte van de overlegverplichting in art. I-G2 RPBO dient geregeld te worden.³⁰⁵ Uitgangspunt van de RPBO-regeling dient overleg op basis van gelijkwaardigheid te zijn, in die zin dat overeenstemming met de werknemersorganisaties vereist is alvorens het schoolbestuur tot besluitvorming kan overgaan.³⁰⁶ In verband daarmee dient eventueel de mogelijkheid geschrapt te worden om te bepalen dat overeenstemming is bereikt als drie van de vier bonden instemmen.³⁰⁷ In elk geval dient in verband met het invoeren van de overeenstemmingseis de geschillencommissie vervangen te worden door een commissie die op dezelfde wijze tewerk gaat als de AAC.³⁰⁸ In geen geval dient bepaald te worden dat IGO-resultaten rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.³⁰⁹

Gegeven de keuze voor een door de overheid aan het schoolbestuur opgelegde overlegverplichting zou aldus een redelijk bevredigende regeling tot stand zijn gebracht. Feit blijft echter dat de IGO-regeling enkel en alleen door haar bestaan het recht op collectief overleg van schoolbestuur en werknemersorganisaties beperkt, zonder dat daarvoor een reden aanwezig is. Het betere alternatief is dan ook het zo veel mogelijk afschaffen van de IGO-regeling.

Wel zou een uitdrukkelijke overlegverplichting voor het schoolbestuur in de wet moeten worden opgenomen. Een dergelijke overlegverplichting vormt een beperking van de vrijheid van collectief overleg van de schoolbesturen. Niettemin lijkt zij noodzakelijk, ten dele om te waarborgen dat de arbeids-

303 Par. 6.2.1, par. 6.2.6.

304 Par. 6.2.2.

305 Par. 6.4.4.

306 De oorspronkelijke Ministeriële regeling zou in ere moeten worden hersteld, waarbij de bepalingen inzake het bijzonder onderwijs nu ook op het openbaar onderwijs van toepassing zouden kunnen worden verklaard.

307 Par. 6.2.2, par. 6.2.5.

308 Wellicht nog beter zou zijn de competentie van de AAC 'zelf' uit te breiden.

309 Anders: Brekelmans (1989), 30.

voorwaarden in het bijzonder onderwijs, net als in het openbaar onderwijs, steeds na c.q. door collectief overleg tot stand komen, ten dele als regeling parallel aan de SER-fusiegedragsregels.³¹⁰

Daarnaast zou een voorziening kunnen worden getroffen voor de gevallen dat de richting van een concrete school in gevaar zou kunnen komen door de overlegverplichting. Dat zou een regeling in de zin van het huidige art. IV-C9 RPBO kunnen zijn; eventueel zou ook gedacht kunnen worden aan een ontheffingsmogelijkheid analoog aan die in art. 18 WMO. Als dat is gebeurd, dan mag er mijns inziens van uit worden gegaan dat de richting van de school voldoende beschermd wordt en dat andere, verdergaande waarborgen voor de vrijheid van onderwijs onnodig zijn.

Tenslotte zou overwogen kunnen worden om een mogelijkheid te creëren dat schoolbestuur en werknemersorganisaties een met de AAC vergelijkbare instantie om advies kunnen vragen en desnoods, met instemming van beide zijden, om een arbitrale uitspraak.³¹¹ Juist omdat er nog weinig of geen ervaring is met het voeren van collectief overleg op wat grotere schaal binnen het bijzonder onderwijs, zou een dergelijke mogelijkheid een positief effect kunnen hebben op het overleg. Tot het in het leven roepen van een dergelijke advies- en arbitrage mogelijkheid zijn de betrokkenen echter ook zelf in staat. Vanuit de gedachte van zo min mogelijk overheidsingrijpen in het collectief overleg, is het wellicht beter om de betrokkenen zelf de vrijheid te laten om te bepalen of zij voelen voor een advies- en arbitragecommissie.

Door aldus terug te treden neemt de overheid vrijwel alle beperkingen van het recht op collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs weg. Doorslaggevende bezwaren tegen een dergelijk grote terughoudendheid van de zijde van de overheid bestaan mijns inziens niet. In de par. 7.4.4 en 7.4.5 is voldoende duidelijk gebleken dat de overheidsbekostiging, noch de zorg voor deugdelijk onderwijs, noch het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs tot meer ingrijpen in het collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs noodzaken. De bekostiging als zodanig biedt voldoende mogelijkheden om het overheidsbelang c.q. het onderwijsbelang veilig te stellen.

7.5.3 *Zo min mogelijk collectief overleg met de overheid*

Tot zo ver in eerste instantie het overleg binnen het bijzonder middelbaar en hoger beroepsonderwijs. Ook ten aanzien van het overleg dat op centraal niveau wordt gevoerd over de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs moet geconcludeerd worden dat de desbetreffende regelingen te vergaande en daardoor niet te rechtvaardigen beperkingen vormen van het recht op collectief overleg, van de schoolbesturen en, zij het in mindere mate, van de werknemersorganisaties.

Vanuit het perspectief van de werknemersorganisaties is het experimentele

310 Vgl. Fase (1986), 37.

311 Aldus: Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 25.

stelsel, wanneer aangepast en wettelijk vastgelegd, een heel bevredigende overlegregeling.³¹² In verband met het overleg op centraal niveau zijn het echter vooral de positie van de schoolbesturen en hun recht op collectief overleg die aanleiding geven tot de conclusie dat de huidige opzet niet te rechtvaardigen is en een ingrijpende aanpassing behoeft. Daarom zou gestreefd moeten worden naar een opzet waarbij de overheid uitdrukkelijk (mede) namens de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs het overleg met de werknemersorganisaties voert. Dat zou kunnen op dezelfde wijze als ook de lagere overheden en hun organisaties worden betrokken bij het georganiseerd overleg met de Centrale Commissie.³¹³

Zeker zo belangrijk als de versterking van de positie van de schoolbesturen op centraal niveau is het terugdringen van de omvang van het overleg dat door de overheid gevoerd wordt. De besluitvorming over alle rechtspositionele aangelegenheden die niet van belang zijn in verband met het principe van de rechtspositionele gelijkheid zouden geheel overgelaten moeten worden aan de schoolbesturen in overleg met de werknemersorganisaties. Rechtspositionele aangelegenheden ten aanzien waarvan rechtstreekse overheidsinvloed vereist is, zouden in elk geval zo veel mogelijk aan de direct betrokkenen moeten worden overgelaten.³¹⁴ Het RPBO zou in verband hiermee sterk in omvang teruggebracht moeten worden. Daarnaast zou gewaarborgd moeten worden dat de financiële middelen die de afzonderlijke scholen ter beschikking staan, voldoende zijn.³¹⁵

7.5.4 *Consequenties van de voorgestelde veranderingen*

Realisering van deze voorstellen zou in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs leiden tot een grotere ruimte voor overleg binnen de afzonderlijke instellingen dan op dit moment bestaat. Ook de wijze waarop het overleg wordt ingericht, zou nagenoeg geheel door de betrokkenen zelf worden bepaald. Deze opzet zou in beginsel ook in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs gevolgd moeten worden. Ook daar leidt het recht op collectief overleg tot de conclusie dat de huidige gang van zaken, met nog verdergaande beperkingen van het recht op collectief overleg van het schoolbestuur dan in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, niet te rechtvaardigen is. Ook daar zou daarom gestreefd moeten worden naar zo veel mogelijk zelfstandigheid ten opzichte van de overheid.

Wat betekent die grotere vrijheid voor alle betrokkenen in het bijzonder onderwijs?

De individuele werknemer zal van de voorgestelde veranderingen niet al te

312 Wel zou in verband met de Bijzondere Commissie moeten worden gezien of het wel wenselijk is dat de centrales daarin de werknemers in het bijzonder onderwijs vertegenwoordigen. Optreden van de vakbonden ligt m.i. meer voor de hand (par. 5.2.2).

313 Aldus ook: Van Peijpe (1986), 366

314 Vgl. daarover: School 2000, 20-21, Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 25.

315 Aldus ook: Verantwoordelijkheid voor onderwijs, 13 e.v.

veel merken. Zijn arbeidsvoorwaarden worden nog steeds in het kader van collectief overleg vastgesteld, al vindt dat overleg op een ander (meer nabij) niveau en tussen andere (meer passende) overlegpartners plaats.

De grotere vrijheid komt ten goede aan de schoolbesturen en hun organisaties en aan de werknemersorganisaties. Zij heeft tot gevolg dat de betrokkenen kunnen bepalen op welk niveau en binnen welke kaders het overleg gevoerd wordt. Denkbaar is overleg dat het gehele bijzonder onderwijs betreft. Het andere uiterste zou zijn overleg per instelling. Meer voor de hand liggend zullen in veel gevallen tussenoplossingen zijn, waarbij per onderwijstype en/of per zuil overleg wordt gevoerd. Binnen het beroepsonderwijs is denkbaar dat het overleg een of enkele scholen betreft. Elders in het bijzonder onderwijs ligt overleg op 'bovenschools' niveau duidelijk meer voor de hand.

De direct betrokkenen kunnen ook bepalen waarop het overleg gericht wordt. Het meest voor de hand ligt waarschijnlijk cao-overleg. Dat laat echter nog steeds de keuze open tussen een 'echte' cao, een model-cao of een raam-cao en tussen een 'ondernemings-' of een 'bedrijfstak'-cao.³¹⁶ Ook overleg gericht op het vaststellen van een model-akte van benoeming blijft mogelijk. Vanwege het gemis van de automatische doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten van de (georganiseerde) werknemers, maar ook omdat in geval van overleg over een model-akte (op basis van de huidige WMO) de MR in volle omvang zijn bevoegdheden houdt, verdient de cao wellicht de voorkeur.

Ook de inhoud van het overleg kan in veel opzichten door de overlegpartners zelf worden bepaald. De vrijheid op dit punt is echter niet onbepaald – en met reden. Vanuit het gezichtspunt dat de rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs op zijn minst gelijkwaardig moet zijn, zullen bepaalde aangelegenheden in de Centrale dan wel Bijzondere Commissie aan de orde komen. Daarnaast zal de omvang van de overheidsbekostiging grenzen stellen aan de vrijheid van de direct betrokkenen; ook dat is te rechtvaardigen met het oog op het principe van de rechtspositionele gelijkheid, maar ook met het oog op de overheidszorg voor het algemeen sociaal-economisch belang. In het uiterste geval is een rechtstreeks ingrijpen op grond van de LW denkbaar, vooropgesteld althans dat deze op het gehele bijzonder onderwijs van toepassing wordt verklaard. Zo wordt duidelijk dat de overheid, indien en voor zover nodig, een sterke invloed heeft op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs, en met name op hun (financiële) arbeidsvoorwaarden, zonder dat het recht op collectief overleg meer dan nodig beperkt wordt.

7.5.5 Tot slot: juridische en andere factoren

In het voorgaande is het collectief overleg inzake het bijzonder onderwijs vooral vanuit een juridische optiek benaderd. De beide huidige overlegstelsels werden getoetst aan grondrechten als het recht op collectief overleg en het

³¹⁶ Zo kan desgewenst een algemeen verbindend verklaring onmogelijk worden gemaakt.

onderwijsgrondrecht; daarnaast werden zij in verband gebracht met de wijze waarop het recht op collectief overleg in de private sector in wetgeving en jurisprudentie gestalte heeft gekregen. Op basis van diezelfde juridische 'bronnen' zijn ook de voorstellen voor verandering gedaan.

In verband met het collectief overleg is de juridische invalshoek een zeer voorname, maar hij heeft ook iets betrekkelijks. Tal van andere, niet-juridische factoren bepalen de wijze waarop op dit moment het collectief overleg inzake de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs worden gevoerd: de wijze van bekostiging en in verband daarmee de financiële risico's die de schoolbesturen dragen inzake ziekteverzuim en wachtgeld, maar ook: de onderlinge verhouding van de centrales, zoals die bepaald wordt door omvang en representativiteit; de organisatiegraad in het desbetreffende deel van het onderwijs; de verhouding tussen centrale en onderwijsvakbond, afhankelijk van de invloed van de vakbond ten opzichte van de andere vakbonden binnen de centrales; de actiebereidheid van de werknemer etc.

Dergelijke niet-juridische factoren zullen waarschijnlijk ook voor een belangrijk deel bepalen of een nieuw overlegstelsel al dan niet wordt ingevoerd. Een overlegstelsel dat is opgezet op de hiervoor geschetste wijze is wellicht vanuit een juridische optiek te verkiezen boven de beide huidige stelsels. Voor de direct betrokkenen zullen de juridische factoren in eerste instantie wellicht niet de doorslag geven. De schoolbesturen zouden in de voorgestelde opzet tal van nieuwe taken krijgen op rechtspositioneel gebied. De vraag is of zij bereid en vooral ook in staat zijn om die taken op goede wijze te vervullen. De centrales verkeren op dit moment in een vrij comfortabele positie, zeker waar het gaat om het overleg met de overheid: zij hebben alle vier een uitdrukkelijk recht op overleg. In het nieuwe stelsel is daarvan grotendeels geen sprake meer; de representativiteit van de organisatie zal meer rechtstreeks een rol gaan spelen. Daardoor zal de onderlinge verhouding van de centrales veranderen en ook de verhouding tussen de centrales en de vakbonden.

Overwegingen als deze zullen er wellicht toe leiden dat de onderwijsorganisaties het (huidige) zekere voor het (toekomstige) onzekere verkiezen. De overheid zal met dergelijke aarzelingen niet veel moeite hebben. Het huidige stelsel geeft haar een grote invloed op de arbeidsvoorwaarden in een niet onbetekenend deel van de private sector, een invloed die veel verder gaat dan de LW of de WAGGS mogelijk maken. Van haar hoeven daarom niet per se voorstellen tot wijziging verwacht te worden.³¹⁷ Vanuit een juridische en met name grondrechten-optiek zijn daar geen overwegende bezwaren tegen, want het zijn de betrokkenen zelf die in een beperking van hun grondrechten berusten.

317 Het hoofdlijnenakkoord voor het hbo bevat een aantal passages waaruit kan worden opgemaakt dat ten aanzien van het hbo zowel bij de Minister als bij de onderwijsorganisaties de wil bestaat om tot ingrijpende veranderingen te komen. Vgl. TK 1990-1991, 21820, nr. 1, 11 e.v. Het is nog te vroeg om over de in het hoofdlijnenakkoord neergelegde voornemens een oordeel te vellen. De mogelijkheid bestaat in elk geval dat met de realisering ervan voor een groot deel wordt tegemoet gekomen aan de in het voorgaande geuite kritiek op de huidige opzet van het collectief overleg inzake het hbo.

Niet uitgesloten is daarom dat ingrijpende wijzigingen van de huidige situatie nog geruime tijd achterwege zullen blijven. Niet uitgesloten is echter evenzeer dat al zeer snel de noodzaak komt om meer fundamentele wijzigingen aan te brengen. Er zijn slechts enkele werknemersorganisaties nodig, die gebruik maken van de in par. 7.4.6 geschetste juridische mogelijkheden om hun recht op collectief overleg af te dwingen, om zichtbaar te maken dat het huidige stelsel in juridisch opzicht slecht in elkaar zit en daarom, als het er op aan komt, niet houdbaar is.

Hoofdstuk VIII – Ontslag: het materiële recht

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik het materiële ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs behandelen. Het formele recht komt aan de orde in het volgende hoofdstuk. Hierna zal overigens blijken dat in het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs materieel en formeel recht vaak moeilijk te scheiden zijn. Om die reden is het onvermijdelijk dat ik op een aantal plaatsen vooruitloop op de inhoud van het volgende hoofdstuk en enkele elementen van het formele ontslagrecht (kort) aan de orde stel.

Doelstelling in dit hoofdstuk is in de eerste plaats een beschrijving te geven van het ontslagrecht. Tweede doelstelling is het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs aan een evaluatie te onderwerpen, met name vanuit het oogpunt van de relevante grondrechten: het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten.

Ik zal hierna niet streven naar een integrale behandeling van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs. In de eerste plaats zal ik mij beperken tot het ontslagrecht in de strikte zin van het woord.¹ Verwante of aangrenzende onderwerpen als de aanstelling, de schorsing en (andere) disciplinaire maatregelen en de regelingen ter zake van uitkeringen bij ziekte en werkloosheid komen niet of slechts summier aan de orde. Meer in het bijzonder zal ik mij beperken tot een behandeling van wat het hart van het ontslagrecht genoemd kan worden: de ontslagbescherming van de werknemer. Ook het schoolbestuur kan uiteraard aanspraak maken op een zekere mate van ontslagbescherming, vooral waar het gaat om het ontijdig ontslag nemen door de werknemer. Dat aspect van het ontslagrecht laat ik hierna buiten beschouwing.

Uitgaande van de aan de werknemer te bieden ontslagbescherming zal ik in par. 2, bij wege van referentiekader, een beschrijving geven van de hoofdlijnen van het reguliere ontslagrecht voor de private en de publieke sector. In par. 3 zal ik vervolgens het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs behan-

1 Onder 'ontslag' zal ik hierna verstaan: alle wijzen waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen. De nadruk zal echter liggen op de beëindiging door opzegging, vaak zelf weer ontslag (geven c.q. nemen) genoemd. Vgl. in dit verband: Stribos (1985), 37 e.v. Vgl. ook nt 120.

delen. In par. 4 komt de relatie tussen het ontslagrecht en de relevante grondrechten aan de orde. Met name daar zal plaats zijn voor evaluerende beschouwingen.

2 Het ontslagrecht voor de publieke en de private sector

2.1 VOORAF

Hierna zal ik een korte schets geven van de hoofdlijnen van het ontslagrecht voor de private en de publieke sector. Ingang zijn de twee factoren die aard en omvang van de ontslagbescherming in belangrijke mate bepalen: de geldigheid van de ontslaggrond (par. 2.2) en de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (par. 2.3). In par. 2.4 zal ik nagaan hoeveel bescherming beide stelsels van ontslagrecht daadwerkelijk bieden tegen ontslagen die niet berusten op een geldige reden en/of die de werknemer onevenredig benadelen.

De nadruk zal liggen op de beëindigingswijze die arbeidsrecht en ambtenarenrecht gemeenschappelijk hebben: de beëindiging door opzegging door de werkgever.² Daarnaast komen het einde van rechtswege en (voor zover het het arbeidsrecht betreft) de opzegging door de werknemer, de beëindigingsovereenkomst en de ontbinding door de rechter kort aan bod. Ten aanzien van het arbeidsrecht zal ik uitgaan van het huidige ontslagrecht. Alleen waar dat uitdrukkelijk op zijn plaats is, zal ik verwijzen naar de voorstellen voor verandering die op dit moment in het parlement behandeld worden.³ Ten aanzien van het ambtenarenrecht zal ik mij beperken tot het ontslagrecht zoals dat is vastgelegd in het ARAR. Daarnaast zal ik een enkele keer verwijzen naar het ontslagrecht voor het openbaar onderwijs in titel II RPBO.

2.2 DE 'IUSTA CAUSA DEMISSIONIS'

2.2.1 Centrale vragen

De ontslagbescherming van werknemers en ambtenaren is duidelijk verschillend geregeld. Achtergrond van deze verschillen is het feit dat bij de beantwoording van een aantal centrale vragen, die in verband met beide stelsels van ontslagbescherming rijzen, voor geheel verschillende uitgangspunten is gekozen.

Een eerste centrale vraag is die naar het belang dat aan de ontslaggrond

2 De begrippen 'werkgever' en 'werknemer' gebruik ik hierna niet alleen waar de private sector aan de orde is, maar ook als ik doel op werkgever en bevoegd gezag gezamenlijk c.q. werknemer en ambtenaar gezamenlijk. Met 'werknemer' zal in veel gevallen tevens of zelfs exclusief bedoeld worden op de ex-werknemer.

3 Vgl. TK 1989-1990, 21479 nr 1 e.v.

moet worden gehecht en dan met name aan het (al dan niet) bestaan van een grond die het ontslag rechtvaardigt (de 'iusta causa demissionis'). Toegespitst op de rol van de 'iusta causa' zijn in abstracto twee uitgangspunten denkbaar: enerzijds het uitgangspunt dat de beëindiging door de werkgever uitsluitend is toegestaan wanneer zij geschiedt op een juiste grond; anderzijds het uitgangspunt dat de grond voor de beëindiging er niet toe doet. Wordt voor dit laatste uitgangspunt gekozen, dan hoeft de ontslaggrond niet volledig irrelevant te zijn. Met name is denkbaar dat op bepaalde gronden ontslag juist niet wordt toegelaten; in dat geval is sprake van ontslagverboden. Langs die weg kan evenzeer aan het beginsel van de 'iusta causa' gestalte worden gegeven.

Ook zonder op de ontslaggrond te letten kan ontslagbescherming worden geboden, met name door de wijze waarop het ontslag wordt verleend met bepaalde waarborgen te omgeven. In dat verband kan gedacht worden aan opzegtermijnen, maar ook de verplichting tot het betalen van een schadevergoeding past in dit kader.

Uitgaande van het bestaan van regels die het ontslag beheersen, ligt voor de hand dat de mogelijkheid bestaat om een derde instantie te laten toetsen of een (voorgenomen) ontslag in overeenstemming is met die regels. In dat verband rijst een tweede belangrijke vraag, namelijk die naar het moment van de toetsing. Opnieuw zijn twee uitgangspunten denkbaar: enerzijds het uitgangspunt dat zo veel mogelijk vooraf dient te worden getoetst of een voorgenomen ontslag in overeenstemming is met de van toepassing zijnde regels; anderzijds het uitgangspunt dat de toetsing uitsluitend achteraf plaats vindt, nadat de beëindiging een feit is.

Als uitsluitend eisen worden gesteld aan de wijze waarop het ontslag wordt gegeven, dan ligt een repressieve toets voor de hand. Als alleen ontslag om een geldige reden acceptabel is, dan ligt een preventieve toets wellicht meer voor de hand.⁴ In zoverre is er een zeker verband tussen het moment van toetsen en het uitgangspunt in verband met de 'iusta causa'.

Een derde centrale vraag is die naar de sanctie op een ontslag dat in strijd komt met de van toepassing zijnde regels. Twee uitgangspunten zijn denkbaar: het eerste is dat een dergelijk ontslag zo veel mogelijk ongedaan moet worden gemaakt; het tweede is dat een eenmaal gegeven ontslag hoe dan ook zijn effect behoudt.

In een stelsel waarin ontslagbescherming uitsluitend betekent dat eisen worden gesteld aan de wijze waarop het ontslag plaats vindt, ligt terugdraaien in de regel niet voor de hand in geval het ontslag niet aan de gestelde eisen voldoet. Van duidelijk meer belang is de vraag naar de sanctie binnen een stelsel waarin de 'iusta causa' centraal staat. In geval van een preventieve toets ligt de consequentie van een (voor de werkgever) negatief uitvallende toetsing voor de hand: de arbeidsverhouding mag niet verbroken worden (van een sanctie in de eigenlijke zin van het woord is geen sprake). Die lijn doortrekkend naar het geval van een repressieve toets, ligt voor de hand om er van uit te gaan dat een

4 Vgl. in dit verband: hoofdstuk IX, par. 4.3.3.

ontslag dat niet op juiste gronden gegeven is, wordt teruggedraaid.

2.2.2 *Verskillende uitgangspunten: de publieke sector*

Lettend op de rol van de 'iusta causa', blijkt dat in het ambtenarenontslagrecht is gekozen voor het eerste uitgangspunt, waarbij uitsluitend op basis van een geldige reden de aanstelling beëindigd mag worden. Het ARAR bevat in verband daarmee een limitatief omschreven aantal ontslaggronden. Het gaat om beschrijvingen van feiten en omstandigheden die, als zij zich voordoen, objectief gezien de beëindiging van de aanstelling rechtvaardigen.⁵ In een aantal gevallen spelen min of meer subjectieve factoren een rol, bijvoorbeeld als het bevoegd gezag tot ontslag wil overgaan op basis van bezwaren tegen het gedrag van de ambtenaar. Een zuiver subjectief gevoeld bezwaar tegen het voortduren van de aanstelling is echter niet voldoende; die bezwaren moeten objectiveerbaar zijn.⁶

In het geval de ambtenaar vast is aangesteld, kan ontslag alleen volgen als een van de ontslaggronden van toepassing is.⁷ Of dat inderdaad het geval is, wordt over het algemeen vergaand getoetst door de ambtenarenrechter. Dat is overigens niet steeds in dezelfde mate mogelijk. Als het te toetsen ontslagbesluit min of meer automatisch voortvloeit uit een achterliggende beslissing, waarmee de ambtenarenrechter in beginsel geen bemoeienis heeft, dan zal een duidelijk marginale opstelling onvermijdelijk zijn.⁸ In geval van een tijdelijke aanstelling (de aanstelling op proef daaronder begrepen) zijn de beperkingen van het limitatieve stelsel te 'omzeilen'.⁹ Ook dan kan echter de gegrondheid van de beëindiging van de aanstelling in veel gevallen aan de ambtenarenrechter ter toetsing worden voorgelegd. Dat is mogelijk op basis van een uitdrukkelijk ontslagbesluit¹⁰ dan wel op basis van een (eventueel impliciet) besluit om de aanstelling niet te laten voortduren.¹¹ De toetsing is in deze gevallen minder stringent dan in geval van de beëindiging van een vaste aanstelling.¹² Niettemin wordt ook hier tot op grote hoogte vastgehouden aan het 'iusta causa'-principe.¹³

Ook aan het bevoegd gezag gestelde zorgvuldigheids- en motiveringseisen waarborgen dat ontslagen uitsluitend om een geldige reden worden gegeven.

5 In beginsel althans, omdat in veel gevallen een belangenafweging noodzakelijk is. Vgl. par. 2.3.

6 Vgl. Korteweg-Wiers c.s. (1988), 182. Vgl. wel par. 2.4.2, i.v.m. art. 48 Aw.

7 CRvB 17-3-1983, AB 1983, 372. Vgl. ook: Phaff (1986), 214; Korteweg-Wiers c.s. (1988).

8 Vgl. par. 3.4.3 en m.n. nt 195.

9 Art. 95 lid 2 ARAR. Vgl. Korteweg-Wiers c.s. (1988), 195-196; H. Vermeulen, 28.

10 M.n. i.g.v. een tijdelijke aanstelling voor een onbepaalde tijd. Vgl. art. 95 lid 2 ARAR.

11 M.n. i.g.v. een aanstelling op proef dan wel een tijdelijke aanstelling voor een vast bepaalde tijd. Vgl. art. 6 lid 3 ARAR; CRvB 17-11-1988, TAR 1989, 8. Vgl. ook Korteweg-Wiers c.s. (1988), 159.

12 CRvB 4-4-1985, TAR 1985, 103; CRvB 13-2-1986, TAR 1986, 102. Vgl. Brenninkmeijer (1988), 433; H. Vermeulen, 13 e.v.

13 Vgl. m.n. CRvB 24-1-1961, AB 1961, 571: 'iedere grond, mits ...'. Dat de (extra) waarborgen van het gesloten stelsel ontbreken, wordt daarnaast gecompenseerd door enkele ontslagverboden; vgl. art. 95 leden 3 en 4 ARAR.

Algemene voorschriften inzake de zorgvuldige voorbereiding en de motivering van het ontslag ontbreken weliswaar in het ARAR; op dit punt biedt echter de Aw 'zelf' uitkomst, door voor te schrijven dat het ontslagbesluit wordt getoetst aan de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe ook het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gerekend.¹⁴

Uitgangspunt van het ambtenarenontslagrecht is dat als geen geldige ontslaggrond aanwezig is, de betrekking behouden dient te blijven. Beter is te zeggen dat zij hersteld dient te worden, want de toetsing vindt achteraf en op initiatief van de werknemer plaats. Valt zij negatief uit, dan wordt het ontslagbesluit vernietigd.¹⁵

2.2.3 *Verschillende uitgangspunten: de private sector*

Het BW-ontslagrecht is in verband met de 'iusta causa' gebaseerd op het tegenovergestelde uitgangspunt: de ontslaggrond is in beginsel niet van belang.¹⁶ Hierna zal blijken dat dit uitgangspunt maar zeer ten dele in het huidige ontslagrecht voor de private sector is terug te vinden. Het is niettemin het uitgangspunt van het BW-ontslagrecht en als zodanig neergelegd in de artt. 1639g en o BW. Art. 1639g BW stelt voorop dat in geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur 'ieder der partijen het recht (heeft) de dienstbetrekking te doen eindigen door opzegging'. Art. 1639o BW gaat nog verder, nu daarin wordt bepaald (voor zover hier van belang althans) dat 'ieder der partijen (...) de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen (kan) doen eindigen'. Hierop sluit aan dat in de 'voor opzegging geldende bepalingen' sterk de nadruk wordt gelegd op de in acht te nemen opzegtermijnen.¹⁷ Ook het ontbreken van deugdelijke voorschriften inzake de zorgvuldige voorbereiding en de motivering van het ontslagbesluit past in dit kader.¹⁸

Op één punt is de ontslaggrond overigens wel uitdrukkelijk van belang in het kader van art. 1639o BW, namelijk in geval het ontslag plaats vindt om een dringende reden. Hier is de reden echter niet van belang als een rechtvaardiging van het ontslag als zodanig, maar als een rechtvaardiging voor het buiten beschouwing laten van de normale ontslagbescherming. Daarom is de regeling van het ontslag om een dringende reden eerder een bevestiging van het uitgangspunt dan een uitzondering. Een karakteristiek contrast met het ambtenarenrecht is ook dat tijdens een proeftijd de beëindiging zonder inachtneming van ontslagverboden (en opzegtermijnen) mogelijk is.¹⁹ Ook het feit dat in het kader van het BW zowel de aanstelling voor een vooraf bepaalde

14 Een uitzondering bevat art. 82 ARAR in geval van strafontslag.

15 Art. 47 lid 1 Aw.

16 Van den Heuvel (1983), 26 e.v.; Luttmer-Kat (1985), 89; Phaff (1986), 25, 27 e.v.; Van der Grinten (1990), 172.

17 Artt. 1639h-k BW. Vgl. De Jong c.s., 1639o BW, aant. 5.

18 Vgl. Strijbos (1985), 114.

19 Art. 1639n BW.

duur als de aanstelling voor een uitsluitend bepaalde duur van rechtswege (kunnen) eindigen illustreert het verschil met het ambtenarenrecht.²⁰

Op het uitgangspunt van art. 1639o BW sluit ook aan dat de toetsing steeds achteraf (en op initiatief van de werknemer) plaats vindt en dat de enige sanctie op het niet naleven van de ontslagbepalingen is een schadevergoeding in geld, niet vanwege de (dat wil zeggen: alle) gevolgen van de beëindiging, maar uitsluitend in verband met het ontijdig ervan.²¹

2.2.4 *Relativering: de publieke sector*

Door de uitgangspunten van de beide stelsels van ontslagbescherming voorop te stellen en uitsluitend de daarop onmiddellijk aansluitende wettelijke bepalingen te behandelen, drijf ik de zaak op de spits.

Dat geldt in de eerste plaats voor het ambtenarenrecht. De waarborgen die het gesloten stelsel van objectieve ontslaggronden biedt, zijn maar zeer ten dele van toepassing op de tijdelijke aanstelling; dat bleek hiervoor. Daarnaast moet bedacht worden dat het ARAR veel en vaak ook ruim geformuleerde ontslaggronden kent. Het stelsel heet dan weliswaar gesloten, maar het kent de nodige 'inwendige' ruimte.²² Dat blijkt bijvoorbeeld als gelet wordt op de ontslaggrond in art. 99 ARAR: het ontslag op 'andere gronden'. Het blijft een in de wet genoemde grond, maar dermate ruim omschreven dat van een gesloten stelsel in wezen geen sprake meer is.²³

Ook in verband met de sancties is een relativering op zijn plaats. Valt de toetsing negatief uit op grond van het ontbreken van een geldige reden, dan volgt in beginsel weliswaar de vernietiging van het ontslagbesluit, met als gevolg het herstel van de arbeidsverhouding, maar de ambtenarenrechter heeft ook de mogelijkheid om het ontslagbesluit te vernietigen en om vervolgens de nietigheid voor gedekt te verklaren.²⁴ Aan een dergelijke beslissing zal veelal weliswaar een financiële vergoeding ten gunste van de ambtenaar worden gekoppeld, maar consequentie is niettemin dat een ontslag zonder 'iusta causa' doorgang vindt. Zelfs is het mogelijk dat het bevoegd gezag weigert de gevolgen van de vernietiging van het ontslagbesluit te accepteren. De Aw biedt de ambtenaar voor dat geval uitdrukkelijk de mogelijkheid om via een aparte procedure een schadevergoeding te verkrijgen.²⁵ Ook dat relativeert het uitgangspunt dat de ambtenaarsverhouding uitsluitend op grond van een 'iusta causa' (definitief) beëindigd kan worden.

20 Artt. 1639e en f BW.

21 Art. 1639t BW bevat een uitzondering op deze regel. Vgl. par. 2.3.3.

22 Aldus ook: H. Vermeulen, 2.

23 Of van deze 'andere gronden' sprake is, wordt uiterst streng getoetst. Vgl. CRvB 1-5-1986, TAR 1986, 153; CRvB 9-9-1986, TAR 1986, 252. Vgl. ook Brenninkmeijer (1988), 432; H. Vermeulen, 28-29. Daarom wordt weliswaar het gesloten stelsel doorbroken, maar wordt geen afbreuk gedaan aan het daaraan ten grondslag liggende 'iusta causa'-principe.

24 Art. 48 Aw. Vgl. par. 2.3.6.

25 Art. 104 AW. Vgl. par. 2.4.2.

2.2.5 Relativering: de private sector

Ook ten aanzien van het BW-ontslagrecht is een relativering van het in par. 2.2.3 geschetste beeld op zijn plaats. Bij nadere beschouwing blijkt de 'iusta causa' namelijk een veel grotere rol te spelen dan het in art. 1639o BW neergelegde uitgangspunt zou doen vermoeden.

Binnen het BW blijvend vormen de ontslagverboden de meest vergaande relativering van het uitgangspunt dat de dienstbetrekking om welke reden dan ook beëindigd kan worden.²⁶ Dat geldt met name voor de ontslagverboden die het ontslag op bepaalde gronden – die dus in elk geval geen 'iusta causa' zijn – verbieden.²⁷ De sanctie sluit hierop aan: ontslag in strijd met een ontslagverbod maakt de beëindiging nietig, althans vernietigbaar.²⁸ De introductie van de ontslagverboden betekent uiteraard niet dat de rol van de 'iusta causa' in arbeidsrecht en ambtenarenrecht gelijk is. Daarvoor zou nodig zijn dat ontslagverboden in het BW alles verbieden wat niet onder de ontslaggronden in het ARAR valt. Dat is allerm minst het geval: het zijn uitsluitend (enkele van) de meest duidelijke en ernstige gevallen van het ontbreken van een 'iusta causa' die tot het formuleren van een ontslagverbod hebben geleid.²⁹ Niettemin vormen de ontslagverboden een duidelijke relativering van het uitgangspunt van art. 1639o BW.

De regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging is daarentegen maar zeer ten dele een uitzondering op het hoofdbeginsel van het civiele ontslagrecht, ook al wordt in art. 1639s lid 2 BW bepaald dat de beëindiging van een dienstbetrekking kennelijk onredelijk kan zijn 'wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden'. In de literatuur wordt er in dit verband met name op gewezen dat de regeling de rechter alleen in staat stelt om op te treden in geval de onredelijkheid overduidelijk is.³⁰ Deze constatering is feitelijk juist. Vast staat dat de wetgever in 1953 van mening was dat de rechter bij de toepassing van art. 1639s BW enige terughoudendheid in acht diende te nemen. Voorkomen zou moeten worden dat de rechter op de stoel van de werkgever zou gaan zitten; van daar dat aan de toevoeging 'kennelijk' groot belang werd gehecht.³¹ Hoe precies getoetst moet worden in het kader van art. 1639s BW is niettemin niet geheel helder. Het beste is wellicht om de kennelijke onredelijkheid in verband te brengen met het verbod van willekeur, dat wordt overtreden als dege-

26 Iets vergelijkbaars geldt voor de ontslagverboden (en ontslagbepalende maatregelen) in art. 21 WOR en voor de daarmee overeenstemmende bepalingen in de ARBOw, zij het dat hier niet zozeer de grond, maar de positie van de werknemer binnen de onderneming van belang is.

De ontslagverboden in WOR en ARBOw blijven hier buiten beschouwing.

27 Art. 1639h lid 2, lid 4; art 1637j lid 6 BW. Vgl. Van den Heuvel (1983), 92, 93; Luttmer-Kat (1985), 98.

28 Art. 1639o lid 5 BW.

29 Wetsontwerp 21479 voegt onder andere toe de beëindiging van de dienstbetrekking waarbij het discriminatieverbod in art. 1637j lid 1 BW wordt overtreden. De AWGB brengt een veel verdere uitbreiding. Vgl. par. 4.4.6.

30 Vgl. Van den Heuvel (1983), 62 e.v.; Phaff (1986), 84-85, 98-99.

31 Vgl. Van den Heuvel (1983), 46 e.v.

ne die het besluit heeft genomen bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot dat besluit kon komen.³² Voor zover de kennelijke onredelijkheid schuilt in de ondeugdelijkheid van de voor het ontslag aangevoerde reden zou geredeneerd kunnen worden dat de werkgever zijn eigen belang, verwoord in de voor het ontslag aangevoerde grond, te zwaar heeft laten wegen.

De vraag is echter of het terecht is om uit de aan de rechter voorgeschreven terughoudendheid af te leiden dat het civiele ontslagrecht ook na 1953 niet, of in elk geval maar tot op zekere hoogte uitgaat van het 'iusta causa'-principe. Aan bepaalde ('een beetje') onredelijke ontslagbesluiten zullen niet de in de artt. 1639s en t BW voorziene sancties verbonden kunnen worden, waardoor inderdaad enige ruimte bestaat voor ontslagen zonder (voldoende) geldige reden. Het zou echter onjuist zijn om hieruit af te leiden dat art. 1639s BW de werkgever uitdrukkelijk wil toestaan om ontslagbesluiten te nemen die 'slechts een beetje' onredelijk zijn. Integendeel: uit art. 1639s lid 2 sub 1 BW dient mijns inziens te worden afgeleid dat de werkgever verplicht is om een (eventueel) ontslagbesluit te baseren op een zo deugdelijk mogelijke belangenafweging. In verband met de ontslaggrond betekent dit dat een ontslag alleen toegestaan moet worden geacht als daarvoor een geldige reden aanwezig is.³³ De wetgever heeft als gezegd willen verhinderen dat de rechter het ontslagbesluit tot in alle details zou controleren; vandaar dat het consequent is dat in de toetsingsnorm die art. 1639s BW bevat een marginaal element is opgenomen. Dat doet niet af aan de verplichting die voor de werkgever volgt uit art. 1639s BW.³⁴

Dat de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging slechts een zwakke afspiegeling is van het principe dat ontslagen uitsluitend zijn toegestaan om geldige redenen blijkt veel duidelijker als gelet wordt op de sancties. Zou vast komen te staan dat de beëindiging onredelijk is op grond van het ontbreken van een deugdelijke reden, dan is de sanctie primair namelijk een schadevergoeding in geld. De beëindiging blijft aldus een feit. Weliswaar kan ook herstel van de dienstbetrekking worden gevorderd, maar de rechter kan het herstel niet passend oordelen; zeker zo belangrijk is dat een eventuele (voorgenomen) veroordeling tot het herstel afkoopbaar is.³⁵ In geval de werk-

32 Vgl. Van Peijpe (1987), 627; Van der Grinten (1990), 250.

33 Vgl. in dit verband ook Van der Grinten (1990), 252: 'De wet zegt niet met zo veel woorden dat er een behoorlijk motief aan het ontslag ten grondslag moet liggen. In de rechtspraak wordt - terecht - aanvaard, dat er een redelijke grond voor het ontslag aanwezig moet zijn.' Vgl. par. 2.3 over de andere kant van de weegschaal (de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer).

34 Met andere woorden: (het verbod van) kennelijke onredelijkheid is, net als (het verbod van) willekeur, de toetsvariant van het (materieel) evenredigheidsbeginsel. Het bestuursrecht biedt een mooie parallel op dit punt. Bij de vertaling van het verbod van willekeur naar de materieel-rechtelijke AWB (art. 3.2.3 lid 1) is gekozen voor het evenredigheidsbeginsel: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen belangen'. Vgl. ook Nicolai (1990), 218-220.

35 Vgl. Van den Heuvel (1983), 83-84. Vgl. ook par. 2.4.3.

gever zich tegen herstel verzet, is de maximale sanctie op een kennelijk onredelijk ontslag aldus een schadevergoeding.

De belangrijkste en meest duidelijke relativering van het uitgangspunt van art. 1639o BW vormt uiteraard het bepaalde in art. 6 BBA. Deze bepaling brengt met zich mee dat iedere eenzijdige beëindiging door de werkgever wordt getoetst op de (al dan niet) aanwezigheid van een 'iusta causa'.³⁶ De toetsing geschiedt vooraf; in zoverre is het BBA zelfs nog sterker gericht op het behoud van de betrekking dan het ambtenarenrecht. Vindt ten onrechte geen toetsing plaats, dan heeft dat in beginsel de nietigheid van het ontslag tot gevolg, zodat de betrekking in stand blijft.³⁷ De preventieve toetsing brengt tevens met zich mee dat aan de werkgever motiverings- en zorgvuldigheidseisen worden gesteld.

Tegen de achtergrond van de oorsprong van het BBA kon lange tijd gezegd worden dat de preventieve toets van de beëindiging een inbreuk vormt op het overigens van toepassing zijnde BW-ontslagrecht, die (op zijn minst: mede) is ingegeven door motieven die geen verband houden met de kwaliteit van de rechtsbescherming van de individuele werknemer – een inbreuk derhalve van tijdelijke aard, waaraan niet al te veel principiële betekenis mag worden gehecht.³⁸ Op dit moment is die opvatting niet meer vol te houden. Het lijkt uitgesloten dat het 'iusta causa'-principe, dat door het BBA in het ontslagrecht voor de private sector is geïntroduceerd, weer zou worden losgelaten.³⁹ De toetsing van de (al dan niet) geldigheid van de ontslaggrond vormt een niet meer weg te denken deel van het ontslagrecht voor de private sector, zij het

36 Van den Heuvel (1983), 143 e.v.; Phaff (1986), 85. Aan het verschil tussen '(on)redelijk' in het BBA en 'kenmerkend onredelijk' in art. 1639s BW dient m.i. niet al te veel gewicht te worden toegekend. Uit het onderzoek van Knegt/Wilthagen c.s. (1988, 141 e.v.) blijkt dat de wijze waarop de directeur van het GAB (en hetzelfde zal op dit moment gelden voor de RDA) het ontslag toetst niet steeds dezelfde is. De situatie is niet zo veel anders als in het ambtenarenrecht, waar een zekere mate van terughoudendheid van de rechter uitgangspunt is, maar waar met de ontslaggrond ook de mate van terughoudendheid verandert (zie par. 2.2.4 en 2.3.2). Wel is van belang dat i.v.m. het BBA factoren als de arbeidsmarkt en de omvang van de sociale zekerheidsuitkeringen een zekere rol kunnen spelen. Vgl. nt 65.

37 Dat wil niet zeggen dat de werknemer ook de arbeid hervat; het wil evenmin zeggen dat de dienstbetrekking ook gedurende langere tijd blijft voortbestaan. Vgl. Knegt/Wilthagen c.s. (1988), 196 e.v. Dat wil zelfs niet zeggen dat de werknemer gedurende langere tijd zijn loon ontvangt, gezien de jurisprudentie inzake de matiging van loonvorderingen. Vgl. HR 5-1-1979, NJ 1979, 207; HR 26-4-1985, NJ 1985, 663. De arbeidsovereenkomst kan daardoor zelfs 'krachteloos' worden. Vgl. HR 12-5-1989, NJ 1989, 801. Vgl. ook het slot van deze par.

38 Vgl. over het BBA en de motieven om het in te voeren (en te handhaven): Naber (1981), 102 e.v.; Van den Heuvel (1983), 42-46.

39 Dat wil niet zeggen dat de toetsende instantie per se de RDA moet zijn, of zelfs maar dat de toetsing per se preventief moet zijn. In het overgrote deel van de in de recente literatuur gedane wijzigingsvoorstellen is het 'iusta causa'-beginsel als uitgangspunt aan te treffen, in combinatie met een preventieve toets c.q. een ten opzichte van het huidige recht aangescherpte herstelbaarheid. Vgl. Naber (1981), 313; Van den Heuvel (1983), 230; Luttmer-Kat (1985), 115; Phaff (1986), 248-249; Van Peijpe (1987), 627.

niet (of: nog niet?) van het BW-ontslagrecht.⁴⁰

2.2.6 Conclusie

De vraag rijst dan ook hoe terecht het nog is om, waar het gaat om de rol van de 'iusta causa', de verschillen tussen arbeidsrecht en ambtenarenrecht te benadrukken. Het lijkt juist(er) te concluderen dat beide stelsels van ontslagbescherming uiteindelijk herleid kunnen worden tot de volgende regel: als geen geldige ontslaggrond aanwezig is, dan mag de dienstbetrekking niet opgezegd worden, dient zij althans hersteld te worden.

Met name in verband met het arbeidsrecht is daarmee niet alles gezegd. Een stelsel van ontslagbescherming is niet sterker dan zijn zwakste schakel. Om die reden is van belang om vast te stellen dat ook in het kader van de andere beëindigingswijzen die het arbeidsrecht kent de aanwezigheid van een 'iusta causa' vereist is.⁴¹ Dat geldt voor de beëindigingsovereenkomst, waar het tweezijdige karakter waarborgt dat de werknemer het eens is met de ontslaggrond.⁴² Dat geldt ook voor de ontbinding om gewichtige redenen. De wettelijke omschrijving van de ontbindingsgronden laat weliswaar de nodige ruimte, maar uit de jurisprudentie blijkt dat voor de ontbinding in beginsel een 'iusta causa' vereist is.⁴³

De regel dat voor de beëindiging van zowel de aanstelling als de arbeidsovereenkomst een geldige reden vereist is, ligt niet alleen ten grondslag aan het positieve recht, maar wordt ook algemeen als juist ervaren. In zoverre is sprake van een belangrijk uitgangspunt bij de beschrijving en (vooral) evaluatie van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs in de hiernavolgende paragrafen. In dat verband moet uiteraard rekening worden gehouden met het feit dat de hiervoor geformuleerde regel alleen een hoofdregel is, waarop verschillende uitzonderingen bestaan. Dat geldt voor het ambtenarenontslagrecht, zoals bleek in par. 2.2.4. Dat geldt zeker ook voor het ontslagrecht in de private sector. Ten dele zijn de uitzonderingen bewust en – naar redelijk algemene opvatting – op goede gronden gecreëerd.⁴⁴ In zoverre dienen ook zij richtsnoer te zijn bij de behandeling van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs. Voor een ander deel is echter sprake van duidelijke onvolkomenheden. Ik wijs op de artt. 1639s en t BW, die, als het in art. 1639s BW bepaalde werkelijk serieus wordt genomen, ontoereikende sancties bevatten. Ook de

40 Zowel het SER-advies (15 e.v.) als de toelichting op wetsontwerp 21479 (MvT, TK 1989-1990, 21479 nr 3, 14 e.v.; MvA, TK 1990-1991, 21479 nr 6, 13) wijzen duidelijk in de richting van het behoud van de preventieve redelijkheidstoets. Inmiddels is het 'iusta causa'-principe ook internationaal vastgelegd, in art. 4 IAO-conventie 158 (Trb. 1984, 17). Vgl. Van der Heijden (1987a), 21-22; Werkgroep herziening ontslagrecht (1991), 218-219.

41 Het einde van rechtswege vormt een uitzondering, omdat geen sprake is van een (toetsbare) op de beëindiging gerichte handeling. Het einde van rechtswege doorbreekt dus de hier geformuleerde regel, in het arbeidsrecht én in het ambtenarenrecht.

42 De echte waarborgen zijn hier de waarborgen waarmee de wilsvorming en -uiting door de werknemer is omgeven. Vgl. par. 3.6.1.

43 Vgl. Van den Heuvel (1983), 122 e.v.; Phaff (1986), 241.

44 Ik wijs op de (eerste) arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur en de proeftijd.

wijze waarop het recht wordt toegepast in de praktijk laat in een aantal gevallen ruimte voor kritiek. Zo verdient de uiterst ruimhartige wijze waarop op dit moment met art. 1639w BW wordt omgesprongen – naar redelijk algemene opvatting – weinig waardering.⁴⁵ Hetzelfde geldt ook voor de jurisprudentie inzake de matiging van loonvorderingen naar analogie van art. 1639r lid 5 BW.⁴⁶ Ook daarmee zal rekening moeten worden gehouden.

2.3 DE ERNST VAN DE GEVOLGEN VAN HET ONTSLAG VOOR DE WERKNEMER

2.3.1 De tweede factor

Ook afgezien van deze uitzonderingen op het 'iusta causa'-principe zou het te eenvoudig zijn om het ontslagrecht in de publieke en de private sector te herleiden tot de hiervoor geformuleerde hoofdregel. Dat is het geval omdat naast de (al dan niet) geldige reden nog een tweede factor bestaat die het ontslag (recht) in sterke mate bepaalt: de ernst van de financiële gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

In abstracto zijn dienaangaande twee uitgangspunten denkbaar. Dat is in de eerste plaats het uitgangspunt dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer er niet toe doen. Met andere woorden: beschikt de werkgever over een geldige reden om tot ontslag over te gaan, dan is dat ontslag mogelijk (uitgaande van een preventieve toets) c.q. dan kan het als terecht gegeven gelden (uitgaande van een repressieve toets). Uitgangspunt in dat geval is dat de werknemer de gevolgen van het ontslag zelf draagt. In abstracto is ook het tegenovergestelde uitgangspunt denkbaar, namelijk dat van de werkgever wordt verwacht dat hij steeds de gevolgen van het ontslag voor de werknemer voor zijn rekening neemt. Dat is echter een uitgangspunt dat tegen de achtergrond van het positieve ontslagrecht in de publieke en de private sector weinig uitwerking behoeft, met name als gevolg van de uitgebreide voorzieningen op het gebied van de sociale zekerheid.

In de tweede plaats is denkbaar dat wordt gekozen voor het uitgangspunt dat in het kader van ieder ontslag de ernst van de gevolgen ervan voor de werknemer meegewogen moet worden. Die 'weging' zal de toetsing van de geldigheid van de ontslaggrond niet vervangen maar aanvullen, zodat gezegd kan worden dat het uitgangspunt uiteindelijk luidt dat ieder ontslag dient te berusten op een afweging van de belangen van de werkgever (uitgedrukt in de ontslaggrond) en van de werknemer (te herleiden tot de gevolgen die deze ondervindt van het ontslag). Deze belangenafweging zal uiteindelijk tot de conclusie leiden dat of de belangen van de werkgever de doorslag geven, of de

45 Vgl. De Leede (1986); Kiewit (1982) en (1987); Van Peijpe (1987), 625-626; Van der Heijden (1987b); Knecht/Wilthagen c.s. (1988), 218, 322-323; Groen (1989), 112.

46 Vgl. Phaff (1986), 132 e.v.; Fase (1990), 256 e.v. Vgl. ook de kritiek in het Advies herziening ontslagrecht, 41 e.v. en in het VV m.b.t. wetsontwerp 21479 (TK 1989-1990, nr 4, 14 e.v.).

belangen van de werknemer.⁴⁷ In het eerste geval is een eventueel ontslag terecht (gegeven). Uitgangspunt is dan opnieuw dat de werknemer de gevolgen van het ontslag zelf draagt. Valt de afweging uit in het voordeel van de werknemer, dan ligt voor de hand om te concluderen dat het ontslag achterwege dient te blijven c.q. had moeten blijven en dus ongedaan moet worden gemaakt.

2.3.2 De publieke sector

Het uitgangspunt van het ambtenarenrecht is duidelijk: het (eventuele) ontslag dient te berusten op een open en eerlijke afweging van de belangen van overheid en ambtenaar.⁴⁸ Dat geldt met name als sprake is van het ontslag van een vast aangestelde ambtenaar. In een aantal gevallen is de toetsing op dit punt zeer streng; ik denk aan het ontslag wegens ongeschiktheid anders dan door ziekte.⁴⁹ In andere gevallen blijken de belangen van de dienst al snel de doorslag te geven; ik wijs op het ontslag wegens ongeschiktheid door ziekte of gebreken.⁵⁰ Indien ontslag imperatief is voorgeschreven, is er voor een belangenafweging uiteraard weinig ruimte.⁵¹ Dat moet echter niet al te snel worden aangenomen. In bepaalde gevallen wordt verwacht dat met de belangen van de ambtenaar rekening wordt gehouden, ook al lijkt dat op basis van de (objectief omschreven) ontslaggrond onnodig. Zelfs een strafontslag mag niet gegeven worden zonder een voorafgaande belangenafweging.⁵² Ook in geval van de beëindiging van een tijdelijke aanstelling dient een belangenafweging plaats te vinden, maar de ambtenarenrechter accepteert dat aan de belangen van de werknemer minder gewicht wordt gehecht dan 'normaal'.⁵³

Heeft de belangenafweging niet of niet op toereikende wijze plaatsgehad,

47 In de praktijk zal niet steeds even duidelijk zijn naar welke kant de weegschaal dient door te slaan. Tegen de achtergrond van de hierna (par. 2.3.4 e.v., 2.4) nog te behandelen ontslagmogelijkheden onder toekenning van een recht op schadevergoeding aan de werknemer is niet ondenkbaar dat in dat geval de weegschaal ten aanzien van de ontslagbeslissing als zodanig zal doorslaan in het voordeel van de werkgever.

48 Vgl. Van Peijpe (1987), 543. Overigens: ook hier geldt dat de aan het bevoegd gezag gestelde norm geen ruimte laat voor een andere dan optimale afweging, terwijl de aan de rechter geboden toetsingsmaatstaven (en m.n. het verbod van willekeur) zullen verhinderen dat iedere onevenwichtigheid meteen wordt afgestraft. In dat verband is van belang er op te wijzen dat ter zake van het ontslag van de vast aangestelde ambtenaar geen ontslagverboden bestaan. Dat dat niet het geval is ligt ten dele voor de hand (ik denk aan de ontslagverboden om een bepaalde reden: huwelijk, verzet tegen discriminatie); voor een ander deel betekent het dat waarborgen die het BW biedt in het ambtenarenrecht ontbreken (ik denk m.n. aan de ontslagverboden gedurende een bepaalde periode). Zij hebben niet zozeer met de 'iusta causa', maar met de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te maken. Vgl. par. 2.3.3 en m.n. nt 59.

49 Vgl. Brenninkmeijer (1988), 433.

50 Vgl. Brenninkmeijer (1988), 433; (voorzichtiger) Van der Horst e.a. (red.), 9-19.

51 Zie i.v.m. het functioneel leeftijdsontslag Korteweg-Wiers c.s. (1988), 166.

52 Vgl. CRvB 30-1-1986, TAR 1986, 81; CRvB 29-11-1988, TAR 1989, 26. Vgl. ook Schipper (1986), 115-116; H. Vermeulen, 8.

53 Vgl. bijv. CRvB 31-10-1980, AB 1981, 59; CRvB 13-5-1982, AB 1982, 436; CRvB 22-12-1983, AB 1985, 203; CRvB 10-4-1984, TAR 1984, 149; CRvB 27-6-1985, TAR 1985, 184. Zie ook: Schipper (1986), 115.

dan volgt de vernietiging van het ontslagbesluit op grond van willekeur of onzorgvuldigheid.⁵⁴ In principe betekent dat dat de ambtenaar zijn betrekking behoudt.⁵⁵ Valt de belangenafweging uit in het nadeel van de ambtenaar, dan mag het ontslag als terecht verleend gelden.

Voor het ambtenarenrecht mag daarom de conclusie worden getrokken dat de in paragraaf 2.2.5 geformuleerde (hoofd)regel bijstelling behoeft en wel als volgt: indien geen geldige ontslaggrond aanwezig is, dan wel als bij afweging van de ontslaggrond en de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de ambtenaar het ontslag de ambtenaar onevenredig blijkt te benadelen, dan mag de aanstelling niet verbroken worden, dient zij althans hersteld te worden.

2.3.3 De private sector

Of deze bijstelling ook ten aanzien van de private sector mogelijk is, is de vraag. Op basis van art. 1639o BW ligt voor de hand om te concluderen dat in elk geval in het BW-ontslagrecht de gevolgen niet terzake doen: als de ontslaggrond irrelevant is, dan geldt hetzelfde voor de 'andere kant van de weegschaal', de belangen van de werknemer. Net als ten aanzien van de 'iusta causa' is ook hier echter de vraag of art. 1639o BW nog wel het juiste uitgangspunt voor het ontslagrecht in de private sector bevat.

Van oudsher wordt de werkgever verplicht om met de belangen van de werknemer rekening te houden door het inachtnemen van een opzegtermijn.⁵⁶ Hier is het echter vooral de wijze waarop het ontslag wordt gegeven die in het geding is; de regeling betreffende de opzegtermijn doet niet af aan het uitgangspunt van art. 1639o BW. Tussen de opzegtermijn en het ontslag als zodanig bestaat een zeker verband, in die zin dat in geval van onregelmatigheid, in plaats van een schadeloosstelling of schadevergoeding, het herstel van de dienstbetrekking denkbaar is.⁵⁷ In de praktijk is echter de financiële sanctie, in de vorm van (minimaal) de op basis van de ontijdigheid van de opzegging forfaitair vast te stellen schadeloosstelling, van duidelijk meer belang.⁵⁸

Veel belangrijker is daarom dat een deel van de ontslagverboden in het BW in een aan art. 1639o BW tegengestelde richting wijst. De bepalingen die ontslag verbieden gedurende een zekere periode (tijdens ziekte, zwangerschapsverlof, bevallingsverlof, militaire dienst) geven namelijk duidelijk aan dat de dienstbetrekking niet verbroken mag worden, ook al zou de werkgever daar

54 Zie voor een dergelijk 'uiterste geval': CRvB 3-3-1978, AB 1978, 222.

55 Het kan ook betekenen dat de ambtenaar een andere, wel passende betrekking wordt aangeboden; ook door dat te doen kan het bevoegd gezag op gepaste wijze rekening houden met de belangen van de ambtenaar. Vgl. CRvB 13-10-1983, AB 1984, 70; CRvB 9-5-1988, TAR 1988, 138. Vgl. ook: Korteweg-Wiers c.s. (1988), 171, 182; Van Male (1990), 444; Korteweg-Wiers (1990); Mondt-Schouten (1990).

56 Hetzelfde geldt voor de regeling van de dag waartegen mag c.q. moet worden opgezegd. Vgl. art. 1639h lid 1 BW. Deze regeling speelt geen erg belangrijke rol; zij blijft hierna buiten beschouwing.

57 Art. 1639t lid 1 BW. Vgl. Van der Grinten (1990), 245 e.v.

58 Vgl. Van der Grinten (1990), 240 e.v.

een reëel belang bij hebben (vanwege een reorganisatie of eventueel zelfs vanwege de ongeschiktheid van de werknemer voor zijn arbeid). Het ontslag en de gevolgen daarvan zouden de werknemer op dat moment te zeer belasten.⁵⁹ De nietigheidssanctie die is gesteld op de overtreding van de ontslagverboden zorgt ervoor dat het ontslag daadwerkelijk ongedaan kan worden gemaakt.

In het kader van de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging dient rekening te worden gehouden met 'de voor hem (de arbeider, W.B.) bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden'.⁶⁰ Ook daaruit zou, met enige goede wil, kunnen worden afgeleid dat in de private sector meer in het algemeen het uitgangspunt geldt dat ontslag achterwege dient te blijven als de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot de werkgeversbelangen die met het ontslag gediend zijn. Interessant in dit verband is dat sub 2 aanvankelijk geen zelfstandige betekenis toekwam. Het diende vooral als aanvulling op sub 1, in die zin dat als geen geldige reden aanwezig was, niettemin geen sprake zou zijn van een kennelijk onredelijk ontslag als de werknemer voldoende mogelijkheden had om ander passend werk te vinden dan wel als de getroffen voorzieningen toereikend waren.⁶¹ De opvattingen over de betekenis van sub 2 zijn op den duur ingrijpend veranderd, in die zin dat sub 2 een zelfstandige betekenis heeft gekregen, zodat het als zodanig kan leiden tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is.⁶² Daarvan uitgaande moet vervolgens geconcludeerd worden dat de sancties die de artt. 1639s en t BW op de overtreding van deze norm stellen, niet toereikend zijn om het behoud van de betrekking te garanderen als het ontslag, wat tenslotte niet ondenkbaar is, té zeer bezwarend is voor de werknemer. Een schadevergoeding zal in de regel het maximaal haalbare zijn.

De preventieve toetsing in het kader van het BBA is dan al meer geschikt om te bewerkstelligen dat ontslagen alleen gegeven worden als dat na een afweging van werkgevers- en werknemersbelangen op zijn plaats is. In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt in dit verband wel opgemerkt dat in het kader van het BBA de gevolgen van het ontslag niet ter zake doen. Dat wordt afgeleid uit het feit dat de RDA niet in staat is om aan de toestemming ex art. 6

59 Vgl. bijv. HR 24-12-1986, NJ 1987, 292. Vgl. ook De Jong c.s., 1639h aant. 8. In die opvatting is de onbegrensdeheid van de ontslagverboden voor de hand liggend en is hun behandeling hier, i.v.m. de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, op zijn plaats. De opvattingen over de precieze betekenis van de 'tijdens'-ontslagverboden verschillen echter. Sommigen zien ervanwege bewijsproblemen e.d. 'vermomde' 'wegens'-verboden in. Vgl. Van den Heuvel (1983), 91 e.v.; Phaff (1986), 91 e.v. De uitzondering voor ontslagen met een bedrijfseconomische sfeer in art. 21 WOR (meer in het algemeen opgenomen in wetsontwerp 21479) wijst in die richting, maar laat onverlet dat de ontslagverboden nog steeds alle ontslagen om met de persoon van de werknemer verband houdende gronden tegengaan.

60 Art. 1639s lid 2 sub 2 BW.

61 Vgl. Van den Heuvel (1983), 70 e.v.; Luttmer-Kat (1985), 99. Vgl. ook: Hoffmans (1991), die naar aanleiding van HR 5-2-1988 (NJ 1988, 150) ingaat op het belang van de WW-uitkering.

62 In dit verband wordt m.n. gewezen op HR 1-12-1961, NJ 1962, 78 (Lampe-De Vries).

BBA een financiële voorwaarde ten gunste van de werknemer te verbinden.⁶³ Deze laatste constatering is juist; zij laat echter onverlet dat de RDA in staat is om toestemming te weigeren in geval de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te ernstig zijn vergeleken met het belang van de werkgever bij het ontslag. In art. 8 van de Richtlijnen 1990⁶⁴ wordt de RDA zelfs uitdrukkelijk opgedragen om te beoordelen 'of het voorgenomen ontslag redelijk is, in aanmerking nemende de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer (...).⁶⁵ Niet uitgesloten is dat deze belangenafweging onder omstandigheden leidt tot de conclusie dat geen toestemming dient te worden verleend omdat het ontslag de werknemer onevenredig zwaar zou treffen.⁶⁶

Dat maakt duidelijk dat het ontslagrecht in de publieke sector en in de private sector toch weer meer overeenstemmen dan op het eerste oog het geval lijkt te zijn. Wellicht is de gang van zaken in de private sector zelfs nog te verkiezen boven die in de publieke sector, omdat de toetsing vooraf plaats vindt. Ook ten aanzien van het ontslagrecht in de private sector verdient de in par. 2.2.5 geformuleerde hoofdregel in ieder geval een herformulering in de aan het slot van par. 2.3.2 aangegeven zin. Wel verdient aantekening dat deze herformulering vooral het gevolg is van de invloed van het BBA en dat het BW nog steeds uitgaat van een aan het BBA tegengesteld uitgangspunt.

2.3.4 *Schadevergoeding als tussenoplossing: het 'rechtmatig' ontslag*

Het zou overigens onjuist zijn om het ontslagrecht – in publieke én private sector – te herleiden tot de twee situaties die denkbaar zijn bij toepassing van de hiervoor geschetste hoofdregel: die waarbij de betrekking behouden blijft en die waarbij de werknemer zijn betrekking verliest en de gevolgen van het ontslag zelf draagt. In de praktijk blijkt namelijk dat in veel gevallen ontslag plaatsvindt onder verplichting van de werkgever om aan de werknemer een schadevergoeding te betalen. Achtergrond van althans een deel van deze ontslagen is dat enerzijds door het ontslag toe te laten het werkgeversbelang ge-

63 Vgl. Phaff (1986), 82. Anderen wijzen erop dat de RDA niettemin kan aandringen op het treffen van een financiële regeling en het al dan niet (snel) verlenen van toestemming kan laten afhangen van de bereidheid van de werkgever om een toezegging terzake te doen. Vgl. (bijv.) Knecht/Wilthagen c.s. (1988), 189 e.v.; Van der Grinten (1990), 192. Zo wordt het toestemmingsvereiste ingezet om de hierna (par. 2.3.4 e.v.) te behandelen tussenoplossing te bereik-

64 Besluit van 20 december 1990, Stcrt. 1990, 252. De Richtlijnen 1990 vervangen de BBA-richtlijnen uit 1974.

65 Art. 8 sluit af met de woorden 'en andere belangen voor zover de navolgende regels zulks inhouden'. Uit de toelichting blijkt dat hier bedoeld wordt op belangen die verband houden met de arbeidsmarkt en met het volumebeleid inzake de sociale zekerheid, waarmee de RDA als 'algemene belangen' rekening dient te houden, naast de belangen van partijen.

66 Hoe vaak dat in de praktijk zal gebeuren, hangt voor een belangrijk deel af van de opstelling van de RDA. In het onderzoek van Knecht/Wilthagen c.s. (1988, 189 e.v.) wordt uitsluitend melding gemaakt van de hierna te behandelen financiële oplossing. Dat doet vermoeden dat bij de belangenafweging vooral op de financiële gevolgen gelet wordt en dat het ontslag als een gegeven wordt gezien.

diend kan worden, terwijl anderzijds het werknemersbelang gediend wordt door de werkgever te verplichten om de gevolgen die de werknemer ondervindt van het ontslag voor zijn rekening te nemen.⁶⁷ Zo wordt in zekere zin een tussenoplossing bereikt, waarbij wel degelijk met de belangen van de werknemer rekening kan worden gehouden, maar niet tot in de uiterste consequentie – het behoud van de betrekking.

Deze 'tussenoplossing' is niet typisch voor het ontslagrecht. Integendeel: een soortgelijke oplossing wordt vaak en op verschillende terreinen van het recht bereikt, met name overigens als de positie van de overheid in het geding is. Ik doel op het verschijnsel van de schadevergoeding ter zake van rechtmatige daad, ook wel bestuurscompensatie (of nadeelscompensatie) genoemd. Klassiek op dit punt is de Voorste Stroom-jurisprudentie van de Hoge Raad. Van de meer recente ontwikkelingen ter zake verdient vooral de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State vermelding.

Met een variatie op de Voorste Stroom-jurisprudentie zou gezegd kunnen worden dat onder omstandigheden denkbaar is dat, met het oog op de door de werkgever te behartigen belangen (waaronder het 'algemeen belang' van de arbeidsorganisatie) de ontslaggrond het ontslag rechtvaardigt, maar niet ten volle; wil het ontslag in alle opzichten gerechtvaardigd zijn, dan is nodig dat de werkgever de gevolgen van het ontslag voor zijn rekening neemt door voorafgaand aan het ontslag aan de werknemer een toereikende schadevergoeding aan te bieden.⁶⁸ Zeker zo relevant is de parallel met de meer recente jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State waarin het verbod van willekeur centraal staat.⁶⁹ Daarop aansluitend zou gezegd kunnen worden dat onder omstandigheden van een onjuiste belangenafweging door de werkgever sprake kan zijn, niet omdat een juiste afweging de werkgever had moeten leiden tot de beslissing om het ontslag geheel achterwege te laten, maar omdat die afweging voor de werkgever aanleiding had moeten zijn om de werknemer voorafgaand aan het ontslag een schadevergoeding aan te bieden.

Kenmerkend voor de hierbedoelde gevallen is dat, zou de werkgever voorafgaand aan het ontslag in voldoende mate schadevergoeding hebben aangeboden en pas daarna het ontslag hebben verleend, van een in principe rechtmatig ontslag sprake zou zijn geweest. Het enkele feit dat dat niet is gebeurd, betekent dat de toetsing van het ontslag negatief uitvalt. Dat hoeft in de regel niet te betekenen dat het ontslag wordt tegengehouden c.q. ongedaan wordt gemaakt; een veroordeling van de werkgever tot het betalen van een schadevergoeding is een afdoende oplossing.⁷⁰

67 Het 'andere deel' van deze ontslagen komt aan de orde in par. 2.4.

68 Vgl. m.n. HR 19-12-1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII).

69 Zie (bijv.) ARRvSt 12-1-1982, AB 1982, 299 (Paul Krügerbrug I); ARRvSt 9-9-1982, AB 1983, 269 (Planken Wambuis).

70 Daarom is in dit verband de dubbele toetsing (art. 6 BBA en art. 1639s BW) allerminst bezwaarlijk. Vgl. recent: HR 5-4-1991, RvdW 1991, 92. Waar het gaat om de toets van de 'iusta causa' is dat grotendeels anders; hier fungeert de toetsing door de burgerlijke rechter vooral als

2.3.5 Een voorbeeld in de private sector

Een duidelijk voorbeeld van deze tussenoplossing biedt het ontslagrecht in de private sector. Ik doel op de jurisprudentie op basis van art. 1639s BW, voor zover de kennelijke onredelijkheid is te herleiden tot het bepaalde in lid 2 sub 2. Daarin wordt bepaald dat de beëindiging kennelijk onredelijk kan worden geoordeeld omdat, 'mede in aanmerking genomen de voor de arbeider getroffen voorzieningen (...), de gevolgen der beëindiging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging'.

De op deze bepaling gebaseerde jurisprudentie lijkt voor een belangrijk deel niet ingegeven door de gedachte dat de voor het ontslag aangevoerde grond niet geldig is, of dat, de betrokken belangen afwegend, de dienstbetrekking behouden had dienen te blijven. De onredelijkheid lijkt uitsluitend te schuilen in het feit dat de werkgever heeft achterwege gelaten om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer voor zijn rekening te nemen. Met andere woorden: het is aannemelijk dat in het geval de werkgever (voor zover vereist) de gevolgen van de beëindiging voor zijn rekening zou hebben genomen, de rechter het ontslag niet kennelijk onredelijk zou hebben geoordeeld.⁷¹

Deze schadevergoedingsplicht berust op goede gronden. Door geen schadevergoeding te betalen profiteert de werkgever van de voordelen van het ontslag en wentelt hij de nadelen af op de werknemer, terwijl daar onder omstandigheden geen grond voor is, bijvoorbeeld omdat de werknemer jarenlang tot tevredenheid van de werkgever zijn arbeid heeft verricht.⁷² Gegeven een dergelijke situatie ligt voor de hand om te concluderen dat ontslag mogelijk moet zijn, maar uitsluitend als de werkgever de nadelen die daaruit voor de werknemer voortvloeien voor zijn rekening neemt.

2.3.6 Een voorbeeld in de publieke sector

Ook het ontslagrecht voor de publieke sector kent een voorbeeld van de tussenoplossing zoals die in par. 2.3.4 werd geschetst.⁷³ Beter gezegd: een voorbeeld van een regeling die op basis van dezelfde overwegingen tot hetzelfde resultaat leidt; de weg waarlangs dat resultaat wordt bereikt is namelijk een andere. Ik doel op art. 99 ARAR, dat ontslag op 'andere gronden' mogelijk maakt, maar dat het bevoegd gezag tevens verplicht om een regeling te treffen waarbij de ambtenaar een uitkering verleend wordt, die, naar het oordeel van dat bevoegde gezag, met het oog op de omstandigheden redelijk is te achten.⁷⁴

← een onbedoelde hoger beroepsmogelijkheid. Vgl. Naber (1981), 286; De Leede (1988), 270-271; Van der Grinten (1990), 252.

71 Waarbij ik er van uitga dat de ontslagverboden niet zijn overtreden; in dat geval kan het aanbieden van een schadevergoeding het ontslag niet rechtvaardigen.

72 Vgl. het arrest Lampe-De Vries, aangehaald in nt 62.

73 Ook het in par. 2.4.2 te behandelen art. 48 Aw hoort onder omstandigheden in dit kader thuis. Vgl. m.n. nt 82.

74 De verplichting tot het betalen van een uitkering werd ingevoerd bij KB van 14-8-1987, S. 422. Voordien bevatte art. 99 ARAR een procedurele waarborg, omdat alleen de Kroon op voordracht van de Minister-President tot ontslag op 'andere gronden' kon besluiten.

Ook hier ligt voor de hand om een vergelijking te maken met de schadevergoeding ter zake van rechtmatige daad c.q. bestuurscompensatie, niet met de 'buitenwettelijke' gevallen waarvan in de in par. 2.3.4 genoemde jurisprudentie sprake was, maar met de 'wettelijke' gevallen. Ik noem bij wijze van voorbeeld art. 49 van de Wet op de ruimtelijke ordening (RO). Zowel voor art. 49 RO als voor art. 99 ARAR geldt dat de rechtmatigheid van het besluit voorop staat, maar dat niettemin een schadevergoeding betaald moet worden. De constructie is in zoverre een andere dan de constructie die in met name de Voorste Stroom-jurisprudentie wordt gevolgd. Wordt van de mogelijkheid die art. 99 ARAR biedt gebruik gemaakt, dan is het resultaat niettemin hetzelfde als het resultaat op basis van art. 1639s BW: de aanstelling is en blijft verbroken, terwijl de ambtenaar een schadevergoeding ontvangt. De overwegingen die tot dit resultaat leiden en die het aanvaardbaar maken zijn eveneens dezelfde. Ook in het kader van art. 99 ARAR gaat het namelijk vaak om situaties waarin het belang van de dienst vergt dat de aanstelling beëindigd wordt, maar alleen op voorwaarde dat de werkgever de gevolgen van het ontslag draagt.⁷⁵

2.3.7 Conclusie

Aan het slot van par. 2.3.3 constateerde ik dat zowel het ambtenarenrecht als het arbeidsrecht de mogelijkheid bieden om een ontslag ongedaan te maken c.q. tegen te houden in het geval het ontslag de werknemer onevenredig zwaar zou treffen. Beide stelsels van ontslagrecht blijken daarnaast de mogelijkheid te bieden om een tussenoplossing te bereiken in de vorm van een (mede) door schadevergoeding te rechtvaardigen ontslag.

De overige beëindigingswijzen in het arbeidsrecht noodzaken niet tot het bijstellen van deze conclusies.⁷⁶ De jurisprudentie gebaseerd op art. 1639w BW past goed in het geschetste kader, voor zover althans de ontbinding wordt gebaseerd op een verandering van omstandigheden. In het kader van art. 1639w BW is de beëindigingswijze weliswaar een geheel andere; niettemin kan ook hier het uiteindelijke resultaat zijn dat de dienstbetrekking wordt verbroken onder betaling van een schadevergoeding; ook hier is aannemelijk dat in veel gevallen de mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen de doorslag geeft en de rechter leidt tot de conclusie dat een ontbinding op zijn

75 M.n. in gevallen van verstoorde verhoudingen die niet of niet alleen aan de desbetreffende werknemer te wijten zijn. Vgl. CRvB 15-11-1984, TAR 85, 28; CRvB 22-11-1984, TAR 1985, 12; CRvB 20-12-1984, TAR 1985, 51; CRvB 26-5-1987, TAR 1987, 166 (op basis van het vergelijkbare art. II-D3 RPBO); CRvB 26-5-1988, TAR 1988, 147. Deze jurisprudentie is overigens gebaseerd op art. 99 in zijn oude vorm, waarbij een vernietiging nodig was om aan schadevergoeding toe te komen. Vgl. daarom vooral: CRvB 13-6-1989, TAR 1989, 169; CRvB 12-10-1989, TAR 1989, 238.

76 Het einde van rechtswege (geen beëindigingswijze strikt genomen) vormt opnieuw de uitzondering. Het einde van de dienstbetrekking is hier 'voorgeprogrammeerd' op het moment van het sluiten van de arbeidsovereenkomst; de gevolgen komen niet aan de orde.

plaats is, waar dat zonder schadevergoeding niet het geval zou zijn geweest.⁷⁷ Met name in de gevallen waarvoor art. 1639w BW oorspronkelijk bedoeld was (een verandering van omstandigheden met een oorzaak buiten partijen gelegen) is deze oplossing duidelijk op zijn plaats.⁷⁸ Het aangaan van een beëindigingsovereenkomst kan de werknemer uiteraard weigeren als hij de beëindiging niet in zijn belang vindt. Zeker zo wezenlijk is echter dat de hiervoor geschetste wettelijke mogelijkheden om het ontslag tegen te houden of om een schadevergoeding te bedingen de positie van de werknemer versterken bij de onderhandelingen over een schadevergoeding in het kader van een eventuele beëindigingsovereenkomst.

Kortom: binnen het ontslagrecht voor zowel de private als de publieke sector wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Zeker zo belangrijk is de conclusie dat de ernst van de gevolgen (anders dan de al dan niet geldige ontslaggrond) slechts ten dele beslissend is voor het al dan niet behouden blijven c.q. hersteld worden van de betrekking en voor een zeker zo belangrijk deel voor het al dan niet bestaan van een recht op schadevergoeding. Dat de wetgever voor deze opzet heeft gekozen staat in wezen niet ter discussie en mag daarom bij de evaluatie van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs tot uitgangspunt genomen worden.⁷⁹ Ik teken daarbij aan dat wel van verschillende zijden kritiek wordt uitgeoefend op de wijze waarop in de rechtspraak gebruik wordt gemaakt van de door de wetgever geboden mogelijkheden om een ontslag te sauveren onder toekenning van een recht op schadevergoeding; ik wees daar hiervoor op in verband met art. 1639w BW. Daarom zou het verkeerd zijn om, in verband met het bijzonder onderwijs, ook de wijze waarop art. 1639w BW gebruikt wordt, zonder meer tot uitgangspunt te nemen.

2.4 DE 'ONDERGRENS' VAN DE ONTSLAGBESCHERMING

2.4.1 De rol van de schadevergoeding

Niet alle ontslagen waarbij de werknemer een schadevergoeding ontvangt zijn voorbeelden van de hiervoor geschetste tussenoplossing. Dat zou impliceren dat ieder ontslag acceptabel wordt geacht, los van grond en gevolgen, als de werkgever maar een passende schadevergoeding betaalt. Dat is uiteraard al-lerminst het geval. Bij een belangrijk deel van de ontslagen gepaard gaand met schadevergoeding gaat het om strikt genomen ongewenste ontslagen, die niet-

77. Vgl. Knegt/Wilthagen c.s. (1988), 255.

78. Vgl. ook Groen (1989), 77. Vgl. over de achtergronden van art. 1639w BW: Phaff (1986), 24 e.v.; Groen (1989), 35 e.v. Het risico van 'doorschieten' is uiteraard groot, m.n. in die zin dat de schadevergoeding wordt geacht het ontbreken van een (voldoende) geldige reden voor de ontbinding te compenseren. Dat zou wel eens mede de achtergrond kunnen zijn van de kritiek die van verschillende zijde wordt uitgeoefend op het te ruime gebruik van art. 1639w. Vgl. het slot van par. 2.2.6.

79. Anders: Luttmer-Kat (1985), 130.

temin effect hebben. De schadevergoeding die de werknemer ontvangt, neemt de nadelige gevolgen van het ontslag weg of verzacht deze, maar neemt niet de onrechtmatigheid van het ontslag weg, evenmin als de schadevergoeding in geval van wanprestatie of onrechtmatige daad dat doet. De vraag rijst waarom zowel het arbeidsrecht als het ambtenarenrecht deze ontslagen toelaten. Zij vormen tenslotte een belangrijke uitzondering op de hoofdregel dat ontslag alleen mogelijk is als een 'iusta causa' aanwezig is en de werknemer door het ontslag niet onevenredig wordt benadeeld, de hoofdregel die – zoals hiervoor bleek – aan beide stelsels van ontslagrecht ten grondslag ligt.

Een deel van deze ontslagen kan geweten worden aan de beslissing van de werknemer om genoeg te nemen met een schadevergoeding, ook al is het ontslag te verhinderen c.q. terug te draaien. Het recht biedt, tot op zekere hoogte althans, deze keuzemogelijkheid.⁸⁰ Een volledig afdoende verklaring is dit niet. Ten dele zijn de hierbedoelde ontslagen op ontoereikende gronden namelijk terug te voeren tot wettelijke bepalingen die het ontslag uitdrukkelijk mogelijk maken en die, zelfs als de werknemer zijn betrekking wil behouden c.q. hersteld wil zien, tot gevolg hebben dat hij met een schadevergoeding genoeg moet nemen. In zoverre wijzen de hierbedoelde ontslagen op een aspect van het ontslagrecht dat tot nu toe niet aan de orde is geweest. Een goede ingang bij de beschrijving daarvan is de vraag naar de 'ondergrens' van de ontslagbescherming. Anders gezegd: de vraag hoeveel garanties het arbeidsrecht en het ambtenarenrecht daadwerkelijk bieden dat een ontslag zonder geldige reden c.q. een ontslag dat de werknemer onevenredig zwaar treft achterwege blijft of ongedaan wordt gemaakt.⁸¹ Het antwoord dient te luiden dat deze garanties aanzienlijk zijn, maar niet volledig afdoende. Dat geldt zowel voor het ambtenarenrecht als voor het arbeidsrecht zoals hierna zal blijken.

2.4.2 *Openingen in de publieke sector*

In verband met het ambtenarenrecht wijs ik in de eerste plaats op het bepaalde in art. 48 Aw, dat de ambtenarenrechter de mogelijkheid geeft om, nadat hij het aangevallen besluit vernietigd heeft, de nietigheid voor gedekt te verklaren en, desgewenst, het bevoegd gezag te veroordelen tot het betalen van een 'vergoeding'. De enige grond voor het gebruik van de bevoegdheid tot gedekt-

80 Zij het dat het sociaal zekerheidsrecht i.v.m. het recht op een werkloosheidsuitkering deze vrijheid in aanzienlijke mate beperkt. Vgl. Knegt/Wilthagen c.s. (1988), 272 e.v.

81 Ik doel hier op de 'ondergrens' in geval van de opzegging van een betrekking voor vaste c.q. onbepaalde duur. Ook de al dan niet ruime mogelijkheden die het recht biedt voor van rechtswege aflopende tijdelijke aanstellingen c.q. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur bepalen in belangrijke mate de ondergrens van de ontslagbescherming. Zeker zo belangrijk als ondergrens is ook de ruimte die bestaat om gebruik te maken van (onder andere) uitzendarbeid en flexibele arbeidsrelaties in de vorm van afroepcontracten en dergelijke. Dit aspect van het arbeidsrecht laat ik hier buiten beschouwing. Ik wijs daarnaast op twee kwesties die al eerder aan de orde kwamen: de matiging van de loonvordering na een vernietigd ontslag waardoor de arbeidsovereenkomst 'inslaapt' en het erg ruime gebruik van art. 1639w BW (vgl. het slot van par. 2.2.6).

verklaring van de nietigheid is 'het algemeen belang'.

Art. 48 Aw heeft een ruim toepassingsgebied. Het stelt de rechter bijvoorbeeld in staat om in geval van niet al te omvangrijke procedurele gebreken de gevolgen van de vernietiging te vermijden.⁸² Art. 48 Aw kan echter ook betekenen dat een eenmaal gegeven ontslag zijn effect behoudt en dat de ambtenaar genoeg moet nemen met een 'vergoeding', hoewel een geldige c.q. doorslaggevende ontslaggrond ontbreekt. Dat is met name het geval als de nietigheid voor gedekt wordt verklaard omdat de terugkeer van de ambtenaar op zijn werkplek voor zijn chefs en/of collega's op onoverkomelijke bezwaren stuit.⁸³ In het licht van het 'iusta causa'-beginsel biedt art. 48 Aw zo gezien een vergaande mogelijkheid. Voor misbruik hoeft wellicht niet gevreesd te worden, omdat het de rechter is die beslist of de nietigheid al dan niet voor gedekt wordt verklaard. Hij zal dat alleen doen als dat, de belangen van bevoegd gezag en ambtenaar afwegend, de beste oplossing lijkt. Het ligt voor de hand dat de mogelijkheid om de ambtenaar een recht op schadevergoeding toe te kennen daarbij een zekere rol speelt als compenserende factor.⁸⁴ In zoverre bestaat wel enige gelijkheid tussen de mogelijkheid die art. 48 Aw biedt en de hiervoor behandelde 'tussenoplossing'. Niettemin: er van uitgaande dat het ontslagbesluit in eerste instantie vernietigd wordt om een reden die geen verband houdt met de (ontbrekende) schadevergoeding, maar met het besluit als zodanig, blijkt duidelijk dat het in wezen om verschillende gevallen gaat.⁸⁵

Nog verder verwijderd van het 'iusta causa'-beginsel is de regeling in art. 104 Aw.⁸⁶ Deze bepaling biedt de ambtenaar de mogelijkheid om het bevoegd gezag tot het betalen van een schadevergoeding te laten veroordelen in het geval het bevoegd gezag de uitspraak van de ambtenarenrechter niet of niet volledig zou naleven. Van een toetsing van de beslissing om de uitspraak niet of niet volledig na te leven rept art. 104 Aw niet; die beslissing dient kennelijk als een gegeven te worden beschouwd. Dat betekent, kan althans betekenen,

82 Zie bijv. CRvB 28-3-1985, TAR 1985, 120.

83 CRvB 9-10-1986, TAR 1986, 253; CRvB 5-2-1987, TAR 1987, 80. Zonder succes voor het bevoegd gezag: CRvB 17-2-1987, TAR 1987, 84; CRvB 26-5-1987, TAR 1987, 166, AB 1987, 520. Vgl. Brenninkmeijer (1988), 434. Ook het feit dat reeds een ander is aangesteld kan grond zijn om de nietigheid voor gedekt te verklaren; de Centrale Raad is op dit punt echter zeer terughoudend. Vgl. Korteweg-Wiers (1990), 450 e.v.; Mondt-Schouten (1990), 457.

84 Het risico bestaat uiteraard dat de ambtenarenrechter al te snel grijpt naar de mogelijkheid om de nietigheid voor gedekt te verklaren, juist omdat hij een schadevergoeding kan toekennen. In de literatuur wordt de Centrale Raad echter juist bekritiseerd omdat te weinig gebruik wordt gemaakt van het middel van de gedektverklaring van de nietigheid onder toekenning van schadevergoeding. Vgl. m.n. Mondt-Schouten (1990). Vgl. daarnaast ook Korteweg-Wiers (1990).

85 Vgl. in dit verband: CRvB 10-3-1971, AB 1972, 98. Van verschillen is uiteraard geen sprake als de grond voor de vernietiging uitsluitend is gelegen in het feit dat geen schadevergoeding is aangeboden. Vgl. in dit verband CRvB 26-5-1987, TAR 1987, 166; CRvB 11-2-1988, TAR 1988, 76; CRvB 30-6-1988, TAR 1988, 171; Ag Utrecht 20-11-1985, TAR 1986, 22; CRvB 5-4-1990, TAR 130. Vgl. ook nt 55, i.v.m. de mogelijkheid nadeelscompensatie te bieden in de vorm van een herplaatsing elders in de organisatie.

86 In geval van hoger beroep: art. 111 Aw. Vgl. Korteweg-Wiers (1990), 452 e.v.

dat geen gevolg wordt gegeven aan de vernietiging van een ontslagbesluit, terwijl dat besluit is vernietigd omdat een geldige ontslaggrond ten enen male ontbrak en terwijl de ambtenarenrechter tevens geen termen aanwezig achtte om de nietigheid voor gedekt te verklaren onder toekenning van een schadevergoeding. Op deze laatste wijze zou de ambtenarenrechter tegemoet kunnen komen aan het bezwaar van het bevoegd gezag dat het feitelijk herstel van de arbeidsverhouding op onoverkomelijke bezwaren zou stuiten, bijvoorbeeld op grond van de slechte onderlinge verhoudingen. Ook als de ambtenarenrechter daarvoor geen grond aanwezig achtte, zo kan uit art. 104 Aw worden afgeleid, bestaat de mogelijkheid om de vernietiging met haar gevolgen te negeren.⁸⁷

2.4.3 *Openingen in de private sector*

Binnen het ontslagrecht voor de private sector bevat art. 1639t BW een bepaling van soortgelijke strekking. Op basis daarvan kan de rechter tot het oordeel komen dat het ontslag kennelijk onredelijk is en dat om die reden (en conform het verzoek van de werknemer) het herstel van de dienstbetrekking op zijn plaats is. Niettemin kan de werkgever in dat geval verzoeken om de vaststelling van een afkoopsom. De rechter zal aan dat verzoek moeten voldoen, ook al zou hij zelf van oordeel zijn dat herstel op zijn plaats is. Ook deze regeling zou in eerste instantie gezien kunnen worden als een 'uitlaatklep' voor het geval de werkgever, bijvoorbeeld op grond van de onderlinge verhoudingen na het herstel, onoverkomelijke bezwaren daartegen zou hebben. Ook hier kan op dat punt worden tegengeworpen dat de bevoegdheid om het herstel van de dienstbetrekking te bevelen een discretionaire is, zodat de rechter deze veroordeling achterwege kan (en zal) laten als hij overtuigd wordt door de bezwaren van de werkgever. Ook hier blijkt de enkele wil van de werkgever voldoende om het ontslag te handhaven, ook al zijn zowel werknemer als rechter de overtuiging toegedaan dat herstel op zijn plaats is.⁸⁸

2.4.4 *Conclusie*

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de wetgever zowel in het ambtenarenrecht als in het arbeidsrecht uitdrukkelijk de deur op een kier heeft gezet voor ontslagen die strikt genomen de toets der kritiek niet kunnen doorstaan, omdat zij uitsluitend door de werkgever – subjectief – als noodzakelijk worden ervaren. De enige consequentie van dergelijke ontslagen is dat de werkgever

⁸⁷ Vgl. Brenninkmeijer (1988), 434, die er terecht op wijst dat uit art. 104 Aw niet mag worden afgeleid dat het bevoegd gezag de bevoegdheid zou hebben om de uitspraak naast zich neer te leggen. Wellicht is nog het beste de conclusie dat het recht zich bij de beslissing om de uitspraak niet na te leven 'neerlegt'. Het is niet verwonderlijk dat art. 104 Aw onder zware kritiek staat. Vgl. Korteweg-Wiers (1990), 454-455.

⁸⁸ De afkoopsom in het kader van art. 1639t BW is dan ook terecht hoger dan de schadevergoeding op grond van art. 1639s BW zou zijn geweest. Vgl. Van den Heuvel (1983), 82-83; Van der Grinten (1990), 246.

aan de werknemer een zekere schadevergoeding (uitkering, vergoeding, afkopsom) dient uit te keren.

De achtergrond van deze opening is de gedachte die ook aan art. 1639o BW ten grondslag ligt, namelijk dat de arbeidsovereenkomst (daartoe beperk ik mij hierna) een sterk persoonlijk karakter heeft, waardoor het van werkgever noch werknemer gevegd kan worden om de arbeidsverhouding tegen hun uitdrukkelijke wil in te laten voortbestaan.⁸⁹ Het was wellicht mede met het oog op de positie van de werknemer dat de onbegrensde opzegmogelijkheid aan het begin van de eeuw in art. 1639o BW werd neergelegd.⁹⁰ Sindsdien is echter gebleken dat in de praktijk vooral de werkgevers daarvan profiteren. Met name in tijden van economische teruggang gebeurt dat duidelijk (en onredelijk) ten nadele van de werknemers. Daar komt bij dat de arbeid inmiddels duidelijk anders georganiseerd is dan aan het begin van de eeuw. De figuur van de inwonende arbeider is grotendeels verdwenen; ondernemingen en instellingen hebben een proces van schaalvergroting doorgemaakt; de werkgever is veelal niet meer een natuurlijk persoon maar een rechtspersoon. Door dit alles heeft het argument van het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst sterk aan belang ingeboet, in elk geval voor zover het betreft de werkgever.

De wijzigingen in het ontslagrecht voor de private sector sedert het begin van de eeuw weerspiegelen deze veranderingen. Het BW legt de werknemer die wil opzeggen weinig belemmeringen in de weg. De vrijheid van de werknemer om ontslag te nemen is weliswaar enkele decennia lang ingeperkt door de toepasselijkheid van het BBA, maar lang niet zo sterk als de vrijheid om te ontslaan van de werkgever. En in wetsontwerp 21479 wordt voorgesteld om art. 6 BBA niet langer van toepassing te laten zijn op de beëindiging door de werknemer.⁹¹ Voor de werkgever is en blijft de preventieve toetsing van het ontslagvoornemen ex art. 6 BBA daarentegen een feit. Daarnaast wordt zijn vrijheid beperkt door de ontslagverboden. Hiervoor bleek dat deze gang van zaken niet op principiële bezwaren stuit.⁹² Het enige dat nog ontbreekt is dat het uitgangspunt van art. 1639o BW, voor zover het de werkgever betreft, wordt bijgesteld – dat wil zeggen: wordt omgedraaid.

Zo bezien wordt duidelijk dat aan de hiervoor geschetste opening die art. 1639t BW biedt geen principieel belang hoeft te worden gehecht. Wellicht speelde in 1953 nog de gedachte van het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst een rol en werd daarom de schadevergoeding als sanctie op een kennelijk onredelijk ontslag vooropgesteld. Gezien de vanzelfsprekendheid waarmee bijvoorbeeld Van den Heuvel, Luttmer-Kat, Phaff, Van Peijpe en De Leede concluderen dat art. 1639t BW een aanscherping behoeft, blijkt dat

89 Vgl. Van den Heuvel (1983), 25 e.v. Vgl. i.v.m. de publieke sector: Korteweg-Wiers (1990), 449 e.v.

90 Vgl. Van den Heuvel (1983), 27-28.

91 Art. VI.

92 Par. 2.2.6, par. 2.3.7.

die opvatting niet langer wordt aangehangen.⁹³ Dat de aanscherping van de herstelbaarheid in het BW tot op heden achterwege is gebleven, is verklaarbaar, omdat de keuzemogelijkheid die art. 1639t BW de werkgever biedt pas aan de orde komt als hij de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. De waarborgen waarmee deze opzegging in de regel is omgeven (de preventieve toets ex art. 6 BBA, de ontslagverboden) voorkomen dat het civiele ontslagrecht geheel op losse schroeven komt te staan.⁹⁴

Niettemin neemt de werkgever als het erop aan komt in het ontslagrecht een sterkere positie in dan de werknemer. De werkgever dient niet alleen met de eigen belangen en die van de werknemer rekening te houden, maar ook met die van de collega's van de werknemer en van de arbeidsorganisatie als geheel. Het kan om die reden terecht zijn dat een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, bijvoorbeeld op grond van verstoord vertrouwen of een ernstig verstoorde arbeidsverhouding, terwijl de oorzaak daarvan niet of niet alleen bij de werknemer ligt, hem althans ter zake geen verwijt kan worden gemaakt. Die feitelijke toestand leidt, mits ernstig genoeg, al snel tot de conclusie dat ontslag onafwendbaar is. Zowel het BBA als art. 1639w BW bieden de mogelijkheid daartoe, maar niet buiten de kaders zoals die in par. 2.2 en 2.3 werden geschetst: in de regel zal de werknemer een schadevergoeding ontvangen en, wat zeker zo belangrijk is, de noodzaak om op grond van een verbroken vertrouwensrelatie of verstoorde arbeidsverhoudingen tot ontslag over te gaan, moet voor de RDA c.q. de rechter komen vast te staan.⁹⁵ De zuiver subjectieve wil van de werkgever is niet doorslaggevend.

3 Het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs

3.1 VOORAF

In deze paragraaf zal ik het materiële ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs behandelen. Ik stel daarbij voorop dat 'het' ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs in wezen niet bestaat. De wettelijke basis is weliswaar dezelfde voor het gehele bijzonder onderwijs; de nadere uitwerking van de wettelijke bepalingen, die (zoals hierna zal blijken) het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs zijn karakteristieke eigenschappen geeft, verschilt echter per zuil en binnen de afzonderlijke zuilen vaak nog per onderwijstype. Dat is het gevolg van het feit dat juist dit ontslagrecht is opgenomen in aktes van benoeming en cao's die per zuil verschillen. Dat is daarnaast een gevolg van het feit dat een

⁹³ Vgl. resp. (1983), 273; (1985), 121; (1986), 88; (1987), 627; (1988), 271/272.

⁹⁴ In het bijzonder onderwijs is het BBA niet van toepassing. Dat geeft de conclusie dat art. 1639t BW de werkgever een te ruime mogelijkheid geeft om een ontslag te handhaven uiteraard een extra belang.

⁹⁵ Vgl. bijv. art. 10 lid 4 van de BBA-Richtlijnen 1990. Vgl. i.v.m. de praktijk Knecht/Wilthagen c.s. (1988), 184-186; 249 e.v.

belangrijk deel van de rechtsbescherming in eerste instantie niet in handen is van de burgerlijke rechter, maar van de commissies van beroep. Deze zijn niet gehouden om te streven naar eenheid van rechtstoepassing; voor zover valt na te gaan doen zij dat ook niet bewust, althans niet over de zuilgrenzen heen.⁹⁶ Als gevolg van dit alles is sprake van verschillende stelsels, die in hoofdlijnen weliswaar op elkaar lijken, maar die in detail vaak weer te sterk verschillen om ze over één kam te scheren.

Het is om deze reden dat ik ervan afzie om aan de hand van de toepasselijke wetgeving, cao's en (standaard)aktes van benoeming en van de jurisprudentie dienaangaande een zo volledig mogelijk beeld van de ontslagbescherming van de werknemers in het bijzonder onderwijs te schetsen; dat zou de omvang van dit hoofdstuk te zeer doen uitdijen. Ik beperk mij tot een behandeling van de hoofdlijnen, waarbij ik er uiteraard naar zal streven om vooral de karakteristieke elementen van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs te belichten.

Ik zal daarbij uitgaan van de verschillende wijzen waarop de dienstbetrekking tussen schoolbestuur en werknemer kan eindigen. Net als in de voorgaande paragraaf zal ik hierna de nadruk leggen op de opzegging door de werkgever. De verschillende aspecten daarvan komen aan bod in de par. 3.3 en 3.4. In aansluiting daarop zal ik in par. 3.5 enkele opmerkingen maken over de wettelijke regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging in de artt. 1639s en t BW. De andere beëindigingswijzen komen in de daaropvolgende paragrafen aan de orde: de beëindigingsovereenkomst in par. 3.6, het einde door ontbinding door de rechter in par. 3.7; het einde van rechtswege in par. 3.8. In par. 3.9 zal ik tenslotte stilstaan bij het onderwerp 'fusie en ontslag'.

3.2 DE RECHTSBRONNEN

3.2.1 'Arbeidsrechtelijke' bronnen

Eerst behandel ik echter kort de bronnen van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs en hun onderlinge verhouding. De aandacht hiervoor is op zijn plaats, omdat met name van de ontslagbepalingen in de onderwijswetgeving niet steeds even duidelijk is of en zo ja, hoe zij van invloed zijn op de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

Die rechtsverhouding wordt in de eerste plaats beheerst door de relevante arbeidsrechtelijke wetgeving, in het BW en elders. Afwijken van deze wettelijke bepalingen is in veel gevallen toegestaan, van regeland recht zonder meer, van half-dwingend recht bij geschrift⁹⁷, van driekwart dwingend recht bij cao.⁹⁸ Van (volledig) dwingend recht kan in beginsel niet worden afgeweken. Niettemin moet worden aangenomen dat afwijken van dwingend arbeids-

96 Een goed voorbeeld biedt par. 3.3.5, i.v.m. de ontslagverboden.

97 Vgl. bijv. art. 1639i lid 2 BW.

98 Vgl. bijv. art. 1639f lid 5 BW.

recht onder omstandigheden mogelijk is, als de afwijking namelijk geschiedt in het voordeel van de werknemer.⁹⁹

Een rechtstreekse en door schoolbestuur en werknemer niet of nauwelijks te vermijden invloed op de individuele arbeidsovereenkomst heeft ook de cao; in dit opzicht nemen schoolbestuur en werknemer in het bijzonder onderwijs geen andere positie in dan de (georganiseerde) werkgever en werknemer elders in de private sector.¹⁰⁰ De inhoud van de cao als zodanig dient in beginsel te blijven binnen het wettelijke kader, zij het dat op die regel een aantal belangrijke uitzonderingen bestaat. Het driekwart dwingend recht werd hiervoor reeds genoemd. De cao wordt waar het gaat om half dwingend recht in de regel gelijkgeschakeld aan de individuele (schriftelijke) arbeidsovereenkomst, zodat afwijken daarvan ook bij cao mogelijk is.¹⁰¹ Tenslotte moet worden aangenomen dat ook bij cao in het voordeel van de werknemer kan worden afgeweken van (volledig) dwingend recht.

In die delen van het bijzonder onderwijs die geen cao kennen, wordt in de regel gebruik gemaakt van model-aktes van benoeming. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat deze modellen pas betekenis krijgen als de erin vervatte bepalingen worden overgenomen in de individuele akte van benoeming.¹⁰² Een bepaling die bewerkstelligt dat als gevolg van een eventuele wijziging van de model-akte ook de individuele akte wordt aangepast is ongebruikelijk. Dat betekent dat schoolbestuur en werknemer overeenstemming zullen moeten bereiken over iedere wijziging van de eenmaal overeengekomen akte van benoeming. De (voor zover na te gaan) enige uitzondering op dit punt vormt de akte van benoeming voor het protestants-christelijk en het rooms-katholiek middelbaar beroepsonderwijs. Zij bevat een bepaling die bewerkstelligt dat een tussen organisaties van schoolbesturen en werknemers overeengekomen wijziging van de 'raamovereenkomst' en van de model-akte als zodanig ('overige voorwaarden' genoemd) doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten.¹⁰³

Hierna zal blijken dat de inhoud van de akte van benoeming van groot belang is voor de ontslagbescherming van de werknemer. Het is daarom een probleem als de werknemer (in strijd met de bekostigingsvoorwaarden) geen akte van benoeming met bijbehorende voorwaarden zou hebben. Eventueel kan in een dergelijk geval worden aangenomen dat de inhoud van de model-akte bij wege van gebruik van toepassing is.¹⁰⁴ Dat is echter een beslissing met vergaande gevolgen. Een consequentie is bijvoorbeeld dat ook de relevante

⁹⁹ Vgl. in dit verband ook hoofdstuk IX, par. 2.6.4, par. 4.3.8.

¹⁰⁰ Vgl. hoofdstuk V, par. 5.1; hoofdstuk VII, par. 6.3.

¹⁰¹ Op dit punt zijn de meningen verdeeld. Vgl. De Leede (1988), 237-238, i.v.m. het concurrentiebeding.

¹⁰² Vgl. par. 5.3.2.

¹⁰³ Vgl. over 'raamovereenkomst' en 'overige voorwaarden': hoofdstuk VII, par. 6.3.7.

¹⁰⁴ Cvb Zv Ned. 22-8-1989, JKOCZ 1989 A.1.4 neemt (i.c.) aan dat geen sprake is van een bestendig gebruikelijk beding.

bepalingen in de onderwijswetgeving rechtstreeks doorwerken.¹⁰⁵ De beslissing om de model-akte niet te hanteren heeft echter eveneens verstreckende gevolgen, omdat dat betekent dat schoolbestuur en werknemer terugvallen op het BW-ontslagrecht.¹⁰⁶ De beste oplossing is wellicht zo veel mogelijk aan te sluiten bij de (veronderstelde) wil van partijen.¹⁰⁷

3.2.2 'Onderwijsrechtelijke' bronnen

Ten aanzien van de onderwijswetgeving die relevant is voor het ontslag binnen het bijzonder onderwijs is de situatie vrij ingewikkeld, omdat de rechtsvorm van de bepalingen verschilt en omdat de personenkring waarop de bepalingen betrekking hebben niet steeds dezelfde is. Bij wat nadere beschouwing kunnen vier categorieën bepalingen onderscheiden worden: (a) wettelijke bepalingen die zich uitsluitend tot het schoolbestuur richten; (b) wettelijke bepalingen die doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer; (c) bekostigingsvoorwaarden die zich uitsluitend tot het schoolbestuur richten en (d) bekostigingsvoorwaarden die (uiteindelijk) doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.

Tot de eerste categorie behoren met name de bepalingen in de onderwijswetten die rechtstreeks betrekking hebben op aard en omvang van de bekostiging. Zij richten zich uit hun aard uitsluitend tot het schoolbestuur.¹⁰⁸ Hetzelfde geldt voor de derde categorie bepalingen, waartoe bijvoorbeeld behoren de meer incidentele bepalingen inzake de financiële faciliteiten waarmee de overheid fusies en reorganisaties omgeeft.¹⁰⁹ Beide categorieën bepalingen hebben gemeenschappelijk dat zij grotendeels geen betrekking hebben op het ontslag als zodanig. Zij zijn meer indirect van invloed, omdat zij de financiële mogelijkheden van het schoolbestuur beïnvloeden en daardoor aanleiding kunnen geven tot een nieuwe aanstelling dan wel het behoud van een bestaande aanstelling, maar evenzeer tot ontslag.¹¹⁰ Gemeenschappelijk hebben beide categorieën bepalingen ook dat zij de werknemers in het bijzonder onderwijs niet

105 Vgl. bijv. Cvb pc vo 23-6-1982, AB 1983, 95 en Cvb pc vo 23-7-1985, JPCO 1985, 63 e.v. (met vervolg Cvb pc vo 21-2-1986, JPCO 1986, 42 e.v.): de commissie neemt aan dat de 'overuren-circulaire' een ontslaggrond toevoegt.

106 Vgl. par. 3.3.2.

107 Dat leidt Cvb pc vohbo 14-7-1987 JPCO 1987, 131 e.v. ertoe om titel II RPBO van toepassing te achten, omdat partijen kennelijk van de toepasselijkheid uitgingen.

108 Vgl. bijv. art. 105 WBO, waarin wordt bepaald dat op de vergoeding in mindering worden gebracht de salarissen van (kort gezegd) langer dan toegestaan tijdelijk aangestelde werknemers en ten onrechte in de plaats van een 'eigen wachtgelder' benoemde werknemers. Vgl. i.v.m. dit laatste ook: Rb Den Haag 26-6-1985, JKOCZ 1985 C.4.

109 Vgl. bijv. het besluit van 16-10-1987, S. 479.

110 Wel rechtstreeks betrekking op het ontslag hebben de bepalingen (bekostigingsvoorwaarden) waarin de overheid het schoolbestuur verplicht om de ontslaggronden in de akte vast te leggen (vgl. par. 3.3.3). Ook deze bepalingen richten zich naar hun aard uitsluitend tot de schoolbesturen.

rechtstreeks aangaan.¹¹¹

Een voorbeeld van de tweede categorie zijn de wettelijke bepalingen inzake zedelijkheid en bekwaamheid die hun basis vinden in art. 23 lid 2 Gw. Deze bepalingen werken rechtstreeks door in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer.¹¹² In de regel zal niet de bedoeling zijn dat van deze bepalingen wordt afgeweken, ook niet ten gunste van de (potentiële) werknemer, omdat het algemene belang van de deugdelijkheid van het onderwijs op het spel staat.

De vierde categorie bepalingen is niet omvangrijk, wat niet hoeft te verbazen tegen de achtergrond van de vrijheid van onderwijs.¹¹³ Bekostigingsvoorwaarden die rechtstreeks betrekking hebben op het ontslag van de werknemers in het bijzonder onderwijs zijn onder andere de bepalingen inzake de garantieregeling en het deeltijdontslag¹¹⁴, de bepalingen inzake de hernieuwde aanstelling in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid¹¹⁵ en de bepalingen inzake de commissie van beroep.¹¹⁶ Van deze bepalingen is de bedoeling dat zij van toepassing zijn op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer. Dat is echter niet automatisch het geval; partijen zullen dat moeten overeenkomen.¹¹⁷ Het is belangrijk om dat te benadrukken, want zou het schoolbestuur nalaten om de bekostigingsvoorwaarden over te nemen in de individuele arbeidsovereenkomsten die het met de werknemers sluit, dan brengt dat het schoolbestuur in problemen met de overheid; de bekostigingsvoorwaarden zijn in dat geval niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Zou een bepaling in een individuele arbeidsovereenkomst in strijd zijn met een bekostigingsvoorwaarde, dan kan ook dat het schoolbestuur in problemen brengen met de overheid; de overeenkomst met de werknemer is en blijft geldig.

Gezien de noodzaak van de bekostiging zal duidelijk zijn dat het schoolbestuur er groot belang bij heeft dat bekostigingsvoorwaarden en aktes c.q. cao

111 Onderdelen van de hier bedoelde regelingen inzake de bekostiging kunnen overigens dermate concreet op de positie van de werknemers zijn toegesneden, dat een beroep erop wel mogelijk is, zowel door het schoolbestuur ten opzichte van de werknemer als omgekeerd. Vgl. bijv. Cvb rk kbbo Zd Ned. 17-11-1982, JKOCZ A.1.7 (fusiecirculaire); Cvb pc vo 23-7-1985, JPCO 1985, 63 e.v. (overurencirculaire); Cvb rk bero 10-9-1984, JKOCZ 1984 A.5.14. In Cvb rk vo 5-7-1989 (School en besturen 1989, 19) wordt daarentegen aangenomen dat de fusiecirculaire geen afbreuk doet aan de afvloeiingsrechten van de werknemer. Deze laatste uitspraak is in mijn ogen beter te verdedigen dan de beide andere.

112 Vgl. bijv. art. 3 WBO. Ktr Arnhem 5-12-1983 (JKOCZ 1983 B.17) neemt overigens aan dat deze bepalingen uitsluitend het schoolbestuur aangaan. Om het nog wat ingewikkelder te maken is een deel van de bepalingen inzake de bekwaamheid bekostigingsvoorwaarde. Vgl. bijv. art. 19 WBO. Hun toepasselijkheid moet overeengekomen worden; afwijken is mogelijk. De commissies van beroep negeren dit verschil over het algemeen. Vgl. bijv. Cvb pc vo 16-5-1985, JPCO 53 e.v.

113 Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.2. Vgl. ook par. 4.2 hierna.

114 Vgl. bijv. Ktr Den Bosch 5-9-1986, JKOCZ 1986 C.4. Vgl. ook par. 3.9.2.

115 Vgl. par. 3.8.6.

116 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2.

117 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.2; hoofdstuk VII, par. 5.2.7.

inhoudelijk overeenstemmen en blijven overeenstemmen, ook als de bekostigingsvoorwaarden zouden wijzigen. In het vorige hoofdstuk is al gebleken hoe risico's op dit punt worden vermeden: in de aktes van benoeming en de cao's is in de regel een bepaling opgenomen die bewerkstelligt dat, mocht op enig moment strijd bestaan tussen bekostigingsvoorwaarden en akte of cao, de tekst van de akte of de cao geacht wordt te zijn gewijzigd overeenkomstig de inhoud van de bekostigingsvoorwaarden. Aldus is verzekerd dat de bekostigingsvoorwaarden onder alle omstandigheden worden nageleefd.¹¹⁸

Dat de bekostigingsvoorwaarden uitsluitend betekenis hebben voor de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer indien zij zijn doorgecontracteerd, maakt meteen duidelijk hoe de bekostigingsvoorwaarden zich verhouden tot de reguliere arbeidsrechtelijke wetgeving. Van 'speciale' regelingen ten opzichte van het 'generale' arbeidsrecht is geen sprake. Voor de doorgecontracteerde bekostigingsvoorwaarden geldt hetzelfde als voor alle andere contractuele bedingen: van strijd met het reguliere arbeidsrecht mag geen sprake zijn.¹¹⁹ Zouden ooit de bekostigingsvoorwaarden en vervolgens ook de akte van benoeming (of de cao) in strijd blijken te zijn met het (dwingende) civiele arbeidsrecht, dan is dat daarom geen probleem voor de werknemer. Een dergelijke bekostigingsvoorwaarde gaat de werknemer niet aan, ook niet als contractueel beding, dat namelijk in strijd is met de wet. Het schoolbestuur daarentegen lijkt tussen twee vuren te geraken. Bij nader inzien valt ook dat wel mee: het ligt voor de hand dat de onderwijswetgeving zo snel mogelijk in overeenstemming wordt gebracht met het arbeidsrecht; evenzeer ligt voor de hand dat het niet-naleven van de bekostigingsvoorwaarden in de tussentijd niet dient te leiden tot sancties in de sfeer van de bekostiging. Kortom: bij strijd tussen bekostigingsvoorwaarden en arbeidsrechtelijke wetgeving prevaleert het arbeidsrecht.

3.3 DE BEÏNDIGING DOOR OPZEGGING

3.3.1 De opzegging

De opzegging is de eenzijdige rechtshandeling, gericht op de beëindiging van de dienstbetrekking.¹²⁰ Zij vereist een op de beëindiging gerichte wil die zich

118 Vgl. hoofdstuk VII, par. 5.2.7.

119 Vgl. ook Rb Den Bosch, 14-11-1986, NJ 1987, 786, waarin tevens uitdrukkelijk wordt overwogen dat de rechtspositiereglementen in het onderwijs geen 'regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan' zijn (waarvan sprake is in bijv. de art. 1639f lid 5 en 1639h lid 7 BW).

120 Ik laat de kwestie van het (al dan niet bestaande) onderscheid tussen de opzegging en de beëindiging zonder opzegging (vgl. de artt. 1639n en o BW) buiten beschouwing. Ter zake sluit ik mij aan bij de opvatting van (onder anderen) Strijbos (1985, 61), De Leede (1988, 249) en Van der Grinten (1990, 172), die van mening zijn dat er geen reden is om dit onderscheid te maken.

door een verklaring heeft geopenbaard.¹²¹ Denkbaar zijn allerlei problemen op dit punt, als gevolg van het ontbreken van de vereiste wil, als gevolg van een verschil tussen wil en verklaring, dan wel als gevolg van een wilsgebrek. In de praktijk doen deze problemen zich in geval van opzegging door het schoolbestuur zelden voor.¹²²

De werkgever in het (bekostigde) bijzonder onderwijs is strikt genomen de vereniging of stichting die de school in stand houdt. Dat betekent dat van belang is om vast te stellen wie bevoegd is om namens de rechtspersoon te besluiten tot opzegging. In de regel is dat het bestuur van de rechtspersoon. Met name in grotere onderwijsinstellingen is niet ondenkbaar dat de bevoegdheid tot opzeggen geheel of gedeeltelijk (voor bepaalde categorieën werknemers) is overgedragen aan het college van bestuur, de centrale directie dan wel de directeur.¹²³ Van de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid moet worden onderscheiden het geval dat het college van bestuur (etc.) de werknemer op de hoogte stelt van het door het schoolbestuur genomen besluit tot opzeggen.¹²⁴

De opzegging is niet een onderdeel (aanbod dan wel aanvaarding) van een tweezijdige op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerichte overeenkomst. De opzegging is een eenzijdige rechtshandeling; zij alleen beoogt – en is in beginsel in staat – om het beoogde rechtsgevolg te verwerkelijken. In par. 3.6 zal blijken dat het bijzonder onderwijs (net als het ambtenarenrecht) de figuur van de opzegging op verzoek van de werknemer kent. De opzegging op verzoek is een eenzijdige opzegging door het schoolbestuur, waarop al hetgeen hierna over de opzegging wordt gezegd in beginsel van toepassing is. Materieel dient deze opzegging echter geplaatst te worden in de sfeer van ontslag met wederzijds goedvinden; in die context zal ik er nader op ingaan.

3.3.2 De wettelijke bepalingen

De BW-bepalingen inzake de opzegging van de arbeidsovereenkomst zijn in volle omvang van toepassing op het bijzonder onderwijs.¹²⁵ Dat betekent dat ook daar de arbeidsovereenkomst te allen tijde verbroken kan worden door een opzegging.¹²⁶ De opzegging geschiedt regelmatig als de voor de beëindiging geldende bepalingen (waaronder met name de bepalingen inzake de opzegtermijn) in wet, arbeidsovereenkomst en cao in acht zijn genomen. Gebeurt dat niet, dan is sprake van een onregelmatige opzegging. Het BW verbindt aan de onregelmatigheid een financiële sanctie in de vorm van een ver-

121 Artt. 3:33-35 NBW.

122 Ten aanzien van de werknemer is dat anders. Vgl. par. 3.6.

123 Het besluit zal door de bevoegde persoon of instantie genomen moeten worden. Vgl. Cvb rk dag-avondo 18-6-1984, JKOCZ 1984, A.5.6.

124 Vgl. Cvb pc vohbo 30-8-1988, JPCO 1988, 121 e.v.

125 Vgl. over relatie met de vrijheid van onderwijs: par. 4.2.

126 Een uitzondering op deze regel vormen uitsluitend de ontslagverboden, in die zin althans dat een opzegging in strijd met een opzeggingsverbod door vernietiging ongedaan kan worden gemaakt. Vgl. par. 3.3.5.

plichting tot het betalen van een schadeloosstelling dan wel schadevergoeding.¹²⁷

Minstens zo belangrijk als de onverkorte toepasselijkheid van het BW en de WGB is het feit dat het BBA niet van toepassing is op het bijzonder onderwijs.¹²⁸ Met name vervalt daardoor de belangrijkste garantie dat opzegging uitsluitend plaats vindt om een geldige reden. Evenzeer vervallen de (wat meer betrekkelijke) garanties die het BBA biedt voor het behoud van de betrekking als het ontslag de werknemer onevenredig zou schaden. Dat het BBA niet van toepassing is, doet daarnaast voor een belangrijk deel de waarborgen voor een in procedureel opzicht juiste opzegging teniet, met name waar het gaat om de zorgvuldige voorbereiding en de motivering. Meer in het algemeen betekent de niet-toepasselijkheid van het BBA dat de preventieve toetsing van het ontslag verdwijnt. Wat resteert is het uitgangspunt van art. 1639o BW, slechts ten dele gerelativeerd door de voorschriften inzake de opzegtermijn, de ontslagverboden en de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging, anders gezegd: een uitsluitend repressieve toetsing van de opzegging, waarbij min of meer vast staat dat de eenmaal beëindigde betrekking niet hersteld zal worden, zodat de werknemer hoogstens een schadevergoeding in geld ontvangt.

3.3.3 De aktes van benoeming en cao's

Dit zou althans de situatie zijn als de betrokkenen binnen het bijzonder onderwijs de regeling van het ontslag geheel zouden hebben overgelaten aan de wetgever. Zo is het echter niet. De direct betrokkenen hebben de ruimte die het BW laat voor een nadere invulling van de ontslagbepalingen op uitgebreide schaal gebruikt. Kenmerkend op dit punt is vooral dat de schoolbesturen en werknemers en hun organisaties de ruimte die het BW-ontslagrecht laat, hebben gebruikt om publieke elementen in de onderlinge verhoudingen te incorporeren.

Deze 'verambtelijking' van het ontslagrecht is ten dele aangebracht op grond van door de onderwijswetgever (bij wege van subsidievoorwaarden) opgelegde verplichtingen; dat geldt met name voor de verplichting om de ontslaggronden in akte van benoeming (of cao) vast te leggen.¹²⁹ Inhoudelijk laat de wetgever de schoolbesturen en werknemers en hun organisaties overigens de volledige vrijheid bij het invullen van de ontslaggronden. Daarom zou denkbaar zijn geweest een uiterst minimale invulling, bijvoorbeeld door de bepaling dat ontslag mogelijk is als het schoolbestuur daarvoor termen aanwezig acht. Zo zou de vrijheid van aanstelling en ontslag ex art. 23 lid 6 Gw op

127 Art. 1639t BW biedt daarnaast de mogelijkheid om herstel van de dienstbetrekking te vorderen.

128 In hoofdstuk V, par. 3.1.2 wees ik er al op dat het BBA in één geval wel van toepassing kan zijn, namelijk in het geval van de opzegging van een verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Daarover: par. 3.8.5.

129 Vanuit het oogpunt van de vrijheid van onderwijs is dat een interessante verplichting. Vgl. par. 4.2.

maximale wijze in positief ontslagrecht zijn vertaald.

Uit de inhoud van de aktes en cao's voor het bijzonder onderwijs blijkt echter dat de verplichting om de ontslaggronden uitdrukkelijk vast te leggen bij de direct betrokkenen (en met name dus ook bij de schoolbesturen en hun organisaties) allerminst op bezwaren is gestuit. Alles wijst erop dat niet alleen de (onderwijs)wetgever, maar ook de direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs de verambtelijking van het materiële ontslagrecht geheel vanzelfsprekend vinden.¹³⁰ Over het algemeen is namelijk in volle omvang de opzet van het ambtenarenontslagrecht overgenomen.

Dat blijkt met name uit het feit dat de aktes van benoeming en cao's uitgaan van een gesloten stelsel van ontslaggronden.¹³¹ Dat sprake is van een gesloten stelsel blijkt veelal uit de formulering van de desbetreffende bepalingen, in andere gevallen uit de wijze waarop de commissies van beroep het ontslag toetsen op zijn motivering.¹³² Gebruikelijk is dat ontslag wordt toegelaten op gronden die verband houden met de werknemer (bijvoorbeeld: ongeschiktheid wegens ziekte, ongeschiktheid om andere redenen, plichtsverzuim, bij wege van straf), gronden die verband houden met de school (bijvoorbeeld: opheffen van de school, opheffen van de betrekking, reorganisatie) en, eventueel, andere gronden (gewichtige redenen, vergelijkbaar met de 'andere redenen' in art. 99 ARAR).

3.3.4 De invloed van de rechtsbescherming

De bepalingen in de aktes van benoeming c.q. cao's die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging sterk 'verambtelijken', zouden gezien kunnen worden als 'voor de beëindiging geldende voorschriften' in de zin van art. 1639o BW.¹³³ Dat zou betekenen dat het niet-naleven ervan zou leiden tot de verplichting om een schadeloosstelling dan wel schadevergoeding te betalen. In de regel zou dat een ontoereikende, zelfs onzinnige sanctie zijn. Een overtreding van het contractuele ontslagrecht door het schoolbestuur zou in plaats daarvan wellicht beantwoord kunnen worden met een actie op grond van de artt. 1639s en t BW. Ervan uitgaande dat de strekking van het contractuele ontslagrecht is de betrekking zo veel mogelijk te behouden c.q. te herstellen als een geldige ontslaggrond ontbreekt, zou ook dat ontoereikend zijn.

Ook in de sfeer van de rechtsbescherming hebben de direct betrokkenen de

¹³⁰ Tegen de achtergrond van het principe van de rechtspositionele gelijkheid (nader: hoofdstuk III, par. 2.8.4, hoofdstuk VII, par. 4.1) lijkt dat niet zo vreemd, ware het niet dat het om ontslagrecht gaat. Vgl. par. 4.2.

¹³¹ Daarnaast lijken de aktes van benoeming en cao's er in veel gevallen van uit te gaan dat de betrekking uitsluitend door opzegging door het schoolbestuur kan eindigen. Vgl. par. 3.6.

¹³² Vgl. bijv. Cvb rk dag-avond 3-1982, JKOCZ 1983 A.6 i.v.m. het ontslag wegens overuren. Vgl. ook Cvb pc vo 3-12-1976, AB 1977, 295; Cvb pc bo 30-6-1980, AB 1980, 591. Een enkele keer rijzen twijfels op dit punt. Vgl. Cvb pc vo 9-12-1986, JPCO 1986, 83 e.v. Vgl. ook hoofdstuk IX, par. 2.5.9.

¹³³ Vgl. in die zin: De Jong c.s., 1639o aant. 5.

regeling van de ontslagbescherming echter niet aan de wetgever overgelaten. Schoolbesturen en werknemers en hun organisaties hebben een voorziening gecreëerd die het de werknemer mogelijk maakt om de naleving van het contractuele ontslagrecht af te dwingen; ik doel uiteraard op de mogelijkheid om in geval van ontslag beroep in te stellen bij een commissie van beroep. Gezien de opzet van het materiële ontslagrecht hoeft niet te verbazen dat de werkwijze van de commissies van beroep veel gelijkenis vertoont met die van de ambtenarenrechter.¹³⁴ Dat blijkt uit de volgende korte schets van de procedure voor de commissies van beroep: alleen de werknemer heeft toegang tot de commissie en wel om beroep in te stellen tegen een limitatief omschreven aantal voor beroep vatbare besluiten van het schoolbestuur, daaronder het onvrijwillig ontslag¹³⁵; de commissie van beroep toetst het besluit aan wet en overeenkomst en algemene beginselen van behoorlijk bestuur (daaronder het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel)¹³⁶; de beslissing houdt in een vernietiging dan wel bevestiging van het aangevochten besluit¹³⁷; de commissies van beroep achten zich niet bevoegd om schadevergoedingen toe te kennen.¹³⁸

De instelling van de commissies van beroep is de schoolbesturen als verplichting op straffe van verlies van de bekostiging opgelegd; in zoverre bestaat er overeenstemming met de gang van zaken rond de ontslaggronden.¹³⁹ Overeenstemming is er ook in die zin dat de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep inhoudelijk gezien verplichtingen noch beperkingen opleggen. De bekostigingsvoorwaarden verzetten zich bijvoorbeeld niet tegen een opzet waarbij de commissies van beroep qua bevoegdheid, procedure, toetsing en beslissing worden gelijkgeschakeld aan de burgerlijke rechter.¹⁴⁰ Opnieuw zijn het daarom de betrokkenen zelf die de het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs zijn sterk ambtenarenrechtelijke kleur hebben gegeven.

3.3.5 De ontslagverboden

Tot zover de rechtsbescherming. Ik keer terug naar het materiële ontslagrecht, met name om te bezien hoe de onderlinge verhouding is van het reguliere ontslagrecht enerzijds en de ambtelijke elementen in aktes van benoeming en cao's anderzijds. Als eerste zal ik in dat verband stilstaan bij de ontslagverboden.

134 De commissies van beroep dateren uit het begin van deze eeuw. Zij zijn niet in het leven geroepen om het gemis van de toepasselijkheid van het BBA te compenseren. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.1.

135 De limitatieve omschrijving vormt uiteraard een belangrijke afwijking van het ambtenarenrecht. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.

136 Hoofdstuk IX, par. 2.5.

137 Hoofdstuk IX, par. 2.6.

138 Ook dat is uiteraard een belangrijk verschil met het ambtenarenrecht. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.6.6.

139 De verplichting om commissies van beroep in te stellen vormt daarom een inperking van de vrijheid van de schoolbesturen. Vgl. par. 4.2; hoofdstuk IX, par. 2.1.

140 Uitsluitend ten aanzien van de vernietiging bevat de parlementaire geschiedenis van de wettelijke bepalingen inzake de commissies van beroep een duidelijke aanwijzing. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.6.1.

In een gesloten stelsel van ontslaggronden zoals in par. 3.3.3 geschetst horen ontslagverboden strikt genomen niet thuis; dat geldt in elk geval voor de ontslagverboden die het ontslag om een bepaalde reden onmogelijk willen maken. Daarom hoeft niet te verbazen dat de aktes van benoeming en cao's in het bijzonder onderwijs geen ontslagverboden bevatten. Toch is het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs ter zake van de ontslagverboden allerminst gelijklopend aan het ambtenarenontslagrecht. De BW-regeling inzake de ontslagverboden is namelijk in volle omvang van toepassing binnen het bijzonder onderwijs. Hetzelfde geldt voor het ontslagverbod in de WGB.¹⁴¹ Dat betekent dat ook het schoolbestuur om bepaalde redenen c.q. gedurende bepaalde periodes niet mag opzeggen. Wordt dat niettemin gedaan, dan kan de opzegging vernietigd worden, waarna de dienstbetrekking herleeft.

De opvatting dat de ontslagverboden in het BW en de WGB onverkort op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn, wordt niet alom gedeeld. Uit beslissingen van enkele commissies van beroep voor het rooms-katholiek onderwijs blijkt dat deze commissies van oordeel zijn dat de ontslagverboden tijdens ziekte en tijdens zwangerschap niet van toepassing zijn op de opzegging door het schoolbestuur in het geval 'de "arbeidsplaats" – als economische categorie te onderscheiden van de dienstbetrekking in juridische zin – ophoudt te bestaan terwijl enige invloed van de werkgever op het wegvallen van die "arbeidsplaats" volstrekt is uitgesloten'.¹⁴²

De commissies van beroep voeren in dat verband aan dat de bedoeling van de ontslagverboden tijdens ziekte en zwangerschap is om een arbeidsplaats die door de ziekte of zwangerschap opvalt voor de desbetreffende werknemer te reserveren, zodat deze na beëindiging van de ziekte of de zwangerschap de op dat moment nog bestaande arbeidsplaats weer kan innemen.¹⁴³ Zou bij voorbaat vast staan dat de arbeidsplaats in dat geval niet meer bestaat, dan zou het ontslagverbod zijn doel voorbij schieten. In een beslissing uit 1987 wordt hieraan nog een argument toegevoegd: een beroep op een ontslagverbod tijdens ziekte of zwangerschap zou de onverkorte toepassing van de afvloeiingsregeling onmogelijk maken, omdat een werknemer die op basis van de afvloeiingsregeling voor ontslag in aanmerking komt, aan dat ontslag zou kunnen ontkomen in geval van ziekte of zwangerschap.¹⁴⁴ Dit argument wordt subsidiair aangevoerd, voor het geval zou worden aangenomen dat art. 1639h leden 3 en 4 van toepassing zijn. De commissie hecht dermate sterk aan de onverkorte toepassing van de afvloeiingsregeling dat zij het beroep op (i.c.) het

141 I.v.m. de vrijheid van onderwijs is dat opmerkelijk. Vgl. par. 4.2.

142 Citaat uit: Cvb rk vo 18-10-1984, JKOCZ 1984, A.4.9. Niet alle commissies van beroep voor het rooms-katholiek onderwijs zijn deze mening toegedaan. Vgl. nt 156.

143 Vgl. Cvb rk kbbo Zd Ned: 25-9-1978, AB 1979, 149 en (summerder) de in de vorige noot aangehaalde beslissing.

144 Cvb rk bero 6-10-1987, JKOCZ 1987, A.4.6, bevestigd in Cvb rk bero 16-8-1988, JKOCZ 1988 A.4.13. Aangenomen mag worden dat de commissies hetzelfde zullen oordelen over het recent toegevoegde ontslagverbod gedurende korte tijd na de bevalling.

ontslagverbod tijdens zwangerschap in strijd acht met de redelijkheid en billijkheid. Beide argumenten slaan uitsluitend op ontslagen om redenen gelegen aan de zijde van de school (het opheffen van school of betrekking, reorganisaties etc.).¹⁴⁵ Dat laat onverlet dat zij de werkingssfeer van art. 1639h leden 3 en 4 BW aanzienlijk beperken.

De vraag rijst of de beslissingen houdbaar zijn. Ik stel in dat verband voorop dat de beide hiervoor weergegeven argumenten naar hun inhoud niet zonder meer terzijde kunnen worden geschoven. In par. 3.4.5 zal blijken dat de ontslagverboden de onverkorte toepassing van de afvloeiingsregeling inderdaad kunnen frustreren. Het eerste argument sluit aan op de kritiek die meer in het algemeen in de arbeidsrechtelijke literatuur wordt uitgeoefend op het huidige ontslagverbod tijdens ziekte en de daarmee vergelijkbare 'tijdens'-ontslagverboden. Van verschillende zijden wordt erop gewezen dat zij een te vergaande mate van bescherming biedt, met name in die gevallen dat de werknemer, ware hij niet (bijvoorbeeld) ziek geweest, zou zijn ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen.¹⁴⁶ In navolging van het SER-advies over de herziening van het ontslagrecht wordt in wetsontwerp 21479 dan ook voorgesteld om de bescherming die de 'tijdens'-ontslagverboden bieden te beperken in die zin dat zij niet van toepassing zijn wanneer de werkgever de werknemer wil ontslaan vanwege een beëindiging van de werkzaamheden van (een deel van) de onderneming.¹⁴⁷

De commissies van beroep voor het rooms-katholiek onderwijs staan dus niet alleen in hun opvatting dat een deel van de ontslagverboden een te vergaande mate van bescherming biedt. Dat wil echter niet zeggen dat hun beslissingen en de daarvoor aangevoerde argumenten houdbaar zijn. De opvatting dat de ontslagverboden tijdens ziekte en tijdens zwangerschap in bepaalde gevallen niet van toepassing zijn heeft dermate verstrekkende gevolgen, dat ik meen dat die opvatting alleen aan een beslissing ten grondslag mag worden gelegd als de tekst van de wet en/of haar parlementaire geschiedenis daarvoor uitdrukkelijk aanknopingspunten bieden. Dat is op dit moment niet het geval: art. 1639h BW luidt algemeen en de parlementaire geschiedenis biedt evenmin rechtstreekse aanknopingspunten.¹⁴⁸

In de memorie van toelichting op wetsontwerp 21479 wordt over de uitzonderingsmogelijkheid het volgende opgemerkt:

'De strekking van de bepaling is dat aanvullende ontslagbescherming zin heeft verloren indien ondernemingsactiviteiten geheel beëindigd worden. Een vermin-

145 In andere gevallen wordt dan ook nietigheid aangenomen. Vgl. bijv. Cvb rk kbbo Zd Ned. 1-11-1983, JKOCZ 1983, A.1.10.

146 Vgl. (de literatuur genoemd door) Phaff (1986), 93 e.v.

147 Art. 1639ia. Een dergelijke uitzondering is inmiddels gepositieerd in art. 21 WOR, i.v.m. de ontslagbescherming van leden van de OR en andere bij de medezeggenschap betrokken werknemers.

148 Vgl. op dit punt ook de kritiek van Van der Net in zijn noot onder de beslissing van 25-9-1978, AB 1979, 149 onder 2.

dering van activiteit of het opheffen van een arbeidsplaats is uiteraard niet voldoende.¹⁴⁹

Dat maakt duidelijk dat de beslissingen ook niet met een beroep op anticipatie gered kunnen worden. In de gevallen waarin de commissies van beroep een uitzondering maken is nu net sprake van ontslag wegens een vermindering van activiteit dan wel het opheffen van een arbeidsplaats.¹⁵⁰ Daar komt bij dat in wetsontwerp 21479, in verband met in internationaal verband aangegane verplichtingen, een uitdrukkelijk voorbehoud wordt gemaakt voor werkneemsters met zwangerschapsverlof en met bevallingsverlof.¹⁵¹ Dat levert een extra argument op om de beslissing uit 1987, waarin het ontslagverbod tijdens zwangerschap buiten toepassing wordt gelaten, onhoudbaar te achten.¹⁵²

Daar komt bij dat de huidige wettelijke regeling niet tot onoverkomelijke problemen leidt. Een beroep op de kantonrechter met een verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een verandering van omstandigheden zal in de regel uitkomst bieden.¹⁵³ Tenslotte wijs ik erop dat de commissies van beroep niet het laatste woord hebben over de interpretatie van art. 1639h BW (en de reguliere arbeidsrechtelijke wetgeving in het algemeen). In hoofdstuk IX zal blijken dat de werknemer in het bijzonder onderwijs beschikt over de mogelijkheid om zich tot de burgerlijke rechter te wenden indien hij zich niet wil neerleggen bij de beslissing van de commissie van beroep.¹⁵⁴ Tevens zal blijken dat het de burgerlijke rechter niet vrij staat om het geschil in volle omvang opnieuw te beoordelen. Ten aanzien van de interpretatie van wettelijke bepalingen behoeft de burgerlijke rechter zich echter geen beperkingen op te leggen; integendeel: hij dient toe te zien op de juiste toepassing van het recht.¹⁵⁵ Dat betekent dat de burgerlijke rechter volledig vrij is en zelfs verplicht kan worden geacht om zijn eigen oordeel over de betekenis van art. 1639h BW in de plaats te stellen voor dat van de desbetreffende commissie van beroep. Gevolg daarvan is dat ook de werknemer in het bijzonder onderwijs de onverkorte naleving van de ontslagverboden hoe dan ook kan afdwingen, nu en in de toekomst.

149 MvA TK 1989-1990. 21479, nr 3, 21.

150 Vgl. par. 3.4.3. In dat verband wijs ik erop dat de nadere voorwaarde, dat het schoolbestuur geen invloed mag hebben op het ontslag, is achterhaald door de invoering van de lumpsumfinanciering in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs en (binnenkort) van het formatiebudgetsysteem elders in het bijzonder onderwijs. Het schoolbestuur heeft daardoor steeds een zeker invloed op de ontslagbeslissing. Vgl. in dit verband: hoofdstuk III, par. 2.5.4, hoofdstuk VII, par. 4.3, par. 6.

151 Vgl. TK 1990-1991 21479 nr 6, 17.

152 In Cvb pc bo 27-3-1982, AB 1982, 344 wordt dan ook terecht de nietigheid van de opzegging aangenomen. Ook deze beslissing is overigens niet zonder problemen. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.5.8.

153 Vgl. Ktr Tilburg 19-7-1984 en 23-8-1984, JKOCZ 1984 B.6 resp. B.16.; Ktr Hoorn 5-7-1985, JKOCZ 1985, B.3.

154 Vgl. m.n. de par. 3.3.5 e.v.

155 Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.3.2.

Om al deze redenen acht ik het terecht dat andere commissies van beroep de opvatting van de commissies voor het rooms-katholiek onderwijs niet volgen, in een aantal gevallen die opvatting zelfs met zoveel woorden afwijzen.¹⁵⁶ Met deze laatste commissies ben ik van mening dat alle ontslagverboden op dit moment onverkort op de opzegging van arbeidsovereenkomsten in het bijzonder onderwijs van toepassing zijn.

Dit betekent dat de wettelijke regeling van de ontslagverboden en het contractuele stelsel van limitatief omschreven ontslaggronden naast elkaar van toepassing zijn. In een aantal gevallen overlappen beide regelingen elkaar (ik kom daar hierna op terug); in andere gevallen is dat zeker niet het geval. Dat geldt met name voor de ontslagverboden tijdens (de eerste twee jaren van) de ziekte van de werknemer, tijdens zwangerschapsverlof, tijdens bevallingsverlof en tijdens militaire dienst. Hier is denkbaar dat ontslag onmogelijk moet worden geacht op grond van het bepaalde in art. 1639h BW, ook al zou de van toepassing zijnde akte of cao ontslag in eerste instantie juist uitdrukkelijk toelaten. Dat geldt in die gevallen dat de situatie binnen de school tot ontslag aanleiding geeft; op die gevallen ben ik hiervoor uitgebreid ingegaan. Hetzelfde geldt indien de werknemer en diens eigenschappen en gedragingen in eerste instantie aanleiding zouden geven tot ontslag.

Ik wijs er in dit verband op dat de aktes en cao's over het algemeen ontslag mogelijk maken op grond van de blijvende ongeschiktheid van de werknemer voor zijn arbeid door ziekte.¹⁵⁷ Op dit punt stemt het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs overeen met het ambtenarenontslagrecht. Anders dan het arbeidsrecht kent het ambtenarenrecht geen ontslagverbod tijdens (de eerste twee jaren van de) ziekte van de ambtenaar.¹⁵⁸ Dat betekent dat de werknemers in het bijzonder onderwijs een verdergaande bescherming tegen ontslag tijdens ziekte genieten dan de ambtenaren in de publieke sector (inclusief het openbaar onderwijs). De contractuele voorwaarde dat de ongeschiktheid blijvend dient te zijn, betekent anderzijds dat de werknemers in het bijzonder onderwijs ook beter af zijn dan de werknemers elders in de private sector, met name indien de werknemer steeds gedurende kortere periodes ziek is.

Aldus blijkt dat de combinatie van ontslagverboden en limitatieve ontslaggronden de ontslagbescherming kan vergroten. In andere gevallen heeft de combinatie van ontslagverboden en ontslaggronden tot gevolg dat in wezen overbodige overlappingsen ontstaan. Dat geldt met name voor de 'wegens'-ontslagverboden. Een ontslag wegens huwelijk of wegens bevalling is namelijk niet toegestaan op grond van het bepaalde in art. 1639h lid 5 BW, maar

156 Vgl. op dit laatste punt Cvb pc vohbo 22-11-1987, JPCO 1988, 142 e.v. Vgl. overigens ook Cvb pc vo 7-8-1985, JPCO 1985, 78 e.v.; Cvb pc vo 7-7-1986, JPCO 1986, 67 e.v.; Cvb rk kbbo Haarlem/Rotterdam 14-7-1983, JKOCZ 1983 A.2.2.; Cvb rk dag-avond 18-6-1984, JKOCZ 1984, A.5.5; Cvb VBS vohbo 2-4-1984, VBS-schrift 1984/5, 17.

157 Soms wijst de formulering in akte of cao op een einde van rechtswege. Daarover: par. 3.8.

158 Vgl. nt 48.

evenmin omdat huwelijk en bevalling niet als ontslaggronden worden genoemd in de van toepassing zijnde aktes of cao's. Deze dubbele bescherming is op het eerste oog wat veel van het goede; bezwaren lijkt zij echter niet op te roepen. Bij nader inzien zijn die bezwaren er wel degelijk. Dat is het gevolg van het feit dat het BW qua sanctie op het overtreden van een ontslagverbod (de door de werknemer te bewerkstelligen nietigheid van de opzegging) niet aansluit op de door de commissie van beroep te treffen sanctie in geval ontslag is verleend om een niet in de akte van benoeming of cao genoemde grond (de vernietiging van het ontslagbesluit door de commissie). In het volgende hoofdstuk zal ik deze kwestie nader aan de orde stellen.¹⁵⁹

3.3.6 De beëindiging wegens een dringende reden

Een belangrijk onderdeel van de BW-regeling inzake de opzegging is de regeling van de beëindiging wegens een dringende reden in de artt. 1639o, p en q BW. De wettelijke regeling is als zodanig eenvoudig van opzet: is sprake van een dringende reden, die onverwijld aan de werknemer wordt medegedeeld, dan is het de werkgever toegestaan om de dienstbetrekking op staande voet te beëindigen.¹⁶⁰ De reden zal naar objectieve maatstaven gezien voldoende dringend moeten zijn. De reden moet daarnaast door de werkgever als dringend worden ervaren, wat met name blijkt (en ook moet blijken) uit het feit dat de dienstbetrekking op staande voet is beëindigd. Is niet voldaan aan deze vereisten, dan is, binnen het BW, in ieder geval sprake van een onregelmatige opzegging.¹⁶¹ Op grond daarvan kan de werkgever verplicht worden tot het betalen van een schadeloosstelling c.q. schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de voor opzegging geldende bepalingen (waaronder met name de bepalingen inzake de opzegtermijn).

De BW-bepalingen inzake de beëindiging om een dringende reden zijn in volle omvang op het bijzonder onderwijs van toepassing. Het kan zijn dat in akte of cao naar de desbetreffende BW-bepalingen wordt verwezen; ook als dat niet het geval is, zijn de bepalingen zonder meer van toepassing.¹⁶² Wel heeft de beëindiging om een dringende reden in het bijzonder onderwijs een grotendeels andere strekking dan elders in de private sector. Dat is het geval omdat het BBA niet van toepassing is in het bijzonder onderwijs.¹⁶³

In dit verband moet bedacht worden dat door de invoering van het BBA de BW-regeling inzake de opzegging wegens dringende reden van karakter is veranderd. In oorsprong was het een regeling die geen verband hield met de 'iusta

¹⁵⁹ Vgl. par. 2.5.8.

¹⁶⁰ De beëindiging om een dringende reden door de werknemer laat ik buiten beschouwing. Daarover: Van der Grinten (1990), 236 e.v.

¹⁶¹ De ontslagverboden zijn niet van toepassing; zie art. 1639r lid 2 BW.

¹⁶² De beslissing van de CvB pc vo 9-11-1985 (JPCO 1985, 106 e.v.), waarin wordt geoordeeld dat art. 1639p BW niet van toepassing is omdat een verwijzing in de akte ontbreekt, moet dan ook als onjuist worden beschouwd.

¹⁶³ De uitzondering i.v.m. de opzegging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (zie par. 3.8.5) is hier niet relevant.

causa'. Art. 1639o BW liet iedere opzegging toe; de aanwezigheid van een dringende reden rechtvaardigde dan ook niet de beëindiging als zodanig, maar uitsluitend een bepaalde wijze van beëindigen. Op dit moment leidt het bepaalde in art. 6 lid 2 sub a BBA ertoe dat de toestemming van de RDA niet vereist is als de opzegging geschiedt om een dringende aan de werknemer onverwijld medegedeelde reden. Dat betekent dat de dringende reden – kennelijk – niet alleen een rechtvaardiging vormt voor het niet-inacht nemen van de opzegtermijn, maar ook voor de beëindiging als zodanig.¹⁶⁴ Omdat het BBA niet van toepassing is op het bijzonder onderwijs, heeft de regeling van de beëindiging wegens een dringende reden daar haar oorspronkelijke strekking behouden en rechtvaardigt zij (al dan niet) een opzegging zonder inachtneming van de opzegtermijn, dat wil zeggen: beslist zij uitsluitend over de (al dan niet) onregelmatigheid van de opzegging.¹⁶⁵

Er is echter meer aan de hand met de toepassing van de wettelijke regeling inzake de beëindiging om een dringende reden in het bijzonder onderwijs. Dat is het gevolg van het feit dat de aktes van benoeming en cao's in het bijzonder onderwijs uitgaan van een gesloten stelsel van ontslaggronden. De vraag rijst wat de regeling betreffende de beëindiging wegens een dringende reden in dat kader betekent.

In eerste instantie lijkt het antwoord duidelijk: als een ontslaggrond zich voordoet is opzegging mogelijk; als die grond tot gevolg heeft dat van het schoolbestuur niet langer gevergd kan worden de dienstbetrekking te laten voortduren, dan kan de dienstbetrekking op staande voet beëindigd worden, zonder acht te slaan op ontslagverboden en opzegtermijnen.¹⁶⁶ Een dringende reden voor het schoolbestuur kan uitsluitend gelegen zijn in 'dadens, eigenschappen of gedragingen' van de werknemer. De beëindiging op staande voet is daarom niet mogelijk als de ontslaggrond verband houdt met de school (het opheffen van de betrekking bijvoorbeeld).

Zo redenerend blijft de dringende reden ook binnen het gesloten stelsel van ontslaggronden zijn oorspronkelijke strekking behouden. Dat is echter allerm minst nodig. De dringende reden kan ook in het bijzonder onderwijs in verband worden gebracht met de beëindiging als zodanig, namelijk door in de akte of cao naast het ontslag vanwege ongeschiktheid en/of onbekwaamheid nog uitdrukkelijk toe te staan het ontslag om een dringende reden. In dat geval

164 Deze verandering van karakter is op zichzelf gezien weinig problematisch. Uiteraard rechtvaardigt een reden voor een ontslag op staande voet ook het ontslag als zodanig. In die zin ook: Phaff (1986), 252-253. Overigens: i.v.m. art. 1639w BW had de dringende reden die strekking vanaf het eerste begin.

165 Een verband met de 'iusta causa' bestaat ook in het bijzonder onderwijs in geval de opzegging op staande voet in strijd is met een ontslagverbod. Vgl. Cvb pv vohbo 17-2-1987, JPCO 1987, 116 e.v.

166 Vgl. Cvb pc vohbo 24-11-1987, JPCO 1987, 152 e.v. (plichtsverzuim) en Cvb pc bso 31-3-1987, JPCO 1987, 11 e.v. (plichtsverzuim op staande voet). Voor alle duidelijkheid: de inhoud van de akte of cao is op dit punt niet relevant; het BW vult de akte e.q. cao aan. In die zin ook: Van Peijpe (1987), 545. (De ontbinding op grond van een dringende reden laat ik hier buiten beschouwing; jurisprudentie i.v.m. het bijzonder onderwijs is mij onbekend.)

wordt het gesloten stelsel wellicht niet doorbroken, maar toch wel sterk gerelativeerd. Dat is het geval omdat iedere daad, eigenschap of gedraging van de werknemer een dringende reden kan opleveren, juist ook buiten de gevallen van ongeschiktheid. De commissies van beroep gaan na of de dringende reden inderdaad (objectief) dringend is; in zoverre blijft het 'iusta causa'-principe overeind.¹⁶⁷ Daarnaast eisen zij dat de dienstbetrekking op staande voet wordt beëindigd en dat de dringende reden onverwijld aan de werknemer wordt medegedeeld.¹⁶⁸ Wordt aan deze eisen niet voldaan, dan volgt in beginsel de vernietiging van de opzegging. In uiteindelijk effect gaat de bescherming tegen een onterecht ontslag op staande voet via akte en commissie van beroep daarom veel verder dan het BW mogelijk maakt; de ontslagbescherming is te vergelijken met de bescherming die elders het BBA biedt.

Ik wijs er in dit verband op dat de aktes van benoeming en cao's in veel gevallen ontslag bij wege van straf mogelijk maken; ook in dit opzicht hebben schoolbesturen, werknemers en hun organisaties duidelijk inspiratie opgedaan in het ambtenarenrecht.¹⁶⁹ Het strafontslag vormt inhoudelijk gezien een aanvulling op de overige ontslaggronden die verband houden met de werknemer: iedere gedraging van de werknemer kan tot een strafontslag leiden, mits evenredigheid bestaat tussen de ernst van die gedraging en de opgelegde straf – het ontslag.¹⁷⁰ Het strafontslag relateert aldus het gesloten stelsel van ontslaggronden op dezelfde wijze als de dringende reden als ontslaggrond dat doet. Gezien de strenge toetsing is dat geen bezwaar.¹⁷¹ In de regel zal een gedraging van de werknemer die een strafontslag mogelijk maakt ook de beëindiging op staande voet wegens een dringende reden rechtvaardigen – en omgekeerd.¹⁷² Daarvan uitgaande bestaat er inhoudelijk en qua functie een grote mate van overeenstemming tussen beide ontslagvarianten.¹⁷³

In procedureel opzicht bestaat daarentegen een groot verschil tussen het strafontslag en het ontslag op staande voet om een dringende reden. Het strafontslag wordt in de meeste aktes en cao's behandeld als een normale beëindiging door opzegging. Het schoolbestuur dient een opzegtermijn in acht te ne-

167 De jurisprudentie van de commissies van beroep is op dit punt te casuïstisch om er algemene conclusies uit te kunnen trekken. Van opzienbarende verschillen met de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is geen sprake.

168 Vgl. Cvb rk vo 6-9-1983, JKOCZ 1983 A.4.6.; Cvb rk bsvo Zd Ned. 14-7-1986, JKOCZ 1986 A.1.2.

169 Vgl. m.n. art. II-D10 RPBO.

170 Vgl. Cvb rk kbbo Haarlem/Rotterdam 17-3-1981, JKOCZ 1981, A.2.2.

171 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.5.10.

172 Twee kanttekeningen: (1) Voorstelbaar is dat een bepaalde gedraging door de werknemer ernstig genoeg is om een strafontslag te rechtvaardigen, maar niet dringend genoeg voor een ontslag op staande voet. (2) Er is een verschil i.v.m. de (al dan niet) verwijtbaarheid van de gedraging van de werknemer: voor een ontslag om een dringende reden is zij niet vereist; voor een strafontslag wel. Zie enerzijds HR 3-3-1989, NJ 1989, 549 en De Jong c.s., 1639p aant. 12, anderzijds Van der Net (1977), 122. Daarom kan een bepaalde gedraging de beëindiging om een dringende reden rechtvaardigen, maar niet een strafontslag.

173 In die zin ook: Van Peijpe (1987), 545.

men; daarnaast dient het in de regel de werknemer uitgebreide verweermogelijkheden te bieden, waarmee al snel enkele weken gemoeid zijn.¹⁷⁴ De beëindiging om een dringende reden is daarentegen alleen mogelijk als de reden dermate dringend is dat noodzaak bestaat om de arbeidsovereenkomst op staande voet te beëindigen. Dat betekent dat eisen worden gesteld aan de aard van de dringende reden, maar ook aan de te volgen procedure: door de arbeidsovereenkomst op staande voet te beëindigen moet de werkgever laten zien hoe ernstig hij het gebeurde opvat. Tussen het moment dat de dringende reden aan de werkgever bekend wordt en het moment dat de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt mogen dan ook niet meer dan enkele dagen liggen; slechts in uitzonderlijke gevallen is een langere periode toegestaan. Daarnaast wordt geëist dat de beëindiging met onmiddellijke ingang plaats vindt; ook van deze regel mag slechts in uitzonderlijke gevallen worden afgeweken.¹⁷⁵

Dit verschil kan tot complicaties leiden. Het is de vraag of de opstellers van de (model)aktes van benoeming en cao's zich daarvan bewust zijn geweest toen zij het strafontslag in akte of cao opnamen; vaak naast de dringende reden als afzonderlijke ontslaggrond, in elk geval naast de mogelijkheid om (als aan de te stellen voorwaarden is voldaan) een arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder een opzegtermijn in acht te nemen. Stel namelijk dat een akte of cao strafontslag mogelijk maakt, dat de werknemer zich strafwaardig gedraagt en dat de gedraging tevens een beëindiging op staande voet om een dringende reden rechtvaardigt. In dat geval rijst de vraag hoe het schoolbestuur zich dient te gedragen: de akte schrijft het naleven van allerlei procedurele regels voor; de wet laat een ontslag op staande voet toe, met als enige eis dat de reden onverwijld wordt medegedeeld.

In een enkel geval lukt het het schoolbestuur wellicht om de verweerprocedure binnen enkele dagen af te ronden; de werknemer kan echter moeilijk worden verweten dat hij van de contractueel vastgelegde termijnen maximaal gebruik maakt. Het schoolbestuur kan dan uiteraard afzien van een ontslag op staande voet en de werknemer bij wege van straf ontslaan met inachtneming van alle procedurele eisen. Interessanter is het antwoord op de vraag of het daartoe ook gehouden is. Denkbaar is de opvatting dat uit het feit dat akte of cao het strafontslag kennen, moet worden afgeleid dat de betrokkenen hebben beoogd het ontslag op staande voet wegens een dringende reden uit te slui-

174 In veel gevallen wordt aan het strafontslag een schorsing gekoppeld, zodat de werknemer met onmiddellijke ingang niet meer op zijn werkplek mag verschijnen. De aktes en cao's maken onder omstandigheden een schorsing mogelijk zonder inachtneming van procedurele voorschriften. Zij kan dus vrijwel onmiddellijk na het ontdekken van de gedraging ingaan.

175 Jurisprudentie van de commissies van beroep is vermeld in nt 168. Zie daarnaast: De Leede (1988), 266 e.v.; Van der Grinten (1990), 216 e.v.; De Jong c.s., 16390, aant. 7.

ten.¹⁷⁶ Vanuit een oogpunt van kwaliteit van ontslagbescherming (daaronder begrepen de bescherming van de werkgever tegen ondoordachte en daardoor kostbare ontslagen op staande voet) verdient het strafontslag (eventueel gecombineerd met een schorsing) tenslotte verre de voorkeur boven het ontslag op staande voet om een dringende reden. Art. 1639o BW bevat echter dwingend recht, terwijl het strafontslag een uitsluitend contractuele basis heeft. Daarom ligt voor de hand om aan te nemen dat het BW niet toelaat om het met procedurele waarborgen omgeven strafontslag voor het ontslag op staande voet wegens een dringende reden in de plaats te stellen.¹⁷⁷ Daarvan uitgaande wordt de regeling van het strafontslag echter grotendeels buitenspel gezet, afgezien van de gevallen dat het schoolbestuur zich er vrijwillig aan onderwerpt.

3.3.7 *De beëindiging tijdens proeftijd*

De BW-regeling inzake de proeftijd is ook van toepassing binnen het bijzonder onderwijs. Dat wil zeggen: art. 1639n BW maakt het schoolbestuur en werknemer mogelijk om een proeftijd van maximaal twee maanden overeen te komen waarbinnen het mogelijk is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder dat rekening behoeft te worden gehouden met de opzegtermijnen en de andere voor opzegging geldende bepalingen, met de ontslagverboden en met de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging. Dat het BBA niet van toepassing is op de beëindiging tijdens proeftijd verdient in verband met het bijzonder onderwijs amper een aparte vermelding. Voor werkgever en werknemer elders in de private sector is het uiteraard van groot belang.¹⁷⁸

Dat de ontslagverboden en het BBA niet van toepassing zijn, geeft aan dat de wetgever tijdens een proeftijd een onbegrensde ontslagmogelijkheid heeft willen creëren.¹⁷⁹ De schoolbesturen en werknemers en hun organisaties hebben daar langs contractuele weg geen afbreuk aan gedaan, althans niet door toch een (eventueel beperkte) toetsing van het ontslag door de commissie van beroep mogelijk te maken.¹⁸⁰ Wel valt op dat een groot aantal aktes en cao's geen proeftijdbeding bevat. Dat zal samenhangen met het ruime gebruik van de tijdelijke aanstelling bij eerste indiensttreding.¹⁸¹

176 Aldus de reeds eerder aangehaalde beslissing van de Cvb pc vo 9-11-1985, JPCO 1985, 106. De redenering is uiteraard niet houdbaar als de dringende reden niet tevens als ontslaggrond is opgenomen. Is dat wel het geval, dan ontstaan nog meer complicaties, want dat blijkt de akte of cao voor (in de regel) één en hetzelfde geval twee geheel verschillen ontslagvarianten te kennen.

177 Vgl. De Jong c.s., 1639p, aant. 26. Vgl. ook par. 4.3.5 en 4.3.6.

178 Vgl. De Leede (1988), 263 e.v.; Van der Grinten (1990), 187, 195 e.v. Aan de onduidelijkheden die zij signaleren ga ik voorbij. De situatie dienaangaande is in het bijzonder onderwijs niet anders dan elders.

179 Wat niet uitsluit dat in apert onredelijke gevallen corrigerend kan worden opgetreden. Vgl. Boot (1991).

180 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.3.

181 Daarover: par. 3.8.

3.4 DE AFVLOEIINGSONTSLAGEN NADER BEZIEN

3.4.1 De afvloeiingsregeling

Tot nu toe heb ik zo veel mogelijk het reguliere arbeidsrecht tot uitgangspunt genomen en steeds waar dat relevant was het onderwijsontslagrecht tegen de achtergrond daarvan behandeld. In deze paragraaf zal ik die aanpak niet volgen, omdat een aspect van het ontslagrecht aan de orde komt, dat in het reguliere ontslagrecht voor de private sector wel kan worden onderscheiden, maar amper afzonderlijke behandeling verdient. Ik doel op de juridische oplossingen die zijn gekozen voor het probleem dat vaststaat dat ontslag noodzakelijk is, maar dat onduidelijk is welke werknemer het ontslag dient te treffen.¹⁸² Ingangen bij de oplossing van dat probleem bieden in het reguliere arbeidsrecht zowel het BBA als de artt. 1639s en t BW; duidelijke oplossingen dragen zij overigens niet aan. De betrokkenen in het bijzonder onderwijs hebben dat anders aangepakt. Zij hebben gekozen voor een zeer vergaande oplossing, die binnen de private sector uniek is: de vaststelling van een geheel van schoolbestuur en werknemers bindende regels aan de hand waarvan volgens objectieve maatstaven kan worden vastgesteld welke werknemers ontslagen dienen te worden. De gebruikelijke benaming voor dat stelsel van regels is 'afvloeiingsregeling'.¹⁸³

3.4.2 Verschillende functies

In een aantal delen van het bijzonder onderwijs heeft de afvloeiingsregeling een dubbele functie en wordt zij niet alleen gebruikt ter bepaling van de ontslagvolgorde. Een op basis van de afvloeiingsregeling opgestelde lijst van werknemers wordt namelijk tevens gebruikt als uitgangspunt bij de toedeling van werkzaamheden.¹⁸⁴ De werknemer die op basis van de afvloeiingsregeling het laatst voor ontslag in aanmerking komt en die op de lijst dus de beste positie inneemt, krijgt als eerste werkzaamheden toebedeeld. Daarna wordt de lijst verder afgewerkt. Op het moment dat blijkt dat niet voor alle werknemers werk beschikbaar is, krijgt de afvloeiingsregeling haar 'andere' functie en vormt zij de basis voor het ontslag van de desbetreffende werknemer. Die beslissing hoeft niet onmiddellijk te vallen; in enkele delen van bijzonder onderwijs bestaat de mogelijkheid om het ontslag enkele jaren uit te stellen. In

182 Of slechts één werknemer ontslagen dient te worden, of meer, is niet relevant. De WMCO is niet of nauwelijks van toepassing in het bijzonder onderwijs (zie: hoofdstuk V, par. 4.1). Vgl. art. I-G2 lid 4 RPBO: indien de omvang van de voorgenomen afvloeiing daartoe aanleiding geeft, dient deze te geschieden conform een vooraf vastgesteld en aan de belanghebbenden kenbaar gemaakt afvloeiingsplan. Vgl. in verband daarmee: Cvb-rk bero 14-12-1989, JKOCZ 1989 A.4.21.

183 In het reguliere arbeidsrecht wordt het begrip 'afvloeiingsregeling' gebruikt als aanduiding voor een door de werkgever aan een of meer ontslagen werknemers uit te keren vergoeding, die bedoeld is om de gevolgen van het ontslag weg te nemen of althans te verzachten. Vgl. Van der Grinten (1990), 253 e.v.

184 Dat is m.n. het geval in het voortgezet onderwijs. Vgl. bijv. art. I-R410 RPBO.

de tussentijd is de zgn. garantieregeling van toepassing, die de werknemer zijn salaris doet behouden, in de hoop op betere tijden.¹⁸⁵ Treden die niet in, dan hoeft dat niet te betekenen dat de werknemer zijn betrekking volledig verliest; in die delen van het bijzonder onderwijs waar de garantieregeling van toepassing is, bestaat daarnaast de figuur van het zgn. deeltijdontslag: de arbeidsovereenkomst wordt qua omvang geacht te zijn teruggebracht tot de omvang waarvoor ook daadwerkelijk werk voorhanden is.¹⁸⁶

Arbeidsrechtelijk is het deeltijdontslag een interessant verschijnsel. In het arbeidsrecht bestaat de gedeeltelijke opzegging niet. Dat laat de keuze tussen enerzijds een opzegging van de gehele dienstbetrekking gevolgd door een hernieuwde aanstelling voor het deel waarop de werknemer recht heeft en anderzijds een vermindering van de omvang van de betrekking door onderlinge overeenstemming. Voor deze laatste kwalificatie pleit wellicht dat de identiteit van de arbeidsovereenkomst behouden blijft.¹⁸⁷ In veel gevallen bevat de akte van benoeming een bepaling die het schoolbestuur de bevoegdheid geeft om de omvang van de betrekking te verminderen als de garantieperiode afloopt; in dat geval is de werknemer bij voorbaat accoord gegaan met de vermindering van de omvang van zijn betrekking.¹⁸⁸ Niettemin wordt de werknemer soms uitdrukkelijk ontslagen en herbenoemd, met name als de werknemer een (gedeeltelijke) werkloosheidsuitkering wil verkrijgen.¹⁸⁹ In verband met de rechtsbescherming is de kwalificatie niet van belang, omdat de commissie van beroep hoe dan ook competent is ten aanzien van het besluit tot vermindering van de omvang van de betrekking.¹⁹⁰ Ik laat het bij deze constatering, omdat verwacht mag worden dat het deeltijdontslag over enige tijd uit de onderwijswetgeving zal zijn verdwenen. Ook in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs zal de situatie dan zijn geworden zoals zij op dit moment al is in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs, waar geen garantieregeling bestaat en waar, als ontslagen wordt, de gehele betrekking daardoor daadwerkelijk beëindigd wordt.¹⁹¹ Daar is de afvloeiingsregeling slechts in één opzicht van belang: ter bepaling van de ontslagvolgorde.

3.4.3 *Het arbeidsrechtelijke kader*

Ik stel in dat verband voorop dat de afvloeiingsregeling uitsluitend relevant is

185 Vgl. bijv. art. I-R 109 RPBO, dat van toepassing is op (o.a.) het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs.

186 Aldus zijn de hoofdlijnen van de regeling geschetst. Een groot aantal in de praktijk erg belangrijke details blijft buiten beschouwing. Daarover: de NvT op art. I-R109 in het Besluit van 23-5-1985, S. 155 en in het Besluit van 27-11-1987, S. 1987, 557.

187 Vgl. Van der Grinten (1990), 33-34. I.v.m. de lengte van de opzegtermijn is dat overigens zonder belang gezien het bepaalde in art. 1639k BW.

188 Vgl. Cvb rk kbbo Zd Ned. 24-9-1985, JKOCZ 1985 A.1.3.

189 Vgl. bijv. Cvb rk kbbo Zd Ned. 2-3-1982, JKOCZ 1982 A.1.

190 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.2.

191 Vgl. bijv. art. I-R511 RPBO. Overigens: de grote hoeveelheid hier aangehaalde bepalingen uit de onderwijswetgeving, alle liggend op of vlak naast het terrein van het ontslag, is bepaald interessant met het oog op de vrijheid van onderwijs. Vgl. par. 4.2.

in geval het schoolbestuur de arbeidsovereenkomst door opzegging wil beëindigen; de afvloeiingsregeling laat de mogelijkheden om gebruik te maken van de hierna te behandelen overige beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst onverlet. Nog een tweede verduidelijking is noodzakelijk: welke werknemer(s) voor ontslag in aanmerking komen wordt uitsluitend aan de hand van de afvloeiingsregeling bepaald in die gevallen dat het functioneren van de individuele werknemer(s) niet in het geding is, althans niet de aanleiding is om tot ontslag over te gaan.

In het kader van het gesloten stelsel van ontslaggronden gaat het vooral om twee ontslaggronden: 'de opheffing van betrekking' en 'een zodanige verandering van de inrichting of organisatie van de onderwijsinstelling en/of het onderwijs dat de door de werknemer te verrichten werkzaamheden overbodig zullen worden'. Deze ontslaggronden lijken sterk op elkaar, maar kunnen toch niet over een kam geschoren worden, althans niet zonder meer. In het ambtenarenrecht wordt op dit punt zelfs een zeer duidelijk onderscheid gemaakt.¹⁹² Dat is begrijpelijk, omdat in geval van het opheffen van een concrete betrekking, de ambtenaar die de betrekking vervult voor ontslag in aanmerking dient te komen. Alleen in geval van reorganisaties en andere situaties waarin de behoefte aan arbeidskrachten in meer algemene zin vermindert dient het bevoegd gezag bij het nemen van de ontslagbeslissing een bepaalde ontslagvolgorde (vergelijkbaar met een afvloeiingsregeling) in acht te nemen.¹⁹³

Het ontslagrecht voor het openbaar onderwijs wijkt op dit punt af van het 'algemene' ambtenarenontslagrecht. Art. I-G1 RPBO schrijft namelijk voor dat de ontslagvolgorde in beide in het ARAR onderscheiden gevallen bepaald wordt aan de hand van de afvloeiingsregeling. En omdat art. I-G1 RPBO als bekostigingsvoorwaarde aan de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs is opgelegd, is de situatie in het bijzonder onderwijs dezelfde als in het openbaar onderwijs.¹⁹⁴

Het voorgaande maakt duidelijk dat bij de toetsing van ontslagen wegens opheffing van de betrekking dan wel wegens reorganisatie een centrale plaats inneemt de vraag of het schoolbestuur de juiste werknemer heeft ontslagen. Het is echter niet de enige vraag die in dat verband van belang is. Aan de vraag of de juiste werknemer is ontslagen gaat vooraf de vraag of (bijvoorbeeld) de reorganisatie eigenlijk wel noodzakelijk is c.q. of zij tot een ontslag, van wie dan ook, dient te leiden. Ook op dit punt biedt het ambtenarenrecht relevant vergelijkingsmateriaal. In het ambtenarenrecht is het namelijk gebruikelijk om bij de toetsing van ontslagen wegens opheffing van de betrekking en overtolligheidsontslagen een onderscheid te maken tussen het ontslagbesluit als zodanig, dat in volle omvang (op zijn rechtmatigheid) wordt getoetst, en het achterliggende besluit (tot reorganisatie etc.), waarvan op zeer terughoudende

192 Vgl. H. Vermeulen, 44 e.v.

193 Vgl. art. 96 ARAR. Daarover: H. Vermeulen, 45-46; Brenninkmeijer (1988), 431.

194 Vanuit de optiek van de vrijheid van onderwijs is dat interessant. Vgl. par. 4.2.

de wijze de redelijkheid wordt onderzocht.¹⁹⁵ Het spreekt vanzelf dat dat in veel gevallen betekent dat het ontslagbesluit als zodanig overeind blijft.¹⁹⁶

Ook ten aanzien van overtolligheidsontslagen in het bijzonder onderwijs kan dit onderscheid tussen het concrete ontslagbesluit en de achterliggende beleidsbeslissing worden gemaakt. Een verschil met de situatie in de publieke sector is dat de achterliggende beslissing vaak niet door het schoolbestuur, maar door de overheid wordt genomen. Dat is het gevolg van de overheersende positie die de overheid inneemt op het gebied van de bekostiging en op het gebied van het onderwijsbeleid in het algemeen. Dat geldt voor het beleid dat betrekking heeft op de normale gang van zaken in het onderwijs (de wijze van bekostiging, de hoogte van de bekostiging en, in samenhang daarmee, de omvang en de samenstelling van de formatie etc.). Maar ook meer incidentele, maar ingrijpende reorganisatie- en fusieprocessen worden op deze wijze dwingend door de overheid opgelegd.¹⁹⁷ Dit betekent dat de achterliggende beslissing, als beslissing van een derde, niet of nauwelijks betrokken zal kunnen worden bij de toetsing van de door het schoolbestuur genomen ontslagbeslissing.¹⁹⁸ In de regel zal dat betekenen dat het ontslag gehandhaafd blijft, omdat er van uit mag worden gegaan dat het wegvallen van de overheids-subsidie voldoende reden is om tot ontslag over te gaan. De jurisprudentie van de commissies van beroep is op dit punt zeer duidelijk.¹⁹⁹ De enig relevante vraag zal in een dergelijk geval inderdaad zijn of de juiste werknemer is ontslagen.²⁰⁰

Uiteraard moet dan wel vast staan dat de achterliggende beslissing (tot reorganisatie etc.) inderdaad door die derde, de overheid, wordt genomen. Lange tijd was dat zonder meer duidelijk. De laatste jaren is de beleidsruimte op personeelsgebied van veel schoolbesturen echter sterk verruimd. Ik wijs op de invoering van de lump sum-financiering in het middelbaar en hoger beroeps-onderwijs en op de (te verwachten) invoering van het formatiebudgetsysteem elders in het bijzonder onderwijs. Dat betekent dat ook de ruimte voor de toetsing van concrete ontslagbeslissingen wordt verruimd.²⁰¹ Zo bezien wordt ook begrijpelijk waarom het schoolbestuur in het middelbaar en hoger be-

195 CRvB 13-2-1986, TAR 1986, 101. Ingrijpen is niettemin mogelijk, bijvoorbeeld in geval van strijd met de wet (c.q. *détournement de pouvoir*). Vgl. CRvB 11-10-1984, TAR 1984, 238; CRvB 3-7-1987, TAR 1987, 211. Vgl. ook Breninkmeijer (1988), 431, 433; H. Vermeulen, 41 e.v.

196 Vgl. H. Vermeulen, 42.

197 Vgl. par. 3.9.

198 Vgl. Cvb rk dag-avond 10-81-1984, JKOCZ 1984 A.5.8.

199 Vgl. (bijv.) Cvb rk kbbo Zd Ned. 4-7-1984, JKOCZ 1984 A.1.2; Cvb pc bso 9-11-1985, JPCO 1985, 22 e.v.; Cvb pc vohbo 10-9-1987, JPCO 1987, 136 e.v.

200 M.n. de toetsing op strijd met de wet, het contract, *détournement de pouvoir* en onzorgvuldigheid blijft uiteraard zinvol. Vgl. over de toetsing hoofdstuk IX, par. 2.5.

201 Vgl. Cvb pc bso 4-10-1986, JPCO 1986, 31 e.v.; Cvb pc bso 25-6-1987, JPCO 1987, 99 e.v.; Cvb rk bso Haarlem-Rotterdam 29-3-1989, JKOCZ 1989 A.2.3, i.v.m. schoonmaakpersoneel verbonden aan basisscholen (niet op declaratiebasis bekostigd, maar uit de 'algemene middelen').

roepsonderwijs de verplichting wordt opgelegd om, alvorens tot een ontslag wegens het opheffen van de betrekking te besluiten, na te gaan of geen ander passend werk beschikbaar is, terwijl een dergelijke verplichting in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs (vooralsnog) ontbreekt.²⁰²

Het is overigens goed om te bedenken dat het achterliggende overheidsbeleid, dat uiteindelijk tot de ontslagbeslissing leidt, de werknemer niet rechtstreeks raakt.²⁰³ Dat betekent bijvoorbeeld dat als het schoolbestuur te laat reageert op een wijziging in het overheidsbeleid, zodat een tijdige opzegging niet meer mogelijk is, het schoolbestuur niettemin gehouden is om de juiste opzegtermijn in acht te nemen. Consequentie daarvan is dat het schoolbestuur de daaraan verbonden kosten voor eigen rekening zal moeten nemen. Een ontslag gebaseerd op reële prognoses kan terecht zijn, ook al is er een kans dat het nadien weer ongedaan moet worden gemaakt.²⁰⁴ Onzekerheid over het te verwachten overheidsbeleid is echter geen reden om de werknemer 'voor alle zekerheid' te ontslaan.²⁰⁵

3.4.4 Rechtskarakter

De plaats van de afvloeiingsregeling is zo duidelijk: in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging op grond van opheffing van een betrekking en overtolligheid door (bijvoorbeeld) reorganisatie maakt zij het mogelijk om op basis van objectieve normen voor schoolbestuur en werknemers bindend vast te stellen wie ontslagen dient te worden. De afvloeiingsregeling beperkt de vrijheid van het schoolbestuur bij het nemen van concrete ontslagbeslissingen. Daar staat tegenover dat de regeling het schoolbestuur zekerheid biedt en de kans op vernietiging van het ontslagbesluit door de commissie van beroep, met name op grond van willekeur, sterk verkleint. Voor de werknemers maakt de afvloeiingsregeling voorspelbaar hoe ontslagbeslissingen wegens het opheffen van de betrekking dan wel overtolligheid in de toekomst zullen uitvallen. Uitgaande van een inhoudelijk deugdelijke regeling, waarborgt de afvloeiingsregeling daarnaast dat zo veel mogelijk juiste ontslagbeslissingen worden genomen, zij het dat afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheden om in concrete gevallen de meest rechtvaardige oplossing te kiezen.²⁰⁶ Zowel schoolbestuur als werknemer ruilen aldus vrijheid in voor zekerheid.

Wil een afvloeiingsregeling naar behoren kunnen functioneren, dan zal zij van toepassing moeten zijn op alle werknemers, althans op alle werknemers in

202 Vgl. bijv. art. I-R511 RPBO.

203 Vgl. par. 3.2.2. Vgl. op dit punt ook: Van der Net (1977), 182 e.v.

204 Cvb rk bero 28-8-1986, JKOCZ 1986 A.4.11.

205 Vgl. Cvb pc vo 21-4-1986, JPCO 1986, 71 e.v. Cvb rk bero 12-12-1984, JKOCZ 1984 A.4.14 heeft echter clementie met het schoolbestuur vanwege het 'ontijdig late verschijnen' van de circulaire in kwestie en de 'lage begrijpelijkheidsgraad' ervan.

206 Vgl. in dit verband Cvb pc bso 31-8-1985, JPCO 1985, 16 e.v.: de werknemer is kansloos met het argument dat in de afvloeiingsregeling ten onrechte geen rekening wordt gehouden met militaire dienstdienst.

de groep waarbinnen het ontslag kan vallen, zowel de huidige als de toekomstige. Daarnaast is van belang dat de afvloeiingsregeling van toepassing is op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer op het moment dat het ontslagbesluit wordt genomen. Zo niet, dan kan zij moeilijk dienen als rechtvaardiging voor het ontslag van de desbetreffende werknemer.

Een en ander kan op verschillende manieren worden bereikt. De praktijk maakt dat duidelijk. Art. I-G2 RPBO schrijft het schoolbestuur op straffe van verlies van de bekostiging voor dat het een afvloeiingsregeling dient vast te stellen, maar niet eerder dan nadat daarover overleg is gevoerd met de representatieve centrales.²⁰⁷ De RPBO-bepaling laat in het midden wat het uiteindelijke resultaat wordt van het overleg. In het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs leidt het overleg tot de vaststelling van een model-akte, die vervolgens in de individuele aktes wordt overgenomen. Het overleg kan ook leiden tot de vaststelling van een cao; dat is in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs ten dele het geval. Het middelbaar beroepsonderwijs kent daarnaast de figuur van de afvloeiingsregeling vastgelegd in een zgn. raamovereenkomst.²⁰⁸

Ervan uitgaande dat het schoolbestuur er naar streeft dat al zijn werknemers zo veel mogelijk dezelfde afvloeiingsregeling hebben, heeft het gebruik van model-aktes nadelen vergeleken met de cao en de raamovereenkomst. Bij het aangaan van de individuele arbeidsovereenkomsten zal het schoolbestuur er in de regel wel in slagen om vast te houden aan het gebruik van de model-akte, inclusief de daarin opgenomen afvloeiingsregeling. Maar over iedere wijziging daarvan zal het vervolgens overeenstemming moeten bereiken met alle werknemers afzonderlijk. Met name in geval van fusies en reorganisaties kan dat tot problemen leiden. Ik kom op deze kwestie terug in par. 3.9.

3.4.5 Inhoud en werking

De betrokkenen zijn niet alleen vrij in het kiezen van de rechtsvorm van de afvloeiingsregeling, ook waar het gaat om de inhoud bestaan er weinig of geen beperkingen.²⁰⁹ Dat wil uiteraard niet zeggen dat het schoolbestuur naar willekeur tewerk kan gaan. Art. I-G2 lid 1 RPBO bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat in de regeling 'de belangen van de instelling en van de belanghebbenden zo veel

207 Vanuit het perspectief van de vrijheid van onderwijs is dit – opnieuw – een interessante bepaling. Vgl. par. 4.2. Art. I-G2 lid 3 RPBO bevat een specifieke bepaling in geval van fusie. Daarover: par. 3.9.10.

208 Zoals in hoofdstuk VII (par. 6.3.6) bleek is dat een op de cao gelijkende figuur, die echter de normatieve werking op basis van de artt. 12 en 13 WCAO mist.

209 Wettelijke beperkingen kunnen met name het gevolg zijn van de wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. Vgl. hoofdstuk V, par. 4.3.2. Vgl. in verband daarmee: Cvbk kbbo Zd Ned. 2-3-1982, JKOCZ 1982 A.1. Daarnaast moet bedacht worden dat de bepalingen in de onderwijswetgeving die betrekking hebben op de vereiste bevoegdheid van de werknemer van belang kunnen zijn. Ik ga daaraan voorbij. In het middelbaar en hoger beroepsonderwijs is de bevoegdheidsregeling inmiddels afgeschaft (vgl. bijv. de artt. 34 e.v. WVO en de daarop gebaseerde lagere wetgeving enerzijds en anderzijds art. 37e WVO). Ten aanzien van de andere onderwijstypes wordt dat overwogen.

mogelijk gelijkelijk in acht worden genomen.²⁰ Wat dat precies betekent is echter onduidelijk. Een veelheid van factoren waarmee in het kader van de belangenafweging rekening kan c.q. moet worden gehouden dient zich aan: factoren die betrekking hebben op de individuele werknemers (leeftijd, gezinssituatie, lengte van het dienstverband, (on)ervarenheid, prestaties, etc.), maar ook overwegingen die betrekking hebben op het werknemersbestand als geheel (verhouding jong/oud, man/vrouw etc.).

Het BW biedt het schoolbestuur weinig aanknopingspunten bij het maken van de vereiste afweging. Art. 1639s lid 1 sub 4 BW bepaalt dat een beëindiging kennelijk onredelijk kan zijn 'wanneer deze geschiedt in afwijking van een in de bedrijfstak of de onderneming krachtens wettige regeling of gebruik geldende getalsverhoudings- of anciënniteitsregeling, tenzij hiervoor zwaarwichtige gronden aanwezig zijn'. Art. 1639s BW geeft echter niet aan hoe een dergelijke anciënniteitsvolgorde dient te luiden. De wijze waarop de RDA in het kader van de preventieve toetsing ex art. 6 BBA tewerk gaat biedt meer aanknopingspunten. In individuele gevallen blijkt dat vooral het criterium 'lengte van het dienstverband' wordt gehanteerd.²¹ Een correctie is mogelijk in geval de werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie inneemt.²² In geval van collectieve ontslagen hanteert de RDA daarentegen de zogenaamde afspiegelingsgedachte: op relevante punten als leeftijd en arbeids(on)geschiktheid moet de groep werknemers die de werkgever voornemens is te ontslaan dezelfde samenstelling hebben als de totale groep werknemers in dienst van de werkgever. Achtergrond daarvan is mede de overweging dat voorkomen moet worden dat vrijwel uitsluitend oudere, moeilijk bemiddelbare werknemers, die gedurende langere tijd een werkloosheidsuitkering krijgen, ontslagen worden.²³ Hier blijkt dat ook meer algemene belangen (arbeidsmarkt, volumebeleid) een rol kunnen spelen in het kader van (de toetsing van) ontslagbeslissingen.

Het BBA is niet van toepassing op het bijzonder onderwijs, zodat het schoolbestuur zich niet naar het beleid van de RDA behoeft te richten. In de praktijk blijken er niettemin punten van overeenstemming te zijn tussen het toetsingsbeleid van de RDA en de inhoud van de afvloeiingsregelingen in het

210 Art. 9 lid 2 Richtlijnen 1990. In de oude richtlijnen (uit 1974) speelde ook de leeftijd nog uitdrukkelijk een rol. Nu kan dat alleen via de omweg van de arbeidsmarktpositie. Ook het element 'bij gelijke prestatie', dat mede sloeg op de kwaliteit van de verrichte arbeid is vervallen en vervangen door een veel scherper geformuleerde uitzonderingsbepaling (art. 9 lid 4).

211 Art. 9 lid 5 Richtlijnen 1990.

212 Art. 9 lid 3 Richtlijnen 1990 biedt de werkgever de mogelijkheid de afspiegelingsgedachte te hanteren. De circulaire DG Arbo 22-12-1987 biedt de RDA de mogelijkheid om deze op te leggen.

bijzonder onderwijs.²¹³ Dat wordt duidelijk als de inhoud van de afvloeiingsregelingen in het bijzonder onderwijs nader gezien wordt.

In de diverse afvloeiingsregelingen kan steeds een drietal elementen worden onderscheiden: een rangordecriterium, een groepsaanduiding en een uitzonderingsbepaling. Het rangordecriterium stelt het schoolbestuur in staat om een lijst samen te stellen waarop de werknemers voorkomen in de volgorde waarin zij dienen af te vloeien. In de regel komen zij die vrijwillig willen afvloeien en daarom aangeven geen bezwaar te hebben tegen een ontslag wegens opheffing van de betrekking dan wel overtolligheid het eerst voor ontslag in aanmerking.²¹⁴ Uitgaande van onvrijwillige ontslagen kan het rangordecriterium zijn de diensttijd in het onderwijs. Het criterium kan ook zijn de diensttijd binnen de school en/of de leeftijd van de werknemer. Steeds gaat het om zuiver objectieve criteria; het functioneren van de werknemers is irrelevant. Opvallend is dat de regelingen er in de regel toe leiden dat juist de jongere werknemers moeten afvloeien. Dat is in grote lijnen in overeenstemming met het beleid van de RDA in individuele gevallen. In het geval grotere groepen werknemers ontslagen worden, betekent het echter een afwijking, zowel van de afspiegelingsgedachte als van de praktijk elders in de private sector die de RDA door middel van het hanteren van de afspiegelingsgedachte tracht te veranderen.²¹⁵

Een rangordecriterium is onmisbaar in een afvloeiingsregeling. Daarnaast kan de afvloeiingsregeling een criterium bevatten aan de hand waarvan het mogelijk is om de werknemers binnen de school in verschillende groepen (docenten, afdelingen, secties etc.) in te delen, elk met een eigen afvloeiingslijst. Bevat een afvloeiingsregeling niet een dergelijke groepsaanduiding, dan mag er in eerste instantie van uit worden gegaan dat in geval binnen de school een betrekking wordt opgeheven alle werknemers in principe voor ontslag in aanmerking kunnen komen. Dat is echter niet meer dan een uitgangspunt; verschillen in bevoegdheid tussen de verschillende docenten kunnen (met name in het voortgezet onderwijs) betekenen dat bepaalde werknemers van ontslag worden uitgezonderd. Op dit punt kunnen ook afspraken zijn gemaakt, verwachtingen zijn gewekt etc. De bovengrens is in elk geval de totale groep werknemers binnen de school. De onderwijswetgeving gaat er (tot op heden) namelijk van uit dat een werknemer op basis van zijn aanstelling slechts in één

213 De overeenstemming betreft de inhoud (afgezien van factoren als arbeidsmarkt(positie) en volumebeleid). Qua bindendheid zijn er grote verschillen, omdat de BBA-richtlijnen zich in eerste instantie richten tot de RDA en inderdaad niet meer zijn dan hun benaming aangeeft: richtlijnen waarvan desgewenst kan worden afgeweken, terwijl de afvloeiingsregelingen rechtstreeks en bindend van toepassing zijn op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer.

214 Er is geen sprake van een ontslag op verzoek. Vgl. daarover par. 3.5.

215 Dat vooral de jongere werknemers ontslagen worden is ook een afwijking van het ambtenarenrecht, waar op basis van de rangorderegeling in art. 96 lid 3 ARAR juist de ouderen het eerst voor ontslag in aanmerking komen.

school werkzaam kan zijn.²¹⁶ Arbeidsrechtelijk gezien is dat niet per se noodzakelijk. De betrokkenen hebben zich er bij de vaststelling van de afvloeiingsregelingen echter naar gericht.

Met name als een afvloeiingsregeling geen groepsaanduiding bevat, kan het probleem ontstaan dat de regeling leidt tot het ontslag van een werknemer die op basis van zijn functie niet gemist kan worden (de laatste in een bepaald vak bevoegde leerkracht, de enige administrateur). Voor dergelijke gevallen bevatten de afvloeiingsregelingen een ontsnappingsmogelijkheid. In de regel is min of meer letterlijk de inhoud van art. I-G2 lid 3 RPBO overgenomen en kan van de afvloeiingsregeling worden afgeweken 'ter vermijding van kennelijke onbillijkheid en wanneer het belang van de instelling dit kennelijk vereist'. De wijze van formuleren geeft al aan dat de bezwaren tegen de onverkorte toepassing van de afvloeiingsregeling groot moeten zijn.²¹⁷ Dat verhoogt alleen maar het bindende karakter van de afvloeiingsregeling. Het maakt tegelijk duidelijk waarom de ontslagverboden tot complicaties leiden. Het ontslagverbod is zonder meer van toepassing. De overeenkomst noch de redelijkheid en billijkheid kunnen bewerkstelligen dat het ontslagverbod buiten toepassing blijft.²¹⁸ Het overslaan van de desbetreffende werknemer en het in plaats daarvan ontslaan van de volgende op de lijst is uiteraard evenmin acceptabel. Dat betekent dat het schoolbestuur óf enige tijd zal moeten wachten óf een ontbindingsverzoek op grond van art. 1639w BW moet instellen.²¹⁹

Het voorgaande betreft de werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. De tijdelijk aangestelden nemen in de regel een afwijkende positie in. Zij komen als groep eerder voor een ontslag wegens opheffing van de betrekking in aanmerking dan de vast aangestelden, ook als dat een tussentijdse opzegging betekent.²²⁰ De tijdelijk aangestelde werknemers wier arbeidsovereenkomst van rechtswege afloopt hebben met de afvloeiingsregeling zelfs in het geheel geen bemoeienis.

3.5 DE KENNELIJK ONREDELIJKE BEÏNDIGING

De BW-bepalingen inzake de kennelijk onredelijke beëindiging zijn in volle omvang van toepassing op het bijzonder onderwijs.²²¹ Dat betekent dat ook de

216 Vgl. art. I-P3 RPBO.

217 De jurisprudentie bevestigt dat. Vgl. bijv. Cvb rk bero 13-3-1984, JKOCZ 1984 A.4.3. In een aantal cao's is overigens een nog strengere regeling terug te vinden: afwijken is uitsluitend mogelijk als het ontslag onder toepassing van de afvloeiingsregeling tot het ontstaan van een vacature zou leiden. In het licht van art. I-G2 lid 4 RPBO mag betwijfeld worden of deze regeling geldig is.

218 Vgl. par. 3.2.5.

219 Vgl. Ktr Enschede 7-9-1984, JKOCZ 1984 B.18 (verzoek toegewezen).

220 Vgl. Cvb pc bso 9-11-1985, JPCO 1985, 27 e.v.; CCvb rk vo 28-11-1989, JKOCZ 1989 A.4.19.

221 Met het oog op de vrijheid van onderwijs zijn daartegen wel bezwaren geuit. Vgl. op dit punt par. 4.2.

werknemer in het bijzonder onderwijs de mogelijkheid heeft om op basis van de artt. 1639s en t BW te reageren op een door hem als onredelijk ervaren opzegging. Mocht de rechter zijn opvatting delen, dan behoren zowel een schadevergoeding als het herstel van de dienstbetrekking tot de mogelijkheden, zij het dat het schoolbestuur aan de verplichting tot herstel kan ontkomen door een afkoopsom te betalen.

De artt. 1639s en t BW hebben een bijzonder ruim toepassingsgebied. De bepalingen zijn in de eerste plaats van belang in het kader van de bescherming van de werknemer tegen een opzegging zonder 'iusta causa'. In dat kader spelen zij geen doorslaggevende rol, vanwege de ontoereikende sanctiemogelijkheden.²²² Dat geldt ook voor het bijzonder onderwijs. In een aantal gevallen kan ontslag op zichzelf gezien terecht zijn, maar uitsluitend als de werkgever de gevolgen van het ontslag voor de werknemer voor zijn rekening neemt door het betalen van een schadevergoeding. Art. 1639s BW biedt op dit punt een uitstekende ingang, waarvan dus ook de werknemer in het bijzonder onderwijs zou kunnen profiteren voor het geval zijn schoolbestuur ten onrechte niet uit eigen beweging een schadevergoeding zou aanbieden.²²³ Voor die gevallen dat, de wederzijdse belangen afwegend, de dienstbetrekking behouden had dienen te blijven, biedt de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging geen uitkomst, omdat de dienstbetrekking hoe dan ook verbroken blijft als het schoolbestuur daar de betaling van een schadevergoeding dan wel afkoopsom tegenover stelt.²²⁴ Tenslotte vervullen de artt. 1639s en t BW een rol in verband met de procedurele waarborgen. Ook op dat punt is hun belang beperkt, met name in die gevallen waarin het procedurele gebrek niet zou moeten worden afgedaan met een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding.

Op de punten waar de regeling in de artt. 1639s en t BW tekortschiet, biedt het BBA meer waarborgen.²²⁵ In het bijzonder onderwijs ontbreken deze waarborgen. Daar staan uiteraard tegenover de garanties die geboden worden door de combinatie van het materiële ontslagrecht in de akte van benoeming of cao enerzijds en de werkwijze van de commissie van beroep anderzijds. Dat zijn vergaande garanties, met name omdat de commissie van beroep een onrechtmatig ontslag kan vernietigen. Wat ontbreekt in het onderwijsontslagrecht is echter een mogelijkheid om het schoolbestuur te laten veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding. Juist op dit punt kan de BW-regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging dus een positieve rol spelen.²²⁶

222 Vgl. par. 2.2.5.

223 Vgl. par. 2.3.5.

224 Vgl. par. 2.3.3.

225 Vgl. par. 2.2.5, 2.3.3, 2.3.5.

226 Vgl. overigens wel hoofdstuk IX, par. 3.2.5 en par. 3.3.6, waar zal blijken dat de procedures voor de commissie van beroep en voor de kantonrechter bepaald niet vlekkeloos op elkaar aansluiten.

3.6 DE BEËINDIGINGSOVEREENKOMST

3.6.1 *Twee te onderscheiden figuren*

Tot nu toe heb ik de aandacht geconcentreerd op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de eenzijdige opzegging door de werkgever. De arbeidsovereenkomst kan ook op andere wijzen eindigen. In deze paragraaf zal ik stilstaan bij de beëindigingsovereenkomst.

De beëindigingsovereenkomst is een tweezijdige rechtshandeling die tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Het aanbod kan zowel uitgaan van de werkgever als van de werknemer. De beëindiging door onderling goedvinden kent geen specifieke regeling in het arbeidsrecht en wordt derhalve beheerst door het algemene overeenkomstenrecht.²²⁷ Dat betekent onder meer dat de contractsvrijheid van werkgever en werknemer in uitgangspunt onbeperkt is. De waarborgen waarmee een ontslag in de regel is omgeven, ontbreken daardoor volledig. Bij de toepassing van het algemene contractenrecht wordt daarmee rekening gehouden, bijvoorbeeld in die zin dat aan de werkgever onder omstandigheden een vergaande onderzoeksplicht wordt opgelegd.²²⁸ Dat leidt ertoe dat niet (al te) snel wordt aangenomen dat inderdaad van een beëindigingsovereenkomst sprake is.

De beëindigingsovereenkomst moet worden onderscheiden van de eenzijdige opzegging door de werkgever, waarin de werknemer toestemt.²²⁹ Het verschil is vooral dogmatisch: het is de opzegging (als eenzijdige rechtshandeling) die de arbeidsovereenkomst doet eindigen; de toestemming (eveneens een eenzijdige rechtshandeling) is daarvoor niet nodig. De vraag of de werknemer al dan niet heeft toegestemd in de opzegging komt vooral ter sprake als die opzegging niet aan de te stellen eisen heeft voldaan (geen toestemming ex art. 6BBA etc.). Zou inderdaad sprake zijn van toestemming in de opzegging, dan zou dat tot gevolg kunnen hebben dat deze gebreken zonder verdere gevolgen blijven. Daarom vormt de toestemming in zekere zin een afstand van recht.²³⁰

Dogmatisch is er dus een duidelijk verschil. In effect lijken de beëindigingsovereenkomst en de opzegging waarin is toegestemd daarentegen sterk op elkaar: in het ene geval behoeven de in verband met de opzegging gestelde eisen niet nageleefd te worden; in het andere geval worden aan de niet-naleving niet de gebruikelijke gevolgen verbonden. Net als de beëindigingsover-

227 Vgl. Bakels (1983); Van der Grinten (1990), 169 e.v.

228 In het bijzonder onderwijs: Cvb pco 12-5-1980, AB 1980, 590. In het reguliere arbeidsrecht: (bijv.) HR 14-1-1983, NJ 1983, 457. Vgl. Nieuwenhuis (1987), 99 e.v.; De Leede (1988), 254 e.v.; Hartkamp (1989), 97 e.v.; Van der Grinten (1990), 169-170; De Jong c.s., 1639o, aant. 6.

229 HR 17-1-1969, NJ 1969, 251. Vgl. Strijbos (1985), 18; Van der Grinten (1990), 170-171, 176-177.

230 Het is een kwestie van uitleg waarin de werknemer precies heeft toegestemd: is hij uitsluitend akkoord gegaan met de opzegging als zodanig of heeft hij ook afstand gedaan van de bevoegdheid om zich te beroepen op de onregelmatigheid, vernietigbaarheid en/of onredelijkheid van de opzegging? Van der Grinten (1990, 177) gaat er van uit dat steeds dat laatste het geval is. Strijbos (1985, 127) ziet meer ruimte voor het maken van onderscheid.

eenkomst kan de toestemming daarom vergaande – nadelige – gevolgen hebben voor de werknemer. Vandaar dat niet (al te) snel wordt aangenomen dat inderdaad sprake is van een dergelijke toestemming.²³¹

3.6.2 *Het bijzonder onderwijs: het ontslag op verzoek*

Het bijzonder onderwijs neemt waar het gaat om de beëindigingsovereenkomst en de toestemming in de opzegging een speciale plaats in. Dat heeft te maken met het feit dat vooral de wat oudere aktes van benoeming in veel gevallen de figuur van de opzegging op verzoek van de werknemer kennen. Het ontslag op verzoek wordt over het algemeen niet anders behandeld dan (bijvoorbeeld) het ontslag wegens ongeschiktheid of wegens opheffing van de betrekking; het schoolbestuur dient een opzegtermijn in acht te nemen, bepaalde formaliteiten in acht te nemen etc. Dat leidt tot de conclusie dat het ontslag op verzoek moet worden gekwalificeerd als de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een eenzijdige opzegging door het schoolbestuur, waartoe het in het kader van het gesloten stelsel van ontslaggronden gerechtigd is, omdat de werknemer daarom heeft verzocht.²³²

Het opnemen van de opzegging op verzoek in de aktes van benoeming doet vermoeden dat de betrokkenen er van uit zijn gegaan dat ook een beëindiging met onderling goedvinden en zelfs een door de werknemer tegen de zin van het schoolbestuur te nemen ontslag uiteindelijk de vorm zouden moeten krijgen van een opzegging door het schoolbestuur. Hier blijkt opnieuw dat de betrokkenen bij de contractuele invulling van BW-ontslagrecht inspiratie hebben opgedaan in het ambtenarenrecht.

In de sfeer van de overheid ligt voor de hand dat de aanstelling die uitsluitend door een eenzijdig overheidsbesluit tot stand kan komen ook alleen door een dergelijk besluit kan eindigen, zodat ook de beëindiging op initiatief van de ambtenaar wordt gegoten in de vorm van een door de overheid te verlenen ontslag. Dat geldt zowel voor het geval dat de overheid met de beëindiging instemt als voor het geval de overheid de ambtenaar liever niet zou laten gaan. In dit laatste geval is de overheid verplicht om aan een verzoek om opzegging gevolg te geven; uitsluitend bij de vaststelling van de einddatum kan zij (tot op zekere hoogte) met de belangen van de dienst rekening houden.²³³

In het bijzonder onderwijs kan de arbeidsovereenkomst ook op andere wijze dan door een opzegging door het schoolbestuur worden beëindigd. Het algemene contractenrecht is op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer onverkort van toepassing. In het bijzonder onderwijs is daarom denkbaar dat de arbeidsovereenkomst door onderling goedvinden wordt beëin-

231 Vgl. Van der Grinten (1990), 176-177.

232 Daarvan uitgaande ligt voor de hand om aan te nemen dat het verzoek kan worden ingetrokken tot het moment dat het schoolbestuur de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Vgl.

Cvb pc bso 19-11-1988, JPCO 1988, 98 e.v.

233 Art. 94 ARAR; artt. II-D2 RPBO.

digd.²³⁴ Uit het feit dat veel aktes dienaangaande niets bepalen, mag niet worden afgeleid dat een beëindigingsovereenkomst zou zijn uitgesloten. Daarnaast beschikt ook de werknemer in het bijzonder onderwijs uiteraard over de mogelijkheid om zelf de arbeidsovereenkomst door opzegging te beëindigen. Die bevoegdheid bestaat op grond van het dwingend-rechtelijk art. 1639g BW, zodat ook op dit punt de inhoud van de aktes niet ter zake doet.²³⁵

Het bestaan van het ontslag op verzoek wil overigens niet zeggen dat het voor het bijzonder onderwijs geen zin zou hebben om daarnaast de figuur van de opzegging waarin is toegestemd te onderscheiden. Daarvan kan in het bijzonder onderwijs wel degelijk sprake zijn, bijvoorbeeld in geval van een onregelmatig ontslag of een opzegging in strijd met een wettelijk opzeggingsverbod. Ook in geval de in akte of cao vastgelegde ontslagbepalingen niet in acht zouden zijn genomen, is denkbaar dat de werknemer daarin achteraf toestemt. Zelfs in geval van een ontslag op verzoek kunnen fouten worden gemaakt, waarin de werknemer kan toestemmen.

Overigens: het ontslag op verzoek (twee eenzijdige rechtshandelingen) kan in theorie worden onderscheiden van de opzegging door de werknemer (één eenzijdige rechtshandeling) en van de beëindigingsovereenkomst (één tweezijdige rechtshandeling), in de praktijk zal dat vaak niet meevallen.²³⁶ Ook het onderscheid tussen de opzegging op verzoek en de beëindigingsovereenkomst zal in veel gevallen moeilijk te maken zijn, omdat het schoolbestuur het verzoek zal moeten inwilligen.²³⁷

In de meer recente aktes en cao's komt het ontslag op verzoek in de regel niet meer voor. De opstellers lijken er – terecht – van uit te zijn gegaan dat ook in het bijzonder onderwijs de arbeidsovereenkomst kan eindigen door onderling goedvinden dan wel door opzegging door de werknemer, zodat aan het ontslag op verzoek geen behoefte is.

3.7 DE ONTBINDING WEGENS GEWICHTIGE REDENEN

Als derde beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst komt hierna de ontbinding door de rechter aan de orde. Ik laat daarbij de algemeen-vermogensrechtelijke ontbinding op grond van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis buiten beschouwing en concentreer mij op de specifiek-arbeids-

234 Een voorbeeld biedt Ktr Bergen op Zoom 21-12-1988, JKOCZ 1988 B.17.

235 Vgl. Van der Grinten (1990), 213-214. Ook hier wordt de werknemer uitdrukkelijk beschermd; HR 12-9-1986, NJ 1987, 267; HR 15-4-1988, NJ 1988, 951; Van der Grinten (1990), 174-175.

236 Vgl. Cvb pc vohbo, 3-11-1988, JPCO 1988, 133 e.v. Voor de rechtsbescherming via de commissies van beroep is het onderscheid irrelevant, omdat de commissies van beroep niet competent zijn inzake geschillen over de opzegging op verzoek. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.3.

237 Vgl. in dit verband CCvb rk vo 8-9-1983, JKOCZ 1983, A.4.5. In het ambtenarenrecht is dat anders (vgl. art. 94 lid 1 ARAR), maar dat is ook terecht, omdat de ambtenaar niet zelf kan opzeggen.

rechtelijke ontbinding wegens gewichtige redenen ex art. 1639w BW.²³⁸

Deze bepaling stelt de werkgever in staat om zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen.²³⁹ Als zodanig worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden in de zin van art. 1639o lid 1 BW zouden hebben opgeleverd indien de dienstbetrekking daarom op staande voet zou zijn beëindigd en, in de tweede plaats, veranderingen van omstandigheden welke van dien aard zijn dat de dienstbetrekking billijkheidshalve direct of na korte tijd behoort te eindigen. De arbeidsovereenkomst eindigt door de ontbinding en wel op het door de rechter te bepalen tijdstip.²⁴⁰ Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van een verandering van omstandigheden, kan de rechter, als hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, zowel de verzoeker als diens wederpartij veroordelen tot het betalen van een vergoeding.²⁴¹

De ontslagverboden zijn niet van toepassing op de ontbinding wegens gewichtige redenen. De waarborgen gelegen in de ontslagverboden zouden uiteraard voor een belangrijk deel teniet worden gedaan als de rechter er in het kader van de ontbindingsprocedure geen acht op zou slaan. Vandaar dat de bepalingen die opzegging om een bepaalde reden (huwelijk, bevalling, verzet tegen discriminatie) verbieden door de rechter over het algemeen worden opgevat als ontbindingsverboden.²⁴² Ten aanzien van de ontslagverboden tijdens ziekte, zwangerschaps- en bevallingsverlof en militaire dienst is de situatie wat ingewikkelder. Met deze ontslagverboden wordt rekening gehouden in die zin dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen wanneer ziekte, zwangerschap of militaire dienst als grond voor de ontbinding worden aangevoerd.²⁴³ Van ontbindingsverboden tijdens ziekte (etc.) staat echter niet bij voorbaat vast dat zij zullen worden afgewezen, mits aan het ontbindingsverzoek een andere, deugdelijke reden ten grondslag kan worden gelegd.²⁴⁴

De BW-regeling inzake de ontbinding wegens gewichtige redenen is in volle omvang op het bijzonder onderwijs van toepassing; al het voorgaande geldt

238 Vgl. over de ontbinding wegens wanprestatie: Cochorst (1984), 347-349; De Leede (1988), 253-254; Groen (1989), 17 e.v.; Van der Grinten (1990), 258 e.v. Vgl. over de relatie tussen art. 1639w BW en art. 6:258 NBW: Van der Heijden (1987b).

239 Een dergelijk verzoek kan ook 'voor zover vereist' worden gedaan. Vgl. HR 3-12-1982, NJ 1982, 183; Van der Grinten (1990), 260.

240 De dringende reden als ontbindingsgrond laat ik buiten beschouwing, zie nt 166.

241 De leden 9 en 10 bieden daarbij de mogelijkheid om het ontbindingsverzoek in te trekken als de procedure dreigt anders af te lopen dan de verzoeker wellicht voor ogen stond.

242 Groen (1989), 90.

243 Vgl. bijv.: Ktr. Utrecht 30-10-1977, Pg 1978, 33; Ktr. Rotterdam 27-9-1984, NJ 1986, 18. Dat gebeurt conform de wil van de wetgever; vgl. Hand. EK 1975-1976, 12403, 974. Vgl. ook: Groen (1989), 90-94, 101; De Jong c.s., 1639w, aant. 14. De jurisprudentie is overigens bepaald niet eenstemmig. Vgl. Kiewit (1987), 31-32.

244 Zie bijv.: Ktr. Alphen aan de Rijn 2-11-1976, Pg. 1977, 97.

dus ook voor schoolbestuur en werknemer.²⁴⁵ Dát art. 1639w BW op het bijzonder onderwijs van toepassing is, lijdt geen twijfel. Aan het slot van art. 1639w lid 1 BW wordt bepaald dat elk beding waardoor de bevoegdheid om de rechter een ontbindingsverzoek te doen wordt uitgesloten of beperkt nietig is. Daarnaast wordt in het eerste lid van art. 1639w BW bepaald dat het verzoek 'te allen tijde' kan worden gedaan. Dat betekent dat ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer niet per se door een commissie van beroep beslecht worden. Het schoolbestuur kan zich op ieder moment tot de rechter wenden met een ontbindingsverzoek; het is niet verplicht om op te zeggen, opdat de werknemer zich tot de commissie van beroep kan wenden.²⁴⁶

De onverkorte toepasselijkheid van art. 1639w BW op het bijzonder onderwijs is niet alleen theorie. Van de mogelijkheid om de rechter te vragen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden maken de schoolbesturen duidelijk gebruik, in toenemende mate zelfs.²⁴⁷ Tegen de achtergrond van de ontstaansredenen van de commissies van beroep (respect voor de vrijheid van onderwijs van de schoolbesturen, onder andere door ontslaggeschillen juist in eigen kring te laten beoordelen), is dat opvallend. In hoofdstuk IX zal ik daar nader op ingaan.²⁴⁸

In geval van een ontbindingsverzoek is het stelsel van limitatief omschreven ontslaggronden in akte of cao, dat het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs kenmerkt, niet van toepassing. Enerzijds spreekt dat vanzelf: de ontslaggronden beperken uitsluitend de bevoegdheid van het schoolbestuur tot opzeggen. Anderzijds is moeilijk voorstelbaar dat schoolbestuur en werknemer, toen zij precies vastlegden wanneer ontslag mogelijk zou zijn, alleen een opzegging op een niet toegestane grond wilden tegenhouden en niet tevens een ontbinding op een dergelijke grond. De inhoud van de aktes en cao's bindt de rechter niet in geval van een ontbindingsverzoek, zodat deze inderdaad om iedere dringende reden dan wel wijziging van omstandigheden de arbeidsovereenkomst kan ontbinden. Veel problemen hoeven op dit punt overigens niet te ontstaan, met name niet als de rechter bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek door het schoolbestuur de ontslaggronden in de akte of cao in de beoordeling betreft, op een vergelijkbare wijze als met de wettelijke opzeggingsverboden gebeurt. Dat zou kunnen betekenen dat een ontbindingsverzoek, dat gebaseerd is op een grond die niet tot opzegging zou mogen leiden, uitsluitend wordt toegewezen wanneer daarvoor zwaarwegende redenen aanwezig zijn. Ook de afvloeiingsregeling zou op deze wijze een rol kunnen spelen. Jurisprudentie ter zake ontbreekt.

245 Tegen die toepasselijkheid zijn eventueel bezwaren in te brengen, m.n. met het oog op de vrijheid van onderwijs. Vgl. par. 4.2.

246 Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.2.6.

247 Vgl. het voorwoord in JKOCZ 1983.

248 Zie m.n. par. 2.1; par. 4.4.3.

3.8 HET EINDE VAN RECHTSWEGE

3.8.1 *Voor en tegen*

Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is een op de beëindiging gericht handelen door een van de partijen, door partijen gezamenlijk dan wel door de rechter niet per se vereist; onder omstandigheden kan de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen. Dat is het geval wanneer de werknemer overlijdt; dat aspect van het ontslagrecht laat ik hierna buiten beschouwing. Dat is daarnaast het geval, kan althans het geval zijn, bij de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde duur.

In verband met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur is het einde van rechtswege een problematische figuur. Het enkele tijdsverloop doet de arbeidsovereenkomst eindigen. Het al dan niet bestaan van een 'iusta causa' is niet aan de orde. Hetzelfde geldt voor de vraag of het gezien de belangen van werkgever en werknemer wel terecht is dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Procedurele vereisten worden evenmin gesteld. Een arbeidsovereenkomst voor een lange, vooraf bepaalde duur kan de werknemer zekere waarborgen geven, ook al eindigt zij van rechtswege. In de regel is het echter de werkgever die profiteert van de mogelijkheid om van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomsten aan te gaan. Zij bieden hem de mogelijkheid om het personeelsbestand uit te breiden en in te krimpen, zonder daarbij al te zeer door het ontslagrecht gehinderd te worden. Het lijkt terecht dat het arbeidsrecht deze mogelijkheid biedt; anderzijds moet tegen misbruik worden gewaakt.²⁴⁹

3.8.2 *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur*

De BW-regeling inzake de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur is ingewikkeld en niet in alle opzichten sluitend.²⁵⁰ Art. 1639e lid 1 BW formuleert als hoofdregel dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur van rechtswege eindigt. De BW-regeling voorkomt echter dat dergelijke van rechtswege eindigende overeenkomsten in oneindige ketens aan elkaar geregen worden. In dat verband is vooral van belang dat art. 1639f lid 1 BW bepaalt dat, indien de eerste dienstbetrekking voor bepaalde duur zonder tegenspraak wordt voortgezet nadat de tijd waarvoor zij is aangegaan is verstreken, zij wordt geacht voor dezelfde duur (tot een maximum van een jaar) te zijn verlengd.²⁵¹ Een eenmaal voortgezette tijdelijke aanstelling eindigt niet meer van rechtswege; op grond van art. 1639f lid 3 BW is voor haar einde een opzegging vereist. Op deze opzegging is het BBA van toepassing.²⁵² Van de ontslagverboden is daarentegen alleen het ontslagverbod wegens huwelijk van toepassing.²⁵³

Van een overeenkomst voor bepaalde duur is zowel sprake in het geval de

249 Vgl. op dit punt: MvA TK 1989-1990; 21479, nr 3; 3 e.v.

250 Vgl. Phaff (1986), 139 e.v.; De Leede (1988), 250 e.v.; Van der Grinten (1990), 163 e.v.

251 In dat verband is ook van belang de 31 dagen-termijn in art. 1639k BW.

252 HR 10-6-1983, NJ 1984, 60; HR 21-10-1983, NJ 1984, 109.

253 Art. 1639h lid 6 BW.

tijdsduur waarvoor de overeenkomst wordt aangegaan op het moment van het aangaan precies wordt vastgelegd als het geval dat de tijdsduur afhankelijk wordt gesteld van bijvoorbeeld de tijd die gemoeid is met het voltooien van een bepaald werk of van het intréden van een bepaalde gebeurtenis, zo lang het einde maar objectief bepaalbaar is.²⁵⁴ Op grond van art. 1639e lid 3 BW mag niet worden overeengekomen dat het in het huwelijk treden van de arbeider de dienstbetrekking van rechtswege doet eindigen; op grond van lid 4 geldt hetzelfde voor zwangerschap en bevalling van de werkneemster.

Zowel art. 1639e als art. 1639f BW laten ruimte voor afwijkende bedingen. Werkgever en werknemer kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de eerste aanstelling uitsluitend door opzegging eindigt. Zij kunnen ook overeenkomen dat de (al dan niet verlengde) tijdelijke aanstelling regelmatig kan worden opgezegd voordat de tijd waarvoor zij is aangegaan is verstreken.²⁵⁵ Bij cao kan van het bepaalde in art. 1639f lid 3 BW worden afgeweken, bijvoorbeeld door te bepalen dat na het verstrijken van een bepaalde periode recht bestaat op omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.²⁵⁶

Het ambtenarenrecht laat zien dat verdergaande waarborgen denkbaar zijn. Ik wijs in dat verband op de figuur van de tijdelijke aanstelling voor een onbepaalde duur die, anders dan de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde duur, niet van rechtswege afloopt. Meer preventief wordt bescherming geboden doordat de mogelijkheid om tijdelijke aanstellingen te verlenen is beperkt tot die gevallen waarin dergelijke aanstellingen daadwerkelijk op hun plaats zijn. Daarnaast stellen de rechtspositiereglementen de tijdelijk aangestelde ambtenaar in veel gevallen een vaste aanstelling in het vooruitzicht. In die gevallen blijkt de ambtenarenrechter bereid om aan te nemen dat het bevoegd gezag een besluit heeft genomen op of rond het moment dat een tijdelijke aanstelling van rechtswege eindigt (tot het niet verlengen van de tijdelijke aanstelling of tot het niet-verlenen van een vaste aanstelling bijvoorbeeld), waardoor toch een zekere mate van toetsing mogelijk is.²⁵⁷ Waarborgen als deze ontbreken in de huidige arbeidsrechtelijke wetgeving.²⁵⁸

3.8.3 De wettelijke regeling

De BW-regeling inzake de aanstelling voor bepaalde duur is in volle omvang

254 Vgl. Strijbos (1985), 38; De Leede (1988), 250-251.

255 Vgl. over de geldigheid van een dergelijk beding: Bakels (1983), 140. Een vergelijkbare strekking heeft het beding dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Vgl. in verband daarmee: hoofdstuk IX, par. 2.3.3.

256 Vgl. HR 20-6-1986, NJ 1986, 811.

257 Par. 2.2.2.

258 Ook in de nabije toekomst zal het BW niet dergelijke voorzieningen bevatten. Wetsontwerp 21479 verruimt zelfs de mogelijkheden om van rechtswege aflopende overeenkomsten te sluiten. Wellicht dat het Europese recht (en m.n. de ontwerp-EG-Richtlijn inzake tijdelijk werk) in dit opzicht nog van belang wordt. Vgl. Van den Heuvel (1983), 141; Advies herziening ontslagrecht, 25.

op het bijzonder onderwijs van toepassing.²⁵⁹ Dat wil niet zeggen dat de BW-regeling in het bijzonder onderwijs dezelfde betekenis heeft als elders in de private sector. Ook voor het bijzonder onderwijs geldt weliswaar dat art. 1639f BW voorkomt dat van rechtswege aflopende arbeidsovereenkomsten aan elkaar geregen worden. Al te veel waarborgen biedt dat echter niet, omdat het BBA niet van toepassing is.²⁶⁰ Dat betekent dat in het bijzonder onderwijs het in acht nemen van de juiste opzegtermijn en van de eventuele andere procedurele vereisten in de regel voldoende is om aan een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur een einde te maken.

51 Dat is althans de situatie op basis van het reguliere arbeidsrecht. Schoolbesturen en werknemers en hun organisaties hebben het daarbij echter niet gelaten. Ook in verband met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur zijn in de aktes en cao's extra voorzieningen getroffen; dat zal blijken in par. 3.8.4. In par. 3.8.5 zal blijken dat daarnaast ook de rechtsbescherming via de commissie van beroep tot op zekere hoogte extra waarborgen biedt.

3.8.4 De aktes en cao's

Bij het treffen van regelingen voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur hebben de betrokkenen, zoals inmiddels verwacht kon worden, duidelijk aansluiting gezocht bij het ambtenarenrecht. Zo is ook in het bijzonder onderwijs op de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur het gesloten stelsel van ontslaggronden in de regel niet van toepassing. Dat geldt in elk geval voor de opzegging tegen de dag waarop het tijdvak waarvoor de werknemer is aangesteld is afgelopen. Op de tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur, waartoe veel aktes en cao's de mogelijkheid bieden, is het gesloten stelsel van ontslaggronden veelal wel van toepassing.

Nog belangrijker wellicht is dat de aktes en cao's voor het bijzonder onderwijs, net als de diverse rechtspositiereglementen in het ambtenarenrecht, in de regel bepalingen bevatten waarin de bevoegdheid van het schoolbestuur om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur aan te gaan wordt beperkt. Dat gebeurt met name door vast te leggen in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur kan worden gesloten. Vaak worden genoemd: in geval van een eerste aanstelling, in geval de te verrichten werkzaamheden een kennelijk tijdelijk karakter dragen en in geval de aan te stellen werknemer een zieke werknemer vervangt. In de regel wordt daarnaast nog de maximale duur van de tijdelijke aanstelling(en) vastgelegd. Eventueel kan de akte van benoeming of de cao ook de bepaling bevatten dat de werknemer na afloop van een tijdelijke aanstelling (of aanstellingen) van een bepaalde (maximale) duur

259 M.n. het bepaalde in art. 1639e leden 3 en 4 BW is interessant vanuit het oogpunt van de vrijheid van onderwijs. Vgl. par. 4.2.

260 Afgezien uiteraard van de uitzondering die in par. 3.8.5 aan de orde komt.

recht heeft op verlenging van de aanstelling of een vaste aanstelling.²⁶¹

3.8.5 De commissies van beroep en het BBA

Geschillen tussen schoolbestuur en werknemer in verband met het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur kunnen slechts in beperkte mate aan de commissie van beroep worden voorgelegd. De commissies van beroep zijn in geen geval competent waar het gaat om (impliciete) beslissingen om een van rechtswege aflopende arbeidsovereenkomst niet te verlengen dan wel niet om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.²⁶² Een geschil daarover dient aan de burgerlijke rechter te worden voorgelegd.²⁶³ Uitsluitend geschillen over de uitdrukkelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur behoren tot de competentie van de commissie van beroep. De opzegging wordt aan wet, overeenkomst en beginselen van behoorlijk bestuur getoetst. In geval de toetsing negatief uitvalt wordt zij vernietigd. Zelfs in de gevallen dat het gesloten stelsel van ontslaggronden niet van toepassing is, biedt de beroepsmogelijkheid op de commissies van beroep daarom een aanzienlijke bescherming tegen een onterechte opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur.

Een probleem is dat de commissies van beroep zich in een aantal gevallen niet bevoegd achten om te oordelen over geschillen die betrekking hebben op de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur die een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst tegen het einde van het tijdvak waarvoor de werknemer is aangesteld (de tussentijdse opzegging leidt dus niet tot problemen). De achtergrond van deze opvatting komt in het volgende hoofdstuk aan de orde; daar zal ik ook op de voors en tegens ingaan.²⁶⁴ Gevolg van het feit dat deze commissies van beroep zich niet bevoegd achten, is dat in dat geval een inhoudelijke toetsing van de opzegging geheel achterwege blijft. De enige uitweg op dat punt biedt nog een actie op grond van de artt. 1639s en t BW. Ten dele vallen de gevolgen van deze beperkte opvatting over eigen bevoegdheid wel mee. Ik wijs er in dat verband op dat bij Ministeriële Beschikking van 17 juni 1987 (MB'87) het niet-onderwijzend personeel in het bijzonder onderwijs is uitgezonderd van toepasselijkheid van het BBA, behoudens

261 Volgens Olbers (1983b, 433) leidt het overschrijden van de maximum-termijn tot de omzetting van rechtswege in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. De (ontwerp) EG-Richtlijn waarvan in nt 259 sprake was, gaat van dezelfde gedachte uit. Op dit punt blijken de commissies van beroep terughoudender. Vgl. bijv. Cvb rk bero 7-12-1984, JKOCZ 1984 A.4.13; Cvb pc vo 17-1-1986, JPCO 1986, 39 e.v.; CCvb rk vo 29-3-1989, JKOCZ 1989 A.4.4. Hetzelfde geldt voor de burgerlijke rechter. Vgl. bijv. Ktr Breda 15-2-1982, JKOCZ 1982 B.2.; Ktr Zwolle 31-7-1984 en 6-11-1984, JKOCZ 1984 B.13 resp. B.21.

262 Vgl. Cvb pc vo 16-5-1985, JPCO 1985, 60 e.v. Vgl. i.v.m. de ambtenarenrechter: par. 2.2.2.

263 Het arbeidsrecht biedt daarvoor niet of nauwelijks specifieke ingangen; in de regel zal de werknemer zijn aangewezen op een algemeen-vermogensrechtelijke actie uit wanprestatie. Vgl. Pres. Rb Breda 30-12-1987, JKOCZ 1987 C.8. In het pc onderwijs bestaat de mogelijkheid om een beroep te doen op een speciale Commissie voor geschillen. Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.1.

264 Vgl. m.n. par. 2.3.3.

in het geval deze werknemers zich in geval van de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet zouden kunnen wenden tot een commissie van beroep.²⁶⁵ De opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur is daarvan het enige voorbeeld. Op deze opzegging is het BBA dus van toepassing, met als consequentie dat de redelijkheid van de opzegging preventief getoetst wordt. De MB'87 heeft uitsluitend betrekking op het niet-onderwijzend personeel; het onderwijzend personeel valt hoe dan ook onder de algemeen luidende uitzonderingsbepaling in art. 2 BBA. Voor deze werknemers is de ontslagbescherming in geval van een 'normale' opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur dus minimaal. Het ontslagverbod wegens huwelijk buiten beschouwing gelaten, kan uitsluitend de al dan niet regelmatigheidspunt van discussie zijn.

3.8.6 De ontbindende voorwaarde

Niet alleen door het opnemen van een tijdsbepaling, ook door middel van het opnemen van een ontbindende voorwaarde kunnen de partijen bij een arbeidsovereenkomst bewerkstelligen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. De ontbindende voorwaarde onderscheidt zich van de tijdsbepaling doordat onzeker is of en zo ja, wanneer zij zal intreden.²⁶⁶ Een dergelijk beding heeft, als het geldig is, een voor de werknemer bijzonder nadelig effect: het doet de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen, zonder een mogelijkheid van preventieve of repressieve toetsing. Het is om die reden dat in de literatuur wel wordt betoogd, dat het opnemen van ontbindende voorwaarden in de arbeidsovereenkomst zich niet verdraagt met de dwingende-rechtelijke ontslagbescherming, zodat dergelijke bedingen nietig moeten worden geacht.²⁶⁷ Anderen achten een ontbindende voorwaarde geldig, zo lang partijen binnen de grenzen van de wet blijven en de gebeurtenis die de overeenkomst doet eindigen objectief is bepaald.²⁶⁸ Weer anderen (waarbij ik mij aansluit) varen een tussenkoers en menen dat van geval tot geval bezien moet worden of de ontbindende voorwaarde in kwestie zich verdraagt met het overigens toepasselijke ontslagrecht, daarbij lettend op het gevaar van ontduiking.²⁶⁹

In het bijzonder onderwijs is lange tijd gebruikelijk geweest om het einde van rechtswege te bedingen in geval van huwelijk dan wel zwangerschap van de werkneemster. Dergelijke bedingen zijn sedert 1976 nietig op grond van het bepaalde in art. 1639e leden 3 en 4 BW.

Verschillende aktes en cao's bevatten op dit moment de bepaling dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de blijvende ongeschiktheid wegens ziekte onherroepelijk komt vast te staan. Het intreden van

265 Vgl. i.v.m. de achtergrond van de MB'87: hoofdstuk V, par. 3.1.

266 Vgl. Bakels (1983), 136 e.v.; De Leede (1988), 253-254; Van der Grinten (1990), 23-24.

267 Vgl. Bakels (1983), 136 e.v.; Phaff (1986), 149.

268 Vgl. Van der Grinten (1990), 24.

269 Vgl. De Leede (1988), 253.

de voorwaarde is over het algemeen afhankelijk gesteld van een onherroepelijke beslissing van de zijde van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds (ABP). Dat waarborgt de objectiviteit en is wellicht een argument om de geldigheid van het beding aan te nemen. Een bezwaar van het einde van rechtswege zou kunnen zijn dat het het onmogelijk maakt om te toetsen in hoeverre de werknemer ten opzichte van zijn schoolbestuur aanspraak kan maken op andere passende arbeid, waartoe hij ondanks zijn ziekte in staat is.²⁷⁰ Bij nader inzien valt dat mee. Indien de werknemer in staat is om een andere passende functie in dienst van het schoolbestuur te vervullen, dan wordt dat namelijk door het ABP aangegeven. Het schoolbestuur heeft zich in de regel contractueel verbonden om de werknemer in die functie tewerk te stellen.²⁷¹ Ook dat aspect is dus sterk geobjectiveerd.

Niettemin moet mijns inziens worden aangenomen dat het beding dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt in geval van blijvende ongeschiktheid door ziekte nietig is omdat het zich niet verdraagt met het ontslagverbod tijdens ziekte.²⁷² Dat geldt hoe dan ook voor de eerste twee jaren van de ziekte, waarin de ziekte als zodanig op geen enkele wijze dient te leiden tot het einde van de arbeidsovereenkomst. Als de ziekte langer duurt dan twee jaren kan het schoolbestuur opzeggen. In een eventuele beroepsprocedure zal de toetsing van de ontslaggrond geen problemen opleveren. Of de toetsing van de procedurele vereisten als motivering en opzegtermijn problemen oplevert heeft het schoolbestuur zelf in de hand. Er is daarom geen overtuigende reden om per se voor een ontbindende voorwaarde te kiezen. In overeenstemming met art. 3:42 NBW dient het beding dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt dan ook geconverteerd te worden in een beding dat opzegging mogelijk maakt.²⁷³

3.9 FUSIE EN ONTSLAG

3.9.1 Fusies in het onderwijs

Tot slot van de behandeling van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs komt hierna het onderwerp 'fusie en ontslag' aan de orde. Het onderwerp is bijzonder actueel. Het onderwijs is de afgelopen jaren overspoeld door een fusiegolf. Dat is het geval geweest in het kleuter- en lager onderwijs (dat daarvoor tot basisonderwijs is geworden) en in het voortgezet onderwijs. Zeer ingrijpende herschikkingen hebben plaats gevonden in het hoger beroepson-

270 Vgl. HR 8-11-1985, NJ 1986, 293.

271 Dat betekent in het bijzonder onderwijs, anders dan elders in de private sector, dat de oorspronkelijke betrekking verbroken wordt en dat de werknemer opnieuw wordt aangesteld. Vgl. art. K45 ABPw. Vgl. ook: Brenninkmeijer (1988), 431; H. Vermeulen, 21.

272 Aldus ook: Bakels (1983), 137. Anders: Cvb pc vo 1977/3, Inkom voor School & Bestuur 1977, 401-402.

273 De commissies van beroep accepteren de ontbindende voorwaarde. Vgl. CCvb rk vo 28-3-1989, JKOCZ 1989 A.4.2.

derwijs en in het middelbaar beroepsonderwijs. De fusiegolf is ook nog lang niet voorbij. Plannen voor schaalvergroting in het basisonderwijs zullen bijvoorbeeld onvermijdelijk een grote hoeveelheid fusies tot gevolg hebben. Al deze fusies houden ten dele verband met de organisatie van het onderwijs. Voor een aanzienlijk deel worden zij daarnaast (of zelfs exclusief) ingegeven door de door de overheid gevoelde noodzaak om te bezuinigen op het onderwijs.

De precieze gronden kunnen hier verder in het midden blijven. Duidelijk is wel dat zij betekenen dat fusies onvermijdelijk rechtspositionele gevolgen hebben, met name ook in de sfeer van het ontslag. Zij leiden tot verschuivingen in de aard van de te verrichten arbeid, die slechts ten dele door overplaatsingen opgevangen kunnen worden. Zij leiden daarnaast in de regel tot een vermindering van de totale hoeveelheid arbeidsplaatsen. In beide gevallen zijn ontslagen onvermijdelijk.

3.9.2 *Besturenfusie en scholenfusie*

Alvorens nader in te gaan op die ontslagen en de regels waardoor zij worden beheerst, zal ik eerst kort stilstaan bij de rechtspositionele gevolgen van de fusie in het algemeen.

Ik stel daarbij voorop dat de term 'fusie' in verband met het bijzonder onderwijs niet een vastomlijnde betekenis heeft.²⁷⁴ In twee duidelijk te onderscheiden situaties wordt van 'fusie' gesproken. De eerste situatie is die waarbij de rechtspersoon die de school in stand houdt verandert. Het kan zijn dat een school die eerst onder het bestuur 'A' stond, voortaan onder bestuur 'B' staat, terwijl dat bestuur reeds een of meer scholen in stand houdt. Het kan ook zijn dat een nieuwe rechtspersoon 'C' wordt opgericht en dat de schoolbesturen 'A' en 'B' ieder een of meer scholen aan die nieuwe rechtspersoon overdragen. Deze beide situaties worden in de sfeer van het onderwijs wel aangeduid met de term 'besturenfusie'.

Van een 'scholenfusie', de term die ter aanduiding van de andere situatie wordt gebruikt, is sprake in het geval twee scholen, als arbeidsorganisaties in feitelijke zin van het woord, worden samengevoegd. Ook hier zijn twee varianten denkbaar. Dat is in de eerste plaats de variant waarbij de ene school wordt opgeheven en waarbij de bedoeling is dat de desbetreffende werknemers voortaan werkzaam zullen zijn binnen de andere bij de fusie betrokken school. In de tweede plaats is denkbaar dat alle bij de fusie betrokken scholen worden opgeheven en dat een nieuwe school wordt opgericht waarbinnen de werknemers van de opgeheven scholen werkzaam zullen zijn.

Een scholenfusie is alleen denkbaar als alle betrokken scholen onder hetzelfde bestuur staan. Voorafgaand aan de scholenfusie vindt dan ook in veel gevallen een besturenfusie plaats. In dat geval is denkbaar dat de beide fusies

²⁷⁴ In de onderwijswetgeving is sprake van 'samenvoeging' (vgl. bijv. het in par. 3.9.10 te behandelen) art. I-G2 lid 3 RPBO. Daarvan is sprake in de situatie die hierna met 'scholenfusie' wordt aangeduid.

in de tijd slechts enkele minuten uit elkaar liggen – de tijd die nodig is om de vereiste aktes te tekenen. Een besturenfusie hoeft echter niet te leiden tot een scholenfusie; zij kan het gevolg zijn van de wens om meer scholen onder één bestuur te brengen. Andersom zijn scholenfusies denkbaar zonder voorafgaande besturenfusie, in die gevallen bijvoorbeeld dat twee scholen sedert hun oprichting onder hetzelfde bestuur staan.

3.9.3. De artt. 1639aa e.v. BW en het bijzonder onderwijs

In geval van fusie in het bijzonder onderwijs zijn relevant de artt. 1639aa e.v. BW, die betrekking hebben op de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen. Deze bepalingen beogen de werknemer te beschermen tegen het verlies van zijn betrekking dat het gevolg kan zijn van de beslissing van de verkrijger van een onderneming om de voor de overgang in de onderneming werkzame personen niet of niet allemaal in dienst te nemen. Daartoe is de verkrijger in beginsel namelijk niet verplicht, omdat hij buiten de contractuele relatie tussen de 'oude' werkgever en de werknemer staat. Daarnaast bieden de bepalingen bescherming tegen een verslechtering van de rechtspositie, omdat zij verhinderen dat de verkrijger van de overgang gebruik maakt om nieuwe arbeidsovereenkomsten te sluiten tegen slechtere arbeidsvoorwaarden.²⁷⁵

De artt. 1639aa e.v. BW zijn in volle omvang op het bijzonder onderwijs van toepassing. Voor de toepassing van de artt. 1639aa-dd BW wordt een bijzondere school namelijk gezien als onderneming.²⁷⁶ Willen de rechtsgevolgen genoemd in de artt. 1639bb e.v. intreden dan is daarnaast vereist dat sprake is van de 'overgang van een onderneming'. Essentieel is in dat verband dat het rechtssubject dat de onderneming in stand houdt wijzigt, blijkend uit het feit dat de verkrijger de activiteiten voortzet en dat de overdrager de activiteiten staakt.²⁷⁷

3.9.4. De besturenfusie nader gezien

Dat maakt duidelijk dat in geval van een besturenfusie een of meer scholen 'overgaan' in de zin van art. 1639aa BW. Gevolg daarvan is dat de rechten en plichten van het 'oude' schoolbestuur ten opzichte van zijn werknemers op het tijdstip van de besturenfusie van rechtswege overgaan op het 'nieuwe' schoolbestuur.

Al voor de invoering van de artt. 1639aa e.v. BW (op 27 juli 1981) werden de werknemers in het bijzonder onderwijs beschermd tegen de mogelijk nadelige gevolgen van een besturenfusie. De diverse onderwijswetten schreven namelijk voor dat in de akte van overdracht diende te worden bepaald dat de rechts-

²⁷⁵ Vgl. Bakels (1990), 130.

²⁷⁶ Vgl. Pres. Rb Zwolle 22-6-1983, (School en Besturen 1983/5, 29 e.v.); Pres. Rb Alkmaar 1-8-1983 (idem). Zie ook: hoofdstuk V, par. 2.1. Op de relatie met de vrijheid van onderwijs ga ik in in par. 4.2.

²⁷⁷ Vgl. Fase (1983), 346 e.v.; De Leede (1988), 276-277; Van der Grinten (1990), 35-36.

persoon aan wie de school werd overgedragen, het personeel in gelijke betrekkingen en onder dezelfde voorwaarden als vermeld in de akte van benoeming, aan de school diende te benoemen met ingang van de datum van de overdracht.²⁷⁸

Door het invoeren van de artt. 1639aa e.v. BW zijn deze bepalingen overbodig geworden. Zij zijn echter niet geschrapt uit de onderwijswetgeving. Dat moet betreurd worden, omdat zij suggereren dat in geval van een besturenfusie de fusie als zodanig een reden is voor ontslag. In het kader van art. 1639bb BW is van ontslaan en opnieuw aanstellen echter geen sprake; het 'nieuwe' schoolbestuur treedt als werkgever van rechtswege in de plaats van het 'oude' schoolbestuur.²⁷⁹ Een ontslag vanwege de besturenfusie moet dan ook niet langer toegestaan worden geacht.

Ik teken daarbij aan dat art. 1639bb BW geen beletsel vormt voor ontslagen om (bedrijfs)economische redenen.²⁸⁰ Voor het bijzonder onderwijs betekent dat dat art. 1639bb BW zich niet verzet tegen een ontslag wegens opheffing van de betrekking of wegens overtolligheid als dat ook zonder de besturenfusie noodzakelijk was geweest. De besturenfusie als zodanig heeft overigens in de regel geen gevolgen voor de omvang van de formatie, zodat van problemen op dit punt geen sprake is.

3.9.5 *De scholenfusie nader bezien*

De vraag rijst of de artt. 1639aa e.v. BW ook relevant zijn in verband met een scholenfusie. Het antwoord lijkt duidelijk: van een overgang in de zin van art. 1639aa BW is geen sprake; de bepalingen zijn dus niet van toepassing. Dat lijkt ook vanzelfsprekend, omdat de werkgever een en dezelfde is en blijft.

Materieel is de gelijkenis met de 'overgang van een onderneming' niettemin groot. De scholenfusie zal in veel gevallen namelijk een vermindering van de hoeveelheid arbeidsplaatsen tot gevolg hebben en kan dus betekenen dat een of meer werknemers worden ontslagen. Op dit punt bieden de artt. 1639aa e.v. BW dus geen bescherming. Een al te groot bezwaar is dat niet, omdat het gesloten stelsel van ontslaggronden verhindert dat de fusie als zodanig als ontslaggrond wordt gebruikt.²⁸¹ Daar komt bij dat scholenfusies in de regel plaatsvinden op momenten dat de overheid faciliteiten biedt die de personele gevolgen van de fusie verzachten. Deze faciliteiten (vaak 'sociaal beleidskader' genoemd) houden in de regel in dat gelden beschikbaar worden gesteld om de ontslagen, die strikt genomen het gevolg zouden moeten zijn van de fusie, enkele jaren uit te stellen en aldus (door omscholing, natuurlijk verloop etc.)

278 Vgl. bijv. de artt. 36 lid 3 WBO en 90 lid 2 WHBO.

279 Vgl. Fase (1983), 351; Van der Grinten (1990), 37.

280 Vgl. Van der Grinten (1990), 39; Bakels (1990), 132. Fase (1983, 354, nt 39) acht daarnaast ook een ontslag om een reden die verband houdt met de persoon van de werknemer mogelijk.

281 De opheffing van de school in het kader van een scholenfusie is noodzakelijk om bekostigingstechnische redenen; zij is geen 'echte' opheffing, die een reden vormt om de werknemer te ontslaan wegens de opheffing van de school. Vgl. CCvB rk vo 16-6-1989, JKOCZ 1989 A.4.6.

zo veel mogelijk te voorkomen.²⁸² Dat betekent dat op of onmiddellijk na de fusie slechts zelden sprake kan zijn van ontslagen wegens opheffing van de betrekking of wegens overtolligheid.

In dit verband moet wel bedacht worden dat in de regel geen faciliteiten worden geboden voor ontslagen die niet het rechtstreeks gevolg zijn van de fusie, maar van een daling van het leerlingenaantal bijvoorbeeld. Dergelijke ontslagen blijven mogelijk op of vlak na het moment van de scholenfusie.²⁸³

3.9.6 Problemen in verband met de afvloeiingsregeling

In de twee voorgaande paragrafen heb ik mij geconcentreerd op één aspect van de regeling in art. 1639bb BW: de bescherming tegen het verlies van de betrekking. In par. 3.9.3 wees ik er op dat art. 1639bb daarnaast bescherming biedt tegen een verandering (verslechtering) van de inhoud van de rechtspositie van de werknemer.²⁸⁴ De toepasselijkheid van art. 1639bb BW op de besturenfusie betekent dat een dergelijke handelwijze ook in het bijzonder onderwijs onmogelijk is. Op de scholenfusie is art. 1639bb BW niet van toepassing, zodat in dat geval geen speciale bescherming bestaat tegen een verandering van de rechtspositie van de werknemer. Tot problemen leidt dat niet, omdat een wijziging van de rechtspositie op of rond het moment van de scholenfusie in beginsel alleen mogelijk is als de individuele werknemer daarmee instemt.²⁸⁵

Niettemin is er aanleiding om langer stil te staan bij de rechtspositionele gevolgen van de fusies in het bijzonder onderwijs, met name met het oog op de werking van de afvloeiingsregelingen. Ik zal daarbij uitgaan van de situatie dat twee scholen fuseren nadat eerst een besturenfusie heeft plaatsgehad.²⁸⁶ Een dergelijke 'dubbele' fusie is in de regel buitengewoon moeilijk tot stand te brengen, niet in de laatste plaats vanwege de gevolgen in de sfeer van het ontslag(recht). De oorzaak van die problemen is in eerste instantie niet-juridisch: in de regel is vóór de fusie al zeker dat op enig moment erna ontslagen wegens opheffing van de betrekking zullen vallen; de afvloeiingsregeling maakt het vervolgens mogelijk om precies te voorspellen waar die ontslagen zullen vallen. Voor een van de twee fusiepartners is dat in de regel geen reden tot vreugde. Als – bijvoorbeeld – binnen de ene school vastligt dat wie langer binnen de instelling werkt later voor ontslag in aanmerking komt, dan kunnen verworven 'zekerheden' van de werknemers op de tocht komen te staan als gefuseerd wordt met een andere school, die dezelfde afvloeiingsmethodiek

282 Vgl. bijv. het Besluit van 16-10-1987, S. 479, i.v.m. het hbo.

283 Vgl. Cvb pc vo 9-12-1985, JPCO 1985, 109 e.v.

284 Vgl. Fase (1983, 359 e.v.), die ook uitgebreid stilstaat bij art. 14a WCAO.

285 Vgl. Cvb pc bso 5-9-1987, JPCO 1987, 71 e.v.

286 Als uitsluitend een besturenfusie plaats vindt, dan ontstaan niet de problemen zoals die hierna aan de orde komen, omdat waar het gaat om de toepassing van de afvloeiingsregeling van twee verschillende groepen werknemers sprake is en blijft. Op de scholenfusie zonder daaraan voorafgaande besturenfusie is hetgeen hierna volgt daarentegen wel van toepassing, zij het dat dan opmerkingen over de artt. 1639aa e.v. BW niet relevant zijn.

hanteert, maar die gemiddeld oudere werknemers kent, die langer aan 'hun' instelling verbonden zijn. Art. 1639bb BW, in combinatie met de ongewijzigd gebleven afvloeiingsregelingen in de aktes van alle betrokken werknemers, bewerkstelligt namelijk dat de werknemers van de beide fusiepartners na de fusie één grote groep vormen, waarbinnen aan de hand van het 'oude' (maar geldig gebleven) criterium wordt nagegaan wie voor ontslag in aanmerking komt. Een dergelijke fusie zou, wanneer niets geregeld wordt, op den duur leiden tot het ontslag van alle werknemers van de ene fusiepartner, alvorens de werknemers van de andere partner iets van de gevolgen van de fusie merken. Juridisch mag dat correct zijn, als de betrokkenen zich dit realiseren, dan wordt er óf niet gefuseerd, óf er worden vooraf regelingen getroffen (over die regelingen hierna meer).

De problemen worden nog groter als de fusiepartners verschillende afvloeiingsregelingen hanteren. Door de fusie ondergaan die inhoudelijk geen wijziging. Een fusie zonder meer zou dan tot gevolg hebben dat het 'nieuwe' schoolbestuur gebonden wordt aan twee verschillende, niet verenigbare contractuele bedingen. Dat kan tot gevolg hebben dat werknemer 'A' op basis van zijn afvloeiingsregeling terecht kan betogen dat niet hij, maar 'B' voor ontslag in aanmerking komt, terwijl 'B' op basis van zijn afvloeiingsregeling met recht het tegenovergestelde kan betogen. Het schoolbestuur zou daardoor voor een onoplosbaar juridisch probleem worden geplaatst. Het treffen van een regeling inzake de afvloeiingsvolgorde na het moment van de fusie is dan onontkoombaar.

3.9.7 *Oplossing: wijziging van de afvloeiingsregelingen*

Het voorgaande maakt duidelijk dat fusies veelal niet tot stand zullen komen, tenzij het mogelijk is om veranderingen aan te brengen in de afvloeiingsregelingen van de werknemers van de betrokken scholen.

Het kan nodig zijn om een nieuwe regeling in te voeren voor de gefuseerde school, met name als de fusiepartners verschillende regelingen hanteren. Daarnaast zal het in de regel nodig zijn om een overgangsregeling te treffen om de gevolgen van de fusie voor de 'zittende' werknemers te beïnvloeden. Die zou kunnen inhouden dat de gefuseerde school als geheel weliswaar op een nieuwe regeling overgaat, maar dat in hun onderlinge relatie de werknemers van de oude scholen nog terug kunnen vallen op de oude regeling (een dergelijke regeling wordt vrijwel steeds getroffen). Een overgangsregeling zou ook kunnen inhouden dat 'geritst' wordt, bijvoorbeeld in die zin dat de bestaande volgordes in stand worden gelaten en dat wordt afgesproken dat (bijvoorbeeld) voor iedere werknemer van de ene school er twee van de andere afvloeien.

3.9.8 *De situatie in het openbaar onderwijs*

In het openbaar onderwijs levert het treffen van regelingen als deze niet al te veel problemen op. Het bevoegd gezag van een openbare school stelt (nadat het zijn overlegverplichtingen is nagekomen) de afvloeiingsregeling eenzijdig

vast. Door de vaststelling veranderen – automatisch – de rechten en plichten van de individuele ambtenaren in het openbaar onderwijs. Uiteraard zal het zaak zijn om zowel inhoudelijk als procedureel alles goed te regelen, anders ligt hier een opening voor de individuele werknemer om zich tot de ambtenarenrechter te wenden. Is in deze beide opzichten aan alle vereisten voldaan, dan zijn de collectief gemaakte afspraken voor alle werknemers, van alle bij de fusie betrokken scholen, bindend.²⁸⁷

3.9.9 *De situatie in het bijzonder onderwijs tot 1 maart 1991*

In het bijzonder onderwijs levert het treffen van regelingen als deze meer problemen op. Tot voor kort waren deze problemen zelfs min of meer onoverkomelijk.²⁸⁸ Dat was het geval omdat de afvloeiingsregelingen waren opgenomen in de aktes van benoeming van de individuele werknemers en omdat het schoolbestuur – dus – niet de bevoegdheid had om eenzijdig de afvloeiingsregelingen te veranderen. De toepasselijkheid van art. 1639bb BW verhinderde (en verhindert uiteraard nog steeds) dat het moment van de besturenfusie werd gebruikt om de door de beide fusiepartners gehanteerde afvloeiingsregelingen op één noemer te brengen. De scholenfusie bood evenmin de mogelijkheid om dat te doen, buiten de werknemers om althans. Gevolg was dat iedere werknemer afzonderlijk diende in te stemmen met de verandering van zijn afvloeiingsregeling. Wie van die verandering voordeel verwachtte, deed dat ook; wie nadeel verwachtte, weigerde accoord te gaan; wie het nog niet zo zeker wist, verkoos vaak het zekere voor het onzekere en weigerde eveneens om accoord te gaan. Veel fusies vonden dan ook doorgang op basis van afspraken tussen schoolbesturen, vakbonden en medezeggenschapsraden waarmee niet alle individuele werknemers accoord waren gegaan.²⁸⁹

De problemen konden niet uitblijven. Zowel commissies van beroep als kantonrechters bleken van mening dat werknemers die niet accoord waren gegaan met de voorafgaand aan de fusie gemaakte afspraken uitsluitend ontslagen konden worden als dat in overeenstemming was met de inhoud van hun eigen akte van benoeming.²⁹⁰ Die beslissingen zijn op zichzelf gezien juist te achten. Niettemin plaatsten zij een aantal schoolbesturen voor het hiervoor geschetste probleem dat de ene werknemer ('A') niet voor afvloeiing in aanmerking kwam op grond van de voor hem geldende regeling, terwijl de andere

287 De hierna te bespreken toevoeging van een nieuw derde lid aan art. 1-G2 RPBO heeft voor het openbaar onderwijs dan ook geen al te grote betekenis.

288 Vgl. ook: Beurskens (1989a), 91 e.v.

289 De collectieve afspraken binden niet. Vgl. CCvB 21-9-1987, JKOCZ 1987 A.4.5. Van stilzwijgend accoord gaan met een wijziging kan ten aanzien van de afvloeiingsregeling niet of nauwelijks sprake zijn. Vgl. CvB rk kbbo Zd. Ned. 11-6-1985, JKOCZ 1986 E.2.

290 Vgl. CvB rk vo 13-9-1988, JKOCZ 1988 A.4.16.; Ktr Helmond 13-7-1990 (waarover: Schoolbestuur 1990, 94 e.v.); Ktr Nijmegen, 22-6-1990 (idem). Deze uitspraken zijn ook van belang omdat zij aangeven dat een beroep op de uitzonderingsbepaling 'in het belang van het onderwijs' niet mogelijk is, omdat hier niet de toepassing van de regeling ter discussie staat, maar de regeling als zodanig.

werknemer ('B') op grond van zijn regeling eveneens kon volhouden dat hij nog niet behoefde af te vloeien. Het kwam er op neer dat beide werknemers niet ontslagen konden worden.²⁹¹ Dat betekende vervolgens dat financiële problemen ontstonden, dat onrust onder de werknemers ontstond en dat in enkele gevallen zelfs overwogen werd om de fusie ongedaan te maken.

3.9.10 De situatie in het bijzonder onderwijs vanaf 1 maart 1991

De onderwijswetgever heeft op dit punt uitkomst gebracht en wel door de invoering van een nieuw derde lid in art. 1-G2 RPBO.²⁹² Deze bepaling luidt als volgt:

'Bij samenvoeging stelt het bevoegd gezag een afvloeiingsregeling vast met inachtneming van het eerste en tweede lid. Van de in de eerste volzin bedoelde afvloeiingsregeling dient een overgangsregeling deel uit te maken. In de overgangsregeling is vastgelegd op welke wijze op het moment van samenvoeging de afvloeiingsvolgorden, zoals vastgesteld aan de bij de samenvoeging betrokken scholen tot één volgorde worden gemaakt.'

Art. 1-G2 lid 3 RPBO is een bekostigingsvoorwaarde. Als zodanig gaat de bepaling uitsluitend het schoolbestuur aan. Bij nader inzien kan de bepaling echter ook van belang zijn voor de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. In par. 3.2.2 wees ik erop dat de aktes van benoeming en de cao's in het bijzonder onderwijs in de regel een 'slotbepaling' bevatten die bewerkstelligt dat een wijziging van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving doorwerkt in de aktes en cao's. Daarvan uitgaande kan het nieuwe art. 1-G2 lid 3 RPBO een afdoende oplossing bieden voor de in par. 3.9.9 geschetste problemen.²⁹³ Er van uitgaande dat het nieuwe derde lid van art. 1-G2 RPBO van toepassing is op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer, stelt het het schoolbestuur namelijk in staat om alle werknemers te binden aan een nieuwe afvloeiingsregeling waarover op collectief niveau overleg is gevoerd.

De vraag rijst of het terecht is om het probleem rond de afvloeiingsregelingen zo op te lossen. Het probleem heeft duidelijk twee kanten. Enerzijds kan de individuele werknemers moeilijk kwalijk worden genomen dat zij vasthouden aan hun eigen 'oude' afvloeiingsregeling; zij doen in wezen niets anders dan hun (nieuwe) werkgever houden aan gemaakte afspraken. Anderzijds is

291 Een verzoek om ontbinding ex art. 1639w BW als uitweg uit de problemen werd afgewezen door Ktr Maastricht 10-3-1988, JKOCZ 1988 C.2.

292 Vgl. het Besluit van 24 januari 1991, S. 1991, 63. De regeling is niet van toepassing op het hbo.

293 De mogelijkheid tot eenzijdige vaststelling bestaat alleen in geval van 'samenvoeging' (=scholenfusie). In andere gevallen bestaat zij niet, noch in het geval van een besturenfusie (waarbij tenslotte geen scholen samenvoegen), noch in het geval het schoolbestuur, onafhankelijk van welke fusie dan ook, de geldende afvloeiingsregeling zou willen veranderen, bijvoorbeeld om de positie op de arbeidsmarkt te verbeteren. In dat geval is de instemming van iedere werknemer afzonderlijk vereist (tenzij uiteraard op gepaste wijze gebruik kan worden gemaakt van cao of raamovereenkomst).

begrijpelijk dat de schoolbesturen zich genoodzaakt voelen om de voor de fusie door fusiepartners, werknemers, medezeggenschapsraden en werknemersorganisaties gemaakte afspraken na te leven. Evenzeer is begrijpelijk dat de werknemers die instemden met de fusie (en met de daarmee samenhangende verandering van hun rechtspositie) aan de naleving van de fusieafspraken hechten. Niet alleen de belangen van schoolbestuur en werknemer botsen tenslotte op elkaar, hetzelfde geldt voor de belangen van de werknemers onderling. Alles afwegend moet wellicht de conclusie zijn dat de fusieafspraken, mits zij inhoudelijk verantwoord zijn en op een correcte wijze tot stand zijn gekomen, voorrang dienen te hebben boven eventuele aanspraken van individuele werknemers, ontleend aan hun akte van benoeming.

Dat betekent echter niet dat art. I-G2 lid 3 RPBO zoals het op dit moment luidt in alle opzichten instemming verdient. Dat het schoolbestuur de bevoegdheid krijgt om een onderdeel van de rechtspositie van een dermate groot belang als de afvloeiingsregeling eenzijdig vast te stellen is niet op zijn plaats. Toch is het dat waar art. I-G2 lid 3 RPBO toe leidt, want het overleg waartoe het schoolbestuur verplicht wordt, hoeft niet tot overeenstemming te leiden en de individuele werknemer is in de hiervoor gevolgde redenering reeds bij voorbaat accoord gegaan. Deze bezwaren op het punt van het collectief overleg zijn in het vorige hoofdstuk reeds aan de orde geweest.²⁹⁴ Ik volsta daarom met te memoreren dat aan die bezwaren de conclusie verbonden werd dat een beroep op een qua inhoud of wijze van totstandkomen aanvechtbare afvloeiingsregeling in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht.

4 Het ontslagrecht en de grondrechten

4.1 VOORAF

In deze paragraaf zal ik het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs benaderen vanuit de invalshoek van de relevante grondrechten. Ik wil in dat verband zowel nagaan welke invloed deze grondrechten hebben gehad als nagaan in hoeverre het huidige ontslagrecht vanuit een grondrechtenperspectief de toets der kritiek kan doorstaan. De invalshoek zal daarbij zijn die van de wetgever c.q. rechter die geconfronteerd wordt met het probleem om de juiste verhouding te bepalen tussen enerzijds de aanspraken ontleend aan het onderwijsgrondrecht en anderzijds de aanspraken op een deugdelijke rechtspositie (en met name ontslagbescherming).

Het onderwerp is actueel, met name waar op het gebied van het ontslagrecht de vrijheid van onderwijs en het gelijkheidsbeginsel ogenschijnlijk botsen. Met name als gevolg van verschillende in het recente verleden bij de Tweede Kamer ingediende wetsontwerpen is de vraag of en zo ja, hoe de wetgever hier

294 Par. 5.3.3.

dient in te grijpen in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer bijzonder sterk in de aandacht komen te staan.

Het zou echter onjuist zijn om de aandacht uitsluitend te richten op het conflict van de vrijheid van onderwijs en het gelijkheidsbeginsel. In par. 4.2, waarin het onderwijsgrondrecht aan de orde komt, zal blijken dat de aanspraak op gelijke bekostiging en het daarmee samenhangende principe van de rechtspositionele gelijkheid in minstens net zo sterke mate aard en inhoud van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs bepalen als de vrijheid van onderwijs. In par. 4.3 zal blijken dat aan werknemerszijde in eerste instantie vooral voor de hand ligt een benadering vanuit de aanspraak op een deugdelijke rechtspositie, in verband met art. 19 lid 2 Gw. Die benadering biedt de kans om de kwaliteit van de ontslagbescherming in algemene zin aan de orde te stellen, ten aanzien van alle werknemers in het bijzonder onderwijs. In par. 4.4 zal ik vervolgens afzonderlijk stilstaan bij het conflict van de vrijheid van onderwijs en het gelijkheidsbeginsel.

Definitieve conclusies zijn in deze paragraaf maar zeer ten dele mogelijk. Op verschillende punten zal ik het formuleren daarvan uitstellen tot aan het slot van het volgende hoofdstuk, als ook het formele recht behandeld is. Dat laat onverlet dat ook uitsluitend over het materiële ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs voldoende te zeggen is vanuit een grondrechtenoptiek.

4.2 HET ONDERWIJSGRONDRECHT EN HET ONTSLAGRECHT

4.2.1 *De vrijheid van onderwijs*

Een voor de hand liggend uitgangspunt bij de bespreking van de relatie tussen onderwijsgrondrecht en ontslagrecht is de vrijheid van onderwijs. Meer in het bijzonder ligt voor de hand om uit te gaan van de in art. 23 lid 6 Gw met zoveel woorden gegarandeerde 'vrijheid van aanstelling der onderwijzers', waarvan in hoofdstuk III bleek dat zij ook de vrijheid van ontslag omvat.²⁹⁵

Op basis van de 'vrijheid van ontslag' wordt het bijzonder onderwijs inderdaad tot op zekere hoogte gevrijwaard van overheidsinvloed op ontslaggebied. Titel II RPBO is bijvoorbeeld in het geheel niet van toepassing op het bijzonder onderwijs. Ook overigens komt het onderwerp 'ontslag' als zodanig nauwelijks aan de orde in de onderwijswetgeving. Daarnaast is het BBA niet van toepassing op het bijzonder onderwijs; volgens de Hoge Raad is dat het geval uit respect voor de vrijheid van onderwijs.²⁹⁶

4.2.2 *Vrijheid?*

Daar staat tegenover dat de onderwijswetgeving wel degelijk enkele ontslagbepalingen bevat die alleen of mede op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn. Ik wijs op de bepalingen in verband met de zedelijkheid en de bekwaam-

295 Par. 2.8.2.

296 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.2.2. Vgl. in diezelfde par. ook de opvatting van Van der Net.

heid.²⁹⁷ Daarnaast zijn er de bepalingen in verband met de ontslaggronden, de afvloeiingsregeling, de garantieregeling en het deeltijdontslag.²⁹⁸ Tenslotte bevat de onderwijswetgeving de regeling inzake de commissies van beroep die in het volgende hoofdstuk centraal zal staan. De meest doorslaggevende invloed op het ontslag in het bijzonder onderwijs heeft de onderwijswetgever echter langs indirecte weg, omdat hij aard en omvang van de bekostiging vaststelt, een grote invloed heeft op omvang en samenstelling van de formatie etc. Wel laat de onderwijswetgeving de vrijheid om tot ontslag over te gaan om redenen gelegen in de persoon van de werknemer. Die vrijheid is uiteraard van groot belang, niet in de laatste plaats omdat zij het schoolbestuur in staat stelt om in het ontslagbeleid rekening te houden met de eventuele richting van de school. Maar ook hier laat de overheid het schoolbestuur zeker niet in alle opzichten vrij.

Het schoolbestuur zal bijvoorbeeld het reguliere ontslagrecht in acht moeten nemen. Het BW-ontslagrecht is op het bijzonder onderwijs van toepassing, inclusief de bepalingen die beperkingen bevatten op 'richtinggevoelige' terreinen als gelijke behandeling, huwelijk en zwangerschap en inclusief de artt. 1639s, t en w BW, die de burgerlijke rechter de mogelijkheid geven om zich in te laten met de ontslagmotieven van het schoolbestuur. Ook de WGB is integraal van toepassing en, zoals bleek in par. 3.8.5, kan zelfs het BBA onder omstandigheden van toepassing zijn.

Kortom: wie als invalshoek neemt de vrijheid van ontslag, en op basis daarvan verwacht veel tekenen van terughoudendheid van de zijde van de overheid aan te treffen, komt bedrogen uit. Overheidsbemoeienis met de ontslagen in het bijzonder onderwijs is regel; terughoudendheid is uitzondering. De vrijheid van het individuele schoolbestuur op ontslaggebied is door dit alles bijzonder gering geworden. Dat is met name het geval in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs, maar ook het ontslagbeleid in het middelbaar en hoger beroepsonderwijs wordt voor een aanzienlijk deel in 'Zoetermeer' vastgesteld.

4.2.3 *Gelijke bekostiging en rechtspositionele gelijkheid*

De vraag rijst of en zo ja, hoe al dit overheidsoptreden is in te passen in het kader van art. 23 Gw. Bij nader inzien is het niet de vrijheid van onderwijs die daarbij de beste invalshoek biedt. Die wordt geboden door de aanspraak op gelijke bekostiging in combinatie met het principe van de rechtspositionele gelijkheid, beide tegen de achtergrond van de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs.²⁹⁹

297 Vgl. i.v.m. de bekwaamheid bijv. par. 3.4.5. i.v.m. de afvloeiingsregeling. De zedelijkheid is hiervoor niet aan de orde geweest; vgl. in verband daarmee bijv. de artt. 3 en 19 WBO inzake de verklaring omtrent het gedrag.

298 Vgl. par. 3.3.3, par. 3.4.2 e.v.

299 Vgl. op dit punt: hoofdstuk III, par. 2.5; 2.8.4; hoofdstuk VII, par. 4.1 (waar het verband tussen deugdelijkheid en rechtspositie nader aan de orde komt).

Deze factoren kunnen de voorschriften inzake zedelijkheid en bekwaamheid verklaren, evenals de bepalingen inzake deeltijdontslag en garantierегeling. Hetzelfde geldt voor onderwerpen als formatie, opheffingsnormen, reorganisaties, fusies, werkgelegenheidsmaatregelen etc. De achtergrond van de verplichting om de ontslaggronden in de akte van benoeming vast te leggen en om een afvloeiingsregeling vast te stellen is heel goed te begrijpen vanuit het principe van de rechtspositionele gelijkheid. In hoofdstuk V is gebleken dat ook de niet-toepasselijkheid van het BBA heel goed verklaard kan worden door uit te gaan van de sterke invloed van de overheid op het bijzonder onderwijs als gevolg van de aanspraak op gelijke bekostiging en het principe van de gelijke rechtspositie.³⁰⁰ Dat bleek met name in historisch perspectief het geval te zijn. Op dit moment ligt wellicht meer voor de hand om de nadruk te leggen op het bestaan van de commissies van beroep, in die zin dat aan het bestaan van de commissies van beroep de conclusie wordt verbonden dat aan toepasselіkheid van het BBA geen behoefte is.³⁰¹ Ook die gedachte leidt echter onherroepelijk naar het principe van de rechtspositionele gelijkheid. Zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, hebben de commissies van beroep hun bestaan namelijk hoofdzakelijk daaraan te danken.³⁰²

Tenslotte wijs ik er op dat het principe van de rechtspositionele gelijkheid kennelijk ook de direct betrokkenen inspireert. Dat lijkt althans de reden waarom de schoolbesturen en hun organisaties en de werknemersorganisaties bij het naleven van de verplichting om ontslaggronden op te nemen in de aktes van benoeming en om afvloeiingsregelingen vast te stellen zo sterk hun aandacht hebben gericht op het ontslagrecht voor het openbaar onderwijs en het ambtenarenontslagrecht in het algemeen.³⁰³

4.2.4 *Vrijheid van richting en vrijheid van inrichting*

Dit alles moge zo zijn, het antwoord op de vraag hoe het overheidsoptreden op het gebied van het ontslag in het bijzonder onderwijs zich verhoudt tot de vrijheid van onderwijs wordt daardoor niet irrelevant.

Ik stel voorop dat voor de beantwoording van die vraag niet van belang is in welke vorm het optreden is gegoten. Concreter gezegd: dat een bepaald optreden is gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden maakt het niet meer aanvaardbaar dan wanneer het zou zijn gegoten in de vorm van 'echte' wetgeving. Doorslaggevend is of het optreden zich qua inhoud verdraagt met het onderwijsgrondrecht.³⁰⁴

Voor een deel is dat zonder twijfel het geval. Lid 2 van het onderwijsartikel

³⁰⁰ Vgl. hoofdstuk V, par. 3.2.3, 3.2.4. Vgl. ook hoofdstuk IX, par. 4.4.3, waar niettemin de vraag aan de orde zal komen of de vrijheid van onderwijs zich verzet tegen toepasselіkheid van het BBA op het bijzonder onderwijs.

³⁰¹ Vgl. hoofdstuk V, par. 3.2.3.

³⁰² Vgl. par. 2.1.

³⁰³ Vgl. m.n. par. 3.3.3.

³⁰⁴ Vgl. hoofdstuk VI, par. 6.2. Vgl. ook hoofdstuk VII, par. 7.3.2, i.v.m. het recht op collectief overleg.

bevat namelijk een basis voor wettelijke bepalingen inzake bekwaamheid en zedelijkheid. Dergelijke bepalingen vormen een beperking van de vrijheid van (aanstelling en) ontslag, maar een beperking die weinig gevaar oplevert en die – hoe dan ook – door de Grondwet wordt toegelaten.³⁰⁵ Het overgrote deel van het hiervoor geschetste overheidsoptreden kan echter niet in het kader van art. 23 lid 2 Gw geplaatst worden. De vraag rijst hoe dat optreden beoordeeld moet worden in het licht van de vrijheid van onderwijs.

Van groot belang in dat verband is uiteraard welke opvatting over aard en omvang van de vrijheid van onderwijs tot uitgangspunt wordt genomen.

Zoals bleek in hoofdstuk III wordt in de heersende opvatting aan de vrijheid van inrichting zelfstandige betekenis toegekend naast de vrijheid van richting.³⁰⁶ Dat betekent dat van strijd met het onderwijsgrondrecht sprake kan zijn ook in die gevallen dat de richting niet in het geding is. Daarvan uitgaande moet alle overheidsoptreden ten aanzien van het ontslag in het bijzonder onderwijs dat niet onder art. 23 lid 2 GW gebracht kan worden als een beperking van de vrijheid van onderwijs worden gezien. Dat wil niet zeggen dat de overheid het optreden per se achterwege dient te laten; het kan gerechtvaardigd zijn met het oog op andere belangen. Maar die rechtvaardiging zal steeds opnieuw gegeven moeten worden – en het overheidsoptreden blijft hoe dan ook een beperking.

In hoofdstuk III heb ik, in afwijking van de heersende leer, verdedigd dat aan de vrijheid van inrichting geen zelfstandige betekenis toekomt, maar dat zij uitsluitend van belang is voor zover inrichting en richting samenhangen.³⁰⁷ De beslissende vraag is dan of, indien de overheid zich bemoeit met het ontslag in het bijzonder onderwijs, de richting al dan niet in het geding is. Is dat het geval, dan past op zijn minst grote voorzichtigheid. Is dat niet het geval, dan is sprake van een open ruimte, die de overheid niet per se hoeft te betreden, maar waarvan zij evenmin geweerd kan worden met een beroep op de vrijheid van onderwijs.³⁰⁸

4.2.5 Zonder bezwaar

Uitgaande van deze laatste opvatting kan tegen een belangrijk deel van het

305 Vgl. ook hoofdstuk III, par. 4.4.2.

306 Par. 2.4.4.

307 Par. 2.4.4.

308 Vgl. in deze zin ook Drop (1985), 204: 'Dat de vrijheid van aanstelling ook de vrijheid van ontslag omvat, mag niet worden verstaan als een vrijbrief voor willekeur, maar ligt besloten in de zin van de onderwerpelijke vrijheid, namelijk het onderwijs te kunnen geven overeenkomstig eigen aard en richting van de ouders'. In dit verband is interessant dat de direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs zich zo sterk op het ambtenarenontslagrecht hebben gericht, veel sterker dan noodzakelijk is op grond van de door de overheid gestelde bekostigingsvoorwaarden. De betrokkenen hebben dat in volledige vrijheid gedaan. Die gang van zaken laat zien dat kennelijk zelfs een vrijwel volledig aan de publieke sector ontleende opzet van het ontslagrecht naar zijn inhoud met het 'bijzondere karakter' van het bijzonder onderwijs te verenigen is, zo lang maar op relevante punten ruimte bestaat voor het verwezenlijken van de eigen godsdienstige dan wel (anderszins) levensbeschouwelijke opvattingen.

overheidsoptreden op ontslaggebied geen bezwaar worden gemaakt vanuit de vrijheid van onderwijs.

Ik ga er namelijk van uit dat met het oog op de vrijheid van richting (eventueel) wel bedenkingen kunnen bestaan tegen optreden dat betrekking heeft op de vraag óf ontslagen wordt, maar niet op optreden dat verband houdt met de wijze waarop dat gebeurt. Daarvan uitgaande leveren de BW-bepalingen inzake de opzegtermijnen geen problemen op. Hetzelfde geldt voor de motiveringseisen die uit het bepaalde in de artt. 1639o en s BW voortvloeien. Tevens ga ik er van uit dat de vrijheid van richting niet kan noodzaken tot een ontslag waardoor de belangen van de werknemer onevenredig worden geschaad, althans niet in die zin dat de vrijheid van richting het schoolbestuur zou kunnen ontslaan van zijn verplichting om de financiële gevolgen van het ontslag voor zijn rekening te nemen. Dat betekent dat geen bezwaar bestaat tegen de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het kennelijk onredelijk ontslag, voor zover deze de mogelijkheid bieden om de werknemer een financiële afvloeiingsregeling toe te kennen. Ook het ontslagverbod tijdens ziekte houdt mijns inziens geen verband met de vrijheid van richting, zodat tegen toepasselijkheid daarvan geen bezwaar is. Hetzelfde geldt tenslotte voor de wettelijke bepalingen inzake de overgang van ondernemingen.

Waar het gaat om de onderwijswetgeving biedt de vrijheid van onderwijs mijns inziens geen basis voor bezwaren tegen overheidsoptreden dat betrekking heeft op de bekostiging en de formatie, ook al kan dat optreden uiteindelijk aanleiding geven tot ontslagen wegens het opheffen van de betrekking dan wel overtolligheid.³⁰⁹ Ook tegen de meer rechtstreeks op het ontslag betrekking hebbende bepalingen inzake de afvloeiingsregeling, de garantieregeling en het deeltijdontslag bestaan geen bezwaren. De verplichting tot het vaststellen van ontslaggronden tenslotte laat het schoolbestuur dermate veel vrijheid dat zij niet als een aantasting van de vrijheid van onderwijs gezien kan worden, onverschillig van welke opvatting wordt uitgegaan.

4.2.6 Wel mogelijk bezwaarlijk

Op een aantal punten bestaat echter wel degelijk verband tussen ontslagrecht en richting. Daar is van belang om na te gaan of het overheidsoptreden zich inderdaad verdraagt met de vrijheid van richting.

Ik wijs in de eerste plaats op de wettelijke bepalingen die de overheidsrechter de mogelijkheid geven om zich in te laten met de ontslaggrond: de regeling inzake het kennelijk onredelijk ontslag, inclusief de mogelijkheid van een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking in art. 1639t BW, en de regeling inzake de ontbinding wegens gewichtige redenen in art. 1639w BW.

³⁰⁹ Ik ga er dan wel van uit dat dit optreden geen afbreuk doet aan de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs. Vgl. op dit punt Drop (1985), 204. Tevens ga ik er van uit dat langs deze weg niet indirect afbreuk wordt gedaan aan de vrijheid van oprichting. Zou dat het geval zijn, dan is de aantasting van de vrijheid van ontslag overigens duidelijk van ondergeschikt belang.

Ook de toepasselijkheid van de art. 6 en 9 BBA, al is het op zeer bescheiden schaal, zou in dit verband bezwaarlijk kunnen zijn, omdat zij de RDA de bevoegdheid geven om zich vergaand met de ontslaggrond te bemoeien.³¹⁰ Op de relatie tussen de toepasselijkheid van deze bepalingen en de vrijheid van richting zal ik in het volgende hoofdstuk nader ingaan, in samenhang met de regeling van de commissies van beroep en de rechtsbescherming in het algemeen.³¹¹

In dit verband zijn vooral de materieel-rechtelijke bepalingen relevant waarin de wetgever zelf zich bemoeit met de 'iusta causa', met name op gevoelige terreinen als huwelijk, zwangerschap, bevalling en de gelijkheid van man en vrouw in het algemeen. Ik wijs op de ontslagverboden in art. 1639h leden 2 en 4 BW en op de daarmee vergelijkbare bepalingen voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur in art. 1639e leden 3 en 4 BW. Daarnaast wijs ik op art. 1637ij leden 1 en 5 BW. In de nabije toekomst kan daarnaast nog het bepaalde in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: AWGB) van belang worden.³¹²

Dat deze bepalingen van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs wil niet zeggen dat per se sprake is van een onaanvaardbare beperking van de vrijheid van richting. Behalve met de door de schoolbesturen te behartigen belangen van het bijzonder onderwijs moet rekening worden gehouden met de belangen van de werknemers. Op dat aspect zal ik ingaan in par. 4.3. Daarna zal ik in par. 4.4 terugkomen op de relatie tussen de vrijheid van richting en het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs.

4.2.7 De heersende leer

Het voorgaande maakt duidelijk dat de beperkte interpretatie van de vrijheid van onderwijs als vrijheid van richting (en vrijheid van inrichting voor zover richting en inrichting samenhangen) veel problemen voorkomt. Deze opvatting is – zoals bleek – niet algemeen gangbaar. Het is daarom van belang om na te gaan of de uitkomst anders is uitgaande van de heersende leer, waarin behalve met de vrijheid van richting ook met de vrijheid van inrichting rekening wordt gehouden.

Ik meen dat dat niet het geval is, zeker niet waar het gaat om het reguliere ontslagrecht voor de private sector. Ook uitgaande van de heersende leer ligt voor de hand om in eerste instantie de aandacht te richten op de vrijheid van richting. De vrijheid van inrichting bevindt zich meer aan de periferie van de onderwijsvrijheid. Het lijkt ondenkbaar dat op basis daarvan geconcludeerd zou worden dat het schoolbestuur de vrijheid zou moeten hebben om de bepa-

310 Dat deze bepalingen de rechter c.q. de RDA de mogelijkheid geven om de belangen van schoolbestuur en werknemer af te wegen acht ik geen bezwaar, behoudens in het geval als uiterste consequentie van de belangenafweging de conclusie zou worden getrokken dat de betrekking behouden dient te blijven en de ontslaggrond uitdrukkelijk verband houdt met de richting van de school.

311 Vgl. m.n. par. 4.2, par. 4.4.3.

312 TK 1990-1991, 22014, nr 1 e.v. Vgl. par. 4.4.6.

lingen inzake de opzegtermijnen niet na te leven, om een ontslag op staande voet niet te motiveren of om in verband met het ontslag geen rekening te behoeven houden met de financiële gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Dat de toepasselijkheid van deze bepalingen op het bijzonder onderwijs een beperking, laat staan aantasting van de vrijheid van onderwijs zou zijn, is bij mijn weten ook nooit verdedigd.³¹³

Wel een probleem is de grote invloed van de onderwijswetgever. De wettelijke bepalingen en bekostigingsvoorwaarden inzake bekostiging, formatie, fusies en reorganisaties beperken, uitgaande van de heersende leer, de vrijheid van inrichting in aanzienlijke mate. Dat bleek al in het vorige hoofdstuk waar het ging om de financiële arbeidsvoorwaarden; hier blijkt dat die invloed ook de ontslagvrijheid grotendeels wegneemt. De verwijzing naar het vorige hoofdstuk maakt duidelijk dat de vrijheid van inrichting niet de goede ingang is om de overheid tot meer terughoudendheid te bewegen c.q. te verplichten; een eventuele aanspraak op terughoudendheid kan beter gebaseerd worden op het recht op collectief overleg.³¹⁴

4.3 DE SOCIAAL-RECHTELIJKE GRONDRECHTEN EN HET ONTSLAGRECHT

4.3.1 *De werknemersoptiek*

In het voorgaande heb ik het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs benaderd vanuit het perspectief van het onderwijsgrondrecht. In deze paragraaf wil ik hetzelfde doen vanuit de optiek van de 'sociaal-rechtelijke grondrechten', voor zover zij althans betrekking hebben op de kwaliteit van de ontslagbescherming van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Ik zal daarbij centraal stellen de vraag in hoeverre het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs daadwerkelijk voldoet aan de eisen voortvloeiend uit de relevante sociaal-rechtelijke grondrechten. Een probleem is dat deze grondrechten weinig doorslaggevende aanknopingspunten bieden. Art. 19 lid 2 Gw is bijzonder vaag.³¹⁵ IAO-conventie nr 158³¹⁶ is concreter, maar biedt evenmin doorslaggevende aanknopingspunten; zij is nog niet geratificeerd. Grondrechten als het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging kunnen een groter belang hebben, maar zij zijn slechts voor bepaalde aspecten van het ontslagrecht relevant.

Een groot bezwaar is dit niet, als wordt uitgegaan van het in hoofdstuk III geformuleerde uitgangspunt dat de werknemers in het bijzonder onderwijs op

313 Tijdens de behandeling van de ontwerp-WBO is vanuit het CDA juist uitdrukkelijk aangedrongen op de integrale toepasselijkheid van het BW op het bijzonder onderwijs. Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.2. Van der Net maakt weliswaar bezwaar tegen de toepasselijkheid van de artt. 1639s en t BW, maar naar het lijkt vooral vanwege het verband met de ontslaggrond. Vgl. (1977), 203 e.v.

314 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.3 e.v.

315 Vgl. hoofdstuk III, par. 3.3.1.

316 Trb. 1984, 17.

grond van art. 19 lid 2 Gw aanspraak kunnen maken op een rechtspositie die dezelfde kwaliteit heeft als de rechtspositie van de werknemers elders in de private sector en dat een slechtere rechtspositie uitsluitend aanvaardbaar is als het onderwijsgrondrecht daarvoor een afdoende rechtvaardiging biedt.³¹⁷ Daarvan uitgaande zijn er voldoende aanknopingspunten om na te gaan of het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs aan de te stellen eisen voldoet. Ik zal daarbij in eerste instantie uitgaan van de kwaliteit van de ontslagbescherming in het algemeen. De rol van grondrechten als het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging komt aan de orde in par. 4.4.

4.3.2 *Opnieuw: de rechtsvorm*

In verband met de kwaliteit van de ontslagbescherming verdient allereerst de juridische vorm waarin het ontslagrecht is gegoten kort de aandacht. In par. 4.2.4 concludeerde ik dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter van veel ontslagbepalingen irrelevant is in het kader van de vrijheid van het schoolbestuur ten opzichte van de overheid. Voor de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer is het onderscheid daarentegen wel relevant. Het vormt, kort gezegd, een storende factor, omdat het schoolbesturen en werknemers en hun organisaties verplicht tot het maken van allerlei ingewikkelde constructies om te bewerkstelligen dat de bekostigingsvoorwaarden doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.³¹⁸

Ik voeg daaraan toe dat de direct betrokkenen, in sommige kringen van het bijzonder onderwijs althans, door hun afkeer van de cao en andere wijzen van collectieve vaststelling van arbeidsvoorwaarden, het geheel nog ingewikkelder maken. De in par. 3.9 besproken problemen rond de afvloeiingsregeling in geval van fusie vormen op dat punt een treffend voorbeeld.

4.3.3 *Inhoudelijk: de niet-toepasselijkheid van het BBA*

Inhoudelijk gezien vereist vooral de niet-toepasselijkheid van het BBA de aandacht. Het gevolg daarvan is dat de belangrijkste garantie voor een toetsing van de 'iusta causa' in het ontslagrecht voor de private sector vervalt, evenals de garanties inzake belangenafweging, zorgvuldigheid en motivering. Het gevolg is tevens dat ontslagen in het bijzonder onderwijs uitsluitend repressief en op initiatief van de werknemer worden getoetst. Wat resteert, zo concludeerde ik al in par. 3.3.2, is het uitgangspunt van art. 1639o BW, slechts ten dele gerelativeerd door de voorschriften inzake de opzegtermijn, de ontslagverboden en de regeling inzake de kennelijk onredelijke beëindiging.

Anderzijds moet gezegd worden dat de direct betrokkenen erin geslaagd zijn om, door het creëren van eigen ontslagrecht in aktes en cao's, de nadelen van de niet-toepasselijkheid van het BBA voor een belangrijk deel te compenseren. Dat is met name het gevolg van het feit dat de betrokkenen te rade zijn gegaan bij het ontslagrecht voor de publieke sector, daartoe ten dele verplicht

317 Vgl. hoofdstuk III, par. 3.4.

318 Vgl. par. 3.2.

door de overheid, maar grotendeels op eigen initiatief. Uit een oogpunt van kwaliteit van ontslagbescherming verdienen de 'ambtelijke' elementen in het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs een positieve waardering, zowel de materiële als de formele. Het gesloten stelsel van ontslaggronden in combinatie met de wijze van toetsen door de commissie van beroep (onder andere op overtreding van het verbod van willekeur, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel) compenseren voor een belangrijk deel het gemis van de preventieve toetsing door de RDA.³¹⁹ De (eventuele) vernietiging stelt het herstel van de dienstbetrekking in het vooruitzicht als de toetsing negatief uitvalt.³²⁰

4.3.4 Overheid of direct betrokkenen?

De positieve uitwerking van het ontslagrecht in aktes en cao's is echter allerm minst een argument om te concluderen dat de niet-toepasselijkheid van het BBA niet bezwaarlijk is. Waar het op neerkomt is namelijk dat de overheid het bijzonder onderwijs uitzondert en het vervolgens grotendeels aan de betrokkenen zelf overlaat om de kwaliteit van de ontslagbescherming in het oog te houden. De overheid beperkt zich tot een minimale bijdrage: zij verplicht tot het uitdrukkelijk vastleggen van de ontslaggronden en tot het vaststellen en hanteren van een afvloeiingsregeling, zij legt verplichtingen op inzake garantieregeling en deeltijdontslag (en financiert de schoolbesturen op dat punt) en zij verplicht tot het instellen van commissies van beroep.

Dat is duidelijk minder overheidsbemoeienis dan elders.³²¹ Op het gebied van het ontslagrecht wijkt de taakverdeling tussen de overheid enerzijds en de organisaties van werkgevers en werknemer anderzijds duidelijk af van hetgeen gebruikelijk (en rechtens) is op het gebied van de financiële arbeidsvoorwaarden.³²² Daar staat de vrijheid van de sociale partners voorop; hier speelt de wetgever de belangrijkste rol. Inhoudelijk richt de wetgever zich veelal naar de wensen en opvattingen van de sociale partners, maar hij heeft (en neemt) ook een eigen verantwoordelijkheid.³²³ En het resultaat is hoe dan ook grotendeels wetgeving. Voor de cao en de arbeidsovereenkomst wordt in

319 Het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs voldoet in een aantal opzichten meer aan het bepaalde in IAO-conventie nr 158 dan het ontslagrecht elders in de private sector. Vgl. bijv. art. 4 van de conventie; dat de 'iusta causa' vooropstelt.

320 Vgl. i.v.m. de commissies van beroep: hoofdstuk IX, par. 2.5 en 2.6.

321 Het afschaffen van de bepalingen inzake de ontslaggronden zou eventueel verdedigd kunnen worden op basis van het argument dat het onderwijsgrondrecht niet langer de overheidsbemoeienis eist. Gegeven de niet-toepasselijkheid van het BBA vormen de bepalingen vanuit sociaal-rechtelijke optiek echter een absoluut vereist minimum. In hoofdstuk IX, par. 4.4.1 kom ik op deze kwestie terug i.v.m. de commissies van beroep, waar de sociaal-rechtelijke noodzaak van regulerend optreden van de overheid nog sterker speelt.

322 Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.2: het recht op collectief overleg van de direct betrokkenen staat hier voorop en wordt ook grotendeels gerespecteerd.

323 Vgl. de gang van zaken rond wetsontwerp 21479, dat grotendeels overeenstemt met het SER-advies herziening ontslagrecht, maar dat op een aantal punten ook bewust afwijkt. Daarover: Fase (1990). Het voorbeeld is overigens niet in alle opzichten gelukkig, want het SER-advies

de sfeer van de aanvulling en afwijking van het BW-ontslagrecht slechts een zeer beperkte ruimte gelaten.

Dat de overheid ten aanzien van het bijzonder onderwijs erg terughoudend is, staat dus wel vast. Of dat té terughoudend is, is voor een belangrijk deel afhankelijk van de opvatting over de achtergrond van de niet-toepasselijkheid van het BBA.³²⁴ Wie op dat punt uitgaat van de vrijheid van onderwijs, zal wellicht concluderen dat deze een verdergaande invloed nu eenmaal niet toelaat. Dat de overheid op dit moment feitelijk een bijzonder grote invloed heeft op het ontslag in het bijzonder onderwijs maakt dat argument echter weinig overtuigend. Wie uitgaat van het bestaan van de commissies van beroep, waardoor de preventieve toets overbodig zou zijn, is kennelijk van mening dat de geboden bescherming gelijkwaardig is. Dat is echter allerm minst zeker, al was het maar omdat het moment van toetsen verschilt.³²⁵ Ik laat het hier bij deze constatering. Het definitieve oordeel over deze kwestie schort ik op tot aan het slot van het volgende hoofdstuk, als ook de rechtsbescherming die commissies van beroep en burgerlijke rechter bieden aan de orde is geweest.

4.3.5 *Problemen door de privaatrechtelijke grondslag*

Het oordeel over de terughoudendheid van de overheid is daarnaast afhankelijk van de wijze waarop het eigen ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs functioneert. Op dat punt mogen geen al te grote problemen bestaan, wil het ontslagrecht in aktes en cao's het gemis van de toepasselijkheid van het BBA inderdaad kunnen compenseren. Ook op dit punt is een definitief oordeel pas aan het slot van het volgende hoofdstuk te geven, na de behandeling van het functioneren van de commissies van beroep. Maar ook op basis van het materiële ontslagrecht is over deze kwestie al het nodige te zeggen, met name in verband met de vraag in hoeverre de wetgever schoolbesturen en werknemers en hun organisaties in staat stelt om hun eigen ontslagrecht optimaal gestalte te geven.

Ik stel in dat verband voorop dat de ambtelijke elementen in het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs een contractuele basis hebben. Dat geldt zowel voor de onderdelen van het ontslagrecht die tot stand zijn gebracht naar aanleiding van een bekostigingsvoorwaarde als voor de onderdelen die de betrokkenen uit eigen beweging hebben toegevoegd.³²⁶ Dat betekent dat de vrijheid om het ontslagrecht te 'verambtelijken' niet verder gaat dan het BW toelaat.

Gezien het grotendeels dwingende karakter van het BW-ontslagrecht zijn

← draagt wel erg sterk een compromiskarakter en de grootste afwijking betreft uitgerekend de matiging van de loonvordering.

324 Art. 1 IAO-conventie nr 158 laat het effectueren van de verdragsbepalingen 'door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten, scheidsrechterlijke uitspraken of rechterlijke beslissingen, of op enige andere met de nationale gebruiken verenigbare wijze' toe. In dat opzicht kunnen geen problemen ontstaan.

325 Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.3.3.

326 Vgl. par. 3.2.

de grenzen van het mogelijke snel bereikt. Verschillende voorbeelden van de complicaties die aldus ontstaan zijn in par. 3 aan de orde geweest. Ik wijs op de regeling inzake het ontslag op staande voet die vóórgaat op de contractuele regeling van het strafontslag en op de onmogelijkheid om (zou dat inderdaad bedoeld zijn) de opzegging door de werknemer te vervangen door de opzegging op verzoek.³²⁷ Op punten als deze kunnen de betrokkenen moeilijk iets anders doen dan zich aanpassen aan het BW-ontslagrecht.

Een veel groter probleem is dat het BW-ontslagrecht het schoolbestuur een in uitgangspunt ongelimiteerde bevoegdheid geeft om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Het bevat aldus een uitgangspunt dat diametraal tegengesteld is aan het uitgangspunt dat het BBA kenmerkt en dat de direct betrokkenen ook voor het bijzonder onderwijs hebben willen formuleren. De vraag rijst hoe waterdicht het gesloten stelsel van ontslaggronden tegen deze achtergrond daadwerkelijk is. Er is veel te zeggen voor het standpunt dat het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs door zijn contractuele status niet het dwingend-rechtelijke art. 1639o BW opzij kan zetten. Anders gezegd: opzeggen mag dan wel niet, maar het kan wel.³²⁸

Kortom: omdat het door schoolbesturen en werknemers en hun organisaties tot stand gebrachte 'ambtelijke' ontslagrecht rust op een privaatrechtelijk fundament, ontstaan problemen, waarbij het dwingende karakter van het BW-ontslagrecht in beginsel betekent dat het onderwijsontslagrecht zal moeten wijken.

4.3.6 *De invloed van de rechtsbescherming*

Het belang van deze problemen kan gerelativeerd worden door er op te wijzen dat geschillen over de toepassing van het 'kringeigen' ontslagrecht in principe door de 'kringeigen' commissie van beroep worden beslecht. De commissie van beroep kan, omdat zij kan vernietigen, een adequate sanctie stellen op de overtreding van het onderwijsontslagrecht. De beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep lijkt daarnaast een opening te bieden voor een onverkorte toepassing van het eigen ontslagrecht, zelfs waar het niet naadloos aansluit op het BW.

Dat is echter alleen het geval als alle betrokkenen, schoolbestuur én werknemer én commissie van beroep, dat op prijs stellen, zich daar althans bij neerleggen. Is dat niet het geval, dan worden opnieuw de uiterste grenzen van het BW-ontslagrecht relevant. De rechtsbescherming via de commissies van beroep vormt namelijk niet een afgesloten geheel. In veel gevallen is een beroep op de burgerlijke rechter mogelijk, zowel na de commissie van beroep als in plaats daarvan, zowel voor het schoolbestuur als voor de werknemer. Ook op dat punt zijn in de voorgaande paragrafen voldoende voorbeelden aan de

³²⁷ Resp. par. 3.3.6, par. 3.6.2. In het volgende hoofdstuk komen nog enkele voorbeelden aan de orde. Vgl. par. 2.6.6 i.v.m. de onregelmatige opzegging en par. 2.5.8 i.v.m. de (ver)nietig (bar)e opzegging.

³²⁸ In hoofdstuk IX, par. 2.6.4 en 4.3.3 komt deze kwestie meer uitgebreid aan bod.

orde geweest, zowel gevallen waarin de commissie van beroep niet competent is als gevallen waarin de commissie van beroep niet het laatste woord heeft.³²⁹ De rechtsbescherming via de commissies van beroep vormt dus zeker niet in alle opzichten een toereikende garantie dat het ontslagrecht in aktes en cao's optimaal tot zijn recht kan komen.³³⁰

4.3.7 Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat, wat er verder zij van de kwaliteit van de rechtsbescherming, op zijn minst ernstig betwijfeld mag worden of het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs wel volledig voldoet aan de eisen die daaraan op grond van art. 19 lid 2 Gw gesteld moeten worden. Boosdoener is met name art. 1639o BW, dat in het BW een uitgangspunt vastlegt dat voor wat betreft de private sector in het algemeen als verlaten mag gelden, maar dat in het bijzonder onderwijs vrijwel ongehinderd doorwerkt.

Zou art. 19 lid 2 Gw inderdaad geschonden worden, dan is niet meteen duidelijk wat dat moet betekenen: denkbaar is, zeker zo lang het BW-ontslagrecht niet wezenlijk verandert, dat het bijzonder onderwijs onder het BBA wordt gebracht; denkbaar is ook dat de ruimte voor de direct betrokkenen juist nog verder wordt vergroot. Evenmin is duidelijk of, als de overheid zou willen optreden, zij daartoe ook bevoegd is met het oog op de vrijheid van onderwijs. Aan het slot van het volgende hoofdstuk, als het totale ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs behandeld is, kom ik op beide vragen terug.

4.4 DE VRIJHEID VAN RICHTING EN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

4.4.1 De wijze van benaderen

Hierna zal ik ingaan op de problemen die ontstaan als de vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel met elkaar in conflict komen in het kader van het ontslagrecht in het bijzonder onderwijs. Dat ik mij in verband met het onderwijsgrondrecht beperk tot de vrijheid van richting ligt gezien het gestelde in par. 4.2.4 voor de hand: juist zij kan in gevaar komen als té vergaande consequenties worden verbonden aan het gelijkheidsbeginsel. Aan werknemerszijde ligt de beperking tot het gelijkheidsbeginsel wellicht minder voor de hand. Ook grondrechten als de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van meningsuiting en het recht op eerbiediging van de persoonlijke le-

329 Enerzijds: geschillen met als inzet een schadevergoeding dan wel het herstel van de dienstbetrekking op basis van de artt. 1639s en t BW, ontbindingsverzoeken op basis van art. 1639w BW, geschillen inzake het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar ook loonvorderingen en vorderingen i.v.m. de schadeloosstelling c.q. schadevergoeding ex artt. 1639o en r BW. Vgl. nader: hoofdstuk IX, par. 2.3. Anderzijds: geschillen inzake de interpretatie van de ontslagverboden en de wet in het algemeen. Vgl. par. 3.3.5 hiervoor.

330 Daar komt bij dat ook de vernietiging zelf problematisch is gezien in het licht van het privaatrecht in het algemeen en art. 1639o BW in het bijzonder. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.6.4, par. 4.3.3.

venssfeer kunnen in gevaar komen als gevolg van té vergaande aanspraken op basis van de vrijheid van richting. Niettemin zal ik mij hierna grotendeels concentreren op het gelijkheidsbeginsel, als het grondrecht dat in dit verband in de afgelopen jaren het meest in de aandacht heeft gestaan.

Tot uitgangspunt neem ik dat er een duidelijke relatie bestaat tussen de vrijheid van richting en het ontslag in het bijzonder onderwijs (par. 4.4.2). Op basis daarvan zal ik nagaan hoe de direct betrokkenen in het bijzonder onderwijs de relatie tussen richting en ontslag in de praktijk gestalte hebben gegeven (par. 4.4.3). Die 'praktijk' zal ik vervolgens confronteren met het gelijkheidsbeginsel, op basis van het uitgangspunt dat ook het gelijkheidsbeginsel duidelijk relevant is voor het ontslag in het bijzonder onderwijs (par. 4.4.4). Meer in het bijzonder zal ik nagaan op welke wijze de wetgeving inzake de gelijke behandeling van invloed is op de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en werknemer. Ik zal daarbij aandacht besteden aan de relevante BW-bepalingen en de WGB (par. 4.4.5) en aan de – toekomstige – AWGB (4.4.6). In de par. 4.4.7 en volgende zal ik vervolgens nader ingaan op de onderlinge verhouding van de vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel. Daarbij zal centraal staan de vraag in hoeverre de (huidige en toekomstige wetgeving inzake de gelijke behandeling) recht doet aan de belangen van de schoolbesturen en van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

4.4.2. *De vrijheid van richting en het ontslagrecht*

De vrijheid van richting geeft een duidelijke aanspraak op overheidsonthouding op het gebied van het ontslagrecht. De doelstelling van een bijzondere school om onderwijs te geven op basis van een bepaalde richting, kan zij alleen vervullen als de werknemers, en met name de leerkrachten, zich voor het bereiken van die doelstelling inzetten. Daarom ligt voor de hand dat het schoolbestuur eisen zal willen stellen aan de werknemers op basis van de richting van de school. Zou een school aan deze eisen geen consequenties mogen verbinden in de sfeer van het ontslag, dan zou een aantasting van de vrijheid van richting daarvan het gevolg kunnen zijn. Het is daarom terecht dat onder de vrijheid van aanstelling ook de vrijheid van ontslag wordt begrepen; het is evenzeer terecht dat aan de vrijheid van ontslag omdat (en voor zover!) een verband bestaat met de vrijheid van richting bijzonder veel waarde wordt gehecht.³³¹

Tot zover het principe. Vervolgens rijst echter de vraag welke consequenties aan dat principe verbonden kunnen worden, bijvoorbeeld waar het gaat om aard en inhoud van de eisen. Het ligt voor de hand er van uit te gaan dat de

331. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.8.2. De opvatting die ten grondslag ligt aan het initiatiefontwerp Van Nieuwenhoven/Haas-Berger inzake een Wet tegen seksdiscriminatie (TK 1986-1987, 20065 nr 1 e.v.), namelijk dat de vrijheid van onderwijs niet in het geding is waar het gaat om de vaststelling van anti-discriminatie wetgeving, is dan ook terecht bekritiseerd, niet alleen door de Raad van State (vgl. TK 1987-1988, 20065, A, 4), maar ook in de literatuur (vgl. bijv. Van der Hoeven (1989), 12-13; B. Vermeulen (1989), 58).

aan de werknemers te stellen eisen in eerste instantie diens godsdienstige of levensbeschouwelijk opvattingen betreffen; zij zullen moeten aansluiten op de richting van de school.³³² De richting zou echter ook een uitstraling kunnen hebben naar andere gebieden, zoals de politieke opvattingen van de werknemer of diens seksuele gerichtheid.

Op basis van de richting van de school zal de werknemer in verband met zijn taakuitoefening aan bepaalde verplichtingen moeten voldoen c.q. bepaalde beperkingen moeten accepteren. Maar ook wat elders geacht wordt tot de zuivere privésfeer van de werknemer te behoren, zou de invloed kunnen ondergaan van de door de school te stellen eisen. Er van uitgaande dat de school maximaal aan zijn bijzondere karakter vasthoudt, zou de aard van het werk niet alleen een zekere uiterlijke conformering kunnen eisen, maar een ook innerlijk gevoelde overtuiging. Die overtuiging zou dan 'als vanzelf' ook in het privéleven moeten blijken. Daarvan uitgaande zou de school eisen kunnen stellen in verband met (bijvoorbeeld) de kerkelijkheid en het (al dan niet) gehuwd samenleven.

De vraag hoe ver de aanspraken op basis van de vrijheid van ontslag gaan, rijst ook in verband met de personenkring aan wie de hiervoor genoemde eisen gesteld kunnen worden. Kunnen aan alle werknemers in dienst van het schoolbestuur deze eisen worden gesteld en aan alle werknemers ook in even sterke mate? Of is er reden om – in beide opzichten – een onderscheid te maken op basis van de aard van de functie? De tekst van art. 23 Gw wijst uitsluitend in de richting van de leerkrachten, zowel in lid 2 als in lid 6. Uitgaande van de verzuiling van het bijzonder onderwijs en de samenleving als geheel, en meer in het bijzonder van de (behoefte aan) afscherming van andersdenkenden op basis van het gezamenlijke geloof, is voorstelbaar dat ook van de niet met onderwijs belaste werknemers verwacht wordt dat zij aan bepaalde eisen voldoen die verband houden met de richting van de school.³³³

4.4.3 De direct betrokkenen

Dat in de praktijk inderdaad consequenties worden verbonden aan de richting van de school blijkt uit de inhoud van de aktes van benoeming die in het bijzonder onderwijs worden gehanteerd. In deze aktes wordt aangegeven welke met de richting van de school verband houdende eisen aan de werknemer worden gesteld. Dat gebeurt met name ten aanzien van de leerkrachten, maar ten dele ook ten aanzien van het niet-onderwijzend personeel.³³⁴ Gebruikelijk zijn vrij neutrale formuleringen, waarin de werknemer verklaart 'zijn functie (te zullen vervullen) in overeenstemming met de grondslag en het doel van de

332 Voorbeelden van deze (en de hierna te noemen) eisen komen aan de orde aan het slot van par. 4.4.3.

333 Vgl. hoofdstuk II, par. 3.1.4. Vgl. ook: Van Kemenade (1968), 78 e.v.

334 Vgl. Van Esch (1988), 294, die wijst op verschillen tussen onderwijzend en niet-onderwijzend personeel. Van de laatste categorie zou ongeveer 40% zich schriftelijk accoord verklaren met de eisen op basis van de richting.

school, zoals die door de rechtspersoon zijn vastgesteld en zoals deze zijn omschreven in de statuten.³³⁵ In bepaalde delen van het rooms-katholiek onderwijs neemt de werknemer de verplichting op zich om 'bij de vervulling van zijn taak loyaal mee (te) werken aan de doelstelling van de school, ook voor zover die doelstelling gebaseerd is op de levensbeschouwelijke grondslag van de school.' Tevens verplicht hij zich te 'voldoen aan alle eisen welke hem, gezien deze doelstelling en grondslag, de aard en het milieu van de school, terzake van onderwijs en gedragingen redelijkerwijs kunnen worden gesteld.'³³⁶ In het protestants-christelijk onderwijs dient de werknemer over het algemeen te verklaren dat hij 'zijn functie (vervult) in overeenstemming met de grondslag en het doel van de vereniging zoals deze zijn omschreven in de statuten waarvan hem een exemplaar ter hand is gesteld'.³³⁷

Deze bepalingen uit de aktes van benoeming zijn vaag, maar toch niet zonder juridisch belang. Zij bevatten de basis voor de (eventuele) conclusie dat de werknemer zijn verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst niet is nagekomen.³³⁸ In de (overigens schaarse) jurisprudentie waarin dat uitdrukkelijk ter sprake kwam, is er daarnaast uit afgeleid dat de werknemer accoord is gegaan met een beperking van 'zijn' grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.³³⁹

Het verdient opmerking dat de aangehaalde bepalingen de indruk wekken dat de eisen op basis van de richting geen betrekking hebben op de innerlijke overtuiging van de werknemer, maar uitsluitend op zijn handelen en nalaten, en dat laatste uitsluitend voor zover sprake is van een verband met de uitgeoefende functie. Uit de hierna te behandelen jurisprudentie van de commissies van beroep blijkt dat verdergaande eisen worden gesteld.³⁴⁰

In de regel is het overtreden van de 'richting-eisen' als ontslaggrond opgenomen in de aktes en cao's. Daarnaast kunnen zij ook andere ontslaggronden bevatten die verband houden met de richting van de school. De rooms-katholieke aktes maken bijvoorbeeld het ontslag op grond van 'het feit dat de

335 Vgl. (o.a.) de akte van benoeming rk en pc mbo, juni 1990.

336 Vgl. (o.a.) de akte van benoeming rk vo, augustus 1985.

337 Vgl. (o.a.) akte van benoeming onderwijsondersteunend personeel basis- en (voortgezet) speciaal onderwijs, 1988.

338 Vgl. bijv. CvB pc vo 30-1-1975, AB 1975, 115.

339 Vgl. bijv. CvB rk vo, Het Schoolbestuur 1970, 383 e.v. (de bepaling dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het verlaten van een religieuze orde is niet in strijd met de openbare orde of goede zeden, omdat zij een redelijk belang dient, het goed functioneren van de school). Vgl. ook: Ktr Amsterdam 11-2-1983, AB 1983, 277 (indien al een beroep op het EVRM mogelijk is, dan verhindert de contractuele bepaling dat daar i.c. consequenties aan verbonden worden).

340 Binnen het pc onderwijs wordt het passieve kiesrecht voor de medezeggenschapsraad beperkt door middel van een clause die vrijwel letterlijk overeenstemt met de hiervoor aangehaalde NPCS-clause in de aktes van benoeming. I.v.m. de medezeggenschap wordt deze clause veel beperkter uitgelegd dan i.v.m. de eisen aan de individuele werknemer. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.2.5.

leraar uit ambt, orde of congregatie treedt' mogelijk. De cao van de gereformeerde hogeschool voor beroepsonderwijs te Zwolle bevat de bepaling dat het schoolbestuur het dienstverband van het personeelslid kan beëindigen 'wanneer het is opgehouden lid te zijn van één van de Gereformeerde Kerken (vrijgemaakt) in Nederland'.³⁴¹

Belangrijk is wie beslist of de op grond van de richting van de school te stellen eisen zijn overtreden (c.q. of een ontslaggrond voorhanden is). Het ligt voor de hand om er van uit te gaan dat de beslissing in het concrete geval wordt genomen door het schoolbestuur als werkgever.³⁴² Dat kan zelfs uitdrukkelijk zijn overeengekomen, bijvoorbeeld door de toevoeging 'naar oordeel van het schoolbestuur' aan de ontslaggrond.³⁴³ In een aantal gevallen bevat de akte van benoeming een bepaling op basis waarvan derden, met name kerkelijke autoriteiten, invloed wordt gegeven op het ontslag van de werknemer. In de regel is dat alleen ten aanzien van met godsdienstonderwijs belaste werknemers het geval. Deze werknemers kunnen veelal alleen worden aangesteld nadat (bijvoorbeeld) de bisschop een accoordverklaring heeft afgegeven. Het intrekken daarvan levert op basis van de akte een ontslaggrond op.³⁴⁴

Geschillen in verband met de eisen op basis van de richting van de school worden in beginsel door de commissies van beroep beslecht.³⁴⁵ De commissies van beroep bemoeien zich over het algemeen in vergaande mate met dergelijke geschillen. Daar is geen bezwaar tegen. Van de burgerlijke rechter wordt, wanneer sprake is van een geschil met een duidelijke religieuze of anderszins levensbeschouwelijke achtergrond, terecht terughoudendheid geëist.³⁴⁶ De commissie van beroep hoeft in de richtinggevoeligheid van een geschil daarentegen geen aanleiding te zien om zich (extra) terughoudend op te stellen.³⁴⁷

341 Vgl. Ktr Zwolle, 7-3-1991, NJCM-bulletin 1991, 302 e.v., m.n. R. de Winter. Een en ander sluit overigens niet uit dat het niet-naleven van de richtingseisen leidt tot een ontslag op 'algemene' gronden zoals ongeschiktheid, gewichtige redenen, straf c.q. dringende redenen.

342 Ook als wordt uitgegaan van de opvatting dat de ouders de dragers zijn van de vrijheid van onderwijs (vgl. hoofdstuk III, par. 2.7) ligt dat voor het concrete geval voor de hand. Vgl. ook: hoofdstuk X, par. 4.4.6.

343 Een dergelijke toevoeging heeft vooral consequenties voor de opstelling van de commissie van beroep. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.5.9.

344 Vgl. in dit verband het Algemeen reglement voor het katholiek onderwijs en het Algemeen reglement voor het katholiek onderwijs in het bisdom Roermond (opgenomen in School en Besturen 2-1988.) De bemoeienis van kerkelijke autoriteiten als de bisschoppen kan in juridisch opzicht het beste benaderd worden op dezelfde wijze als de overheidsbemoeienis op basis van bekostigingsvoorwaarden: het schoolbestuur zal de invloed van de 'derde' niet kunnen negeren, bijvoorbeeld op grond van het lidmaatschap van een bepaalde vereniging van schoolbesturen of het behoud van een kerkelijke 'erkenning'. De positie van de werknemer wordt alleen beïnvloed als de akte van benoeming daarvoor een opening biedt. Dwingend ontslagrecht kan door een dergelijke clause niet opzij worden gezet.

345 Ook de burgerlijke rechter en eventueel zelfs de RDA kunnen er echter mee geconfronteerd worden. Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.

346 Vgl. HR 15-2-1957, NJ 1957, 201. Vgl. ook: Biesheuvel (1986), 50 e.v.; Hermans (1988), 120 e.v.

347 Vgl. ook: hoofdstuk IX, par. 2.5.

Zij komt voort uit dezelfde kring als het schoolbestuur en zij moet dan ook bij uitstek geschikt – en gerechtigd – worden geacht om te beoordelen of (bijvoorbeeld) het CPN-lidmaatschap zich verdraagt met een betrekking aan een bepaalde confessioneel-bijzondere school.

De weinig terughoudende opstelling blijkt uit het feit dat de commissies over het algemeen diep ingaan op de vraag of een bepaalde gedraging in overeenstemming is met de richting van de school. Een beroep op de akte of de statuten wordt in de regel niet zonder meer geaccepteerd. De commissies gaan na of de statutaire grondslag in praktijk daadwerkelijk gevolgen heeft.³⁴⁸ Evenmin wordt de situatie ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst per se doorslaggevend geacht. Met veranderingen in de loop van de tijd, waardoor de bepaling in de akte een geheel andere inhoud krijgt, wordt rekening gehouden.³⁴⁹ Daarnaast blijkt dat de commissies van beroep niet bereid zijn om zonder meer het oordeel van het schoolbestuur te accepteren, dat sprake is van handelen in strijd met de richting van de school. De commissies onderzoeken in de regel nauwkeurig in hoeverre het oordeel van het schoolbestuur in overeenstemming is met de opvattingen van collega-werknemers, ouders, kerkelijke autoriteiten etc.³⁵⁰ Een marginaal element bevat over het algemeen uitsluitend de toetsing van de beslissing van het schoolbestuur om het niet-naleven van de richtingeisen te beantwoorden met een ontslag.³⁵¹ Dat betekent dat als eenmaal vast staat dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met de op basis van de richting te stellen eisen, het beroep in de regel wordt verworpen.

Aldus zijn in de afgelopen decennia ontslagen geaccepteerd die verband hielden met: het huwelijk³⁵²; het zijn van kostwinner³⁵³; het ongehuwd samen-

348. Vgl. (zeer nadrukkelijk) Cvb rk kbbo Zd Ned. 11-10-1983, JKOCZ 1983 A.1.9. Vgl. ook Ktr Den Haag 22-10-1984, NJ 1985, 286, JKOCZ 1984 B.20. Uitzonderingen vormen de in alle opzichten zeer principieel getoonzette beslissingen inzake de (on)verenigbaarheid van het leraarschap aan een confessionele school en het lidmaatschap (c.q. lijsttrekkerschap) van de CPN. Vgl. Cvb pc vo 30-1-1975, AB 1975, 115; Cvb rk kbbo 23-11-1978, AB 1979, 113 en 12-3-1979, AB 1979, 347.

349. Vgl. Ktr Den Haag 22-10-1984, JKOCZ 1984, B.20, waarin in dit verband belang wordt gehecht aan het feit dat het handelen van Centruumpartij-kamerlid Janmaat jaren lang door de scholen is getolereerd.

350. Vgl. bijv. (zeer uitgebreid op dit punt) Cvb rk kbbo Zd Ned. 11-10-1983, JKOCZ 1983 A.1.9. Bij 'tussenbeslissing' van 23-11-1978 (AB 1979, 113) vraagt de Cvb rk kbbo de bisschoppelijk gedelegeerde voor het rk kbbo in het bisdom Den Bosch uitdrukkelijk om antwoord op de vraag naar de (on)verenigbaarheid van het CPN-lijsttrekkerschap en de betrekking als leerkracht aan een rk school; in de eindbeslissing van 12-3-1979 (AB 1979, 347) speelt het antwoord een belangrijke rol. Een uitzondering vormt: Cvb rk bso 21-12-1987, JKOCZ 1987 A.1.4.

351. Vgl. bijv. Cvb pc vo 30-1-1975, AB 1975, 115; Cvb rk kbbo Zd Ned. 12-3-1979, AB 1979, 347.

352. Vgl. Cvb rk klo 30-9-1970, Het Schoolbestuur 1970, 470 e.v. Vgl. ook: Van der Net (1977), 168 e.v.

353. Vgl. hoofdstuk V, par. 4.3.2.

354. Vgl. Cvb rk bero 18-6-1971, Het Schoolbestuur 1971, 291 e.v.

wonen³⁵⁴; het aangaan van een buitenechtelijke relatie³⁵⁵; zwangerschap en bevalling³⁵⁶; het lidmaatschap van de CPN³⁵⁷; het neerleggen van een kerkelijk ambt³⁵⁸; bepaalde nevenactiviteiten³⁵⁹; het lidmaatschap van kerken, organisaties of bewegingen op religieuze dan wel anderszins levensbeschouwelijke grondslag zoals de 'Onafhankelijke Kerk West-Brabant'³⁶⁰, Jehovah's getuigen³⁶¹, Bhagwan³⁶², Bah'ai³⁶³ en de Kerk van de Mormonen.³⁶⁴

In sommige van deze gevallen wordt 'het enkele feit' van (bijvoorbeeld) het lidmaatschap van een bepaalde kerk of partij voldoende geacht voor het ontslag.³⁶⁵ In de regel oordelen de commissies dat daarvoor meer nodig is, bijvoorbeeld het uitdragen van de afwijkende opvattingen binnen de school³⁶⁶, de weigering om bepaalde taken te vervullen³⁶⁷, het geven van aanstoot en het verwekken van ergernis³⁶⁸ of het veroorzaken van onduidelijkheid naar buiten toe over de richting van de school.³⁶⁹

Het voorgaande maakt duidelijk dat de direct betrokkenen binnen het bijzonder onderwijs – schoolbesturen, werknemers en hun organisaties, commissies van beroep – over het algemeen vergaande consequenties verbinden aan de richting van de school. Aan de werknemers worden ingrijpende eisen gesteld; het niet voldoen daaraan leidt in veel gevallen tot ontslag. Anderzijds verdient opmerking dat de (eventuele) ontslagen in de regel met duidelijke waarborgen zijn omgeven. Grondrechten aan werknemerszijde, zoals het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst, spelen in dat verband niet of nauwelijks een rol. De waarborgen zijn het gevolg van de vergaande bemoeienis van de commissies van beroep, die uitgebreid de feitelijke grondslag van

355 Vgl. Cvb rk kbbo Zd Ned. 11-10-1983, JKOCZ 1983 A.1.9.

356 Vgl. Van der Net (1977), 177 e.v.

357 Vgl. de beslissingen aangehaald in nt 348. Vgl. daarentegen Ktr Den Haag 22-10-1984, JKOCZ 1984 B.20 inzake het kamerlid voor de Centruumpartij Janmaat, waar aan de (mogelijke) strijdigheid met de richting wordt voorbijgegaan en waar de verstoorde arbeidsverhouding de enkele reden voor de ontbinding vormt.

358 Vgl. de beslissing van de Cvb rk vo, aangehaald in Het Schoolbestuur 1970, 383 e.v.

359 Vgl. Cvb rk bso 21-12-1987, JKOCZ 1987 A.1.4 (naaktfotografie op commerciële basis en met veel publiciteit omgeven).

360 Vgl. Cvb rkvo 10-1-1986, JKOCZ 1986 A.4.4.

361 Vgl. Cvb rk bero 28-8-1987, JKOCZ 1987, A.4.4.

362 Vgl. Cvb rk bero 23-7-1981, AB 1981, 601.

363 Vgl. Cvb pc vo 17-1-1986, AB 1987, 560.

364 Vgl. Cvb pc vo 20-10-1977, AB 1977, 419.

365 Vgl. de hiervoor aangehaalde CPN-beslissingen.

366 Vgl. bijv. Pres. Rb Den Bosch 16-7-1982, NJCM-bulletin 1982, 334 e.v.

367 Vgl. Cvb rk kbbo 22-11-1976, Het Schoolbestuur 1977, 115 e.v.; Cvb rk bero 28-8-1987, JKOCZ 1987, A.4.4.

368 Vgl. Cvb rk bero 28-11-1974, Het Schoolbestuur 1975, 30 e.v.

369 Vgl. bijv. Cvb rk bero Haarlem 23-7-1981, AB 1981, 601 (het dragen van oranje kleding door een Bhagwan-aanhanger): Ook wordt getoetst of het ontslag wel op een daartoe geëigende grond berust. Vgl. bijv. Cvb rk bero, Het Schoolbestuur 1972, 297 e.v. (geen plichtsverzuim); Cvb pc vo 20-10-1977, AB 1977, 419 (gewichtige redenen aanwezig); Cvb rk vo 12-3-1979, AB 1979, 347 (geen ongeschiktheid); Cvb rk bso 21-12-1987, JKOCZ 1987 A.1.4 (objectief dringende reden; ten aanzien van 'subjectiviteit' bewijs opgedragen).

het ontslagbesluit onderzoeken, niet blindelings de opvattingen van het schoolbestuur volgen etc.

4.4.4 *Het gelijkheidsbeginsel en het ontslagrecht*

Net als de vrijheid van richting kan ook het gelijkheidsbeginsel ingrijpende gevolgen hebben voor het ontslag in het bijzonder onderwijs. Het gelijkheidsbeginsel, zoals vastgelegd in art. 1 eerste volzin Gw, biedt geen extra ontslagbescherming; het komt met name tot zijn recht in zijn 'negatieve' vorm, die van het verbod van discriminatie, zoals vastgelegd in art. 1 tweede volzin Gw.³⁷⁰ Uitgaande van art. 1 Gw dient in elk geval niet gediscrimineerd te worden op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht. Zou de werknemer op basis van een van deze gronden worden ontslagen, dan betekent dat in beginsel een schending van art. 1 Gw.³⁷¹ Wordt daarentegen volledig gevolg gegeven aan het bepaalde in art. 1 Gw, dan is het in par. 3 behandelde ontslagrecht in volle omvang op alle werknemers in het bijzonder onderwijs van toepassing – niet meer, maar ook niet minder.

Zo bezien is onvermijdelijk dat de vraag rijst of het gelijkheidsbeginsel de in par. 4.4.3 geschetste 'praktijk' toelaat. Uitsluitend op basis van art. 1 Gw is die vraag niet zo eenvoudig te beantwoorden. Er van uitgaande dat het discriminatieverbod in art. 1 Gw horizontale werking kan hebben, zou de commissie van beroep in de schending daarvan een reden kunnen zien om het ontslag te vernietigen.³⁷² Het is echter allerm minst zeker dat dat gebeurt, omdat behalve met het discriminatieverbod ook rekening moet worden gehouden met de vrijheid van richting ex art. 23 Gw. Zoals in hoofdstuk III reeds is gebleken, is van een hiërarchische verhouding tussen beide grondrechten geen sprake, terwijl het leerstuk van de beperkingen van grondrechten evenmin tot een duidelijke oplossing voor het probleem van de botsing van beide grondrechten leidt.³⁷³

4.4.5 *Huidige wetgeving: het BW en de WGB*

Een groot bezwaar is dit niet, omdat de wetgever het als zijn taak heeft gezien om duidelijkheid te brengen. Tot op heden is dat gebeurd op het gebied van de

370 Het gelijkheidsbeginsel kan ook worden aangetroffen in de artt. 2 en 26 IVBPR en 14 EVRM en in verschillende meer specifieke internationale bronnen (vgl. MvT AWGB, 3). Ik beperk mij hierna zo veel mogelijk tot de Grondwet.

371 Meer indirect (via het gelijkheidsbeginsel als 'schakelbepaling') worden zo uiteraard ook andere grondrechten beschermd, zoals de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Vgl. Alkema (1981); Hirsch Ballin (1988b).

372 Van het schoolbestuur als werkgever kan m.i. geëist worden dat het het discriminatieverbod in art. 1 Gw zonder meer in acht neemt, niet omdat het schoolbestuur (semi)overheid is, maar omdat de verhouding tussen werkgever en werknemer in veel opzichten sterk lijkt op die tussen overheid en burger. Vgl. Hirsch Ballin (1988b), 132, 151. Vgl. ook hoofdstuk III, par. 4.3 en hoofdstuk IX, par. 2.5.3 e.v. (i.v.m. de a.b.b.b.).

373 Vgl. hoofdstuk III, par. 4.4, par. 4.5.

gelijke behandeling van mannen en vrouwen.³⁷⁴ De artt. 1637ij, 1639e leden 3 en 4 en 1639h leden 2 en 4 BW en de WGB zijn rechtstreeks van toepassing op het bijzonder onderwijs.³⁷⁵ Zij maken een einde aan de twijfel of het verbod van discriminatie op grond van geslacht doorwerkt in de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Tevens maken zij duidelijk dat de vrijheid van richting niet langer een basis biedt voor de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen: voor het bijzonder onderwijs is geen uitzonderingspositie gecreëerd in het BW en in de WGB.³⁷⁶ De BW- en WGB-bepalingen voorzien de werknemer daarnaast van voldoende middelen om af te dwingen dat het schoolbestuur het gelijkheidsbeginsel inderdaad in acht neemt: overtreding ervan wordt 'bestraft' met de meest vergaande sanctie die het BW-ontslagrecht kent: de nietigheid c.q. vernietigbaarheid van het ontslag.³⁷⁷

Al met al moet de conclusie zijn dat de wetgever, voor zover het de (on)gelijke behandeling van mannen en vrouwen betreft, met harde hand heeft ingegrepen in de in par. 4.4.3 geschetste gang van zaken: huwelijk, zwangerschap, bevalling en kostwinnerschap kunnen in het bijzonder onderwijs niet langer leiden tot ontslag.

4.4.6 Toekomstige wetgeving: de AWGB

Als de AWGB zal zijn ingevoerd, is ook het maken van onderscheid op andere gronden dan geslacht in beginsel verboden. Art. 1 AWGB noemt (zowel direct als indirect) onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

Dat betekent echter allerm minst dat ook in het bijzonder onderwijs het maken van onderscheid op de in de AWGB genoemde gronden tot het verleden zal horen. Voor het bijzonder onderwijs wordt namelijk een uitzonderingspo-

374 Het strafrechtelijke discriminatieverbod wegens ras in art. 429quater WvSr laat ik buiten beschouwing.

375 De rechtstreekse toepasselijkheid is opmerkelijk. Gezien de voor de wetgever in alle opzichten kenbare invloed van de WGB en de AWGB op het onderwijsgrondrecht, lijkt niet of nauwelijks van een algemene beperking gesproken te kunnen worden (vgl. hoofdstuk III, par. 4.4). Toch is die kwalificatie, uitgaande van de tekst van art. 23 Gw en de wetgevings-traditie op onderwijsgebied, de enige mogelijkheid om te ontkomen aan de conclusie dat beide wetten uitsluitend als bekostigingsvoorwaarde aan het bijzonder onderwijs (hadden) mogen worden opgelegd. Uit werknemersoogpunt levert het karakter van 'normale' wetgeving uiteraard allerm minst bezwaren op (vgl. par. 4.3.2). (Een uitzondering vormen overigens de bepalingen inzake de beroepsmogelijkheid op de Commissie gelijke behandeling in de WMO en de WHBO; zij zijn wel bekostigingsvoorwaarden; vgl. hoofdstuk X, par. 3.5.)

376 Vgl. ook: hoofdstuk V, par. 4.3.

377 Een uitzondering vormt op dit moment nog het bepaalde in art. 1637ij lid 1 BW. In wetsontwerp 21479 wordt echter voorgesteld om ook een overtreding van het discriminatieverbod met nietigheid (althans vernietigbaarheid) te bedreigen.

sitie gecreerd in de AWGB.³⁷⁸ Art 5 lid 1 AWGB stelt voorop dat het maken van onderscheid is verboden bij (onder andere) het beëindigen van een arbeidsverhouding; lid 2 bepaalt daarna als volgt:

'Het eerste lid laat onverlet: (...) c. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.'

Deze uitzonderingsbepaling gaat verder dan de vergelijkbare bepalingen voor instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag (lid 2 sub a AWGB) en voor instellingen op politieke grondslag (lid 2 sub b AWGB). Bijzondere scholen zullen namelijk 'aan hun personeel in verband met hun functioneren eisen kunnen stellen die bijdragen tot het verwezenlijken van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de instelling', eisen derhalve die 'ook betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang zijn.'³⁷⁹ Door de eisen los te koppelen van wat nodig is voor de vervulling van de functie wordt niet alleen de mogelijkheid geschapen om naar aard en inhoud vergaande eisen te stellen, het betekent ook dat dergelijke eisen aan alle werknemers gesteld kunnen worden. Het oordeel over de relevantie van de aan de werknemers te stellen eisen wil de regering in beginsel overlaten aan het schoolbestuur.³⁸⁰ Consequentie daarvan zal zijn dat de 'ruimte voor de Commissie (gelijke behandeling, W.B.) of de rechter om te beoordelen of er sprake is van al dan niet verboden onderscheid bij onderdeel c beperkter is dan bij onderdeel a'.³⁸¹

Het voorgaande maakt duidelijk dat de regering in verband met het invoeren van de AWGB in vergaande mate rekening wil houden met de vrijheid van onderwijs. Niettemin kan worden betoogd dat ook de AWGB de vrijheid van ontslag van het schoolbestuur beperkt.³⁸² Enkele van de hiervoor genoemde

378 De AWGB zal de werking van de WGB en van de artt. 1637ij, 1639e en 1639h BW onverlet laten. Vgl. art. 4 AWGB. In art. 3 worden rechtsverhoudingen binnen (o.a.) kerkgenootschappen en hun onzelfstandige onderdelen uitgezonderd. Die uitzondering betreft echter niet de gevallen dat zij op gelijke voet met anderen aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Vgl. MvT AWGB, 7. De AWGB zal dus ook op door kerkgenootschappen in stand gehouden scholen van toepassing zijn.

379 Vgl. MvT AWGB, 8.

380 Vgl. MvT AWGB, 8.

381 Vgl. MvT AWGB, 17. (In de MvT zijn de letter a en c – naar ik aanneem – abusievelijk omgewisseld.)

382 Ook andere bezwaren zijn denkbaar: wetgeving inzake de gelijke behandeling betreft niet de deugdelijkheid van het onderwijs, zij beperkt de vrijheid van inrichting; zij vormt een aantasting van de vrijheid van het schoolbestuur. Deze bezwaren snijden m.i. geen hout. Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.5.

voorbeelden vallen bijvoorbeeld met grote zekerheid niet onder het bepaalde in art. 5 lid 2 sub c AWGB.³⁸³

Het is echter vooral vanuit een werknemersperspectief dat de vraag rijst of de AWGB in haar huidige vorm berust op een deugdelijke afweging van gelijkheidsbeginsel en vrijheid van richting. Voor een belangrijk deel ligt het probleem zelfs een stap eerder, namelijk bij het uitgangspunt dat sprake is van een botsing van de vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel. Deze kwestie komt in par. 4.4.7 aan bod; in par. 4.4.8 zal ik stilstaan bij de kwestie van de afweging van de vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel.

4.4.7 *Strijd met de vrijheid van richting?*

Dat allerm minst vast staat dat de vrijheid van richting en het gelijkheidsbeginsel steeds met elkaar in strijd komen, blijkt in de eerste plaats als de gronden voor het maken van onderscheid worden gezien.

Het lijkt niet of nauwelijks denkbaar dat de vrijheid van richting op dit moment zou kunnen dienen als rechtvaardiging voor het maken van onderscheid op basis van ras. Iets vergelijkbaars geldt voor de grond 'geslacht'. Het is niet zo dat de opvatting dat mannen en vrouwen gelijk behandeld dienen te worden alom in Nederland wordt aangehangen. Maar evenmin ervaart het confessioneel-bijzonder onderwijs in zijn geheel een beperking van de mogelijkheid om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen per se als een aantasting van de vrijheid van richting. De gang van zaken rond de invoering van de ontslagverboden wegens huwelijk en tijdens zwangerschap in het begin van de jaren zeventig maakt dat duidelijk. Vanuit KVP, ARP en CHU werden bezwaren aangevoerd tegen het ontslagverbod wegens huwelijk in verband met de positie van in het huwelijk tredende priesters.³⁸⁴ Afgezien daarvan ontmoette het desbetreffende wetsontwerp echter geen bezwaren. Van een door het CDA gevoeld grondrechtenconflict blijkt niet.³⁸⁵ Een amendement van GPV-kamerlid Verbrugh om, met name met het oog op het onderwijs, niet-gehuwde zwangere werkneemsters uit te zonderen van de ontslagbescherming werd zelfs mede door toedoen van het CDA verworpen.

Uit het amendement-Verbrugh blijkt al dat de kleinere christelijke partijen duidelijke bezwaren hadden tegen het ontslagverbod wegens huwelijk, evenals tegen het ontslagverbod tijdens zwangerschap en wegens bevalling.³⁸⁶ Het ligt voor de hand om aan te nemen dat zij dit onderdeel van de wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling als een beperking van 'hun' vrijheid van

383 Vgl. nt 389 i.v.m. de CPN-beslissingen.

384 TK 1972-1973, 12403 nr 5, 2 r.k.; 1974-1975, nr 9, 1.

385 Vgl. bijv. het verschil in opstelling tijdens de parlementaire behandeling van de wetsontwerpen 10973 (TK 1970-1971) 12403 (TK 1972-1973). Tijdens de behandeling van het eerste wetsontwerp werd door KVP-, ARP-, en CHU-kamerleden uitdrukkelijk de vrijheid van onderwijs ter sprake gebracht. Tijdens de parlementaire behandeling van het tweede wetsontwerp werd uitsluitend nog op de positie van de in het huwelijk tredende priester gewezen.

386 Vgl. TK 1972-1973, 12403 nr 5, 3 r.k.; Hand. TK 1974-1975, 3930, 3933; Hand. TK 1975-1976, 84-85.

richting hebben ervaren. Een kamermeerderheid heeft dat kennelijk niet zo gezien en was ook niet bereid om op dit punt een uitzondering te maken voor die delen van het bijzonder onderwijs waar kennelijk nog wel een verband wordt gelegd tussen richting en de gelijke behandeling van man en vrouw. Hier werd de vrijheid van richting volledig ondergeschikt gemaakt aan het dienen van het belang van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Art. 208 (nu 23) Gw vormde kennelijk geen beletsel voor het maken van die keuze.

Deze gang van zaken zou voor de wetgever aanleiding kunnen zijn om voor eenzelfde opstelling te kiezen ten aanzien van gronden die veel gelijkenis vertonen met ras en geslacht, waarbij ik met name denk aan de seksuele gerichtheid.³⁸⁷ De regering doet dat niet; zij vindt de garanties gelegen in de beperking dat geen onderscheid mag worden gemaakt 'op grond van het enkele feit van' de seksuele gerichtheid kennelijk voldoende. Of dat het geval is, mag betwijfeld worden.³⁸⁸ De Raad van State stelt de betekenis van de 'op grond van het enkele feit van'-clausule uitdrukkelijk aan de orde, juist in verband met de seksuele gerichtheid. Met name stelt zij de vraag of de clausule ook verbiedt om onderscheid te maken op grond van het aangaan van een vaste relatie met een gelijkgerichte.³⁸⁹ De reactie van de regering in het nader rapport is dermate onduidelijk dat het vermoeden rijst dat ook de regering niet weet welke betekenis de clausule precies heeft, dat althans niet duidelijk wil zeggen.³⁹⁰

Dat in de AWGB ten onrechte wordt uitgegaan van een botsing van de vrijheid van richting (althans de vrijheid van onderwijs) en het gelijkheidsbeginsel wordt in de tweede plaats duidelijk als de positie van het algemeen-bijzonder onderwijs wordt gezien.

Binnen het overgrote deel van de algemeen-bijzondere scholen wordt geen onderwijs gegeven op basis van een richting in de strikte zin van het woord.³⁹¹ Op basis daarvan kunnen dan ook geen eisen worden gesteld aan de werk-

387 Tenslotte in de AWGB opgenomen als een sterk tegen de grond 'geslacht' aanleunend. Vgl. MvT AWGB, 5.

388 De clausule is niet zonder betekenis voor het bijzonder onderwijs. Ik wijs op de in par. 4.4.3 aangehaalde beslissingen inzake de (on)verenigbaarheid van een confessionele grondslag en het CPN-lidmaatschap. De MvT is duidelijk op dit punt, waar (weliswaar i.v.m. het bepaalde onder sub a, maar ook voor het bijzonder onderwijs relevant) wordt gesteld dat de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag niet behoort mee te brengen dat 'personen enkel op grond en alleen vanwege hun politieke overtuiging, tot uitdrukking komend in het lidmaatschap van een partij, worden achtergesteld'. De CPN-beslissingen vormen overigens een uitzondering. Zoals in par. 4.4.3 bleek, gaan de commissies van beroep over het algemeen niet accoord met eisen 'op grond van het enkele feit van...'; zelfs niet waar het gaat om godsdienst en levensbeschouwing, waar de AWGB dat wel wil toestaan. Vgl. Cvb rk bero Haarlem 23-7-1981, AB 1981, 601 (Bhagwan). Ktr Zwolle, 7-3-1991, NJCM-bulletin 1991, 302 e.v. anticipeert op de AWGB en accepteert wel het ontslag op grond van het enkele feit van het uittreden uit een bepaald kerkgenootschap.

389 Vgl. TK 1990-1991, 22014 B, 13.

390 Vgl. TK 1990-1991, 22014 B, 13-14.

391 Ik doel hier niet op de zgn. vrije scholen en de confessionele scholen die zich niettemin georganiseerd hebben in algemeen-bijzonder verband. Zij verkeren in dezelfde positie als de

nemer waar het gaat om godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Eventueel is denkbaar dat het onderwijs wordt gegeven vanuit een uitgesproken onderwijskundige opvatting. Dat kan een reden zijn om speciale eisen te stellen aan de werknemers, maar het lijkt uitgesloten dat die eisen kunnen leiden tot onderscheid op basis van de hiervoor genoemde gronden. Dat wil niet zeggen dat zich binnen een algemeen-bijzondere school niet problemen kunnen voordoen waarbij het gelijkheidsbeginsel (of de vrijheid van meningsuiting of de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging) in het geding zijn.³⁹² In een dergelijk geval is de vrijheid van onderwijs echter niet in het geding. Er is dan ook geen reden om de schoolbesturen in het algemeen-bijzonder onderwijs anders te behandelen dan de werkgevers elders in de private sector.

De tekst van art. 5 lid 2 sub c AWGB luidt echter algemeen. Dat lijkt ook de bedoeling van de regering. In de oorspronkelijke tekst van de memorie van toelichting werd namelijk een duidelijk verband gelegd tussen de uitzondering in sub c en 'godsdienst en levensovertuiging' c.q. 'richting'. De Raad van State wees – terecht – op de discrepantie die aldus bestond tussen wet en toelichting.³⁹³ Conform de suggestie van de Raad van State, maar niettemin ten onrechte, heeft de regering daarop de toelichting aangepast en niet de tekst van de wet.

4.4.8 Juiste afweging?

Van een onjuiste afweging tussen vrijheid van richting en gelijkheidsbeginsel is sprake waar het gaat om de bijzondere scholen die statutair protestants-christelijk dan wel rooms-katholiek zijn, maar die in werkelijkheid niet (langer) confessioneel zijn.³⁹⁴

De vraag rijst of als een bijzondere school alleen nog in naam confessioneel is, de statuten een voldoende basis vormen voor een beroep op de vrijheid van richting. Ik zou menen van niet. Het is inconsequent en moeilijk verdedigbaar om op het ene gebied te verwachten dat de overheid vergaande gevolgen verbindt aan de confessionele grondslag, terwijl de school dat op andere, voor de hand liggende gebieden zelf niet doet.³⁹⁵

De regering lijkt een andere conclusie te hebben getrokken. De loskoppeling van functie en eisen, in combinatie met de verwijzing naar de 'grondslag'

← protestants-christelijke en de rooms-katholieke scholen. Vgl. i.v.m. een richting-geschied binnen een vrije school: Cvb VBS bso 14-7-1982, VBS-schrift 1982/9, 18 e.v.

392 Vgl. Cvb VBS pc bo 23-10-1973, VBS-post 1973/10: een Jehovah's-getuige weigert mee te werken aan de in de algemeen-bijzondere school i.c. kennelijk gebruikelijke kerstviering.

393 Vgl. het rapport aan de Koningin, 18-19.

394 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2, par. 5.2.1.

395 In dezelfde zin: Van der Burg, in zijn brief aan de bijzondere Commissie voor de anti-discriminatie wetgeving (TK 1988-1989, 20501 nr 5, 74-75); Drop (1985), 207, die een uitzonderingsmogelijkheid voor het bijzonder onderwijs bepleit, maar op basis van opvattingen van de ouders over de richting van de school. In vergelijkbare zin wordt ook geoordeeld in de in nt 348 aangehaalde jurisprudentie. In hoofdstuk X zal blijken dat het ook anders kan. Vgl. par. 3.11.3, i.v.m. de ontheffingsmogelijkheid in art. 18 WMO.

in art. 5 lid 2 sub c AWGB, suggereert dat de statuten een voldoende grondslag vormen voor richtingeisen. Zou dat werkelijk de bedoeling zijn, dan zou dat kunnen leiden tot een afwijking van de aanpak die op dit moment in de regel wordt gevolgd door de commissies van beroep. Zoals hiervoor werd aangegeven onderzoeken zij van geval tot geval, op basis van de concrete situatie binnen de school, in hoeverre het schoolbestuur terecht eisen stelt aan de werknemer ontleend aan de richting van de school.³⁹⁶

Daar komt bij dat de AWGB de bevoegdheid om te beslissen welke eisen nodig zijn op basis van de richting van de school nadrukkelijk bij het schoolbestuur wil leggen. De bevoegdheid van het schoolbestuur is niet onbegrensd, omdat, aldus de memorie van toelichting, 'de instelling (zal) moeten kunnen aantonen dat vorengenoemde omstandigheden zich niet verdragen met de grondslag en het doel van de instelling. Het is alsdan uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of in de concrete omstandigheden van het geval een juiste afweging is gemaakt'. Een marginale toetsing lijkt dus mogelijk; de in par. 4.4.6 aangehaalde passage uit de memorie van toelichting maakt echter duidelijk dat dat in de ogen van de regering een uiterst terughoudende toetsing zal moeten zijn.

Hiervoor bleek dat de commissies van beroep zich op dit moment in veel opzichten niet beperken tot een marginale toetsing, terwijl er ook goede argumenten zijn om aan te nemen dat dat niet nodig is. Invoering van de AWGB dient op dit punt dus geen verandering te brengen. Maar ook waar het gaat om de positie van de burgerlijke rechter meen ik dat de regering wel erg sterk de nadruk legt op de positie van het schoolbestuur.³⁹⁷ Tegen een toetsing van de rechtmatigheid van het besluit van het schoolbestuur om op grond van het niet-naleven van de richting-eisen te ontslaan, bestaat mijns inziens geen bezwaar.³⁹⁸ De vrijheid van onderwijs kan toch moeilijk dienen als argument om willekeurige, niet gemotiveerde, onzorgvuldig voorbereide of anderszins onrechtmatige ontslagbeslissingen aan het oordeel van de overheidsrechter te onttrekken. Punt van discussie kan hoogstens zijn of de toetsing van de feitelijke grondslag voor de ontslagbeslissing, die de commissies van beroep in de regel in volle omvang verrichten, op dezelfde wijze door de burgerlijke rechter dient te geschieden. Tegen een marginale toetsing van de beslissing van het schoolbestuur dat sprake is van strijd met de richting lijkt geen bezwaar.³⁹⁹

Dat de AWGB de weerslag vormt van een onjuiste afweging van de belangen die beschermd worden door het gelijkheidsbeginsel en door de vrijheid van richting wordt in de tweede plaats duidelijk als de positie van de ver-

396 Een uitzondering op dit punt vormen de beslissingen inzake de (on)verenigbaarheid van de confessionele grondslag van de school met het CPN-lidmaatschap van de werknemer, maar deze beslissingen worden dan ook voor de toekomst onmogelijk gemaakt door de 'niet op grond van het enkele feit van'-clausule. Vgl. nt 389.

397 Vgl. in dit verband ook: Mannoury (1970), 287.

398 Anders: Van der Hoeven (1989), 14.

399 Ik teken daarbij aan dat in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter over het algemeen meer terughoudendheid wordt betracht. Vgl. Hermans (1988).

schillende categorieën werknemers binnen het (confessioneel)-bijzonder onderwijs wordt gezien.

In par. 4.2.2 bracht ik het feit dat ook aan leden van het niet-onderwijzend personeel in veel gevallen eisen worden gesteld op basis van de richting van de school in verband met de verzuiling en met de in dat kader wel te signaleren behoefte aan volledige afscherming van andersdenkenden. Bij nader inzien blijkt dat de uitbreiding van de werkingssfeer tot de niet-leerkrachten voor een belangrijk deel van recente tot zeer recente datum is.⁴⁰⁰ En los daarvan: aan de verzuiling van de samenleving is grotendeels een einde gekomen. In het bijzonder onderwijs is dat wellicht niet in alle opzichten het geval; het aantal scholen dat bezocht wordt door leerlingen wier ouders contact met andersdenkenden principieel willen vermijden, lijkt echter bijzonder klein te zijn. De toegevoegde waarde van het confessioneel-bijzonder onderwijs wordt op dit moment vooral gezocht in de mogelijkheid om de leerlingen een levensbeschouwelijke vorming te geven.⁴⁰¹ Daarvan uitgaande ligt mijns inziens voor de hand om de aandacht te richten op de leerkrachten. Dat ligt des te meer voor de hand nu de omvang van veel scholen sterk is gegroeid en diensgevolge vaak grote aantallen werknemers zijn aangesteld van wie uitgesloten is dat de leerling er ooit mee in contact komt, in of buiten het onderwijs. Dat ook aan deze werknemers bepaalde eisen worden gesteld, zou nog verdedigd kunnen worden op grond van de geloofwaardigheid van de school als geheel 'naar buiten toe', maar het hoeven niet per se dezelfde eisen te zijn als bijvoorbeeld aan de schoolleiding en de leerkrachten worden gesteld.

Anders dan de vorige AWGB maakt wetsontwerp 22014 op dit punt geen onderscheid. De vraag rijst hoe terecht dat is. Anders gezegd: is het ten aanzien van het (confessioneel)-bijzonder onderwijs werkelijk nodig om verder te gaan dan in art. 5 lid 2 sub a AWGB gebeurt ten aanzien van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, waar wel wordt verlangd dat de eisen nodig zijn voor de vervulling van de concrete functie? Ik meen van niet. Ook voor confessionele scholen geldt mijns inziens dat het voor bepaalde functies onnodig zal zijn om eisen te stellen in verband met de richting van de school, terwijl andere functies wellicht zullen vereisen dat de werknemer onder werktijd aan bepaalde eisen voldoet.⁴⁰² In verband met weer andere functies zal het zelfs terecht zijn om eisen te stellen die betrekking hebben op zaken die geen verband houden met de functievervulling in enge zin. Binnen deze categorie functies kan wellicht weer een onderscheid gemaakt worden tussen werknemers die belast zijn met de leiding van de school, die namens de school naar buiten treden en/of die in het onderwijs nauw betrokken zijn bij de rich-

400 M.n. voor zover het betreft het BBA; vgl. hoofdstuk V, par. 3.1.2. Ook de commissies van beroep waren oorspronkelijk alleen bedoeld voor de leerkrachten; vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.5.

401 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.4.

402 Eerste categorie: schoonmaakpersoneel dat slechts gedurende enkele uren per week binnen de school werkzaam is. Tweede categorie: de conciërge die zich dient te onthouden van pogingen om collega's te bekeren tot zijn – van de richting van de school afwijkende – geloof.

ting van de school enerzijds en de overige werknemers anderzijds. Waar echter in het geheel geen verband kan worden gecreëerd met de functie, heeft de school mijns inziens geen belang bij het stellen van eisen aan de werknemer. Gebeurt dat toch, dan is er alle reden om te concluderen dat de persoonlijke levenssfeer wordt aangetast, waarvan ook in de memorie van toelichting op de AWGB gesteld wordt dat die 'uiteraard (moet) worden geëerbiedigd'.⁴⁰³

De in par. 4.4.3 behandelde jurisprudentie wijst duidelijk in deze richting. Een groot deel van de aangehaalde jurisprudentie heeft namelijk betrekking op qua vakgebied rechtstreeks bij de richting betrokken werknemers (godsdienst, maatschappijleer) en op werknemers belast met de leiding van de school. Jurisprudentie inzake niet-onderwijzend personeel ontbreekt daarentegen volledig.

4.4.9 Tot slot

In par. 4.4.5 wees ik erop dat de wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling een driedig doel dient: (a) garanderen dat het gelijkheidsbeginsel doorwerkt in horizontale verhoudingen, (b) de wijze waarop en de mate waarin dat het geval is fixeren, daarbij de aanspraken op basis van het gelijkheidsbeginsel afwegend tegen de aanspraken op basis van andere grondrechten en (c) de werknemer voorzien van middelen om af te dwingen dat (i.c.) het schoolbestuur het gelijkheidsbeginsel in acht neemt.

In dit laatste opzicht is een positief oordeel over de AWGB op zijn plaats. De wet biedt dezelfde mogelijkheden als de WGB en het BW na invoering van wetsontwerp 21479: een discriminerende opzegging zal vernietigbaar zijn; een dergelijk beding zal nietig zijn.⁴⁰⁴ De nietigheidssanctie maakt duidelijk wat de wetgever voor ogen staat: geen verdere belangenafweging als eenmaal een ongeoorloofd onderscheid is geconstateerd. Dat sluit aan op de wijze waarop de burgerlijke rechter en de commissies van beroep (en de RDA) op dit moment de 'wegens'-ontslagverboden benaderen: als regels waarop in beginsel geen uitzonderingen worden gemaakt.⁴⁰⁵

Voordat van 'afdwingen' sprake kan zijn, dient duidelijk te zijn dat het schoolbestuur het gelijkheidsbeginsel schendt dan wel dreigt te schenden.

Ook hier zou de AWGB op één punt een duidelijke vooruitgang kunnen betekenen ten opzichte van de huidige situatie. Ik wijs in dat verband op de volgende passage in de memorie van toelichting:

'Het in het wetsvoorstel genoemde onderscheidmakend criterium mag rechtens dus nooit een zelfstandige reden voor onderscheid zijn. Dat is vanwege de grondslag slechts denkbaar in combinatie met andere gedragingen'.⁴⁰⁶

403 Vgl. MvT AWGB, 18-19.

404 Vgl. de artt. 8 en 9. Ook in het kader van de AWGB zal een beroep op de Commissie gelijke behandeling mogelijk zijn; vgl. de artt. 11 e.v. Art 10 AWGB opent daarnaast de mogelijkheid voor collectieve actie.

405 Vgl. de par. 3.3.5 en 3.7.

406 Vgl. de MvT AWGB, 19.

Er van uitgaande dat met 'gedraging' wordt bedoeld op een gedraging van de werknemer, ligt de conclusie voor de hand dat (ook) geen onderscheid mag worden gemaakt indien het enkele feit van (bijvoorbeeld) homoseksualiteit leidt tot onrust onder de ouders, of zelfs het van school halen van leerlingen, tot verstoorde arbeidsverhoudingen (voor zover de werknemer daaraan niet heeft bijgedragen), of tot een verstoring van de vertrouwensrelatie. Dat betekent een niet onaanzienlijke verandering ten opzichte van de huidige situatie. In een aantal beslissingen wordt de eigenlijke grond weliswaar duidelijk onderscheiden van de reacties van derden, maar deze reacties worden zelden geheel buiten beschouwing gelaten; in een enkel geval worden zij zelfs als maatgevend gezien.⁴⁰⁷ Deze aanscherping acht ik terecht. Op dit punt bestaat namelijk opnieuw een duidelijke parallel met de BW-ontslagverboden: hoe zeer (bijvoorbeeld) ziekte of zwangerschap aanleiding geven tot onrust onder collega's of tot een verstoring van de relatie met de werkgever, de ontslagverboden blijven hun werking behouden.

Of deze interpretatie van de 'op grond van het enkele feit van'-clausule in de jurisprudentie gevolgd zal worden, moet worden afgewacht. In zoverre is hoogstens van een potentiële verbetering sprake. Ook in andere opzichten moet worden afgewacht of de clausule de positieve uitwerking zal hebben die er van verwacht wordt; ik verwijs naar het gestelde in par. 4.4.7, in verband met de grond 'sexuele gerichtheid'.

In andere opzichten kan reeds nu de conclusie worden getrokken dat de invoering van de AWGB in haar huidige vorm de positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs zal verslechteren, omdat de regering ten dele zonder grond heeft aangenomen dat strijd bestaat tussen vrijheid van richting en gelijkheidsbeginsel, terwijl zij in andere opzichten de met beide grondrechten gemoeide belangen verkeerd heeft afgewogen. Dat, zoals hiervoor op verschillende punten bleek, de huidige gang van zaken in het bijzonder onderwijs de belangen van de werknemers voor het overgrote deel beter waarborgt dan de AWGB zal doen, is in dit opzicht veelzeggend.

Van verschillende zijden is wel getwijfeld aan de wenselijkheid van wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling.⁴⁰⁸ Het voorgaande maakt die twijfel begrijpelijk, want zelfs binnen het beperkte terrein van het bijzonder onderwijs lukt het de wetgever (althans de regering) kennelijk niet om recht te doen aan de relevante verschillen tussen werkgevers, werknemers en 'gronden'. Als een dermate groot gebrek aan nuancering de prijs is voor de zekerheid van de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel op horizontaal niveau, voor de (mogelijke) voordelen van de 'op grond van het enkele feit van'-clau-

407 Een onderscheid maakt bijv. Cvb rk kbbo 23-11-1978, AB 1979, 113 en 12-3-1979, AB 1979, 347: eerst wordt de principiële vraag beantwoord en pas daarna worden de bijkomende omstandigheden behandeld. Maatgevend zijn zij voor Cvb 28-11-1974, Het Schoolbestuur 1975, 30 e.v.

408 Het meest uitgesproken wel door de Raad van State, zowel naar aanleiding van wetsontwerp 20501 als naar aanleiding van de huidige AWGB. Vgl. m.n. TK 1987-1988, 20501, B, 1 e.v.

sule en voor de verbeterde mogelijkheden tot handhaving, dan is deze duidelijk te hoog.

Zo-bezien moet de AWGB zoals zij op dit moment luidt worden afgewezen. Uitgaande van invoering van de AWGB ligt een alleszins bevredigende oplossing overigens zeker binnen bereik. Een absoluut vereiste is dat de betekenis van de 'op grond van het enkele feit van'-formule wordt verduidelijkt. Daarnaast zouden vooral twee zaken moeten gebeuren: in de eerste plaats zou het (niet confessionele of levensbeschouwelijke) algemeen bijzonder onderwijs moeten worden 'uitgezonderd van de uitzondering'; in de tweede plaats zou de koppeling van de door het schoolbestuur te stellen eisen aan de functie van de werknemer moeten worden hersteld. Beide veranderingen worden het eenvoudigst bewerkstelligd door art. 5 lid 2 sub c AWGB te schrappen, waardoor het bijzonder onderwijs onder de werking van sub a zou worden gebracht.

Hoofdstuk IX – Ontslag: de rechtsbescherming

1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt het formele ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs aan de orde. In dat kader zal ik vooral ingaan op de rechtsbeschermingsmogelijkheden die de werknemer geboden worden in verband met een door het schoolbestuur gegeven ontslag. Daarnaast zal ik stilstaan bij de mogelijkheden voor het schoolbestuur om door middel van een beroep op de rechter het einde van de dienstbetrekking te bewerkstelligen. Ik zal mij daarbij concentreren op de ontbinding wegens gewichtige redenen ex art. 1639w BW.

De doelstelling in dit hoofdstuk is een tweeledige: beschrijving en evaluatie.

Allereerst zal ik in de par. 2 en 3 een beschrijving geven van de hiervoor genoemde aspecten van het formele ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs. Ik zal daarbij vooral de aandacht richten op de onderlinge beïnvloeding van het reguliere arbeidsrecht (c.q. burgerlijk procesrecht) en de specifiek voor het bijzonder onderwijs gecreëerde regelgeving, zowel van de zijde van de overheid als door de direct betrokkenen.

Kort gezegd is die verhouding als volgt. Consequentie van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst is, dat de burgerlijke rechter de eerst aangewezen rechter is om kennis te nemen van geschillen tussen schoolbestuur en werknemer.¹ Op grond van bepalingen in de onderwijswetgeving zijn de direct betrokkenen ertoe overgegaan om commissies van beroep in te stellen die pretenderen een belangrijk deel van het werk van de burgerlijke rechter over te nemen. In elk geval gaan hun werkzaamheden aan die van de burgerlijke rechter vooraf.

Het ligt daarom voor de hand om allereerst de commissies van beroep te behandelen.² Dat zal gebeuren in paragraaf 2. Daarin zal ik in de eerste plaats stilstaan bij de ontstaansgeschiedenis van de wettelijke bepalingen inzake commissies van beroep, met name om na te gaan welke principes aan de rege-

1 Vgl. art. 39 aanhef en sub 3 jo. art. 2 RO (jo. art. 112 lid 1 Gw).

2 Het pc onderwijs – voor zover georganiseerd in de NPCS – kent naast de commissies van beroep nog een geschillencommissie, die tot taak heeft de geschillen te beslechten die niet aan de commissie van beroep kunnen worden voorgelegd. Vgl. nt 199.

ling ten grondslag liggen (par. 2.1). Volgens komt de status van de commissie van beroep aan de orde, in verband met het feit dat de wettelijke bepalingen inzake de commissie van beroep bekostigingsvoorwaarden zijn (par. 2.2). In de par. 2.3 en volgende zal ik de werkwijze van de commissie van beroep behandelen. Ik zal dat doen door de chronologie van de beroepszaak te volgen: de toegang (par. 2.3), de procedure (par. 2.4), de toetsing (par. 2.5) en de beslissing (par. 2.6).

In par. 3 zal ik vervolgens ingaan op de taak van de burgerlijke rechter ten aanzien van de ontslagen in het bijzonder onderwijs. Tevens zal in dat kader de verhouding tussen commissie van beroep en burgerlijke rechter aan de orde komen.

In par. 4 zal ik het formele ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs aan een evaluatie onderwerpen, met name vanuit het oogpunt van de relevante grondrechten. Par. 4 wordt afgesloten met een aantal conclusies ten aanzien van het ontslagrecht in het bijzonder onderwijs in zijn totaliteit – materieel én formeel.

2 De commissie van beroep

2.1 DE ONTSTAANSGESCHIEDENIS

2.1.1 *Rechtspositionele gelijkheid*

De commissies van beroep bestaan sedert het begin van deze eeuw. De wettelijke regeling van de commissie van beroep dateert van 3 juni 1905 (S. 151) en is in werking getreden op 1 januari 1906. Dat is een interessant tijdstip, omdat de geschiedenis van de invoering van de commissies van beroep, in elk geval voor zover het de parlementaire behandeling betreft, gelijk loopt met die van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Zoals hierna zal blijken, is van deze gelijktijdige behandeling niet veel te merken. Er zijn zelfs bepaald problematische discrepanties tussen beide regelingen.³

Ook in een ander opzicht is de invoeringsdatum 1 januari 1906 interessant, en wel omdat de bepalingen inzake de commissies van beroep zijn ingevoerd vooruitlopend op de beëindiging van de schoolstrijd in de jaren 1913-1917. De regeling van de commissies van beroep sluit echter bijzonder goed aan op de Grondwet zoals die na 1917 kwam te luiden. Zoals zal blijken vormt zij zelfs een 'schoolvoorbeeld' van het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs.⁴

Het openbaar onderwijs kende rond de eeuwwisseling een voor die tijd redelijk afdoende vorm van rechtsbescherming tegen ontslag in de vorm van

³ Vgl. m.n. par. 2.6.4.

⁴ Vgl. ook hoofdstuk III, par. 2.8.4; hoofdstuk VII, par. 4.1.

preventief toezicht door Gedeputeerde Staten.⁵ In het bijzonder onderwijs ontbrak een vergelijkbare vorm van rechtsbescherming, met alle nadelen van dien voor de werknemers.⁶ Daarom was het voor veel werknemers aantrekkelijker om een betrekking te zoeken in het openbaar onderwijs.⁷ Het gebrek aan rechtsbescherming in geval van ontslag werd niet alleen met het oog op de positie van de werknemers ongewenst geacht, deze situatie werd ook gevoeld als een indirecte, maar daarom niet minder funeste aantasting van de vrijheid van onderwijs.⁸

De regeling inzake de commissies van beroep werd aldus om een dubbele reden ingevoerd: enerzijds de 'sociale' wens om werknemers een betere bescherming tegen ontslag te bieden; anderzijds de wens om het bijzonder onderwijs met het oog op het vrijheid van onderwijs niet achter te laten blijven bij het openbaar onderwijs. Op de achtergrond zal daarnaast de overweging een rol hebben gespeeld dat het verbeteren van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs de deugdelijkheid van het onderwijs als geheel zou dienen.⁹ Deze motieven kunnen niet los van elkaar worden gezien. Wel moet geconstateerd worden dat het maar zeer de vraag is of, zonder het achterliggende belang van met name de vrijheid van onderwijs, de noodzaak van het bieden van meer ontslagbescherming zo sterk zou zijn gevoeld als nu het geval is geweest. In elk geval lijkt onwaarschijnlijk dat zonder de vrijheid van onderwijs op de achtergrond zo duidelijk aansluiting zou zijn gezocht bij het openbaar onderwijs.

2.1.2 *Vrijheid van onderwijs*

De geschillenbeslechting werd niet opgedragen aan de burgerlijke rechter, maar aan op permanente basis ingestelde commissies van particulieren. Om welke motieven dat precies is gebeurd, is niet erg duidelijk.

Het lijkt mij te eenvoudig om, zoals Van der Net¹⁰ doet, te zeggen dat de burgerlijke rechter in 1905 niet het instrumentarium had om iets voor de werknemer te doen. Had de wetgever dat gewild, dan had de beslechting van de geschillen tussen schoolbestuur en werknemer zeer wel aan de burgerlijke rechter kunnen worden opgedragen, op basis van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst, die op stapel stond, dan wel op basis van een speciale regeling voor het bijzonder onderwijs.

Het ligt meer voor de hand om te denken aan een zeker wantrouwen tegen

5 Vgl. art. 19 lid 1 sub f jo: art. 30 lid 1 sub a en b van de Lager onderwijswet 1878 (S. 1905, nr 219). Op dit moment staat uiteraard beroep open op de ambtenarenrechter.

6 Vgl. de door het kamerlid Troelstra aangehaalde voorbeelden in Hand. TK 1904/1905, 1830, r.k. en 1831.

7 Vgl. het kamerlid Ketelaar, Hand. TK 1904-1905, 1840 l.k.

8 Vgl. m.n. Hand. TK 28-4-1904/1905, 1830 l.k., waar verwezen wordt naar het plan van de Minister 'de bijzondere onderwijzers te helpen, hun vastheid en steun te geven en te gelijker tijd het bijzonder onderwijs te bevorderen'.

9 Vgl. over dit motief voor overheidsoptreden: hoofdstuk VII, par. 4.1.

10 (1977), 31, nt 16.

de burgerlijke rechter als beslechter van mogelijk levensbeschouwelijk getinte geschillen tussen schoolbestuur en leerkracht; de parlementaire geschiedenis biedt hiervoor duidelijke aanknopingspunten.¹¹ Daarom is ook vanuit een andere gezichtshoek dan de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs de vrijheid van onderwijs in het geding geweest: de bijzondere school die een werknemer zou willen ontslaan, diende dit te kunnen doen zonder inmenging van de overheid, de 'tegenpartij' waarop de vrijheid van onderwijs was bevochten.

Om die reden is het niet nodig om al te lang stil te staan bij de vraag of de bepalingen inzake de commissies van beroep zich wel verdragen met de vrijheid van onderwijs, in de termen van de Grondwet van na 1917: met de 'algemene' vrijheid van onderwijs, de vrijheid van richting en de vrijheid van aanstelling en ontslag. Die vraag is in het kader van de totstandkoming van de wetgeving op de commissie van beroep inderdaad gesteld.¹² Strikt genomen moet zij ontkennend worden beantwoord, maar een wezenlijk probleem levert dat antwoord niet op.¹³ De beperking was onvermijdelijk gegeven het principe van de rechtspositionele gelijkheid en de opvatting dat het mede de taak van de overheid was om die gelijkheid te bewaken.¹⁴ Tegelijkertijd was de beperking minimaal, omdat de wetgever zich uitermate terughoudend opstelde: niet alleen de regeling van de commissies van beroep werd voor een belangrijk deel aan de betrokkenen zelf overgelaten, de uitvoering evenzeer.

2.1.3 Een extra reden?

Volgens Van der Net was er nog een andere reden om de commissies van beroep in te stellen. Ik citeer:

'Het ging echter om nog iets meer dan de positie van de bijzondere onderwijzer alleen. De regeling was ook gefundeerd op de overtuiging, dat men een eigen kringenrechtspraak moest opzetten, wilde men de levensvatbaarheid en de weerbaarheid van de onderscheidene levensbeschouwelijke stromingen in de Nederlandse samenleving voldoende waarborgen.'¹⁵

Van der Net ziet in de versterking van de positie van de levensbeschouwelijke kringen kennelijk een afzonderlijk, dat van werknemer en schoolbestuur

11 Vgl. het kamerlid Troelstra, Hand: TK 1904-1905, 1831 r.k. en het Kamerlid Bijleveld, idem, 1833. Aldus ook: Stellinga (1977), 184-185.

12 Vgl. het VV, TK 1904-1905 nr 39.1, 17 r.k.: de soevereiniteit in eigen kring van het schoolbestuur wordt aangetast. Vgl. ook Van der Net (1977), 13-15; Stellinga (1977), 183, 186.

13 Vgl. MvA, TK 1904-1905 nr 39.2, 43: de regering stelt voorop 'al te hebben gestaan voor de vrijheid der bijzondere school' en vervolgt: 'Inperking daarvan, anders dan in het welbegrepen belang van het bijzonder onderwijs, is van hen niet te verwachten'. Deze zinsnede geeft trefend aan hoe de regeling moet worden gezien: zij tast de vrijheid van onderwijs aan, maar juist in het 'welbegrepen' belang van het bijzonder onderwijs.

14 Of (en in hoeverre) het inderdaad de taak van de overheid is om hierop toe te zien, is de vraag. Vgl. par. 4.2.3.

15 Vgl. (1977), 11-12; vgl. ook (1977), 18.

overstijgend belang, dat met de instelling van de commissies van beroep werd gediend.

Ik meen dat de zaak hier wordt overtrokken. Uit de parlementaire behandeling van de Wet van 3 juni 1905 blijkt allerm minst dat de commissies van beroep met het oog op een eventueel 'algemeen (kring)belang' werden ingesteld. De vanuit het parlement tegen het wetsontwerp aangevoerde bezwaren laten veeleer zien dat de voorstanders van het bijzonder onderwijs de commissie van beroep zagen als een gevaar voor de vrijheid van het individuele schoolbestuur. Zo wordt in het voorlopig verslag (vermoedelijk uit anti-revolutionaire kring) opgemerkt:

'Maar het schoolbestuur heeft over de school en hetgeen daartoe behoort de beschikking als over eigen goed; het is een prijsgeven van deze vrijheid indien het dult, dat een deel dier vrije beschikking worde opgedragen aan een hooger college, nog wel samengesteld uit personen, die met de school niets te maken hebben'.¹⁶

De vanuit het parlement aangevoerde bezwaren hebben niet tot een wijziging van het wetsontwerp geleid; op dit punt heeft de regering haar zin gekregen. Niettemin maakt alleen al het feit dat deze discussie werd gevoerd duidelijk, dat de schoolbesturen niet werden gezien als 'leden' van een levensbeschouwelijke kring van zekere omvang en dat het behartigen van het 'algemene belang' van die kring niet een argument was om de commissies van beroep in te stellen.¹⁷

2.1.4 Samenstelling

De bedoeling van de wetgever was dat de commissies van beroep zouden worden bezet door – zoals de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken, dr. A. Kuyper, dat formuleerde – 'mannen van eenigszins hogere positie en ontwikkeling en van meerdere ervaring'.¹⁸ In de aanvangstijd namen politieke kopstukken als Heemskerk en De Savornin Lohman zitting in de commissie van beroep van de Schoolraad voor de Scholen met den Bijbel; datzelfde deed ook Kuyper zelf.¹⁹

Kuypers woorden zijn in zekere zin ook nu nog van toepassing; onder de leden van de commissies van beroep bevinden zich leden van de rechterlijke macht, hoogleraren, etc. De leden van de commissies van beroep worden overigens niet benoemd maar gekozen: twee leden door de aangesloten schoolbe-

16 In dat verband werd ook de soevereiniteit in eigen kring ter sprake gebracht, maar in de nogal beperkte zin van 'de soevereiniteit in de eigen kring van het schoolbestuur' Vgl. het VV, TK 1904-1905 nr 39.1, 18: slechts aanvaardbaar zouden zijn 'maatregelen (...), waardoor de vrijheid der bijzondere school en hare soevereiniteit in eigen kring niet wordt te kort gedaan'.

17 Deze constatering is niet zonder juridisch belang. Vgl. m.n. par. 2.4.2, i.v.m. de al dan niet lijdelijke opstelling van de commissie van beroep.

18 Hand. TK 1904-1905, 1836 l.k.

19 Van der Net (1987), 150.

sturen, twee leden door 'hun' werknemers, waarna de gekozen leden gezamenlijk een voorzitter aanwijzen.²⁰

2.1.5 *De commissie van beroep en de verzuiling*

De commissies van beroep hadden aanvankelijk duidelijk de wind mee. Na een aarzelende start steeg in de jaren twintig en dertig het aantal beroepszaken. Behalve in het lager onderwijs werden ook voor werknemers in de verschillende vormen van het voortgezet onderwijs commissies van beroep ingesteld.²¹ Dat de commissies van beroep in een behoefte bleken te voorzien is niet verwonderlijk. De eerste decennia van deze eeuw stonden in het teken van de beëindiging van de schoolstrijd en vervolgens de uitbouw van de verzuilde samenleving.²² De stap naar de 'eigen' commissie van beroep was naar alle waarschijnlijkheid veel eerder denkbaar voor de werknemer (en ook veel eerder acceptabel voor diens omgeving), dan de stap naar de burgerlijke rechter. Een beroep op de burgerlijke rechter was in zekere zin ook minder aantrekkelijk: de commissie van beroep kon het ontslag vernietigen en dat na een inhoudelijke toetsing. Over vergelijkbare mogelijkheden beschikt de burgerlijke rechter pas sedert de jaren vijftig.²³

2.1.6 *De commissie van beroep op dit moment*

In deze situatie is inmiddels verandering gekomen. Het ontslagrecht voor de private sector is sterk uitgebreid. Of de regeling inzake de commissies van beroep nog nodig is met het oog op het principe van de gelijke rechtspositie is dan ook de vraag. Daar komt bij dat in het bijzonder onderwijs en in de samenleving in het algemeen veel is veranderd na de Tweede Wereldoorlog. Het denken in termen van 'de eigen kring' is bepaald geen algemeen verschijnsel meer.²⁴ Ook in verband met de commissies van beroep blijkt dat het geval te zijn. Vanuit het bijzonder onderwijs wordt namelijk steeds vaker een beroep gedaan op de burgerlijke rechter, juist ook door schoolbesturen die zich niet willen neerleggen bij een beslissing van een commissie van beroep, of die zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden met een verzoek op grond van art. 1639w BW. Een aantasting van de vrijheid van onderwijs door de kantonrechter wordt kennelijk niet langer gevreesd. De vraag rijst dan ook in hoeverre nog steeds de noodzaak wordt gevoeld om de geschillenbeslechting aan de overheid te onttrekken.

De onderwijswetgever heeft in al deze veranderingen geen aanleiding gezien om de regeling inzake de commissies van beroep te heroverwegen. De

20. Art. III-A3 RPBO. Art. III-A4 lid 1 geeft aan wie (op grond van bestuurslidmaatschap, dienstbetrekking of leeftijd) geen lid kan zijn van een commissie van beroep. De voorzitter dient jurist te zijn; art. III-A4 lid 2 RPBO. In de regel bestaan de commissies geheel of grotendeels uit juristen. Vgl. Van der Net (1977), 50 e.v.

21. Van der Net (1977), 42.

22. Hoofdstuk II, par. 3.1.3.

23. Ik doel uiteraard op de invoering van de artt. 1639s en t BW. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.5.

24. Vgl. hoofdstuk II, par. 4 en 5.

commissies van beroep bestaan nog steeds, op ruimere schaal zelfs dan voor de Tweede Wereldoorlog het geval was. Sedert 1955 zijn zij ook in het kleuteronderwijs ingevoerd en daarna in alle nieuwe onderwijswetten voor basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs.²⁵ Ook de personenkring waarop de regeling van toepassing is, is uitgebreid van uitsluitend de leerkrachten naar – op dit moment – alle werknemers verbonden aan een bijzondere school.²⁶ Ik zal op deze vragen en problemen hier niet verder ingaan; in par. 4 kom ik er uitgebreid op terug. Ik volsta met te constateren dat, tegen de achtergrond van de oorspronkelijke motieven om de commissies van beroep in te stellen, hun bestaan op dit moment niet zonder meer vanzelfsprekend is.

2.2 BEKOSTIGINGSVOORWAARDEN

2.2.1 *Bekostigingsvoorwaarden in wet en RPBO*

De belangrijkste bepalingen betreffende de commissies van beroep zijn opgenomen in de onderwijswetten voor basis-, speciaal, voortgezet en hoger beroepsonderwijs. Deze wetten bevatten bepalingen inzake de samenstelling, de verkiezing en de herkomst van (de leden van) de commissies van beroep. Daarnaast bepalen zij dat het schoolbestuur is aangesloten bij een commissie van beroep. Tevens wordt aangegeven in welke gevallen en op welke wijze de werknemers beroep kunnen instellen bij de commissie. Voorts wordt bepaald dat het schoolbestuur zich onderwerpt aan de commissie-uitspraak. Tenslotte wordt geregeld dat tijdens een behandeling van een zaak door een commissie van beroep geen verjaring loopt.²⁷ De verdere uitwerking van deze wettelijke bepalingen is opgenomen in titel III RPBO. Die bevat bepalingen inzake de instelling van de commissie van beroep, de verkiezing en de vereisten voor het lidmaatschap, betreffende het huishoudelijk reglement van de commissie en betreffende de procedure, de beslissing van de commissie en de kosten.

Al deze bepalingen, zowel in de (formele) onderwijswetten als in het RPBO, zijn bekostigingsvoorwaarden, waarvoor de in hoofdstuk VI getrokken conclusies ten volle opgaan. Dat wil zeggen dat overal waar sprake is van een verplichting, dat is een verplichting op straffe van subsidieverlies. Overal waar de formulering suggereert dat iets zo 'is', moet de bepaling gelezen worden als 'zorgt het schoolbestuur dat het zo is, op straffe van subsidieverlies'. De bekostigingsvoorwaarden werken dan ook niet rechtstreeks door in de verhouding schoolbestuur-werknemer. Evenmin binden zij rechtstreeks de commissies van beroep.²⁸

25 En het wetenschappelijk onderwijs, inclusief de academische ziekenhuizen. Vgl. de artt. 133 en 171 WWO.

26 Vgl. ook par. 2.3.5.

27 Artt. 40-42 WBO, 49-51 ISOVSO, 52-53 WVO, 93-95 WHBO.

28 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.2.

2.2.2 Grondslag

Dat betekent dat de wettelijke bepalingen inzake de commissie van beroep niet gezien kunnen worden als basis voor de werkzaamheid van de commissie: de bekostigingsvoorwaarden stellen de commissie in noch regelen zij rechtstreeks de competentie en de procedure; evenmin bekleden zij de beslissingen van de commissie met een bepaald gezag.²⁹ Dit alles is geen bezwaar omdat, zij het op redelijk ingewikkelde manier, de basis voor de werkzaamheden van de commissie elders gevonden kan worden en wel als volgt.

De commissies van beroep worden in de regel ingesteld door de organisaties van de besturen van de bijzondere instellingen waarover zij hun werkkring uitstrekken. De 'instelling' door de besturenorganisaties geeft de commissies hun juridische grondslag: zij maken deel uit van de privaatrechtelijke rechtspersonen waarin de besturen zich georganiseerd hebben. In het kader van deze rechtspersonen wordt de verkiezingsprocedure vastgesteld, vindt de verkiezing plaats en wordt het huishoudelijk reglement van de commissie vastgesteld.³⁰ Ook daarvoor is aldus een juridische basis aanwezig. De schoolbesturen dienen zich op straffe van subsidieverlies aan te sluiten bij een commissie van beroep. De aansluiting kan geacht worden voort te vloeien uit het lidmaatschap van de besturenorganisatie; eventueel zou zij gezien kunnen worden als een overeenkomst sui generis. In elk geval brengt zij de binding van het schoolbestuur aan de commissie van beroep en aan de in verband daarmee vastgestelde reglementen tot stand.

Dit alles verklaart nog niet de beroepsmogelijkheid voor de werknemer. Het schoolbestuur is echter verplicht – op straffe van subsidieverlies – om de rechtsrelatie met de werknemer zo in te richten dat de werknemer in de door de overheid aangegeven gevallen een beroep kan doen op een commissie van beroep.³¹ Dat dient te gebeuren – en gebeurt in de praktijk ook – in de aktes van benoeming of eventueel in een cao. Een laatste element is de plicht van het schoolbestuur om – opnieuw op straffe van verlies van de subsidie – de uitspraak van de commissie van beroep als bindend te beschouwen. Voor zover het om de bekostigingsvoorwaarden gaat is dat uitsluitend een gebondenheid ten opzichte van de overheid. De arbeidsovereenkomst bindt echter het schoolbestuur ten opzichte van de werknemer. Zo is de cirkel rond.

29 De commissies van beroep denken daar over het algemeen anders over. Vgl. de jurisprudentie inzake de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (par. 2.3.3). Vgl. ook: Cvb rk bso Zd Ned. 22-8-1989, JKOCZ 1989 A, 1.4. Dat is opvallend, omdat de commissies van beroep waar het gaat om het materiële recht over het algemeen wel heel goed het verschil tussen wet en bekostigingsvoorwaarde in het oog houden. Vgl. bijv. de jurisprudentie inzake de overuren-ontslagen (hoofdstuk VIII, par. 3.2.2).

30 Het reglement dient uiteraard overeen te stemmen met de inhoud van titel III RPBO. In geval van afwijkingen is de inhoud van het reglement beslissend.

31 Zie bijv. art. 40 lid 1 WBO. Dat de dienstbetrekking eindigt, betekent niet dat ook de contractuele basis voor de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep en de gebondenheid aan haar beslissing wegvalt. De hoofdverplichtingen zijn vervallen; voor zover het betreft het bindend advies blijft de overeenkomst in stand. Vgl. i.v.m. arbitrage, waar een soortgelijk probleem zich kan voordoen, maar anders wordt opgelost: art. 1053 WBRv.

Het gemis aan wettelijke basis is al met al dus geen probleem; die basis kan gevonden worden in de 'instelling', de 'aansluiting' en de akte van benoeming of cao.

2.2.3 Kanttekeningen

Bij deze conclusie dient een tweetal kanttekeningen geplaatst te worden. De eerste is deze: net als in verband met de materiële rechtspositie is het geheel wel 'juridisch waterdicht' te maken, maar het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de bepalingen inzake de commissies van beroep maakt er een ingewikkeld geheel van. 'Ongelukken' zijn daardoor niet uitgesloten. Sluit een schoolbestuur zich bijvoorbeeld niet aan bij een commissie van beroep, dan overtreedt het een bekostigingsvoorwaarde, met alle – mogelijke – consequenties van dien. De werknemer is in dat geval niet verplicht om zich te wenden tot een commissie van beroep; het is strikt genomen zelfs de vraag of hij wel de mogelijkheid daartoe heeft. Wordt in de akte van benoeming of de cao niet verwezen naar een commissie van beroep, dan is datzelfde het geval.³²

De tweede kanttekening is deze: gezien de geheel privaatrechtelijke context is uitgesloten dat in verband met de werkzaamheden van de commissie van beroep sprake is van op de wet berustende (overheids)rechtspraak, in welke vorm dan ook.³³ Het geheel heeft in alle opzichten een privaatrechtelijke grondslag, zowel gezien vanuit de rechtspersonen die de commissies instellen en in stand houden, als vanuit de rechtshandelingen waarop de gebondenheid van het schoolbestuur ten opzichte van de commissie van beroep en ten opzichte van de werknemer berust.

2.2.4 Arbitrage of bindend advies?

Als geen sprake is van overheidsrechtspraak, welke status hebben de commissies van beroep dan wel? Dat is een belangrijke vraag die nadere aandacht behoeft.

Het ligt voor de hand om na te gaan of wellicht sprake is van één van de twee bekende vormen van private geschillenbeslechting: arbitrage of bindend advies. Van der Net gaat in zijn proefschrift uitgebreid op deze alternatieven in en concludeert vervolgens dat van arbitrage noch van bindend advies sprake is. Hij geeft de voorkeur aan een kwalificatie als rechtsfiguur sui generis. Het is interessant om bij Van der Nets opvattingen op dit punt iets langer stil te staan.

32 Aldus ook: Verhoeve/Vos (1956), 55. Wendt de werknemer zich niettemin tot de commissie van beroep, dan zal deze hem in de regel ontvangen. In dat geval wordt hij in beginsel gebonden door de beslissing van de commissie van beroep. Vgl. par. 3.3.8.

33 Van der Net poneert de stelling dat de commissie van beroep een basis heeft in art. 208 (nu: 23) Gw en daarmee een (Grond)wettelijk erkende rechtsprekende instantie is, die 'voor gaat', voor m.n. de burgerlijke rechter. Vgl. (1977), 21, nt 59; 111, nt 47. Deze opvatting is wel verklaarbaar, want wie in de commissies van beroep rechtstreeks op de wet steunende (kringen)rechtters ziet, moet vervolgens constateren dat zij niet kunnen worden ondergebracht in art. 112 Gw. Op dit punt wordt Van der Net zelfs door 'geestverwanten' Stellinga (1977, 185) en Van Aartsen (1978, 223) uitdrukkelijk niet bijgevalen.

In hoofdstuk 2 van zijn proefschrift wijst Van der Net er op dat er aanwijzingen zijn dat de wetgever in 1905 de werkzaamheid van de commissies van beroep als een vorm van arbitrage zag.³⁴ Na een uitgebreide vergelijking van arbitrage en – zoals Van der Net het noemt – kringenrechtspraak, komt Van der Net tot de conclusie dat van arbitrage geen sprake is, met name omdat 'de noodzakelijke grondslag voor iedere arbitrage een overeenkomst tussen twee of meer partijen is om een geschil niet te brengen voor de rechter, zoals volgens de wet regel is, doch voor arbiters. Daarentegen steunt', aldus Van der Net, 'de commissierechtspraak voor werknemers bij het bijzonder onderwijs rechtstreeks op de wet zelf, mits het betrokken schoolbestuur maar bij enige commissie van beroep is aangesloten.' In dit laatste geval is derhalve – zo nog steeds Van der Net – 'strikt genomen, een beding tussen partijen onderling niet meer nodig'.³⁵

Van der Net verliest aldus uit het oog dat de wettelijke bepalingen betreffende de commissie van beroep bekostigingsvoorwaarden zijn, die niet kunnen dienen als een wettelijke basis voor de commissies; een verwijzing naar de commissies van beroep in de akte van benoeming of cao is daarom bepaald geen overbodigheid. Net als in geval van arbitrage is de overeenkomst tussen schoolbestuur en werknemer de enig-voorstelbare basis voor de werkzaamheid van de commissie.³⁶ Alleen deze opvatting is ook in overeenstemming met art. 17 Gw, waarin wordt bepaald dat niemand tegen zijn wil (!) kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.³⁷ Op dit punt is er daarom geen verschil, maar juist een uitdrukkelijke overeenkomst tussen arbitrage en de geschillenbeslechting door de commissies van beroep.

Dat wil niet zeggen dat sprake is van arbitrage. Arbitrage moet als zodanig uitdrukkelijk overeengekomen worden.³⁸ Dat gebeurt niet in de aktes van benoeming en cao's. Ook de beslissingen van de commissies van beroep en de jurisprudentie van de burgerlijke rechter wijzen niet in de richting van arbitrage. In geen geval is door een van de betrokkenen de voor arbitrale vonnissen voorgeschreven exequatur-procedure gevolgd, laat staan dat een verzoek om een exequatur is gehonoreerd. Evenmin heeft de burgerlijke rechter zich ooit onbevoegd verklaard op grond van het feit dat sprake zou zijn van arbitrage, in het geval een betrokkene zich met voorbijgaan aan de commissie van beroep tot de burgerlijke rechter wendde.³⁹ Ik zal de arbitrage daarom – met Van der Net, maar op andere gronden – buiten beschouwing laten.

34 (1977), 17.

35 (1977), 70. In vergelijkbare zin: Stellinga (1977), 184; Van Aartsen (1978), 222.

36 Hoogstens het aanvaarden van het lidmaatschap van een vereniging, in wier statuten of reglementen een arbitraal beding c.q. een beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep is opgenomen, zou nog als een dergelijke wilsuiting kunnen worden gezien. Vgl. Heemskerk (1988), 234. In het bijzonder onderwijs wordt van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

37 Vgl. i.v.m. art. 17 Gw: par. 4.4.2.

38 Vgl. Heemskerk (1988), 232; Makkinga, nr 577.

39 In geval van een geldig arbitraal beding zou dat in beginsel moeten. Vgl. Heemskerk (1988), 235.

Van der Net wijst ook de kwalificatie als bindend advies af. Hij doet dat in de eerste plaats op grond van hetzelfde argument als waarmee hij arbitrage afwijst: bindend advies berust op een overeenkomst; de kringenrechtspraak berust op de wet.

Deze argumentatie is opnieuw weinig overtuigend. Bindend advies berust inderdaad op een overeenkomst; een beslissing van een bindend adviseur vormt een nadere invulling van de tussen partijen bestaande overeenkomst; naleving van een bindend advies wordt afgedwongen door middel van een vordering tot nakoming van de overeenkomst, zoals die is ingevuld door het bindend advies.⁴⁰ Ook de beslissing van de commissie van beroep berust echter op een overeenkomst. En wat overigens over bindend advies is gezegd, kan zonder problemen ook voor de geschillenbeslechting door de commissie van beroep opgaan. De bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetten en het RPBO leggen op dit punt geen belemmeringen op.

In dit verband dient bedacht te worden dat het bindend advies geen wettelijke regeling kent en dat het in beginsel geheel beheerst wordt door hetgeen partijen overeenkomen. Daarom overtuigen ook de overige door Van der Net genoemde verschillen tussen bindend advies en 'kringenrechtspraak' niet. Zo betekent de omstandigheid dat een bindend adviseur in beginsel niet kan worden gewraakt en een lid van een commissie van beroep wel, niet dat de 'kringenrechtspraak' niet als een vorm van bindend advies gezien kan worden. Het betekent veeleer dat schoolbestuur en werknemer van hun contractsvrijheid gebruik hebben gemaakt om een regeling betreffende de wraking van commissieleden te treffen. Dat is overigens niet vrijwillig gebeurd; art. III-A13 RPBO schrijft dat voor. Zo bewerkstelligen de bekostigingsvoorwaarden dat een procedure wordt overeengekomen die met veel waarborgen is omkleed, met meer waarborgen wellicht dan in geval van een 'gemiddeld' bindend advies. Ik zie niet in waarom die extra waarborgen verhinderen dat de 'kringenrechtspraak' als een speciës van bindend advies wordt gezien.

Hierna zal nog blijken dat de procedure voor de commissie van beroep – ondanks haar privaatrechtelijke grondslag – veel overeenkomsten vertoont met het administratieve proces. Dat is ten dele het gevolg van de indirecte invloed van de bekostigingsvoorwaarden, maar ook van de aard van het geschil en van de wijze waarop de commissies van beroep zich in de praktijk opstellen.⁴¹ Ook deze administratief-rechtelijke 'inslag' verhindert niet de kwalificatie als bindend advies. De contractuele grondslag laat voldoende ruimte voor – bijvoorbeeld – een meer actieve opstelling van de commissie van beroep en voor het gebruik van aan het publiekrecht ontleende toetsingsnormen.

2.2.5 *Heersende leer: bindend advies*

In zijn proefschrift is Van der Net overigens al bepaald weifelend bij het be-

40 Vgl. Heemskerk (1988), 244.

41 Vgl. par. 2.4.

antwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van bindend advies. Later heeft hij zijn mening nog duidelijker bijgesteld in de richting van bindend advies.⁴² Dat zal zijn veroorzaakt door de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, waarin de beslissingen van de commissies van beroep vrijwel unaniem als bindende adviezen worden gekwalificeerd. Die eenstemmigheid was er aanvankelijk niet. In elk geval sedert het midden van de jaren zeventig is er op dit punt echter een duidelijke lijn te ontdekken in de jurisprudentie.⁴³ Dat sprake is van bindend advies is daarnaast ook de opvatting die is terug te vinden in de jurisprudentie van de commissies van beroep⁴⁴ en in de meer recente literatuur.⁴⁵

Dat de commissies van beroep bindend adviseurs zijn en haar beslissingen bindende adviezen is ook mijn opvatting. Meer in het bijzonder kan in de terminologie van Zonderland⁴⁶ gesproken worden van een 'onzuiver' bindend advies, het bindend advies 'wanneer een der partijen van de derde uitspraak verlangt in een geschil waarover arbitrage in de zin van art. 620 e.v. WBRv. mogelijk zou zijn geweest'.⁴⁷

2.3. DE TOEGANG

2.3.1 *Bevoegdheid en ontvankelijkheid*

Of de commissie van beroep al dan niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van en uitspraak over het geschil tussen schoolbestuur en werknemer is afhankelijk van tal van factoren. Deze kunnen liggen aan de zijde van de commissie en de haar in abstracto opgedragen taken, in de persoon van de werknemer en in de vorm en de inhoud van het beroepschrift en de termijn waarbinnen het wordt ingediend. In dit verband is het gebruikelijk om een tweedeling te maken tussen bevoegdheid (van de instantie aan wie het geschil wordt voorgelegd) en ontvankelijkheid (van het beroep en van degene die het beroep instelt). Ook het RPBO gaat er kennelijk van uit dat enerzijds de com-

42 Vgl. (1977), 75-76; (1983a), 242; nt onder Ktr Amsterdam, 11-2-1983, AB 1983, 277.

43 Vgl. bijv.: (qua formulering niet overduidelijk) Rb Amsterdam 8-3-1977, AB 1977, 361; Ktr Eindhoven 14-4-1978, AB 1979, 76; Ktr. Amsterdam 11-2-1983, AB 1983, 277.

44 Vgl. bijv. het slot van de beslissing van de Cvb KUN 5-1-1979, AB 1979, 181: 'De Commissie van Beroep, Uitspraak doende bij wege van bindend advies, Verklaart...'

45 Vgl. Van Peijpe (1987), 546; Van der Grinten (1990), 175. Anders: Kaastra (1990), 62-63.

46 Zonderland, deel E II, 1.

47 Het (onzuiver) bindend advies hinkt aldus op twee gedachten: enerzijds vindt het – kennelijk – zijn basis in de overeenkomst tussen partijen en wordt het geacht die overeenkomst qua inhoud aan te vullen; anderzijds is – evenzeer kennelijk – sprake van een geschil in het kader van de uitvoering van de overeenkomst dat door een derde aan de hand van het recht bindend wordt beslecht – en is dus sprake van rechtspraak. Vgl. op dit laatste punt: Van der Grinten (1974), 57; Van der Heijden (1984c), 22/23; De Waard (1987), 14 e.v. In de recente literatuur is wel de opvatting terug te vinden dat het onzuiver bindend advies in strijd is met de Grondwet, of – ook al is dat niet het geval – niettemin vervangen dient te worden door arbitrage. Ik laat deze problemen hier rusten. Vgl. daarover: par. 4.4.2.

missie van beroep bevoegd dient te zijn, anderzijds de werknemer in zijn beroep ontvankelijk. In art. III-A9 leden 1 en 2 RPBO worden althans beide termen gebruikt op een wijze die aansluit op de wijze waarop dat onderscheid met name in de sfeer van het burgerlijk proces wordt gehanteerd. De beslissingen van de commissies van beroep sluiten daarentegen veelal aan op het administratief procesrecht, waar de bevoegdheid een rol van ondergeschikt belang speelt en waar in de regel de ontvankelijkheidsvraag de vraag is waar alles om draait.⁴⁸

Hoe dit ook zij, of een commissie van beroep toekomt aan het geven van een inhoudelijk oordeel is in eerste instantie afhankelijk van de vraag of het geschil in abstracto bij de commissie van beroep thuis hoort. Op deze vraag, in termen van het burgerlijk procesrecht naar de bevoegdheid van de commissie van beroep, zal ik eerst ingaan.

2.3.2 *De voor beroep vatbare besluiten*

In verband met de bevoegdheid van de commissie van beroep dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende onderwijstypes. De drie meest recente wetten (voor het basisonderwijs, het speciaal onderwijs en het hoger beroepsonderwijs) bepalen dat beroep kan worden ingesteld tegen 'een besluit van het schoolbestuur inhoudende: a. een disciplinaire maatregel; b. schorsing; c. het direct of indirect onthouden van promotie; d. het verminderen van de omvang van de betrekking; e. ontslag anders dan op eigen verzoek, voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt.'⁴⁹ De WVO kijkt af op dit punt. In het voortgezet onderwijs is beroep mogelijk tegen 'een door het schoolbestuur genomen besluit tot schorsing, tot het opleggen van een disciplinaire straf, tot het direct of indirect onthouden van promotie, tot het verminderen van de omvang van de betrekking of tot ontslag anders dan op eigen verzoek, voordat zij (de werknemers, W.B.) de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt of het tijdvak, waarvoor zij zijn benoemd, is verlopen' (...).⁵⁰ De beroepsmogelijkheid in verband met ontslag is aldus geclausuleerd door de toevoeging 'of het tijdvak, waarvoor zij zijn benoemd, is verlopen'.

2.3.3 *'Ontslag'*

Onder 'ontslag' als voor beroep vatbaar besluit moet worden verstaan: 'opzegging'. Of de opzegging (al dan niet) is geschied om een dringende reden is niet van belang. Evenmin is van belang of de opzegging (al dan niet) is geschied tijdens een proeftijd. Wel moet rekening worden gehouden met de aard van het dienstverband. Dat de commissie van beroep bevoegd is in geval van de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur staat vast.

48 Vgl. bijv. Ten Berge/Tak (1983), 188-190. De CvB pc vo overweegt in een beslissing van 28 februari 1978 (AB 1979, 145) zelfs eerst dat zij zich onbevoegd acht om vervolgens de werknemer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn beroep.

49 Vgl. de artt. 40 lid 1 WBO, 49 lid 1 ISOVSO en 93 lid 1 WHBO.

50 Vgl. art. 52 lid 1 WVO.

Hetzelfde geldt voor de tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur.⁵¹

Problemen ontstaan daarentegen met de 'normale' opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Dat is overigens uitsluitend het geval in het voortgezet onderwijs, waar, zoals bleek, de beroepsmogelijkheid in verband met ontslag is geclausuleerd door de toevoeging 'of het tijdvak, waarvoor zij zijn benoemd, is verlopen'. Het is deze clausulering die de commissies van beroep er toe leidt om zich niet bevoegd te verklaren in het geval het beroep zich richt tegen de opzegging van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Dat gebeurt op grond van de redenering dat de beëindiging door opzegging ingaat op de vooraf overeengekomen einddatum, zodat niet sprake is van een ontslag vóór het tijdvak is verlopen.⁵² Deze opvatting is grammaticaal wellicht verdedigbaar, gezien haar gevolgen mijns inziens niet.⁵³ Ik zie althans niet in waarom de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur een andere behandeling verdient dan de opzegging van een dienstverband voor onbepaalde duur.⁵⁴ Het is daarom toe te juichen dat de wetgever op dit punt de competentie van de commissie van beroep buiten twijfel wil stellen.⁵⁵ Tot dan is het vooral voor het schoolbestuur zaak om zorgvuldig te werk te gaan bij de beëindiging van een tijdelijke aanstelling. Dat voorkomt onplezierige verrassingen in de vorm van een hoge loonvordering op grond van een – naar achteraf blijkt – nietige opzegging. Acht de commissie van beroep een beroep ingesteld tegen de beëindiging van een verlengd tijdelijke aanstelling namelijk niet ontvankelijk, dan is daarom – voor zover het het niet-onderwijzend personeel betreft – het BBA van toepassing. Dat is het gevolg van het bepaalde in de MB'87.⁵⁶ Bestaat ook maar enigszins twijfel over het karakter van de opzegging, dan lijkt het aanvragen van een ontslagvergunning 'voor zover vereist' op zijn plaats.

Met de clausulering 'anders dan op eigen verzoek' wordt bedoeld op de opzegging die plaats vindt op de enkele grond dat de werknemer erom verzocht heeft. Deze beperking lijkt op het eerste oog redelijk, omdat het initiatief tot de opzegging van de werknemer is uitgegaan. Anderzijds kunnen rond de opzegging op verzoek geschillen rijzen, waarvan wenselijk lijkt dat zij aan

51 Vgl. bijv. Cvb pc vo 3-12-1976, AB 1977, 295; Cvb pc vo 17-9-1980, AB 1981, 62.

52 Vgl. CCvb rk vo, 12-7-1977, AB 1978, 41; Cvb rk vo 9-8-1982, JKOCZ 1982 A.4.7; Cvb pc vo 16-1-1985, JPCO 1985, 33 e.v.; Cvb pc vo 16-5-1985, JPCO 1985, 53 e.v.; Cvb VBS vohbo 7-10-1986, VBS-schrift 1987/1.

53 Af en toe blijkt dat ook de commissies van beroep moeite hebben met deze beperking van hun bevoegdheid. Dat lijkt althans de achtergrond van de beslissingen waarin de commissies aannemen dat zij wel bevoegd zijn (althans het beroep wel ontvankelijk), omdat de opzegging niet tijdig heeft plaats gehad. Vgl. bijv. Cvb pc vo 20-10-1977, AB 1978, 357; Cvb pc vohbo 11-11-1987, JPCO 1987, 143 e.v.

54 Dat sluit niet uit dat de toetsing lichter is, net als in het ambtenarenrecht. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.2, 2.3.2.

55 Dat kondigt de Minister van Sociale Zaken althans aan. Vgl. de toelichting op de MB'87 (Beschikking van 17 juni 1987, nr 87/10494, Stcrt 1987, 135).

56 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.1.2; hoofdstuk VIII, par. 3.8.5.

de commissie van beroep kunnen worden voorgelegd. Ik denk aan het geval dat het schoolbestuur niet conform het verzoek opzegt, maar met een kortere (of juist langere) termijn.⁵⁷ Een beroep kan ook op zijn plaats zijn als, naar achteraf blijkt, het verzoek onder invloed van geestelijke stoornis werd gedaan.⁵⁸ In het vorige hoofdstuk bleek dat de opzegging op verzoek verdwijnt uit de aktes van benoeming, zodat deze clausulering op den duur haar betekenis zal verliezen.⁵⁹

Uit de parlementaire geschiedenis van de Lager onderwijswet blijkt dat uit de beperking 'voor de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt' niet moet worden afgeleid dat de aanstelling per se eindigt (althans moet eindigen) bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De beperking werd uitsluitend aangebracht omdat de gedachte heerste dat een ontslag bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd minder bescherming behoeft dan een voordien gegeven ontslag, zodat het niet nodig was om beroep op de commissie van beroep open te stellen.⁶⁰ Inmiddels is de toevoeging 'voor de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt' grotendeels overbodig geworden, omdat de aktes en cao's over het algemeen bepalen dat de aanstelling eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Ook een aanstelling in vaste dienst eindigt dan van rechtswege, zodat geen sprake is van een 'ontslag' in de zin van een eenzijdige opzegging.

'Opzegging' duidt op een (eenzijdige) beëindigingshandeling door het schoolbestuur. In verband met het van rechtswege eindigen van een (eerste) aanstelling voor bepaalde tijd kan dan ook geen beroep worden ingesteld.⁶¹ Ook ten aanzien van geschillen over een eventuele opzegging door de werknemer en een beëindigingsovereenkomst is de commissie van beroep niet competent.⁶² Terzake van loonvorderingen, die elders in de private sector vaak de ingang vormen om een ontslaggeschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen, is de commissie van beroep eveneens niet bevoegd.

Uit het feit dat het beroep wordt ingesteld tegen een besluit van het schoolbestuur, kan worden afgeleid dat het schoolbestuur zelf niet in beroep kan gaan, bijvoorbeeld tegen een opzegging door de werknemer. Een verzoek aan de commissie van beroep, door schoolbestuur of werknemer, om de arbeidsovereenkomst te ontbinden is evenmin mogelijk.

De beslissing van Commissie van beroep pc vo van 28 februari 1978⁶³ zou tot

57 De Cvb pc vo acht de werknemer in dat geval ontvankelijk, omdat geen sprake (meer) is van een ontslag op verzoek. Vgl. de beslissing van 10-12-1981, AB 1982, 518.

58 M.n. in het laatste geval heeft het wel zin om in beroep te gaan, omdat aan de hand van de bevoegdheidsvraag het inhoudelijke geschil in nagenoeg volle omvang aan de orde kan komen. Vgl. bijv. CCvb rk vo 8-9-1983, JKOCZ 1983 A.4.5.

59 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.6.2.

60 Vgl. de MvA, TK 1919-1920 nr 86, 176 r.k.

61 Vgl. bijv. Cvb rk kbbo 17-8-1983, JKOCZ 1983 A.1.4; Cvb pc vo 30-10-1986, JPCO 1986, 81 e.v. Vgl. ook CCvb rk vo 28-3-1989, JKOCZ 1989 A.4.2., i.v.m. de blijvende ongeschiktheid wegens ziekte als ontbindende voorwaarde.

62 Vgl. CCvb rk vo 12-4-1988, JKOCZ 1988 A.4.10.

63 AB 1979, 145, m.n. VdN.

de conclusie kunnen leiden dat niet alleen het besluit voor beroep vatbaar moet zijn, maar dat de vordering ook – in abstracto – moet kunnen worden toegewezen. De beslissing in casu was het gevolg van het feit dat de werknemer, op basis van de stelling dat het ontslag zowel onregelmatig als kennelijk onredelijk was, de commissie van beroep verzocht een schadeloosstelling ex art. 1639r BW en een schadevergoeding ex art. 1639s BW toe te kennen. Zoals in par. 2.6 zal blijken, achten de commissies van beroep zich daartoe niet gerechtigd. Gevolg was dat het beroep niet-ontvankelijk werd verklaard.

Van der Net bekritiseert deze beslissing in zijn annotatie; zijns inziens had de commissie het beroep moeten ontvangen en de beslissing zo nodig moeten vernietigen. Die opvatting is zeker verdedigbaar. De vordering zou het gevolg kunnen zijn van een misverstand bij de werknemer, die, ware hij beter op de hoogte geweest, vernietiging zou hebben gevorderd. In dat geval is een niet-ontvankelijk verklaring zeker niet op haar plaats.

Zou de werknemer juist bewust genoeg willen nemen met 'alleen maar' een schadeloosstelling dan wel schadevergoeding, dan is dat niet anders. De beroepsmogelijkheid om de commissie van beroep is nu eenmaal overeengekomen. In par. 3.2.5 zal daarnaast blijken dat het beroep op de commissie niet verhindert dat de werknemer nadien een vordering uit art. 1639s BW aan de burgerlijke rechter voorlegt. Tevens zal in par. 3.2.5 worden geconcludeerd dat de werknemer in geval van een onregelmatige opzegging de commissie van beroep kan overslaan. Doet hij dat niet, dan dient de commissie het beroep inhoudelijk af te doen en is de werknemer gebonden aan de door hem uitgelokte beslissing.

Ook overigens is er voor de commissie van beroep geen reden om de eigen bevoegdheid erg beperkt op te vatten. In par. 2.6.4 zal blijken dat er niet of nauwelijks verschillen zijn tussen het herstel op grond van art. 1639t BW en de vernietiging door de commissie van beroep. Om die reden lijkt het geen bezwaar dat de commissie een verzoek om veroordeling tot herstel op grond van art. 1639t BW opvat als een verzoek om vernietiging. Indien de werknemer met de kwalificatie 'onregelmatig' c.q. 'kennelijk onredelijk' het gebrek dat zijn inziens aan het ontslag kleeft wil benoemen, maar overigens de vernietiging van het ontslag vordert, dan dient die kwalificatie zelfs geheel zonder consequenties te zijn voor de toegang tot de commissie van beroep.⁶⁴

2.3.4 Art. III-A8 RPBO

Curieus is dat niet alleen de onderwijswetten aangeven waartegen een belanghebbende in beroep kan komen, maar dat ook art. III-A8 RPBO dat doet. De verklaring voor deze dubbele regeling biedt de volgende passage uit de nota van toelichting bij het RPBO: 'Terwille van de volledigheid zijn verspreid in dit hoofdstuk ook opgenomen de bepalingen uit de diverse aan dit hoofdstuk ten grondslag liggende wetten met betrekking tot de commissie van beroep'.

⁶⁴ Vgl. CCvB rk vo 20-2-1974, kenbaar uit Rb Amsterdam 8-3-1977, AB 1977, 361; Cvb rk bso Utrecht/Groningen, 28-12-1988, JKOCZ 1988 A.3.2.

Misschien is het inderdaad wel overzichtelijk om te streven naar één complete regeling op één plaats. Van die overzichtelijkheid blijft intussen weinig over als er verschillen zijn tussen de 'moeder-regeling' in de formele onderwijswetten en de 'samenvattende' bepaling in het RPBO. Dat is hier het geval. Problemen levert met name op het bepaalde in art. III-A8 onder c RPBO, nu daarin dezelfde clausulering in verband met ontslag is opgenomen als in de WVO, terwijl die beperking in geen van de andere onderwijswetten is terug te vinden. Gezien het feit dat het gaat om een verschil tussen een formele wet (WBO, ISOVSO en WHBO) en een AMvB, ga ik er van uit dat voor zover het het basis-, speciaal en hoger beroepsonderwijs betreft de beperking in art. III-A8 onder c RPBO als niet geschreven moet worden beschouwd.

2.3.5 De ontvankelijkheid

Tot zover de vraag naar de bevoegdheid van de commissie van beroep. Staat die bevoegdheid eenmaal vast, dan dient de commissie van beroep na te gaan of zij de werknemer in dienst beroep kan ontvangen. Wil dat het geval zijn, dan zal allereerst de werknemer zelf aan zekere eisen moeten voldoen.

Er van uitgaande dat aktes van benoeming en de cao's overeenstemmen met de onderwijswetten en het RPBO, kunnen de volgende personen in beroep gaan tegen een van de hiervoor genoemde beslissingen van het schoolbestuur: 'het personeel' in het basisonderwijs en in het speciaal onderwijs, 'de rector of de directeur, de leraren en het overige personeel, bedoeld in artikel 38' (dat wil zeggen: waarop het RPBO van toepassing is) in het voortgezet onderwijs, 'het personeel' in het hoger beroepsonderwijs.⁶⁵ Kort samengevat zijn dat alle werknemers in dienst van het schoolbestuur voor zover zij werkzaam zijn binnen de school.⁶⁶ Wie in dienst is van het schoolbestuur, maar niet werkzaam binnen de school, heeft geen beroepsmogelijkheid. Beter gezegd: het schoolbestuur is niet verplicht een beroepsmogelijkheid te incorporeren in de akte van benoeming of cao. Dat sluit niet uit dat toch beroepsmogelijkheden bestaan, mits de arbeidsovereenkomst en tevens het huishoudelijk reglement van de commissie van beroep daarin voorzien.⁶⁷

De werknemer dient belang te hebben bij het instellen van het beroep. Die eis moet gesteld worden, al biedt geen van de wettelijke regelingen daarvoor een aanknopingspunt.⁶⁸ Over het algemeen zal deze eis geen problemen op-

65 Vgl. de artt. 40 lid 1 jo 14, 15 en 16 WBO, 49 lid 1 jo. 22, 23 en 24 ISOVSO, 52 lid 1 jo. 38 WVO en 93 lid 1 jo. 52 WHBO.

66 De beroepsmogelijkheid betrof aanvankelijk uitsluitend de leerkrachten, nadien de leerkrachten en enkele categorieën niet-onderwijzend personeel. Nog in de jaren tachtig konden bepaalde categorieën werknemers niet in beroep komen. Vgl. bijv. Cvb 6-7-1985, JPCO 1985, 15.

67 In plaats van de 'belanghebbende' werknemer zelf kunnen, indien de belanghebbende voor het verstrijken van de beroepstermijn is overleden, diens nagelaten betrekkingen beroep instellen, voor zover zij althans aanspraak hebben op een uitkering bij overlijden. Vgl. art. III-A8 lid 2 RPBO. Jurisprudentie terzake is mij onbekend.

68 Een uitzondering vormt de WWO. Vgl. art. 133 WWO.

leveren; daarvoor zorgen de precieze omschrijvingen van zowel de kring van beroepsgerechtigden als de voor beroep vatbare besluiten. In sommige gevallen is niettemin denkbaar dat een werknemer niet-ontvankelijk wordt verklaard wegens het ontbreken van belang, bijvoorbeeld in het geval beroep wordt ingesteld tegen een besluit dat is genomen ten aanzien van een derde.⁶⁹

Tenslotte dient het beroep op een bepaalde wijze en binnen een bepaalde termijn ingesteld te worden. Zo niet, dan volgt in beginsel de niet-ontvankelijk verklaring van de werknemer, althans van het beroep. In de volgende paragraaf, gewijd aan de procedure voor de commissie van beroep, komt deze kwestie nader aan de orde.

2.4 DE PROCEDURE

2.4.1 De regeling in het RPBO

Uitgaande van de processuele bepalingen in titel III RPBO, die over het algemeen letterlijk zijn overgenomen in de huishoudelijke reglementen van de verschillende commissies van beroep, kan over de procedure voor de commissie van beroep het volgende gezegd worden.

De procedure start met een beroepschrift, door de werknemer of diens raadsman ondertekend en verzonden aan de voorzitter van de commissie van beroep. Het beroepschrift dient onder andere de vordering en de gronden waarop deze berust te vermelden. Het is daarom niet mogelijk om een zuiver formeel beroep in te stellen.⁷⁰ Wel is het uiteraard mogelijk om een summier gemotiveerd beroepschrift in te dienen, dat later, bijvoorbeeld tijdens de zitting, verder wordt uitgewerkt.⁷¹ Bij het beroepschrift dient een aantal stukken gevoegd te worden. Wordt niet aan deze eisen ten aanzien van de inhoud van het beroepschrift en ten aanzien van de over te leggen stukken voldaan, dan is herstel van het verzuim mogelijk.

Art. III-A9 RPBO bevat een aantal voorzieningen voor misslagen van de werknemer bij de aanvang van de procedure. Lid 1 betreft het geval dat de werknemer zich tot de verkeerde commissie van beroep wendt; in dat geval stelt de voorzitter de werknemer van de onbevoegdheid van de commissie op de hoogte. Waarschijnlijk om tijd te sparen treedt de voorzitter hier zelfstandig op. Over andere gevallen van (eventuele) onbevoegdheid beslist de commissie als geheel; aldus bepaalt lid 1 slot. Lid 2 van art. III-A9 RPBO bevat een voorziening in verband met het te laat indienen van het beroepschrift. De beroepstermijn is dertig dagen vanaf de dag waarop het bestuursbesluit waar-

69 Vgl. i.v.m. het ambtenarenrecht, waar op grond van art. 24 Aw een soortgelijke vraag rijst: CRvB 16-7-1962, AB 1963, 275; CRvB 7-8-1968, AB 1969, 256. Vgl. ook Cvb rk bero 2-3-1988, JKOCZ 1988 A.4.6: geen belang, omdat de werknemer elders onvoorwaardelijk een betrekking heeft aanvaard.

70 Art. III-A8 RPBO. Vgl. Cvb pc bso 31-3-1987, JPCO 1987, 16 e.v.

71 Vgl. ook: Van der Net (1977), 92-93.

tegen het beroep wordt ingesteld aan de werknemer is verzonden. Wordt het beroep later ingesteld, dan laat de commissie de niet-ontvankelijkverklaring op die grond achterwege, indien de werknemer aantoonst dat hij in beroep is gekomen zo spoedig als dit redelijkerwijs verlangd kon worden.

De jurisprudentie van de commissies van beroep op dit punt is sterk casuïstisch. In de regel zal de betrokken werknemer voldoende duidelijk zijn dat de mogelijkheid bestaat om beroep in te stellen en dat dat binnen bepaalde termijn moet, zeker nu de meer recente onderwijswetten bepalen dat het voor beroep vatbare besluit de beroepstermijn dient te vermelden.⁷² In die gevallen zal de werknemer er niet of nauwelijks in slagen de commissie van beroep ervan te overtuigen dat zij hem in zijn beroep dient te ontvangen indien de beroepstermijn is overschreden.⁷³ Voor de hand ligt dat wordt afgezien van niet-ontvankelijk verklaring in geval de werknemer verkeerd is voorgelicht door het schoolbestuur. De jurisprudentie van de commissies van beroep is echter niet eenstemmig op dit punt.⁷⁴ Met Van der Net⁷⁵ ben ik van mening dat de commissies er over het algemeen goed aan doen om zich ten aanzien van termijnoverschrijdingen en dergelijke soepel op te stellen.⁷⁶

Na ontvangst van een (eventueel hersteld) beroepsschrift zendt de voorzitter van de commissie van beroep een exemplaar van het beroepsschrift en van de overige stukken aan het schoolbestuur. Vervolgens wordt het schoolbestuur in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren. Art III-A10 lid 1 RPBO formuleert dit overigens scherper: binnen twee weken na ontvangst van het beroepsschrift 'doet het instellingsbestuur de voorzitter een verweerschrift (...) toekomen'. Kennelijk is hier sprake van een verplichting. Het schoolbestuur dient bij het verweerschrift afschriften van de voornaamste op de zaak betrekking hebbende stukken te voegen; ook dat is als een verplichting geformuleerd. Beide verplichtingen zullen in de regel bewerkstelligen dat alle relevante gegevens boven tafel komen. Zij komen de procedure inhoudelijk zeker ten goede. Toch moet bedacht worden dat met name een verplichting om verweer te voeren ver gaat en dat een dergelijke verplichting elders bepaald niet gebruikelijk is, voor de burgerlijke rechter noch voor de administratieve rechter. Aan de inhoud van het verweer mogen daarom mijns inziens geen hoge eisen worden gesteld. Een verweerschrift waarin het schoolbestuur aangeeft dat het nog steeds achter zijn besluit staat en achter de gronden waarop het genomen is, lijkt voldoende. Om andere redenen kan een dergelijk minimaal verweer overigens minder verstandig zijn. Ik kom daar hierna op terug, in verband met de lijdelijkheid van de commissie van beroep.

Het RPBO kent geen voorziening voor het geval het schoolbestuur (al dan

72 Vgl. bijv. art. 40 lid 2 WBO en art. III-A8 RPBO.

73 Vgl. bijv. Cvb ABB, 8-3-1984, AB 1984, 374.

74 Vgl. Van der Net (1977), 95-96. Vgl. ook Cvb pc vo 12-5-1980, AB 1980, 590.

75 (1977), 96.

76 Al was het maar omdat er geen enkele duidelijkheid bestaat ten aanzien van de consequenties van een dergelijke niet-ontvankelijkheid. Vgl. par. 3.2.4.

niet bewust) nalaat verweer te voeren. Met name ontbreekt de mogelijkheid voor de commissie van beroep om in een dergelijk geval verstek te verlenen en vervolgens de mogelijkheid voor het schoolbestuur om dat te zuiveren (of, als een beslissing is genomen, daartegen in verzet te komen). Laat het schoolbestuur na verweer te voeren, dan rijst de vraag of het niet voeren van verweer betekent dat de commissie op basis van de stellingen en de stukken van de werknemer recht moet doen en in beginsel de eis moet toewijzen, of juist het tegendeel, dat de commissie zelfstandig de gegrondheid van de vordering dient te onderzoeken. Ik kom op deze vraag hierna terug, in verband met de lijdelijkheid van de commissie van beroep. In elk geval lijkt het niet voeren van verweer te moeten betekenen dat het schoolbestuur onherroepelijk van de procedure is uitgesloten, nu een regeling inzake het verstek (verlening én zuivering) ontbreekt.⁷⁷

Met het indienen van het verweerschrift met bijbehorende stukken en met de toezending daarvan aan de werknemer is het schriftelijke deel van de procedure beëindigd.⁷⁸ Vervolgens worden door de voorzitter dag en uur van de zitting bepaald. Deze zitting dient in beginsel binnen zes weken na het begin van de procedure plaats te vinden; alleen in uitzonderlijke gevallen kan – gemotiveerd – van deze termijn worden afgeweken (art. III-A11 lid 2 slot RPBO). Dag en uur van de zitting dienen binnen twee weken na ontvangst van het beroepschrift aan partijen te worden bekend gemaakt; ook van deze termijn-verplichting kan slechts in uitzonderlijke gevallen, gemotiveerd, worden afgeweken (art. III-A11 lid 3).

Tijdens de zitting wordt aan partijen de gelegenheid gegeven hun zaak voor te dragen of te doen voordragen. Ook kunnen tijdens de zitting getuigen en deskundigen worden gehoord. Dat kan gebeuren op verzoek van een van de partijen of omdat de commissie zelf dat nodig acht. Of getuigen en deskundigen worden gehoord staat ter beslissing van de commissie. Tenslotte kunnen partijen, voorzover dat niet al eerder is gebeurd, tijdens de zitting kennis nemen van alle stukken van het geding. De zitting is in beginsel openbaar. Zij vindt achter gesloten deuren plaats als een van partijen daarom verzoekt of als de commissie dat zelf nodig acht (art. III-A15 leden 1, 2 en 3 RPBO).⁷⁹

In art. III-A16 lid 1 RPBO wordt bepaald dat de commissie van beroep beslist binnen twee weken na de laatste zitting. Daaruit kan worden opgemaakt dat het niet bij één zitting hoeft te blijven. Dat het niet bij één zitting blijft, komt herhaaldelijk voor, met name als het aangedragen geschil ingewikkeld is. Gezien de termijn waarbinnen de commissie dient te beslissen heeft de wetgever met tijdrovende procedures niet echt rekening gehouden. Art. III-A16 bepaalt namelijk niet alleen dat de beslissing op het beroepschrift dient te volgen binnen twee weken na de (enige of laatste) zitting, maar ook (kennelijk

77 Vgl. i.v.m. arbitrage: art. 1040 lid 2 WBRv.

78 Tenzij met eenstemmig goedvinden van commissie en partijen wordt besloten tot een schriftelijke procedure; vgl. art. III-A12 RPBO. Vgl. ook Cvb pc kbbo 22-7-1976, AB 1977, 296.

79 Vgl. in dit verband: CCvbk rk vo 13-10-1989, JKOCZ 1989 A.4:16.

ongeacht het aantal zittingen) binnen tien weken na de aanvang van de procedure. Deze laatste termijn is niet van openbare orde; in uitzonderlijke gevallen en mits gemotiveerd kan de uitspraak op een later moment volgen. Dat gebeurt dan ook meer dan eens.⁸⁰

Behalve in verband met de termijn waarbinnen beslist moet worden, bevat art. III-A16 nog een aantal andere bepalingen betreffende de beslissing. De commissie beslist achter gesloten deuren; zo veel mogelijk in voltallige vergadering (lid 3). De beslissing is slechts van kracht indien zij wordt genomen door tenminste drie leden die de zaak hebben behandeld, daaronder de (plaatsvervangend) voorzitter; daarnaast dient het aantal van de zijde van de schoolbesturen en van de zijde van de werknemers gekozen leden gelijk te zijn (lid 4). De beslissing is met redenen omkleed en wordt door de voorzitter, binnen twee weken nadat zij is genomen, bij aangetekend schrijven aan partijen toegezonden (lid 5). Een afschrift van de beslissing wordt aan de Minister van Onderwijs en Wetenschappen (en eventueel de Minister van Landbouw en Visserij) gezonden (lid 6).

2.4.2 De procesbeginselen

De geschetste gang van zaken, van het moment van het indienen van het beroepsschrift tot en met de uitspraak, zegt niet alles over de procedure voor de commissie van beroep. Hoe die procedure er uit ziet, is voor een belangrijk deel afhankelijk van zaken als de al dan niet lijdelijke opstelling van de commissie van beroep, het gehanteerde bewijsstelsel en het al dan niet gebruik maken van de mogelijkheid – zo die er is – van procesvertegenwoordiging. Op deze drie, sterk samenhangende onderwerpen zal ik hierna nader ingaan.

Voor Van der Net is de niet-lijdelijkheid van de commissies van beroep een van de hoofdbeginselen van het procesrecht voor de commissies van beroep. Argumenten voor die opvatting kan Van der Net niet ontleen aan de tekst van de onderwijswetgeving; de onderwijswetten en het RPBO zwijgen op dit punt. Van der Net beroept zich dan ook op de parlementaire geschiedenis, daarnaast op de omstandigheid dat de commissies van beroep zich in de praktijk over het algemeen actief blijken op te stellen, in de derde plaats op het feit dat het in de regel leken zijn die beroep instellen, op grond waarvan een actieve taakopvatting geboden zou zijn, en tenslotte op de omstandigheid dat de commissies niet alleen de belangen van partijen in het oog moeten houden, maar ook het algemeen kringbelang moeten dienen.

Deze argumenten zijn in mijn ogen bepaald geen overtuigend bewijs voor de juistheid van Van der Nets opvatting. Wellicht zou uit de parlementaire geschiedenis van de Wet van 3 juni 1905 de conclusie kunnen worden getrokken dat de wetgever een actieve commissie voor ogen stond, maar ook Van der Net moet toegeven dat de parlementaire geschiedenis op dit punt niet overduidelijk is.⁸¹ De commissies stellen zich ten dele inderdaad actief op, maar

80 Vgl. ook: Van der Net (1977), 106.

81 Vgl. (1977), 34, nt 80; 57.

daaruit kan moeilijk afgeleid worden dat dat ook zou moeten. En: Van der Net haalt ook een aantal uitspraken aan waaruit blijkt dat de desbetreffende commissie zich op bepaalde punten juist meer lijdelijk opstelt.⁸² Dat een lijdelijke opstelling van de commissie van beroep minder gewenst is, in verband met het feit dat partijen desgewenst zonder juridische bijstand de procedure voor de commissie van beroep kunnen voeren, is zeker te verdedigen. Toch is ook dit geen doorslaggevend argument, alleen al gezien het feit dat bijvoorbeeld in het kader van de procedure voor de kantonrechter geen verplichte procesverteenwoordiging bestaat, terwijl de kantonrechter als burgerlijke rechter in de contentieuze procedure in beginsel lijdelijk is. Dat de commissie niet-lijdelijk dient te zijn met het oog op haar taak om voor het 'algemene kringbelang' te waken acht ik evenmin overtuigend. In par. 2.1.3 ben ik op de rol van het 'kringbelang' ingegaan; mijn conclusie was dat de commissie in 1905 niet met oog op het bewaken van een dergelijk belang is ingesteld en dat er geen reden is om aan te nemen dat de commissie van beroep andere belangen dan die van schoolbestuur en werknemer in het oog zou moeten houden bij de beslechting van het geschil. Hier blijkt dat die constatering niet zonder belang was. Een vergelijking met de administratieve rechtspraak maakt dat duidelijk: dat de administratieve rechter in principe niet-lijdelijk is, wordt mede gerechtvaardigd door er op te wijzen dat de belangen die op het spel staan in de regel die van partijen overstijgen.⁸³

Uit het voorgaande blijkt al wel dat Van der Net duidelijke parallellen ziet tussen de rol van de administratieve rechter en die van de commissie van beroep. Mijs inziens is het maar zeer de vraag of die parallel de juiste is. Gezien de aard van het geschil en van de partijen, gezien de contractuele basis van de werkzaamheid van de commissie van beroep en gezien het feit dat bij gebreke aan commissies van beroep het geschil aan de burgerlijke rechter zou moeten worden voorgelegd, ligt eerder voor de hand om de opstelling van de burgerlijke rechter tot uitgangspunt te nemen. In dat geval zou 'lijdelijkheid' het uitgangspunt moeten zijn. De parallel met de burgerlijke rechter ligt des te meer voor de hand, als bedacht wordt dat de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter over het algemeen gezien wordt als de processuele consequentie van de privaatrechtelijke contractsvrijheid.⁸⁴

82 Vgl. (1977), 61-62. Daaraan kan worden toegevoegd: Cvb rk kbbo Zd Ned. 8-11-1979, Het Schoolbestuur 1980, 79 e.v., waarin zelfs uitdrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij het burgerlijk procesrecht.

83 Vgl. bijv. Ten Berge/Tak (1983), 266 e.v. In het kader van een ontslagprocedure kunnen zeer zeker belangen van derden aan de orde zijn; wordt de één niet ontslagen, dan zal dat het ontslag voor een ander betekenen. Met name door de strakke regeling van de afvloeiingsvolg-orde is in de regel ook precies te bepalen wie die derde is. Het is echter niet nodig, zelfs niet wenselijk dat de commissie van beroep met belangen van derden uit eigen beweging rekening houdt. Beter zou het zijn wanneer, analoog aan het bepaalde in art. 1045 lid 1 WBRv ten aanzien van arbitrage, een regeling voor de tussenkomst van derden zou worden getroffen. Dat kan in het RPBO; dat kan eventueel ook – uitsluitend – in de reglementen van de commissies.

84 Vgl. Stein (1987), 28.

De keuze voor het uitgangspunt 'lijdelijkheid' betekent dat partijen, in casu de werknemer, het initiatief wordt gelaten ten aanzien van de beslissing tot het voeren van de procedure, maar ook ten aanzien van de beslissing tot het voortijdig beëindigen daarvan. Hoogstens zou hier naar analogie met art. 277 WBRv de eis kunnen worden gesteld dat het schoolbestuur instemt.⁸⁵

Ook ten aanzien van de bepaling van de omvang van het geschil zal de commissie van beroep werknemer en schoolbestuur moeten volgen.⁸⁶ Als partijen een bepaald geschilpunt buiten behandeling willen laten, omdat de werknemer het niet aan de orde wil stellen, of omdat het schoolbestuur zich neerlegt bij bepaalde zaken, dan moeten partijen niet geconfronteerd worden met een 'overijverige' commissie, die de zaak tot op de bodem wil uitzoeken. De commissie zou in dat geval meer invloed naar zich toe trekken dan gerechtvaardigd is gezien de redenen waarom zij is ingesteld: het geven van een beslissing in een geschil tussen werkgever en werknemer.⁸⁷

Dat partijen de omvang van het geschil bepalen, heeft consequenties in de sfeer van het bewijsrecht, met name waar het gaat om de bepaling van de bewijsomvang. Het betekent namelijk dat de commissie van beroep het geschil niet mag 'verengen', door aan te nemen dat betwiste feiten, ondanks de betwisting, vast staan. Zij zullen dus bewezen moeten worden, alvorens de commissie van beroep er haar beslissing op kan baseren. Het betekent ook dat de commissie van beroep feiten waarover partijen het eens zijn, voor waar zal moeten aannemen. Anders zou een bepaalde erkenning, gedaan om daarmee het geschil qua omvang te beperken, zinloos zijn. Dat ten aanzien van feiten waarover partijen het eens zijn geen bewijs mag worden opgedragen, geldt voor hetgeen uitdrukkelijk is erkend, maar ook voor de niet of niet voldoende

85 Dat partijen steeds het initiatief hebben ten aanzien van het voortzetten van de procedure, is ook i.v.m. arbitrage het geval (vgl. art. 1031 WBRv) en eveneens in het administratief proces, curieus genoeg echter niet, althans niet ten volle, in het ambtenarenrecht. Vgl. art. 55 lid 3: om redenen van algemeen belang kan de rechter besluiten de procedure voort te zetten. Vgl. Korteweg-Wiers c.a. (1988), 256.

86 Het is in dit verband interessant er op te wijzen dat de ambtenarenrechter, als de administratieve rechter wiens taak zich nog het beste laat vergelijken met die van de commissie van beroep, ten gevolge van recente wetswijzigingen 'lijdelijker' is geworden. Hij is m.n. niet meer verplicht om het aangevallen besluit in volle omvang te toetsen en kan zich beperken tot het punt van geschil. Vgl. het – per 1 november 1984 gewijzigde – art. 45 Aw. Dat ligt ook wel voor de hand, want het gaat in de procedure voor de ambtenarenrechter (net als voor de burgerlijke rechter en voor de commissie van beroep) vooral om geschillen waarbij de belangen van de ambtenaar en van de overheid als werkgever zijn betrokken, en niet of nauwelijks het algemeen belang of zelfs maar het belang van derden.

87 Vgl. Cvb pc kbbo 28-4-1977, AB 1978, 312 m.n. VdN: de werknemer bestrijdt de reden van het ontslag naar het oordeel van de commissie onvoldoende en stelt vervolgens zelfs dat wat hem betreft de commissie het beroep niet-ontvankelijk kan verklaren. De Commissie laat het vervolgens niet bij de constatering dat de grond het ontslag kan dragen, maar overweegt tevens 'dat ook overigens niet is gebleken dat het bestuursbesluit tot ontslagverlening kennelijk onredelijk of onbillijk is'. Ook Van der Net constateert dat het i.c. toch wel erg vreemd zou zijn geweest als de commissie van beroep daadwerkelijk consequenties zou hebben verbonden aan de op eigen initiatief verrichte toetsing.

betwiste feiten.⁸⁸ Om niet het risico te lopen dat het door de werknemer gestelde als niet of niet voldoende weersproken komt vast te staan, doet het schoolbestuur er daarom goed aan om een – zo nodig – uitvoerig verweerschrift in te dienen.⁸⁹

Dat de commissie van beroep zich ten aanzien van de tot nu toe behandelde onderwerpen anders dan lijdelijk zou opstellen, is moeilijk voorstelbaar. De in het kader van de procedure voor de commissie van beroep aan de orde zijnde belangen noodzaken er in geen geval toe het initiatief niet aan partijen – afzonderlijk of tezamen – over te laten.

In andere opzichten dient de commissie van beroep zich, net als de burgerlijke rechter, zeker niet lijdelijk op te stellen. Zo blijkt uit art. III-A8 lid 6 RPBO dat de voorzitter van de commissie van beroep zelfstandig nagaat of het beroepschrift aan de gestelde eisen voldoet en, zo niet, de werknemer in de gelegenheid stelt om het verzuim te herstellen. Ook blijkt uit art. III-A14 RPBO dat getuigen en deskundigen worden gehoord 'indien de commissie zulks ter beslissing van de zaak nodig acht'; de commissie van beroep kan uit eigen beweging getuigen en deskundigen horen en partijen behoeven voor het horen van getuigen en deskundigen de instemming van de commissie. Op punten als deze moet, althans kan de commissie van beroep zich actief opstellen.

Een niet-lijdelijke opstelling is echter met name op zijn plaats waar het gaat om de toepassing van het recht. Denkbaar is dat appellants vordering in strijd is met dwingend recht, terwijl het schoolbestuur op dit punt geen verweer voert, of eventueel zelfs het door de werknemer gestelde erkent. In dat geval zal de commissie van beroep niettemin haar beslissing moeten geven overeenkomstig de dwingende wetsbepaling. Het staat partijen tenslotte niet vrij om in onderlinge overeenstemming af te wijken van dwingend recht; dat mag evenmin gebeuren via de nadere invulling van de overeenkomst door een derde, de bindend adviseur.⁹⁰ 'Andersom' is denkbaar dat de commissie van beroep tot de conclusie komt dat de rechtsgrond waarop de werknemer zijn vordering baseert niet tot toewijzing van het gevorderde kan leiden, maar dat tevens blijkt dat andere rechtsregels wel tot toewijzing van de vordering kunnen leiden. In dat geval ligt voor de hand dat de commissie van beroep – naar analogie van art. 48 WBRv – de rechtsgronden aanvult.⁹¹

Ten aanzien van de tot nu toe behandelde onderwerpen kan, aanknoping

⁸⁸ Vgl. i.v.m. het civiele proces: art. 167 WBRv.

⁸⁹ In dit licht moeten ook de gevolgen van het niet verschijnen van het schoolbestuur voor de commissie van beroep worden gezien: de eis van de werknemer, voor zover blijvend binnen perken van het recht (en eventueel met analoge toepassing van art. 76 c.q. 1040 lid 3 WBRv), moet worden toegewezen. Andere dan de belangen van werknemer en schoolbestuur staan niet op het spel; het is aan het schoolbestuur om voor de eigen belangen op te komen.

⁹⁰ Interessant is in dit verband de vraag hoe de commissie van beroep zich moet opstellen ten opzichte van regelend recht. Ik zou menen dat de commissie niet uit eigen beweging van regelend recht mag afwijken. Partijen kunnen dit doen; doen zij dat niet, dan bepaalt het regelend recht hun onderlinge rechtsverhouding.

⁹¹ Aldus kan (beter: moet) de commissie van beroep ook ambtshalve toetsen aan de redelijkheid en billijkheid en aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan in de volgende par. be-

zoekend bij het RPBO maar met name bij de opstelling van de burgerlijke rechter, op mijns inziens bevredigende manier worden nagegaan welke opstelling van de commissie van beroep wordt verlangd. Waar overigens nog reden voor twijfel zou zijn, kan te rade worden gegaan bij het karakter van de procedure voor de commissie van beroep.

Dat karakter wordt voor een belangrijk deel bepaald door de aard van partijen en van hun rechtsverhouding.⁹² Het gaat – concreter gezegd – om een geschil tussen een werkgever en een werknemer in het kader van een arbeidsovereenkomst, waarbij de partijen over het algemeen in een ongelijke positie verkeren. Ik doel hierbij op de ongelijkheid op sociaal-economisch en (materieel-)juridisch gebied, een ongelijkheid die al vóór de procedure te constateren is, maar ook op een in veel gevallen bestaande processuele ongelijkheid.⁹³ De situatie is in het bijzonder onderwijs zo dat het ontslagbesluit reeds is genomen en dat het aan de werknemer is om zich ertegen te verweren. Het schoolbestuur beschikt in de regel over de grotere financiële mogelijkheden en heeft daardoor een langere adem bij het voeren van een eventuele procedure dan de werknemer. Het belang aan de zijde van de werknemer bij welslagen van de procedure is meestal ook groter dan het belang van het schoolbestuur dat geschaad wordt als het de procedure verliest. Om deze redenen ligt, ter compensatie van de ‘achterstand’ van de werknemer, een actieve(re) rol van de commissie van beroep voor de hand.

In dat verband kan ook een rol spelen of een of beide partijen zich van deskundige rechtsbijstand hebben voorzien. Uit de bepaling dat tijdens de zitting partijen de gelegenheid wordt gegeven om ‘haar belangen voor te dragen of te doen voordragen’ (art. III-A15 lid 4 RPBO), blijkt dat de wetgever procesvertegenwoordiging mogelijk acht, maar niet verplicht stelt. In de omstandigheid dat een of beide partijen zich niet doen bijstaan door een deskundige zou de commissie van beroep aanleiding kunnen zien voor een wat actievare opstelling. Anderzijds is procesvertegenwoordiging in de praktijk redelijk gebruikelijk. Schoolbesturen worden over het algemeen bijgestaan door vertegenwoordigers van de desbetreffende besturenorganisatie, werknemers door een advocaat of een vakbondsmedewerker.⁹⁴ Er is daarom zeker iets te zeggen voor het uitgangspunt dat wie nalaat zich van deskundige bijstand te voorzien, dat op eigen risico doet.

— toogd zal worden dat de commissie van beroep die – mede – tot uitgangspunt moet nemen bij de toetsing. Vgl. Hartkamp (1989), 274, i.v.m. de redelijkheid en billijkheid.

92 Vgl. Van Galen/Van Maarseveen (1981), 34, die opmerken dat lijdelijkheid ‘meer dus een gevolglijke zaak is dan dat het een originele, zelfstandige betekenis heeft, waardoor het proces zou worden bepaald’.

93 Deze ongelijkheid heeft een weerslag op de opstelling van de rechter. Vgl. Dubbink (1982), 18; Van Schellen (1980), 15-17, (1983), 19-21, (1988), 139 e.v.; Gisolf (1982), 67 e.v.

94 Het RPBO noch (voor zover na te gaan) de reglementen van de commissies van beroep bevatten bepalingen betreffende de proceskosten (rechtsbijstand, getuigen, deskundigen). In beginsel zal eenieder dus de eigen kosten moeten dragen. In extreme gevallen lijkt een actie uit wanprestatie c.q. onrechtmatige daad tegen de wederpartij denkbaar. Vgl. i.v.m. het ambtenarenrecht: Kortweg-Wiers c.s. (1988), 341.

Het karakter van de procedure speelt ook een rol bij de bewijslastverdeling. De commissie van beroep is daarbij niet bij voorbaat gebonden aan bepaalde regels; het RPBO zwijgt op dit punt. Het ligt voor de hand dat de commissie deze leemte opvult met adagia als 'wie stelt bewijst' en 'negativa non sunt probanda'. Daarmee kan echter niet worden volstaan; in sommige opzichten is hantering daarvan zelfs ongewenst. Met name het hanteren van de regel 'wie stelt bewijst' (voor het burgerlijk proces tot op grote hoogte gepositieerd in art. 177 WBRv) kan in dit verband ongelukkig uitpakken, omdat in de procedure voor de commissie van beroep niet de stellingen en de vordering van de werknemer het eigenlijke uitgangspunt vormen, maar het besluit van het schoolbestuur waartegen de werknemer bezwaar maakt. Met dit gegeven dient in verband met de bewijslastverdeling rekening te worden gehouden. Van de werknemer mag niet verwacht worden dat hij in volle omvang zijn stellingen, waarin hij zijn bezwaren tegen het besluit van het schoolbestuur uiteenzet, bewijst, op straffe van het ongegrond verklaren van het beroep.⁹⁵ De jurisprudentie van de commissies van beroep sluit over het algemeen aan op de hier verdedigde opvatting. De opzet van de procedure blijkt er in veel gevallen als vanzelf toe te leiden dat de gegrondheid van het aangevallen besluit wordt onderzocht en niet de gegrondheid van 'de aanval'.⁹⁶ In veel gevallen wordt daarbij de 'administratieve' aanpak gevolgd, waarbij uitdrukkelijk en ten gronde de feitelijke grondslag van het besluit wordt onderzocht.⁹⁷

2.4.3 Karakteristiek van de procedure

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de procedure voor de commissie van beroep het beste gekenschetst kan worden als een mengeling van burgerlijk proces en administratief proces. Het kader waarbinnen het proces plaats vindt, is zonder twijfel privaatrechtelijk. Ook de invulling van het kader is voor een deel privaatrechtelijk; ik wijs op de invloed die aan partijen gelaten moet worden waar het gaat om de omvang van het geschil en – voor zover in verband met de omvang van het geschil relevant – op de vaststelling van de feiten. Voor een ander deel zijn elementen van administratieve proces in de procesgang aan te treffen; ik denk hierbij aan de weinig uitgebreide schriftelijke procedure, met een nadruk op behandeling ter zitting, aan de mogelijkheid om fouten in de voorprocedure te herstellen, aan de weinig formele gang van zaken tijdens de zitting etc. Die 'administratieve' kenmerken vertoont het pro-

95 Vgl. over de verdeling van de bewijslast i.v.m. de – vergelijkbare – kennelijk onredelijk ontslag-procedure: Van den Heuvel (1983), 80-81. Van den Heuvel komt tot soortgelijke conclusies. Vgl. echter ook Hoffmans (1991, 47-48), die naar aanleiding van HR 21-4-1989 (NJ 1989, 573) en HR 12-5-1989 (NJ 1989, 596) constateert dat in het kader van de 1639s-procedure de bewijslast nog steeds op de werknemer rust.

96 Vgl. bijv. Cvb ABB 7-12-1976, AB 1977, 217; Cvb VBS kbbo 10-1-1978, AB 1978, 122; Cvb geref vo 5-9-1984, AB 1985, 101; Cvb 14-7-1987, JPCO 1987, 131 e.v.; CCvb rk vo 19-1-1988, JKOCZ 1988 A.4.2 en 7-4-1988, JKOCZ 1988 A.4.9.

97 Vgl. bijv. Cvb pc vo 24-1-1985, JPCO 1985, 37 e.v. Vgl. over de toetsing van de feitelijke grondslag in het ambtenarenrecht: Brenninkmeijer (1988), 432.

cesrecht van de commissies van beroep niet als gevolg van het feit dat de commissie van beroep een administratieve rechter is en evenmin om de redenen die voor het administratieve proces gelden (de betrokkenheid van het algemeen belang en het belang van derden, de ongelijke positie van overheid en burger). Niettemin zijn deze invloeden vanuit het administratieve proces gerechtvaardigd, omdat de commissie van beroep optreedt in een geschil waarbij partijen in veel opzichten in een ongelijke uitgangspositie verkeren. Deze kenmerken zijn aldus de procesrechtelijke consequenties van de feitelijke, juridische en processuele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer zoals hiervoor geschetst. Als zodanig zijn deze kenmerken zeker vanuit het oogpunt van de werknemer positief te waarderen.

2.5 DE TOETSING

2.5.1. *Wetgeving, jurisprudentie en literatuur*

De commissie van beroep dient het ontslagbesluit waartegen beroep is ingesteld te toetsen en het resultaat van die toetsing in een beslissing (bindend advies) aan partijen voor te leggen. De beslissing komt in de volgende paragraaf aan de orde; eerst zal hierna de aandacht worden gericht op de toetsing.

Het gaat om een interessant, maar ook moeilijk onderwerp, zeker ook in verband met de commissie van beroep. Het probleem is namelijk dat wetgeving noch parlementaire geschiedenis duidelijk maken wat van de commissie van beroep verwacht wordt.⁹⁸ Hetzelfde geldt voor de eigen reglementen van de commissies van beroep. De kwalificatie als bindend advies biedt op dit punt evenmin aanknopingspunten. Enerzijds kan geredeneerd worden dat het bindend advies een aanvulling is op de overeenkomst tussen partijen, dat het bindend advies althans op die basis zijn invloed heeft. Deze zienswijze suggereert dat de commissie van beroep binnen de door partijen getrokken grenzen de overeenkomst kan aanvullen en dat zij bij het ontbreken van dergelijke grenzen bij haar werkzaamheden rekening mag houden met alle factoren die voor partijen relevant zijn bij het bepalen van de inhoud van de overeenkomst, ook de niet-juridische. Een beperking tot een zuivere rechtmatigheidstoets ligt dan niet voor de hand. Juister lijkt mij de redenering dat wat de bindend adviseur doet in wezen neerkomt op het beslissen van een juridisch geschil – 'rechtspraak' is derhalve. Dat wijst in de richting van een rechtmatigheidstoetsing.

Gezien alle onduidelijkheid behoeft het geen verwondering te wekken dat de commissies van beroep in de praktijk zeer verschillend te werk gaan bij de toetsing van ontslagbesluiten. Deze besluiten worden getoetst aan de wet en overeenkomst; dat lijkt vanzelfsprekend. Minder duidelijkheid bestaat echter waar het gaat om de toetsing van de wijze waarop het schoolbestuur is omgesprongen met de (aanzienlijke) vrijheid die wet en overeenkomst laten.

⁹⁸ Vgl. Van der Net (1977), 35, nt 82.

Zo komt voor dat het besluit wordt onderworpen aan een volledige (ook de doelmatigheid omvattende) toets. Een goed voorbeeld daarvan is de uitspraak van de commissie van beroep VBS van 24 juni 1975.⁹⁹ De commissie overweegt onder andere

‘dat immers zowel bestuur als personeel in hun arbeidsverhouding alle zorgvuldigheid in acht moeten nemen bij de uitoefening van hun taak en dat bij een verstoring van de verhouding en bij een ontslag een objectieve instantie als de commissie van beroep alle factoren, die bij het conflict een rol hebben gespeeld, moet kennen, beoordelen en wegen om tot een verantwoorde beslissing omtrent de al of niet continuering van de arbeidsverhouding te komen; dat mitsdien een vergelijking met de taak van de burgerlijke rechter – beoordeling van het al of niet onredelijk zijn van een gegeven ontslag – faalt, en de commissie van beroep een eigen en ruimere bevoegdheid heeft’.

Over het algemeen stellen de commissies van beroep zich – voor zover althans blijkt uit de formulering van de uitspraak – terughoudender op. Die terughoudendheid wordt echter op zeer veel verschillende wijzen verwoord. Zo is wel geoordeeld ‘dat het bestuur binnen de grenzen gesteld door de redelijkheid en billijkheid tot het ontslag (...) heeft kunnen komen’. Dat is een formulering waarmee de commissie van beroep aansluiting lijkt te zoeken bij het privaatrecht.¹⁰⁰ Ook is wel beslist dat ‘niet kan worden geoordeeld dat het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat ...’. Deze formulering wijst weer meer in de richting van een toetsing aan het verbod van willekeur.¹⁰¹ In een derde variant op het thema ‘terughoudendheid’ wordt geoordeeld dat een bepaald ontslagbesluit slechts teniet kan worden gedaan wanneer ‘het bestuur (ik neem aan het bestuursbesluit, W.B.) niet in overeenstemming is met de redelijkheid’.¹⁰² Het element ‘niet kunnen komen tot’ ontbreekt in deze laatste formulering. Zij sluit daarom nog het meest aan op de redelijkheidstoets in (bijvoorbeeld) art. 57 lid 7 AAW.¹⁰³

De literatuur tenslotte is schaars waar het gaat om de toetsing. Uiteraard schenkt Van der Net in zijn proefschrift uitdrukkelijk aandacht aan de door de commissie van beroep aan te leggen toetsingsmaatstaven. Hij constateert dat er grote onduidelijkheid bestaat, mede te wijten aan het feit dat de wetgever in 1905 geen duidelijkheid heeft geboden op dit punt.¹⁰⁴ Op verschillende plaatsen in zijn dissertatie laat Van der Net blijken dat zijn voorkeur uitgaat naar

⁹⁹ Aangehaald door: Van der Net (1977), 128. Vgl. in deze zin ook: CvB VBS vo 19-12-1979, AB 1980, 290.

¹⁰⁰ Vgl. CvB pc vo 24-9-1970, aangehaald door Van der Net (1977), 129.

¹⁰¹ Vgl. CvB pc kbo 29-6-1974, aangehaald door Van der Net (1977), 130.

¹⁰² Vgl. CvB rk bo 28-11-1974, aangehaald door Van der Net (1977), 131.

¹⁰³ Vgl. Konijnenbelt (1988), 130-131.

¹⁰⁴ Vgl. (1977), 29, 123.

een toetsing aan de wet, de overeenkomst tussen partijen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰⁵

2.5.2 *Het privaatrechtelijke kader*

De gedachte dat van de opzegging waartegen beroep is ingesteld niet alleen wordt nagegaan of zij in overeenstemming is met de wet en de overeenkomst (inclusief de daarin doorwerkende bekostigingsvoorwaarden en cao-bepalingen), maar ook met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is op het eerste oog bepaald aantrekkelijk. Van een opzegging mag toch geëist worden dat zij zorgvuldig wordt voorbereid, dat zij niet wordt genomen dan nadat alle relevante belangen deugdelijk zijn afgewogen, dat zij niet in strijd komt met gewekte verwachtingen, dat zij goed gemotiveerd wordt etc. Anderzijds ligt in het hanteren van deze toetsingsmaatstaven ook een beperking besloten, namelijk die tot een rechtmatigheidstoetsing. Ook dat is aantrekkelijk, omdat een dergelijke toetsing voor de werknemer voldoende waarborgen biedt¹⁰⁶, maar tevens voorkomt dat het schoolbestuur te zeer 'onder curatele' komt van de commissie van beroep. Voor een dergelijk invloedrijke positie, die het gevolg zou zijn van een allesomvattende toetsingsbevoegdheid, zijn geen argumenten aanwezig (ik kom daar op terug).

Kortom, ik sluit mij bij Van der Net aan: de commissie van beroep dient na te gaan of het bestreden besluit in overeenstemming is met de wet, met de tussen partijen bestaande overeenkomst en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik teken daarbij aan dat die conclusie meer toelichting vergt dan Van der Net kennelijk nodig acht.

Opnieuw moet namelijk bedacht worden dat de procedure voor de commissie van beroep zich in een privaatrechtelijk kader afspeelt. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn daarentegen afkomstig uit, althans duidelijk tot ontwikkeling gekomen in de sfeer van het publiekrecht. 'Bestuur' is niet ieder bestuur (en dus ook het schoolbestuur), maar in eerste instantie uitsluitend het overheidsbestuur.

Het overheidsbestuur dient te handelen volgens de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en wel in die zin dat uitsluitend handelen dat in alle opzichten in overeenstemming is met wet en beginselen door de beugel kan. Dat legt de overheid aanzienlijke beperkingen op. Zo is zij bij haar handelen gebonden aan het specialiteitsbeginsel, het beginsel dat 'iedere administratieve wet alleen op zijn eigen 'speciale', door de wet zelf afgebakende terrein mag worden toegepast en niet mag dienen tot het bereiken van daarbuiten

¹⁰⁵ Vgl. (1977), 132. In dezelfde zin: Den Uil (1979), 7 e.v.

¹⁰⁶ Zo aantrekkelijk is vol beroep niet. Vgl. het administratief beroep, waarin – na een toetsing ex nunc – eventueel ook ten nadele van de appellant beslist kan worden. Het is m.i. dus zeker niet zo dat hoe 'voller' het beroep is, hoe beter de werknemer/burger – per se – af is. Vgl. i.v.m. het kroonberoep: Van Buuren/Bolt/Scheltema (1981), 302. Ook i.v.m. de Tijdelijke wet kroongeschillen is deze kwestie aan de orde gekomen. Vgl. Ten Berge/Burkens/Van Buuren (1987), 8-9 en 100.

gelegen doeleinden.¹⁰⁷ Een overtreding daarvan levert détournement de pouvoir op en is een grond voor vernietiging. De overheid dient alle relevante belangen op een deugdelijke wijze af te wegen, alvorens zij tot besluitvorming overgaat. Doet zij dat niet (en overschrijdt zij daarbij de grenzen van het redelijke), dan is sprake van een overtreding van het verbod van willekeur en komt het besluit voor vernietiging in aanmerking.¹⁰⁸ De formele beginselen van bestuur hebben een zelfde uitwerking: is een beslissing bijvoorbeeld onzorgvuldig voorbereid of niet deugdelijk gemotiveerd, dan is zij alleen al daarom onrechtmatig en dient zij vernietigd te worden.¹⁰⁹

Aan privaatrechtelijke (rechts)personen worden eisen als deze in beginsel niet gesteld. Het tegendeel is eerder het geval.¹¹⁰ Het uitgangspunt bij het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen is toch dat eenieder doet wat hem of haar goed dunkt. Dat geldt bijvoorbeeld voor de eigenaar¹¹¹, voor de (potentiële) contractspartij¹¹², voor het bestuur van een rechtspersoon en voor de ondernemer.¹¹³ Hun vrijheid is niet onbegrensd. De wet, de redelijkheid en billijkheid en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt leggen beperkingen op. Die beperkingen zijn gedurende de afgelopen decennia zelfs zozeer toegenomen, dat de vraag rijst of de regel (vrijheid) niet langzamerhand uitzondering is geworden.¹¹⁴

Niettemin: het privaatrecht kent in zijn algemeenheid niet de regel, of zelfs maar het uitgangspunt dat (rechts)handelen alleen dan rechtmatig is als het geschiedt met het oog op het belang waarvoor de bevoegdheid tot handelen is gegeven, na een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle belangen, voorzien van een deugdelijke motivering etc. Hoe aantrekkelijk een toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook is, vooralsnog moet de conclusie zijn dat zij – uitgevoerd tot in de uiterste, door met name de administratieve rechter inderdaad getrokken consequenties – haaks staat op het privaatrechtelijke kader van de toetsing door de commissie van beroep.¹¹⁵

107 Het citaat is ontleend aan Van der Burg/Cartigny/Overkleef-Verburg (1985), 109-110. Vgl. ook: Konijnenbelt (1988), 116 e.v.

108 Vgl. Konijnenbelt (1988), 125 e.v.

109 Vgl. Konijnenbelt (1988), 92.

110 Vgl. Hirsch Ballin (1988b), 132, 149.

111 Misbruik van eigenaarsbevoegdheden wordt evenwel niet getolereerd (vgl. HR 17-4-1970, NJ 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage) en art. 3:13 NBW), maar het gaat dan om 'een evident onredelijke belangenafweging'. Vgl. Wiarda (1988a), 124. In HR 10-8-1984, NJ 1985, 229 (Pita-De Windt) wordt de toetsing naar het lijkt aangescherpt.

112 Vgl. i.v.m. de contractsvrijheid: HR 24-5-1968, NJ 1968, 252; Nieuwenhuis (1988), 10-11.

113 Vgl. HR 21-5-1943, NJ 1943, 484 (Baus-De Koedoe II). Vgl. ook: Van der Heijden (1984a), 1385; Bartman/Dorresteyn (1985), 669 e.v.

114 Een goed voorbeeld is de ondernemer/bestuurder van een rechtspersoon/vennootschap, wiens handelen – onder meer – getoetst kan worden in het kader van art. 2:11 (in de toekomst 2:15) NBW, van de art. 2:344 e.v. en van art. 26 WOR. Vgl. Van Leeuwen (1990).

115 Uiteraard is wel denkbaar dat de privaatrechtelijke normen worden ingevuld aan de hand van de a.b.b.b., bijvoorbeeld in die zin dat getoetst wordt of een besluit niet zo slecht gemotiveerd is dat het in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Toetsen aan de hand van de a.b.b.b. ingevulde privaatrechtelijke normen is zelfs onvermijdelijk, alleen al omdat het BW

2.5.3 Een terughoudende rol voor de commissie van beroep

Toch zijn er deugdelijke argumenten voor de opvatting dat de commissie van beroep het bestreden ontslagbesluit (mede) dient te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die argumenten kunnen mijns inziens ontleend worden aan de vergelijkbaarheid van de relaties tussen overheidsbestuur en rechter c.q. overheidsbestuur en burger enerzijds en tussen schoolbestuur en commissie van beroep c.q. schoolbestuur en werknemer anderzijds. Concreter: het schoolbestuur verkeert in een zodanige positie dat het aanspraak kan maken op een zekere terughoudendheid van de zijde van de commissie van beroep, met name waar het betreft het te voeren beleid; tegelijkertijd staat het schoolbestuur in een verhouding tot de werknemer die rechtvaardigt dat aan het schoolbestuur dezelfde eisen worden gesteld als aan de overheid op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Beide punten zal ik hierna verder uitwerken.

2.5.4 Schoolbestuur-commissie van beroep

Het eerste aspect (terughoudendheid van de commissie van beroep) behoeft weinig toelichting. Het is het schoolbestuur dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt voor de gang van zaken binnen de school. Voor een belangrijk deel hangt deze uiteindelijke verantwoordelijkheid samen met het onderwijsgrondrecht: het schoolbestuur wordt gezien als de drager van de vrijheid van onderwijs, met name ook door de wetgever.¹¹⁶ Dat op goede gronden betoogd kan worden dat niet de schoolbesturen, maar de ouders de uiteindelijke dragers zijn van de vrijheid van onderwijs doet daar niets aan af. Ook uitgaande van de opvatting dat de ouders de dragers zijn van de vrijheid van onderwijs ligt voor de hand dat concrete ontslagbeslissingen worden voorbehouden aan het schoolbestuur.¹¹⁷ Ook het feit dat in bepaalde delen van het bijzonder onderwijs de schoolleiding in de regel verantwoordelijk is voor de beslissingen inzake aanstelling en ontslag, betekent uitsluitend dat niet het schoolbestuur maar de schoolleiding op basis van haar 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' ten opzichte van de commissie van beroep aanspraak kan maken op terughoudendheid.¹¹⁸

Tot een andere dan terughoudende toetsing kunnen de commissies feitelijk ook moeilijk in staat worden geacht, alleen al omdat zij werkzaam zijn ten behoeve van op zijn minst enkele tientallen scholen. Dat brengt onherroepelijk een grote distantie met zich mee, die een voordeel kan zijn bij het beoordelen van het geschil, in dat verband wellicht zelfs onmisbaar is, maar die tevens onmogelijk maakt dat de commissie van beroep zich in volle omvang met de gang van zaken binnen de school inlaat.

← in de regel niet voorziet in een toetsing op détournement de pouvoir, gelijkheid, willekeur etc als zodanig. Maar dan is het enkele niet of slecht motiveren al gauw niet meer voldoende voor vernietiging. Vgl. in deze zin ook: Simon (1988), 11.

116 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.7.

117 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.4.6.

118 Vgl. i.v.m. de verhouding schoolbestuur-schoolleiding: hoofdstuk IV, par. 3.3.

2.5.5 *Rechtmatigheidstoetsing*

Als consequentie daarvan moet het ondenkbaar worden geacht dat de commissie van beroep 'vol' toetst en zich inlaat met zowel de rechtmatigheids- als de beleidsaspecten van een concrete opzegging. Voor de commissie van beroep is daarom in elk geval niet aan de orde de vraag of zij zelf, na afweging van alle relevante belangen, de desbetreffende werknemer zou hebben ontslagen. De commissie dient een zekere terughoudendheid in acht te nemen, die daarin bestaat dat zij uitsluitend het rechtsgehalte van de opzegging onderzoekt en niet – beter: niet meer dan nodig – de beleidsaspecten ervan. Door, behalve aan de wet en de overeenkomst, aan de 'beginselen' te toetsen, wordt ook het beleid van het schoolbestuur voorwerp van onderzoek door de commissie van beroep. Met name de meer inhoudelijke beginselen (willekeur, gelijkheid, vertrouwen) bieden hiertoe de mogelijkheid. Dat aan de hand van deze beginselen het beleid wordt getoetst, is echter geen bezwaar. Met name het 'marginale element' in het verbod van willekeur waarborgt dat de commissie van beroep de vereiste terughoudendheid in acht neemt.

2.5.6 *Schoolbestuur-werknemer*

Aldus is natuurlijk nog niet de principiële vraag beantwoord of het 'enkelvoudige' schenden van een beginsel van behoorlijk bestuur voldoende moet zijn voor de commissie van beroep om het ontslagbesluit te vernietigen. Ik meen dat deze vraag een positief antwoord verdient en ik kom dan op het tweede hiervoor genoemde aspect: de verhouding tussen schoolbestuur en werknemer is zodanig dat van het schoolbestuur verwacht mag worden dat het (de wet, de overeenkomst en) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naleeft, op straffe van de vernietiging van het ontslagbesluit. Het voorbij gaan aan gewekte verwachtingen, het niet of onjuist afwegen van belangen, het gebruiken van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend, het onzorgvuldig voorbereiden van een besluit, het nalaten een besluit (deugdelijk) te motiveren, dit alles zal in het privaatrechtelijk verkeer in de regel niet of niet zonder meer onrechtmatig zijn. Maar voor een ontslagbesluit geldt mijns inziens dat het dermate ingrijpend is, dat het uitsluitend acceptabel is als het in overeenstemming is met wet, overeenkomst en 'beginselen'.

In de arbeidsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie komen de 'algemene beginselen' nergens uitdrukkelijk en als zodanig aan de orde. Toch kan zonder al te veel moeite worden vastgesteld dat ook de ontslagbepalingen in het BW en het BBA gericht zijn op het voorkomen van ontslagen in strijd met (de wet en) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het criterium 'kennelijk onredelijk' in art. 1639s BW werd in het vorige hoofdstuk uitdrukkelijk in verband gebracht met het verbod van willekeur.¹¹⁹ Daarnaast biedt art. 1639s

119 Vgl. par. 2.2.5.

BW aanknopingspunten voor een toetsing aan het motiveringsbeginsel.¹²⁰ In de 'getalsverhoudings- of anciënniteitsregeling' waarvan in art. 1639s lid 1 sub 4 BW sprake is, kan de weerslag van het gelijkheidsbeginsel worden gezien: uitgaande van een objectief criterium bepaalt de mate van ongelijkheid de ontslagvolgorde. De sancties op een kennelijk onredelijk ontslag zijn weliswaar niet geëigend om ongewenste ontslagen in alle opzichten tegen te houden of ongedaan te maken, maar de aan de werkgever gestelde norm is duidelijk.¹²¹ Rechtstreeks verband met het gelijkheidsbeginsel houden ook de artt. 1637ij, 1639e leden 3 en 4 en 1639h leden 2 en 4 BW, waar het gaat om de gelijke behandeling van vrouwen en mannen.¹²² Hier is de sanctie (nietigheid e.q. vernietigbaarheid) wel geëigend om ongewenste ontslagen tegen te gaan. Dit laatste geldt ook voor het BBA: onredelijke ontslagen worden – als het goed is – tegengehouden. Wat precies de toetsing op 'redelijkheid' inhoudt is niet geheel duidelijk. De redelijkheidsnorm suggereert dat van de RDA verwacht wordt dat hij een eigen oordeel vormt over het ontslagbesluit. In zoverre bestaan wellicht meer aanknopingspunten met de redelijkheidstoets in de AAW dan met het (meer tot terughoudendheid dwingende) verbod van willekeur. In de praktijk levert dat geen doorslaggevende verschillen op.¹²³ Het BBA is daarnaast van belang waar het gaat om de formele beginselen. Waar het van toepassing is, is de werkgever genoodzaakt om het ontslag te motiveren, in eerste instantie ten behoeve van de RDA, maar ook de werknemer weet aldus van de reden voor het ontslag.¹²⁴ Het enkele doorlopen van de ontslagvergunningsprocedure betekent daarnaast dat vrijwel uitgesloten is dat nog van procedurele onzorgvuldigheid sprake is.

Van deze impliciete waarborg dat de algemene beginselen in acht worden genomen is het nog slechts een kleine stap naar een uitdrukkelijke toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur zoals hier verdedigd in verband met de commissie van beroep.

2.5.7 Marginale toetsing?

Het ligt wellicht voor de hand om het voorgaande samen te vatten met: 'de commissie van beroep moet het bestreden bestuursbesluit marginaal toetsen'.¹²⁵ Ik meen dat dat een te simpele voorstelling van zaken is. De toetsing aan wet en overeenkomst is in beginsel geen marginale toetsing. Hetzelfde geldt voor de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de regel wordt van de commissie een eigen oordeel verwacht en kan zij niet

120 Vgl. i.v.m. de motivering ook de eis dat de dringende reden onverwijld wordt mede gedeeld, waarover meer in hoofdstuk VIII, par. 2.2.3, 3.3.6.

121 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.5.

122 Hetzelfde zal in de toekomst ook gelden voor de AWGB. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6.

123 Vgl. Knecht/Wilthagen c.s. (1988), 315 e.v. (en m.n. 327). Dat is ook terecht; vgl. R.A.A. Duk (1985), 415 e.v.; Van Peijpe (1987), 626. Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 2.2.5.

124 Wetsontwerp 21479 brengt een motiveringsplicht ten opzichte van de werknemer. Vgl. art. 1639ga.

125 Vgl. Van der Net (1977), 128; Van Aartsen (1978), 223; Den Uil (1979), 8.

volstaan met na te gaan of het schoolbestuur in redelijkheid tot een bepaald oordeel heeft kunnen komen.¹²⁶

2.5.8 De wet

Het ontslagbesluit en de overeenkomst waarop de opzegging gebaseerd is, zullen in overeenstemming moeten zijn met de wet. Of dat het geval is, staat volledig ter beoordeling aan de commissie van beroep. In de regel zal de wettelijke bepaling aan duidelijkheid weinig te wensen over laten. In dat geval is een marginale toetsing uiteraard niet aan de orde.¹²⁷ Maar ook vage termen als 'goede werkgever', 'goede werknemer' en 'dringende reden' zal de commissie in beginsel zelf moeten invullen, om daar vervolgens de overeenkomst en de opzegging aan te toetsen.¹²⁸

De toetsing aan de wet levert over het algemeen geen problemen op. Twee uitzonderingen verdienen kort gesignaleerd te worden. Dat is in de eerste plaats de toetsing aan de ontslagverboden in het BW, de WGB en – in de toekomst wellicht – in de AWGB. Overtreding ervan leidt tot de vernietigbaarheid van de opzegging. De werknemer kan de vernietiging zelf bewerkstelligen.¹²⁹ De vraag rijst hoe de commissie van beroep op de overtreding van een ontslagverbod dient te reageren. Heeft de werknemer een beroep gedaan op de nietigheid, dan is strikt genomen geen sprake meer van een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld; de commissie van beroep zou de werknemer niet-ontvankelijk moeten verklaren. Heeft de werknemer geen beroep gedaan op de nietigheid, dan zou geredeneerd kunnen worden dat sprake is van een weliswaar gebrekkig, maar niettemin nog steeds geldig besluit. De commissies van beroep gaan over het algemeen aan deze complicaties voorbij. Zij toetsen de opzegging aan de ontslagverboden en vernietigen, zo nodig, wegens strijd met de wet.¹³⁰ Slechts een enkele keer wordt – mijns inziens juist – geconstateerd dat de opzegging nietig is.¹³¹

In de tweede plaats verdient het algemene overeenkomstenrecht (c.q. rechtshandelingenrecht) kort de aandacht. Voorzover het arbeidsrecht geen afwijkingen bevat, bepaalt het mede de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Het is aan de commissie van beroep, als bindend adviseur, om erop toe te zien dat het toepassing vindt, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of de werknemer zich er uitdrukkelijk op beroept.¹³² De

126 Vgl. Van der Grinten (1969), 113.

127 Vgl. Cvb kbbo Groningen-Utrecht 6-6-1977, AB 1977, 337, i.v.m. art. 1639e lid 3 BW (het ontslagverbod wegens huwelijk).

128 Hier is geen sprake van discretionaire bevoegdheden, maar van vage normen. Vgl. reeds: Van Wijk (1959). Vgl. ook: Wiarda (1988a), 116.

129 Artt. 1637ij lid 6 en 1639o lid 5 BW.

130 Vgl. de jurisprudentie aangehaald in hoofdstuk VIII, par. 3.3.5.

131 Vgl. Cvb rk kbbo Zd Ned. 1-11-1983, JKOCZ A.1.10 en 23-10-1984, JKOCZ 1984 A.1.4.

132 Vgl. i.v.m. de 'ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden': par. 2.4.2. Dat de RDA niet toetst aan het algemene contractenrecht (vgl. Knecht/Wilthagen (1988), 182) is beter te begrijpen, omdat de RDA deel uitmaakt van het overheidsbestuur. De commissie van beroep is als bindend adviseur belast met het vaststellen van hetgeen tussen schoolbestuur en werk-

beslissing van de Commissie van beroep pc vohbo van 3 november 1988, waarin de commissie oordeelt dat zij 'immers (moet) uitgaan van de rechtsgeldigheid van verzoekers ontslagaanvraag', zodat 'alleen de burgerlijke rechter kan bepalen dat die aanvraag wegens de door verzoeker aangevoerde gebreken (wilsontbreken, W.B.) nietig is', acht ik dan ook onjuist.¹³³ Deze opstelling is overigens geen regel. Een voorbeeld van de in mijn ogen beter te verdedigen opvatting, dat de commissie van beroep (de arbeidsovereenkomst en) de opzegging dient te toetsen aan het algemene overeenkomsten- en rechtshandelingenrecht, biedt de beslissing van de Commissie van beroep rk kbbo Zuid Nederland van 1 juni 1981, waarin de opzegging wordt vernietigd wegens misbruik van omstandigheden.¹³⁴

2.5.9 De overeenkomst

Het ontslagbesluit dient in overeenstemming te zijn met de overeenkomst, inclusief de daarin doorwerkende bekostigingsvoorwaarden en cao-bepalingen. Het is de taak van de commissie van beroep om daarop toe te zien. Met een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan het schoolbestuur trachten te ontkomen aan de contractuele gebondenheid. Wat de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval voor betekenis hebben, stelt echter de commissie van beroep vast en niet het schoolbestuur.¹³⁵ Ook verder is van een marginale toetsing geen sprake.¹³⁶

Dat is slechts anders als uitdrukkelijk is overeengekomen dat het schoolbestuur op een bepaald punt een discretionaire bevoegdheid heeft. In dat geval zal de commissie van beroep zich terughoudend moeten opstellen, door uitsluitend na te gaan of het bestuur in redelijkheid tot het genomen besluit kon komen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de mogelijkheid bestaat om 'als het schoolbestuur dat noodzakelijk acht' van een overeengekomen afvloeiingsvolgorde af te wijken.¹³⁷ Ook uit de formulering van ontslaggronden die verband houden met de richting van de school blijkt veelal dat de beslissing, of de werknemer voldoet aan de eisen ontleend aan de richting van de school, in

← nemer als overeengekomen geldt. Het algemene contractenrecht kan daarbij moeilijk buiten beschouwing worden gelaten.

133 Vgl. JPCO 1988, 133 e.v.

134 Vgl. JKOCZ 1981 A.1.2. Ook hier was overigens beter geweest de constatering dat de contractuele bepaling die de grondslag vormde voor de opzegging van rechtswege nietig was.

135 Vgl. Cvb pc vo 25-8-1972, aangehaald door Van der Net (1977), 140; Cvb pc bso 25-6-1987, JPCO 1987, 99 e.v.

136 Vgl. bijv. Cvb pc vo 3-12-1976, AB 1977, 295; Cvb pc bo 30-6-1980, AB 1980, 591.

137 De formulering is van groot belang; er is bijvoorbeeld een verschil tussen 'in het belang van het onderwijs' en 'naar oordeel van het schoolbestuur in het belang van het onderwijs'. In het laatste geval is een marginalere toets op zijn plaats; ook in het eerste geval echter zal de commissie van beroep er van uit moeten gaan dat het oordeel wat het belang van de school eist in eerste instantie aan het bestuur toekomt. In zoverre kan ook in de toetsing aan een 'vage norm' de noodzaak besloten liggen tot een enigszins marginale opstelling. Vgl. i.v.m. het ambtenarenrecht: Van der Meide (1980), 1053 e.v. en m.n. 1059.

eerste instantie aan het schoolbestuur is voorbehouden.¹³⁸ Ook in dat geval is een marginale toetsing op zijn plaats.

Afzonderlijke aandacht verdient kort de wijze waarop het gesloten stelsel van ontslaggronden een rol speelt in de beslissingen van de commissies van beroep. De indruk bestaat dat de commissies van beroep het over het algemeen minder streng hanteren dan de ambtenarenrechter.¹³⁹ Het is niet zo dat zij zonder meer een ontslag zouden toelaten dat niet gebaseerd kan worden op een in de akte of cao opgenomen ontslaggrond.¹⁴⁰ Van verschil is vooral sprake waar het gaat om de eisen aan de onderbouwing van het ontslag door het schoolbestuur. Een voorbeeld vormt de beslissing van de Commissie van beroep pc vo van 4 september 1987, waarin een ontslagbesluit gebaseerd op 'plichtsverzuim, althans ongeschiktheid, althans gewichtige redenen' wordt geaccepteerd.¹⁴¹

In verband met het gesloten stelsel van ontslaggronden bevatten de aktes en cao's over het algemeen procedure- en vormvoorschriften. Ik denk aan de verplichting om, alvorens over te gaan tot een ontslag wegens ongeschiktheid of plichtsverzuim, de werknemer te horen en de gelegenheid te geven zich te verweren. Daarnaast is veelal sprake van de verplichting om het ontslagbesluit te motiveren. In dat geval overlappen de toets aan de overeenkomst en de toets aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel elkaar.¹⁴²

Het belang van deze beide beginselen is niettemin groot, met name als de akte van benoeming of de cao niets terzake zouden bepalen. Ook de toets aan het motiveringsbeginsel en aan het zorgvuldigheidsbeginsel is overigens niet een marginale toets. Het is aan de commissie van beroep om te beoordelen of het bestreden besluit zorgvuldig is voorbereid en of de motivering aan de te stellen eisen voldoet; ik kom daar op terug in par. 2.5.11.

2.5.10 De materiële beginselen

Anders wordt het pas waar het gaat om de meer inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur, zij het dat ook hier onderscheid moet worden gemaakt. Dat het handelen van het schoolbestuur als werkgever – voor zover hier aan de orde – in overeenstemming dient te zijn met de materiële beginselen spreekt welhaast vanzelf. Dat de commissies van beroep er volledig op toe zien dat het schoolbestuur gelijke gevallen gelijk behandelt en dat het gewekt vertrouwen honoreert, kan moeilijk als een bezwaar worden gezien.¹⁴³ Meer terughoudendheid ligt daarentegen voor de hand bij de beantwoording van de vraag of

138 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.3.

139 Aldus ook: Van Peijpe (1987), 542.

140 Vgl. bijv. Cvb pc bo 30-6-1980, AB 1980, 591. Vgl. ook de 'overuren-jurisprudentie' die kort aan de orde kwam in hoofdstuk VIII, par. 3.2.1.

141 Vgl. JPCO 1987, 36 e.v. De CRvB is over het algemeen strenger. Vgl. Korteweg-Wiers c.s. (1988), 160.

142 Vgl. bijv. Cvb pco 12-5-1980, AB 1980, 590.

143 Vgl. voor een beslissing waarin deze beginselen een rol spelen: Cvb KUN 5-1-1979, AB 1979, 182. Vgl. daarnaast hoofdstuk VIII, par. 4.4, i.v.m. art. 1 Gw.

het ontslagbesluit is genomen op basis van een deugdelijke afweging van alle belangen. Daar is inderdaad een marginale toetsing op zijn plaats.¹⁴⁴

Het feit dat ontslagbesluiten worden getoetst aan de 'algemene beginselen' betekent overigens niet dat alle besluiten onder alle omstandigheden aan dezelfde eisen moeten voldoen. Differentiatie is mogelijk, met name op basis van de ontslaggronden. De jurisprudentie van de commissies van beroep biedt op dit punt duidelijke aanknopingspunten.¹⁴⁵ Ontslagen wegens ongeschiktheid worden over het algemeen vergaand getoetst.¹⁴⁶ Hetzelfde geldt voor ontslagen wegens plichtsverzuim. Dat is terecht; deze ontslaggronden kunnen tenslotte vergaande nadelige gevolgen hebben voor de werknemer. Een centrale plaats neemt in deze beroepszaken over het algemeen in de vraag of het schoolbestuur genoeg feiten heeft aangedragen om het ontslag op de aangevoerde grond te rechtvaardigen. Wordt die vraag negatief beantwoord, dan volgt onherroepelijk de vernietiging van de opzegging.¹⁴⁷ De grond daarvoor is veelal 'wegens gebrek aan voldoende feitelijke grondslag'. Daarnaast wordt ook wel vernietigd wegens onzorgvuldigheid dan wel een gebrekkige motivering.¹⁴⁸ Ook strafontslagen worden over het algemeen uitgebreid getoetst, met name ook aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁴⁹ Ontslagen wegens opheffing van de betrekking worden daarentegen vrij terughoudend getoetst: de juiste toepassing van de afvloeiingsregeling staat in de regel centraal.¹⁵⁰ Toetsing is daardoor niet zinloos. Het ontslag kan in strijd zijn met de wet, bijvoorbeeld omdat de voorschriften inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zijn overtreden.¹⁵¹ Ook zou sprake kunnen zijn van détournement de pouvoir, als de opheffing van de betrekking het gevolg is van de wens om één specifieke werknemer te ontslaan.¹⁵²

2.5.11 De formele beginselen

Er van uitgaande dat de toetsing van het ontslag aan de materiële beginselen in

144 Vgl. bijv. Cvb pc vo 27-6-1986, JPCO 1986, 59 e.v. Dat een geschil de richting van de school betreft, is geen reden voor extra terughoudendheid. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.3.

145 In vergelijkbare zin stelt ook de ambtenarenrechter zich op. Vgl. Van der Meide (1980), 1057; Schipper (1986), 115; Brenninkmeijer (1988), 432 e.v.

146 In die zin ook: Van der Net (1977), 147 e.v.; Van Peijpe (1987), 550 e.v.

147 Vgl. bijv. Cvb rk kbbo Haarlem/Rotterdam 26-8-1980, AB 1981, 119; Cvb ABB 5-7-1984, AB 1984, 419; Cvb rk bso Haarlem/Rotterdam 6-1-1986, JKOCZ 1986 A.2.1.

148 Vgl. Cvb ger. vo 5-9-1984, AB 1985, 101 (motivering); Cvb rk dag-avond 30-11-1987, JKOCZ 1987 A.5.1 (zowel het ontbreken van een voldoende feitelijke grondslag als onzorgvuldigheid). Dat het besluit dient te berusten op een voldoende feitelijke grondslag wordt kennelijk gezien als een afzonderlijk beginsel van bestuur. Dat gebeurt (soms) ook in het administratieve procesrecht. Vgl. Ten Berge/Tak (1983), 331-332. Cvb VBS bso 28-8-1985 (VBS-schrift 1985/12) vernietigt daarentegen omdat het bewijs van de ongeschiktheid niet is geleverd.

149 Vgl. Van der Net (1977), 133 e.v. Vgl. ook Cvb pc vo 11-5-1979, AB 1980, 562 (strikt genomen een ontslag wegens plichtsverzuim).

150 Vgl. bijv. Cvb rk bero 21-1-1988, JKOCZ 1988 A.4.3.

151 Vgl. Cvb rk kbbo Groningen/Utrecht 6-6-1977, AB 1977, 337.

152 Vgl. in dit verband: Hof Arnhem 10-4-1973, NJ 1973, 402.

eerste instantie niets negatiefs heeft opgeleverd, bestaat wellicht de neiging om te concluderen dat aan een eventueel procedureel vergrijp niet al te zwaar getild moet worden (want materieel is het ontslag toch 'in orde'?!).¹⁵³ Die conclusie is echter voorbarig. Blijkt bij de toetsing dat het ontslagbesluit onzorgvuldig is voorbereid en/of slecht is gemotiveerd, dan zal dat in de regel verhinderen dat de commissie van beroep meteen tot de conclusie kan komen dat het ontslag aan de inhoudelijk te stellen eisen voldoet. Daartoe zal in veel gevallen vereist zijn dat de commissie het werk van het schoolbestuur overneemt en zelf de feiten vaststelt, de argumenten voor en tegen ordent etc. Dat is echter niet de taak van de commissie.¹⁵⁴ Een vernietiging enkel op grond van een schending van zorgvuldigheids- of motiveringseisen getuigt daarom niet van formalisme, maar wijst het schoolbestuur met nadruk op zijn eigen plichten en ligt alleen al om die reden voor de hand. Daarnaast is niet uitgesloten dat de vernietiging ook om inhoudelijke redenen op zijn plaats is, bijvoorbeeld omdat een zorgvuldiger feitenonderzoek het schoolbestuur tot de conclusie leidt dat het van een nieuw ontslagbesluit moet afzien.

Ook hier biedt de jurisprudentie van de commissies van beroep duidelijke aanknopingspunten. In legio gevallen wordt het ontslagbesluit vernietigd op de enkele grond dat het onzorgvuldig is voorbereid dan wel niet of niet voldoende is gemotiveerd.¹⁵⁵ Slechts zelden wordt afgezien van een vernietiging in geval van een onzorgvuldige voorbereiding of een ondeugdelijke motivering. Als dat gebeurt is het op basis van het argument dat de werknemer niet in zijn belangen is geschaad door het procedurele vergrijp.¹⁵⁶

2.6 DE BESLISSING

2.6.1 *De beslissing in de voorgaande paragrafen*

Nadat het bestreden bestuursbesluit is getoetst, dient de commissie van beroep tot een beslissing te komen. In de vorige paragrafen kwam de beslissing al enkele malen ter sprake. In par. 2.4.1 was dat het geval als sluitstuk in de beschrijving van de feitelijke gang van zaken in de procedure voor de commissie van beroep. In dat verband werd gewezen op de formele eisen die het RPBO aan de beslissing stelt. Ook de in par. 2.4.2 behandelde procesbeginnen zijn van invloed op de beslissing: partijen beoordelen de omvang van het geschil, zo werd aldaar geconcludeerd, zodat verwacht mag worden dat de commissie van beroep in de beslissing op alle punten van het geschil uitspraak

¹⁵³ Vgl. voor een zeer extreem voorbeeld: Cvb abb 28-9-1977, AB 1978, 504 m.n. VdN.

¹⁵⁴ Jurisprudentie op dit punt ontbreekt. Vgl. i.v.m. het ambtenarenrecht: CRvB 31-10-1985, TAR 1986, 8. Vgl. ook Brenninkmeijer (1988), 432.

¹⁵⁵ Vgl. (bijv.) Cvb ver HTS-en Ned. 30-3-1977, AB 1977, 216; Cvb rk kbbo Zd Ned. 23-8-1983, JKOCZ 1983 A.1.5; Cvb rk bso Zd Ned. 14-7-1986, JKOCZ 1986 A.1.2; Cvb pc vohbo 17-6-1987, JPCO 1987, 113 e.v.; Cvb pc vohbo 24-11-1987, JPCO 1987, 115 e.v.

¹⁵⁶ Vgl. bijv. Cvb pc vohbo 7-7-1987, JPCO 1987, 124 e.v. Vgl. ook Van der Net (1977), 89.

doet.¹⁵⁷ In de vorige paragraaf kwam de toetsing aan de orde; zij vormt in zekere zin de kern van de werkzaamheden van de commissie van beroep. Door de op de toetsing volgende beslissing worden schoolbestuur en werknemer gebonden aan het resultaat van de toetsing. De beslissing is echter meer dan alleen het uitspreken van een positief of negatief oordeel over het bestreden ontslagbesluit. Zeker zo belangrijk als de toetsing zijn de voorzieningsmogelijkheden waarover de commissie van beroep beschikt.

2.6.2 *Wetgeving, jurisprudentie en literatuur*

Op dit punt bestaat – anders dan in verband met de toetsing – duidelijkheid. Naar algemene opvatting dient de commissie van beroep het bestreden besluit in stand te laten, of eventueel zelfs te bevestigen, wanneer de toetsing positief uitvalt. Zij dient het besluit te vernietigen als de toetsing negatief uitvalt, met als consequentie dat de arbeidsovereenkomst herleeft.

Uiteraard kan de commissie van beroep zich niet-bevoegd verklaren of de appellant niet-ontvankelijk. Evenmin is er bezwaar tegen dat de commissie van beroep een bemiddelingspoging doet. Het resultaat daarvan zou in een onderhandse akte, maar eventueel ook in de beslissing van de commissie van beroep kunnen worden vastgelegd. Anders dan in geval van arbitrage, waar vastlegging in een arbitraal vonnis voordelen heeft met het oog op de mogelijkheid om een exequatur te krijgen, heeft dat in geval van bindend advies overigens weinig nut. In beide gevallen is, als er problemen rijzen, een actie tot nakoming voor de burgerlijke rechter vereist.¹⁵⁸

Deze ‘uitzonderingen’ daargelaten, kan de commissie van beroep uitsluitend vernietigen – of niet. Met name kan de commissie van beroep dus geen schadevergoeding toekennen. De onderwijswetten en het RPBO zwijgen weliswaar op dit punt; de parlementaire geschiedenis is echter duidelijk. Het was vooral de regering die er in 1903-1904 van overtuigd was dat de leerkracht te kort zou worden gedaan, als de commissie uitsluitend schadevergoeding zou (kunnen) toekennen.¹⁵⁹ Het volgende citaat maakt dat duidelijk:

‘In de wet moet het rechtsstandpunt worden gehandhaafd. Schadeloosstelling nu is nooit een volledig rechtsherstel. (...) In het publieke recht is men dan ook veel meer dan in het civiele recht, op een ongedaan maken van de onwettige daad bedacht. (...) En wanneer nu ergens de volledige restitutio in integrum, aanbeveling verdient, dan is het wel hier. Een onderwijzer die ten onrechte ontslag heeft bekomen, zal gewoonlijk op herstel van zijn betrekking, wat volkomen rehabilitatie ook tegenover de buitenwereld betekent, veel hooger prijs stellen dan op een

157 Is dat niet het geval, dan mag worden aangenomen dat geen bindend advies tot stand is gekomen. Vgl. Makkinga, nrs. 587-588. Vgl. i.v.m. arbitrage de bijzonder praktische voorziening in art. 1060 WBRv.

158 Vgl. par. 3.3.3.

159 Daarnaast werd gewezen op de preventieve werking die van de vernietiging zou uitgaan. Vgl. MvA, TK 1904-1905 nr 39.2, 43.

schadeloosstelling, hoe hoog ook opgevoerd, terwijl niets hem verhindert daarna zelf een andere oplossing te bevorderen'.¹⁶⁰

Ook al is deze opvatting niet in de wettekst neergelegd, de commissies van beroep hebben haar duidelijk tot uitgangspunt genomen.¹⁶¹ De commissies gaan daarbij niet steeds op dezelfde wijze te werk. In de regel wordt het beroep gegrond dan wel ongegrond verklaard. In het geval het beroep gegrond wordt geacht, wordt het aangevallen besluit veelal uitdrukkelijk vernietigd.¹⁶² In een aantal gevallen voegt de commissie van beroep nog een overweging ten overvloede toe, in de vorm van een opdracht om opnieuw te beslissen. Zo 'verstaat' de Commissie van beroep ABB in een beslissing van 30 augustus 1983 'dat het bestuur met inachtneming van deze uitspraak opnieuw zal beslissen over het dienstverband van klager'.¹⁶³

In de literatuur wordt de opvatting dat de commissie van beroep uitsluitend de bevoegdheid heeft om het bestuursbesluit te vernietigen over het algemeen onderschreven. In de regel wordt daaraan vervolgens de conclusie verbonden dat de commissie van beroep daardoor te beperkte mogelijkheden heeft om steeds tot juiste beslissingen te komen.¹⁶⁴

2.6.3 *Het privaatrechtelijke kader*

Van der Net wijst er daarnaast op dat de vernietiging als zodanig problematisch is, omdat zij als hoofdzakelijk publiekrechtelijk verschijnsel moeilijk past in het privaatrechtelijke kader van de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer. Anderzijds concludeert Van der Net dat daaraan niet zo zwaar hoeft te worden getild: ook het BBA vormt een publiekrechtelijke inbreuk op het privaatrechtelijke ontslagrecht en de bedoeling van de wetgever is nu eenmaal duidelijk. Beide argumenten pleiten zijns inziens ervoor de commissie van beroep toch bevoegd te achten tot het vernietigen van het ontslagbesluit.¹⁶⁵

Zoals hierna zal blijken, deel ik de bezwaren van Van der Net ten volle. Anders dan Van der Net verbind ik aan die bezwaren ook de conclusie dat de commissie van beroep niet bevoegd is om bestuursbesluiten te vernietigen.

Opnieuw moet namelijk bedacht worden dat schoolbestuur en werknemer ten volle gebonden zijn aan het BW-ontslagrecht. Deze gebondenheid heeft consequenties voor de beslissing van de commissie van beroep. Dat wordt met name duidelijk in het geval de toetsing van het bestreden besluit negatief uitvalt en de commissie – naar heersende opvatting – dient te vernietigen. Een

160 Vgl. MvA TK, 1904-1905 nr 39.2, 43.

161 Een uitzondering vormen de beslissingen waarin geconverteerd wordt. Vgl. par. 2.6.6.

162 Vgl. bijv. Cvb pco 12-5-1980; AB 1980, 590; Cvb ABB 20-7-1981; AB 1982, 37; Cvb geref. vo 5-9-1984; AB 1985, 101.

163 Vgl. AB 1984, 253.

164 Vgl. Van der Net (1977), 24; Van Aartsen (1978), 223; Akkermans/Luiten (1979), 34; Van Peijpe (1987), 546 e.v.

165 Vgl. (1977), 24-25.

dergelijke vernietiging is als rechtsfiguur moeilijk inpasbaar in het reguliere ontslagrecht voor de private sector. Dat de wetgever in het begin van de eeuw heeft gekozen voor vernietiging kan worden begrepen vanuit het principe van de rechtspositionele gelijkheid; de beroepsmogelijkheid voor leerkrachten in het openbaar onderwijs op Gedeputeerde Staten bood het voorbeeld. Anderzijds was tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake de commissies van beroep al bekend hoe de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst er uit zou zien. Ik wijs in dit verband met name op de vrijwel ongelimiteerde ontslagmogelijkheid op grond van art. 1639o BW.¹⁶⁶ Al in 1905 betekende de opvatting van de regering, dat de commissie van beroep het ontslagbesluit zo nodig diende te vernietigen, dan ook een duidelijke afwijking van de inhoud van de vlak daarna in te voeren Wet op de arbeidsovereenkomst.

Ook op dit moment, binnen het inmiddels sterk uitgebreide ontslagrecht, is de nietigverklaring van het ontslagbesluit een vreemde eend in de bijt.¹⁶⁷ Het BBA leidt, in geval de toetsing van het ontslagvoornemen negatief uitvalt, tot het voorkomen van een opzegging. Wordt toestemming geweigerd en wordt niettemin opgezegd, dan kan de werknemer zich op de nietigheid van de opzegging beroepen; een rechter is daarvoor niet nodig. Wordt hij desondanks ingeschakeld (bijvoorbeeld in het kader van een loonvordering), dan vernietigt de rechter niet de opzegging; hij constateert slechts de reeds ingetreden nietigheid. Overtreding van de ontslagverboden in het BW leidt op dezelfde wijze tot de (ver)nietig(baar)heid van de opzegging. Ook het herstel van de dienstbetrekking op grond van art. 1639t BW verschilt van de vernietiging door de commissie van beroep. In de eerste plaats moet bedacht worden dat in geval van art. 1639t BW sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de rechter, met schadevergoeding als alternatief. En zou de rechter van zijn bevoegdheid gebruik maken, dan nog kan de werkgever het herstel ontgaan, door een afkoopsom te betalen.¹⁶⁸ Een tweede verschil is dat bij het herstel van de dienstbetrekking niet de rechter het rechtsgevolg teweeg brengt. Het is de werkgever die veroordeeld wordt om dat te doen, door de werknemer opnieuw in dienst te nemen. Er is dus een verschil in constructie: in geval van art. 1639t BW wordt de oorspronkelijke opzegging in stand gelaten, terwijl door een tweede rechtshandeling haar effect teniet wordt gedaan. De commissie van beroep vernietigt – kennelijk – zelf de opzegging, met als effect dat de ‘oude’ dienstbetrekking geacht moet worden nooit te zijn verbroken.

2.6.4 Art. 1639o BW De vernietiging is – dat blijkt – een uitzonderlijk verschijnsel in het civiele ontslagrecht.

Zeker gezien het uitzonderlijke karakter van de bevoegdheid tot vernietigen, rijst de vraag waarop een particulier college als de commissie van beroep

¹⁶⁶ Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.3.

¹⁶⁷ Aldus ook: Drop (1985), 296.

¹⁶⁸ Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.4.3.

die mogelijkheid baseert. De vernietiging door de commissie van beroep ontbeert een wettelijke grondslag. De bevoegdheid tot vernietigen kan evenmin ontleend worden aan de overeenkomst tussen schoolbestuur en werknemer of aan het reglement van de commissie van beroep. Voor zover na te gaan bevatten aktes, cao's noch de reglementen voorzieningen op dit punt.

Zou dat anders zijn, dan zou de waarde van een contractueel gecreëerde vernietigingsbevoegdheid ook zeer twijfelachtig zijn. In de eerste plaats rijst de vraag of het schoolbestuur en werknemer wel mogelijk is om langs contractuele weg een bevoegdheid tot vernietigen in het leven te roepen. Uiteraard is denkbaar de vernietiging aldus op te vatten dat het schoolbestuur contractueel verplicht wordt om de dienstbetrekking te herstellen. Dat is echter niet wat de betrokkenen in het bijzonder onderwijs voor ogen staat; de bedoeling is dat de commissie van beroep 'echt' vernietigt. Het creëren van een dergelijke bevoegdheid lijkt niet een zaak van contractspartijen, maar van de wetgever.¹⁶⁹

Daar komt bij dat de 'echte' vernietiging zich niet verdraagt met het bepaalde in art. 1639o lid 1 BW, waar het bepaalt dat 'ieder der partijen (...) de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen (kan) doen eindigen (...)'. De (aanvankelijke) bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen wordt weliswaar niet beperkt door de vernietiging, maar de vernietiging ontnemt de opzegging vervolgens volledig haar werking: de oude betrekking herleeft als ware zij nooit verbroken.¹⁷⁰ Dat lijkt op het eerste oog terecht, want de vernietiging is het gevolg van het oordeel dat de opzegging onrechtmatig is. Deze onrechtmatigheid is echter niet voldoende om het herleven van de dienstbetrekking te rechtvaardigen. Kenmerk van art. 1639o BW is nu juist dat ook een onrechtmatige opzegging de overeenkomst beëindigt.¹⁷¹

Art. 1639o BW is van dwingend recht. Ik verwijs in dit verband naar Van der Grinten, die schrijft:

'Deze wettelijke bevoegdheid kan niet contractueel worden uitgesloten. Partijen kunnen niet rechtsgeldig bepalen, dat zij beide of een van hen het opzeggingsrecht niet hebben.'¹⁷²

Wat verder in dezelfde paragraaf verduidelijkt Van der Grinten het dwingende karakter van art. 1639o lid 1 BW door er op te wijzen dat is toegestaan dat partijen overeenkomen dat de dienstbetrekking niet mag worden opgezegd, maar dat niet is toegestaan dat wordt overeengekomen dat niet kan worden

169 Vgl. in dit verband: Van den Heuvel (1987), 95.

170 Het schoolbestuur kan opnieuw opzeggen, maar ook die opzegging kan (en zal uiteraard naar alle verwachting) vernietigd worden. Deze cirkel is niet te doorbreken, anders dan door ontbinding op grond van art. 1639w BW. Vgl. daarover par. 3.3.7.

171 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.3.

172 (1990), 175. In dezelfde zin: Meijers (1924), 185.

opgezegd.¹⁷³ Daarvan uitgaande moet worden aangenomen dat ook een bindend advies niet deze werking kan hebben. Het bindend advies vult als gezegd de overeenkomst tussen partijen aan. Het kan dan niet zo zijn dat het de bindend adviseur vrij staat om rechtsgevolgen in het leven te roepen waar partijen dat niet kunnen.

Ook gezien art. 1639o BW ligt daarom de conclusie voor de hand dat de vernietiging moet worden opgevat als een veroordeling tot herstel, waardoor het schoolbestuur de mogelijkheid heeft om (waarschijnlijk op straffe van het betalen van een schadevergoeding) het herstel te weigeren.

Vanuit de optiek van de werknemer lijkt de opvatting dat de vernietiging een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking inhoudt aantrekkelijk, omdat zij de werknemer de mogelijkheid biedt om zijnerzijds van het herstel af te zien (omdat hij een betrekking elders heeft aanvaard of wil aanvaarden) en een beroep te doen op de burgerlijke rechter met een schadevergoedingsvordering.¹⁷⁴

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de commissie van beroep de opzegging in elk geval niet kan vernietigen, in die zin dat zij zelf het ontslagbesluit teniet doet, waardoor de dienstbetrekking geacht wordt niet te zijn verbroken. In plaats daarvan ligt voor de hand om de 'vernietiging' op te vatten als een veroordeling van het schoolbestuur om de dienstbetrekking te herstellen.¹⁷⁵

Bij nader inzien kleven echter ook aan deze oplossing bezwaren, met name vanuit de optiek van de werknemer. Want wat als de werknemer zijn betrekking per se hersteld wil zien en het schoolbestuur weigert daaraan mee te werken? In dat geval biedt het BW-ontslagrecht geen mogelijkheid om het schoolbestuur tot het herstel te dwingen. De maximaal haalbare sanctie op grond van het BW-ontslagrecht is een afkoopbare veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking.¹⁷⁶ Ook het algemene overeenkomstenrecht schiet tekort. Een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking op grond van de goede trouw is door de Hoge Raad afgewezen met een beroep op het lex specialis-karakter van het bepaalde in de artt. 1639s-u BW.¹⁷⁷ Een vordering tot nakoming van de beslissing van de commissie van beroep als bindend advies stuit af op het bepaalde in art. 1639o lid 1 BW.¹⁷⁸

De consequenties van deze conclusies zijn ingrijpend. In hoofdstuk VIII concludeerde ik dat de vernietiging door de commissie van beroep een belangrijke garantie voor een deugdelijke ontslagbescherming vormt, gegeven het

173 Van der Grinten legt bij de bespreking van art. 1639o BW zelfs een uitdrukkelijk verband met het bijzonder onderwijs. Vgl. (1990), 175-176.

174 Vgl. par. 3.2.5.

175 Aldus ook: Van Peijpe (1987), 548.

176 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.2.4.

177 Vgl. HR 11-5-1979, NJ 1979, 441.

178 De vordering tot nakoming van het bindend advies komt meer uitgebreid aan de orde in par. 3.3.3.

feit dat het BBA niet van toepassing is binnen het bijzonder onderwijs.¹⁷⁹ Zou niet de mogelijkheid bestaan om af te dwingen dat een voor de werknemer gunstige beslissing van de commissie van beroep wordt nageleefd, dan wordt in wezen het hele ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs onderuit gehaald. Hoe aantrekkelijk het aan het ambtenarenrecht ontleende ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs op het eerste oog ook lijkt, uiteindelijk zou het niet meer zijn dan een reus op lemen voeten.

Die conclusie vormt voldoende aanleiding om te bezien of niet toch een mogelijkheid bestaat om de veroordeling tot herstel afdwingbaar te maken.¹⁸⁰ De enige uitweg lijkt aan te nemen dat art. 1639o BW weliswaar van dwingend recht is, maar dat op basis van het gunstigheidsbeginsel moet worden aangenomen dat afwijkingen in het voordeel van de werknemer zijn toegelaten.¹⁸¹ Afwijken van art. 1639o BW is in dit verband stellig in het voordeel van de werknemer, zodat toepassing van het gunstigheidsbeginsel inderdaad de mogelijkheid zou openen voor een nakomingsvordering voor de burgerlijke rechter.

Of art. 1639o BW zich leent voor relativisering door het gunstigheidsbeginsel is overigens de vraag. De bepaling vormt de kern van het BW-ontslagrecht, zodat heel goed te verdedigen valt dat de bepaling (met een term ontleend aan het cao-recht) een standaard-karakter heeft. Anderzijds is in het vorige hoofdstuk duidelijk genoeg gebleken dat art. 1639o BW, gezien het totale ontslagrecht in BW en BBA, precies het verkeerde uitgangspunt voorop stelt.¹⁸² Ook is gebleken dat de opening die art. 1639t BW biedt voor opzeggingen die strikt genomen de toets van de kritiek niet kunnen doorstaan, zonder principiële betekenis is.¹⁸³ De toepassing van het gunstigheidsbeginsel leidt dus zeker niet tot een opvallende of zelfs onaanvaardbare oplossing.

Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat de vernietiging door de commissie van beroep kan worden opgevat als de veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking en dat de werknemer, onder afwijking van het bepaalde in art. 1639o BW, de nakoming van deze beslissing kan afdwingen door middel van een nakomingsactie voor de burgerlijke rechter. Ik teken daarbij aan dat deze conclusie vooral wordt ingegeven door de wenselijkheid van het ermee te bereiken resultaat en niet door duidelijke aanknopingspunten in jurisprudentie of literatuur. Van een gelukkige situatie is dus allerm minst sprake.¹⁸⁴

De jurisprudentie van de commissies van beroep biedt overigens weinig of geen aanwijzingen dat de bezwaren tegen de vernietiging als hier geschetst worden onderkend. Voor zover na te gaan gedragen schoolbestuur en werk-

179. Vgl. m.n. par. 3.3.4 en par. 4.3.6.

180. De 'echte' vernietiging laat ik verder buiten beschouwing, vanwege het eerstgenoemde bezwaar en vanwege het bezwaar dat een echte vernietiging de werknemer verhindert om genoeg te nemen met een schadevergoeding.

181. Vgl. daaromtrent: hoofdstuk VII, par. 6.2.2; hoofdstuk VIII, par. 3.2.1.

182. Par. 2.2.5, 2.2.6.

183. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.4.4.

184. In par. 4.3.8 kom ik op deze kwestie terug.

nemer zich over het algemeen als ware de opzegging daadwerkelijk vernietigd. Een geval waarin dat niet gebeurde is in dit verband echter buitengewoon interessant. In een beslissing van 21 september 1987 vernietigde de Centrale commissie van beroep rk vo de opzegging van de werknemer V.¹⁸⁵ Het schoolbestuur weigerde aan die vernietiging consequenties te verbinden. V wendde zich daarop tot de President van de Rechtbank Maastricht. Deze toetste de beslissing van de commissie van beroep marginaal. De President ging er van uit dat van een echte vernietiging sprake was; als gevolg daarvan wees hij de primaire vordering (de opzegging ongedaan te maken, althans in te trekken) af. Vervolgens veroordeelde hij het schoolbestuur tot het betalen van V's loon.¹⁸⁶ Enige tijd later besloot het schoolbestuur om de dienstbetrekking met V opnieuw op te zeggen, waarop V zijnerzijds opnieuw in beroep ging bij de commissie van beroep. Hij werd echter niet-ontvankelijk verklaard, met het argument dat het schoolbestuur het vorige ontslag niet had ingetrokken, zodat de tweede opzegging geen effect kon hebben en als non-existent moest worden beschouwd.¹⁸⁷ De opvatting die tot deze laatste beslissing leidde, namelijk dat de vernietiging als zodanig de opzegging niet teniet doet, is mijns inziens juist. Bij de concrete beslissing kunnen vraagtekens worden gezet, want uit het betalen van en accepteren van het loon kon worden afgeleid dat de dienstbetrekking was hersteld, al was daar een kort geding voor nodig.

2.6.5 De gevolgen van de 'vernietiging'

In geval de toetsing van het besluit leidt tot een positief resultaat zal de commissie van beroep het beroep ongegrond verklaren. Gevolg daarvan is dat het ontslagbesluit in stand blijft; de dienstbetrekking is en blijft verbroken. In geval van een 'vernietiging' (zo blijf ik het voor het gemak maar noemen) van het ontslagbesluit zijn de gevolgen van de uitspraak minder duidelijk. Het schoolbestuur is verplicht om de werknemer opnieuw in dienst te nemen. Dat wil echter niet zeggen dat de dienstbetrekking ook gedurende langere tijd behoort voort te duren.

Vooropgesteld dat de beslissing van de commissie van beroep daartoe de ruimte geeft, is namelijk denkbaar is dat op het herstel van de dienstbetrekking een nieuw ontslagbesluit volgt. Of die ruimte bestaat, is afhankelijk van de aard van de geconstateerde onrechtmatigheid. Wordt een opzegging vernietigd op grond van een ontoereikende motivering, dan is denkbaar dat een nieuw opzegging volgt, nu voorzien van een betere motivering.¹⁸⁸ Zou vernietigd worden op grond van onzorgvuldigheid, dan is eveneens denkbaar dat het schoolbestuur opnieuw tot een opzegging besluit.¹⁸⁹ Hetzelfde geldt voor het geval wordt vernietigd op grond van de onregelmatigheid van de opzeg-

185 Vgl. JKOCZ 1987 A.4.5.

186 Vgl. Pres. Rb Maastricht 6-4-1988, JKOCZ 1988 C.3.

187 Vgl. JKOCZ 1988 A.4.17.

188 Vgl. i.v.m. het ambtenarenrecht: Van der Meide (1980), 1061.

189 Vgl. Cvb geref. vo 5-9-1984, AB 1985, 101.

ging, een situatie die ik hierna afzonderlijk aan de orde zal stellen.

In andere gevallen zal de grond voor vernietiging buiten twijfel stellen dat het niet de bedoeling is dat aan de dienstbetrekking een einde komt.¹⁹⁰ Dat zal het geval zijn als de commissie van beroep in geval van een 'ongeschiktheidsontslag' tot het oordeel komt dat van ongeschiktheid geen sprake is. Ook in het geval van vernietiging wegens willekeur, wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel zal een nieuw ontslagbesluit in de regel ondenkbaar zijn. Hetzelfde geldt voor het geval een ontslagverbod is overtreden, voor zover het althans de opzegging om een bepaalde reden verbiedt. De ontslagverboden tijdens ziekte, zwangerschap en militaire dienst zullen naar alle waarschijnlijkheid een nieuwe opzegging uitsluitend uitstellen.

2.6.6 *Het ontbreken van andere mogelijkheden*

Tot zover de – ene – mogelijkheid waarover de commissie van beroep op dit moment beschikt, namelijk de mogelijkheid om al dan niet te vernietigen. Algemene opvatting is dat de commissie van beroep, nu zij alleen kan vernietigen, over te weinig mogelijkheden beschikt om op gepaste wijze haar taak te vervullen. Die opvatting lijkt juist. Zo zou de commissie van beroep de mogelijkheid moeten hebben om een verklaring voor recht te geven. Zou dat het geval zijn dan zouden de commissies van beroep bijvoorbeeld af kunnen zien van de (zoals bleek in par. 2.5.8 aanvechtbare) vernietiging van een opzegging wegens overtreding van een ontslagverbod. In plaats daarvan zouden zij voor recht kunnen verklaren dat de opzegging nietig is en de dienstbetrekking derhalve voortduurt. In verband daarmee zou het goed zijn als de commissie van beroep de mogelijkheid zou hebben om het schoolbestuur te verplichten tot het doorbetalen van loon en in het algemeen tot het nakomen van de verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst.

Hét grote gemis is echter het ontbreken van de mogelijkheid om de werknemer een recht op een schadeloosstelling dan wel schadevergoeding toe te kennen.¹⁹¹ Al eerder wees ik erop dat de werknemer zich in de regel tot de burgerlijke rechter kan wenden met een schadevergoedingsvordering, met name op grond van art. 1639s BW. Dat kan in beginsel uitsluitend nadat hij de procedure voor de commissie van beroep heeft doorlopen. Aan het eindresultaat doet dat niets af; het betekent wel dat de werknemer twee procedures dient te voeren.

Het duidelijkst vallen de bezwaren van het ontbreken van een schadevergoedingsmogelijkheid op in het geval van een onregelmatige opzegging. Zijn de voorschriften inzake de opzegtermijn niet in acht genomen, dan dient de commissie van beroep de opzegging te vernietigen wegens strijd met de wet

¹⁹⁰ Vgl. in dit verband: Cvb ABB 30-8-1983, AB 1984, 253.

¹⁹¹ Van veroordelen kan strikt genomen geen sprake zijn. Als bindend adviseur zou de commissie van beroep uitsluitend kunnen constateren dat de (voor wat betreft de hoofdverbintenissen verbroken) arbeidsovereenkomst de werknemer recht geeft op een schadevergoeding. Anders dan i.v.m. de vernietiging is dat verder geen bezwaar.

dan wel de arbeidsovereenkomst. Gevolg daarvan is (als het goed is) het herleven van de dienstbetrekking. Schuilt de onrechtmatigheid van de opzegging uitsluitend in haar onregelmatigheid, dan is een nieuw ontslagbesluit, nu met inachtneming van de juiste termijnen, zonder meer denkbaar (en uiteraard ook te verwachten). Deze gang van zaken is voor het schoolbestuur erg kostbaar, zeker als een vergelijking wordt gemaakt met de situatie elders in de private sector, waar de werknemer uitsluitend de mogelijkheid heeft om een schadeloosstelling of schadevergoeding op grond van art. 1639r jo art. 1639o BW te vorderen. Een echte rechtvaardiging voor deze gang van zaken is er in mijn ogen niet. De toekenning van een schadeloosstelling door de commissie van beroep zou een meer passende sanctie zijn.

Ook de commissies van beroep ervaren deze gang van zaken kennelijk als ongewenst.¹⁹² Veelal laten zij het namelijk niet bij de vernietiging, maar converteren zij vervolgens de vernietigde opzegging in een geldige. In de regel leidt dat tot het dictum dat de commissie 'verstaat' dat de opzegging niet ingaat op de door het schoolbestuur aan de werknemer medegedeelde datum, maar pas op de datum die in overeenstemming is met de wettelijke of contractuele bepalingen terzake.¹⁹³ Het effect van deze conversie is dat de dienstbetrekking langer duurt dan door het schoolbestuur beoogd werd en dat de werknemer geen schadeloosstelling ontvangt, maar loon. Een bezwaar van deze oplossing is dat het forfaitaire karakter van de schadeloosstelling daardoor verloren gaat: zou de werknemer gedurende de periode dat de dienstbetrekking 'verlengd' wordt bijvoorbeeld niet bereid zijn geweest tot het verrichten van zijn arbeid, dan zou op grond van art. 1638b BW betoogd kunnen worden dat hij ook geen aanspraak heeft op loon. Om die reden is een oplossing die blijft binnen de kaders van het BW-ontslagrecht mijns inziens te verkiezen. Dat vereist dat de commissies van beroep beschikken over de mogelijkheid om een recht op schadeloosstelling toe te kennen. Overigens acht ik de conversie een praktische oplossing.¹⁹⁴ Ik ga er daarbij vanuit dat uitsluitend de onregelmatigheid erdoor wordt weggenomen.¹⁹⁵ Aan het bezwaar dat, voor zover na te gaan, geen van de aktes, cao's of reglementen een uitdrukkelijke basis biedt voor de conversie behoeft mijns inziens niet zo zwaar te worden getild. Conversie vindt (als aan de voorwaarden is voldaan) van rechtswege plaats; de

192 Dat is ook de conclusie van Van Peijpe (1987), 548.

193 Vgl. bijv. Cvb pc vo 20-10-1977, AB 1978, 357; Cvb pc vo 2-5-1985, JPCO 1985, 49 e.v.; Cvb rk kbbo Groningen/Utrecht 3-7-1985, JKOCZ 1985 A.3.2; Cvb pc vo 27-6-1986, JPCO 1986, 59 e.v. Cvb rk bero 3-12-1987, JKOCZ 1987 A.4.10 negeert de onregelmatigheid omdat het schoolbestuur uit eigen beweging al salaris heeft doorbetaald.

194 Vgl. wel par. 3.2.5, waar verdedigd wordt dat de werknemer in geval van een onregelmatige opzegging de commissie van beroep kan 'overslaan'.

195 Ik deel dan ook de bezwaren van Van Peijpe (1987, 549) tegen Cvb pc vo 9-11-1985, JPCO 1985, 106 e.v., waarin een ontslag wegens een dringende reden wordt geconverteerd in een ontslag wegens gewichtige redenen en 'en passant' het ontslagverbod tijdens ziekte terzijde wordt geschoven. Vgl. echter ook Cvb pc vo 7-7-1986, JPCO 1986, 67 e.v., waarin conversie wordt geweigerd vanwege ziekte van de werknemer. Dat is meer in overeenstemming met de 'algemene' jurisprudentie. Vgl. bijv. De Jong c.s., 1639g, aant. 5.

burgerlijke rechter constateert haar slechts.¹⁹⁶ Tot een dergelijke 'constatering' lijkt ook de commissie van beroep als bindend adviseur bevoegd.

2.6.7 *Uitbreiden?*

Het ligt voor de hand om uit het voorgaande de conclusie te trekken dat de commissie van beroep de mogelijkheid moet krijgen om in de daarvoor in aanmerking komende gevallen schadevergoeding toe te kennen.

Die oplossing voor het probleem van de te beperkte competentie is vrij gemakkelijk te verwezenlijken. Anders dan Van der Net¹⁹⁷ acht ik namelijk het verruimen van de voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep heel wel mogelijk buiten de wetgever om. De onderwijswetgeving bevat geen uitdrukkelijke bepalingen waarmee een dergelijke uitbreiding in strijd komt. De opvatting van de wetgever is weliswaar uitgesproken, maar ook gedateerd. En wat veel belangrijker is: de toen verdedigde opvatting is op dit moment bepaald problematisch. Daar komt bij dat het reguliere ontslagrecht inmiddels sterk is uitgebreid, met name ook met de aantrekkelijk gebleken mogelijkheid om in geval van een kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding toe te kennen. Uitgaande van de situatie op dit moment lijkt een uitbreiding van de voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep daarom niet in strijd met de onderwijswetgeving. Ik acht daarom mogelijk dat de betrokkenen zelf daartoe besluiten en de aktes of cao's en de reglementen dienovereenkomstig aanpassen.

2.6.8 *Tot slot*

Nadat de commissie van beroep haar beslissing heeft genomen en aan partijen heeft medegedeeld, heeft zij haar werk gedaan. Er bestaan geen mogelijkheden van revisie, rekest-civil of hoger beroep.¹⁹⁸ Evenmin is de commissie betrokken bij eventuele problemen in verband met de naleving van haar beslissing. In al deze gevallen is de burgerlijke rechter de aangewezen instantie, zowel voor de werknemer als voor het schoolbestuur.

3. De burgerlijke rechter

3.1 VOORAF

In deze paragraaf komt de rol van de burgerlijke rechter in het kader van de ontslagbescherming van de werknemer in het bijzonder onderwijs aan de orde. De aard van de vorderingen waarmee de burgerlijke rechter in dat verband wordt geconfronteerd is grotendeels dezelfde als elders in de private sector. Het gaat – bijvoorbeeld – om vorderingen gebaseerd op de (vermeende) on-

196 Vgl. Hartkamp (1989), nr 496.

197 Vgl. bijv. (1978), 140.

198 Vgl. i.v.m. revisie: Cvb pc.vo 10-12-1985, JPCO 1985, 114 e.v.

regelmaticheid of kennelijke onredelijkheid van de opzegging, om loonvorderingen en om verzoeken om ontbinding op grond van art. 1639w BW. Ten aanzien van een deel van deze vorderingen is de taak van de burgerlijke rechter echter een andere dan elders in de private sector het geval is. Dat is het gevolg van het feit dat veel ontslaggeschillen door de commissie van beroep beslecht behoren te worden – en daar in de praktijk ook daadwerkelijk beslecht worden. Voor de burgerlijke rechter is als gevolg daarvan een meer beperkte rol weggelegd. Daar staat tegenover dat het bestaan van de commissies van beroep ook extra geschillen met zich mee brengt, geschillen waarmee de burgerlijke rechter elders niet of nauwelijks geconfronteerd wordt. Ik noem als voorbeeld de geschillen in het kader van de nakoming van de beslissing van de commissie van beroep.

De taak van de burgerlijke rechter na de commissie van beroep komt aan de orde in par. 3.3. Allereerst zal ik stilstaan bij de ontslaggeschillen die meteen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Dat zijn ten dele geschillen ten aanzien waarvan de commissie van beroep niet competent is. Hier is de burgerlijke rechter de eerste en enige geschillenbeslechter.¹⁹⁹ Deze geschillen komen aan de orde in par. 3.2.2. Daarnaast is het mogelijk dat de burgerlijke rechter wordt geconfronteerd met geschillen die eigenlijk door de commissie van beroep beslecht dienen te worden, maar die de werknemer niettemin meteen aan de burgerlijke rechter voorlegt. Deze geschillen komen aan de orde in de par. 3.2.3 en volgende. Een derde mogelijkheid is dat burgerlijke rechter met een ontslaggeschil tussen schoolbestuur en werknemer wordt geconfronteerd voorafgaand aan het beroep op de commissie van beroep, als namelijk een van partijen een snelle beslissing, eventueel bij voorraad, noodzakelijk acht. Bij deze derde categorie zal ik als eerste stilstaan.

3.2 DE BURGERLIJKE RECHTER IN EERSTE INSTANTIE

3.2.1 *Spoedvoorzieningen*

Er bestaan geen mogelijkheden om op een zeer korte termijn een definitieve of zelfs maar voorlopige beslissing te krijgen van een commissie van beroep.

Een dergelijke spoedvoorziening zal in de regel de nakoming van de ar-

¹⁹⁹ In het pc onderwijs bestaat een commissie voor geschillen, ingesteld door de NPCS, die actief is op die terreinen waar de commissie van beroep niet bevoegd is. Voor deze NPCS-commissie geldt wat in het voorgaande is gezegd over de commissie van beroep: zij dient gezien te worden als bindend adviseur, met alle consequenties van dien voor de basis van haar werkzaamheden (de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer), voor de (in beginsel: lijdelijke) opstelling van de commissie, voor de te hanteren toetsingsmaatstaven en voor het karakter van haar beslissingen. Ik volsta daarom met een verwijzing naar het behandelde in par. 2. Ook waar het gaat om de ruimte voor de burgerlijke rechter om op te treden 'na' de NPCS-commissie is er geen verschil met de commissie van beroep. De inhoud van deze paragraaf, gewijd aan de verhouding tussen commissie van beroep en burgerlijke rechter, is daarom grotendeels van toepassing op de NPCS-commissie.

beidsovereenkomst betreffen; in ieder geval is de vordering te gieten in de termen van een onrechtmatige daad. Dat betekent dat de president van de rechtbank in kort geding bevoegd is. Dat partijen zijn overeengekomen dat zij bepaalde geschillen door de commissie van beroep zullen laten beslechten, doet daar niet aan af.²⁰⁰ Uiteraard moet het wel zo zijn dat, zoals art. 289 WBRv bepaalt, het belang van partijen een onverwijld voorziening vordert. Daarvan zal bijvoorbeeld geen sprake zijn als de werknemer nalaat beroep in te stellen bij de commissie van beroep en de beroepstermijn verstreken is op het moment dat het kort geding aanhangig wordt gemaakt.²⁰¹ Het enkele bestaan van de commissies van beroep, die zorgvuldig en langer over de zaak kunnen doen, is mijns inziens geen argument, tenzij daarin besloten ligt de opvatting dat de zaak niet spoedeisend genoeg is.²⁰² Een tweede vereiste is dat de vordering vatbaar is voor toewijzing in kort geding. Met een vordering tot het geven van een verbod of een gebod zal dat in de regel het geval zijn.

Een kort geding kan in het kader van de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer aantrekkelijk zijn, met name in die gevallen waarin het voordeel van de snelheid van het kort geding zwaarder weegt dan het nadeel dat slechts een beslissing bij voorraad wordt gegeven. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een ontslag op staande voet of na het einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur.²⁰³ De werknemer zou ook kunnen proberen om met een kort geding een dreigend ontslag af te wenden.²⁰⁴

Een kort geding betekent dat de burgerlijke rechter in volle omvang een ontslaggeschil tussen schoolbestuur en werknemer beslecht. In principe is dat slechts bij wege van voorlopige voorziening; in de praktijk zal het veelal bij het kort geding blijven. Als bezwaar hiervan zou gezien kunnen worden dat de burgerlijke rechter geschillen beslecht die kennelijk op goede gronden tot de competentie van de commissie van beroep behoren en waarvan de beslechting aldus in eerste instantie juist aan de burgerlijke rechter onttrokken zou moeten zijn. Zeker bij richting-gevoelige geschillen zou dat als een risico voor de vrijheid van richting kunnen worden gezien.²⁰⁵ Wie dat inderdaad als bezwaar ziet, moet bedenken dat de ruimte voor de burgerlijke rechter in kort geding mede te wijten is aan de betrokkenen zelf.

Een 'spoed-bindend advies' is zonder meer denkbaar. De onderwijswetgeving verzet zich niet tegen het in het leven roepen van een dergelijke mogelijkheid; de bekostigingsvoorwaarden zijn slechts minimum-bepalingen die

200 Vgl. i.v.m. arbitrage: art. 1022 lid 2 en 1055 WBRv. Voor het bindend advies, dat de burgerlijke rechter toch al niet geheel buiten sluit, geldt hetzelfde. Vgl. Heemskerk (1988), 242.

201 Vgl. Pres. Rb Den Haag, 11-8-1972, NJ 1973, 87, AB 1975, 152.

202 Vgl. Pres. Rb Almelo, 24-9-1986, aangehaald door Van der Net (1987), 152.

203 Vgl. op dit laatste punt: Pres. Rb Breda 30-12-1987, JKOCZ 1987 C.8.

204 Vgl. Pres. Rb Breda 19-1-1982, JKOCZ 1982 C.1. Het kort geding kan ook een rol spelen in het kader van de verzekering van de nakoming van de beslissing van de commissie van beroep. Vgl. par. 3.3.3.

205 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.6.

kunnen worden aangevuld zolang hun inhoud geen geweld wordt aangedaan. Zou de mogelijkheid van een procedure voor spoedeisende geschillen bestaan, dan zou de president in kort geding de eiser naar alle waarschijnlijkheid niet-ontvankelijk verklaren. Een dergelijke procedure voor de commissie van beroep bestaat echter niet, terwijl het in een aantal gevallen zonder meer wenselijk is dat snel duidelijkheid bestaat.²⁰⁶ Het kort geding voor de president van de rechtbank biedt hier – mijns inziens zeer welkom – uitkomst.

3.2.2 Geschillen vallend buiten de competentie van de commissie van beroep. De commissie van beroep is slechts bevoegd ten aanzien van geschillen betreffende vier à vijf categorieën door het schoolbestuur genomen besluiten; dat bleek in par. 2.3. Alle overige geschillen tussen schoolbestuur en werknemer dienen voorgelegd te worden aan de burgerlijke rechter.

Het zijn veelal geschillen inzake de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden die aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd, bijvoorbeeld in geval van achterstallig loon.²⁰⁷ Een loonvordering kan voor de werknemer ook de ingang zijn om een ontslaggeschil met het schoolbestuur aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Ik wijs op de loonvordering (eventueel gecombineerd met een vordering betreffende de feitelijke tewerkstelling) die volgt op de vernietiging van de opzegging door de werknemer op grond van het overtreden van een ontslagverbod. Gevolg van een dergelijke loonvordering is dat de burgerlijke rechter in volle omvang wordt belast met de beslechting van het geschil. Dat zou – opnieuw – als een bezwaar kunnen worden gezien, met name met het oog op de vrijheid van richting. Ook hier geldt echter dat de organisaties van schoolbesturen en werknemers het in eigen hand hebben om de mate van betrokkenheid van de burgerlijke rechter te bepalen. Door ook de commissie van beroep de bevoegdheid te geven om uitspraken te doen ter zake van loonvorderingen, zou de betrokkenheid van de burgerlijke rechter minimaal worden. Ook hier geldt dat de onderwijswetgeving zich niet verzet tegen een dergelijke uitbreiding van de competentie van de commissie van beroep.

Niet alleen loonvorderingen, maar ook geschillen betreffende bepaalde categorieën opzeggingen door het schoolbestuur kunnen niet aan de commissie van beroep worden voorgelegd; dat bleek in par. 2.3. Ik wijs op de opzegging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur in het voortgezet onderwijs, op de opzegging op verzoek en op de opzegging bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Ook in deze gevallen kan de werknemer zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden, op basis van de

²⁰⁶ Anders: Kaastra (1990), 70, die de behoefte aan een snelle voorziening lijkt te onderschatten.

²⁰⁷ Vgl. bijv. Hof Amsterdam 18-3-1965, NJ 1966, 251; Ktr Heerlen 3-4-1981, JKOCZ 1981 B.3.

onregelmatigheid dan wel de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.²⁰⁸ Dat de burgerlijke rechter aldus in volle omvang ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer beslecht, is een bezwaar dat de direct betrokkenen opnieuw zelf kunnen verhelpen. Een groter bezwaar is dat de werknemer in die gevallen dat de commissie van beroep niet bevoegd is, duidelijk minder ontslagbescherming geniet dan overigens in verband met opzeggingen het geval is. Dat geldt met name voor het onderwijzend personeel in het voortgezet onderwijs in geval van een 'normale' opzegging van een aanstelling voor bepaalde duur: anders dan het onderwijzend personeel elders in het bijzonder onderwijs kunnen deze werknemers geen beroep doen op de commissie van beroep; anders dan het niet-onderwijzend personeel in het voortgezet onderwijs vallen zij niet onder de werkingssfeer van het BBA.²⁰⁹

De commissie van beroep is niet bevoegd om de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer te ontbinden. De werknemer kan zich daarom rechtstreeks tot de kantonrechter wenden met een ontbindingsverzoek.²¹⁰ Ook een vordering tot verklaring voor recht kan meteen aan de kantonrechter worden voorgelegd.²¹¹ Hetzelfde geldt voor een geschil over een beëindigingsovereenkomst²¹² en inzake het einde van een eerste aanstelling voor bepaalde duur.²¹³

3.2.3 'Overslaan' van de commissie van beroep

Indien een opzegging door het schoolbestuur een geschil oproept, dan dient dat geschil (de hiervoor genoemde uitzonderingen daargelaten) aan de commissie van beroep voorgelegd te worden. In de praktijk blijkt echter dat de werknemer zich in bepaalde gevallen tot de burgerlijke rechter wendt, ook al staat beroep open op de commissie van beroep. Deze gang van zaken zou het gevolg kunnen zijn van een vergissing van de werknemer. Aan het beroep op de burgerlijke rechter zou echter ook de overweging ten grondslag kunnen liggen dat de werknemer geen prijs stelt op de vernietiging van het ontslag en

208 Vgl. i.v.m. de aanstelling voor bepaalde duur: Ktr Breda 14-1-1981, JKOCZ 1981, B.1, 15-2-1982, JKOCZ 1982 B.2 en 30-6-1982, JKOCZ 1982 B.4 en (in hoger beroep:) Rb Breda 17-12-1985, JKOCZ 1985 C.6 (kennelijke onredelijkheid); Ktr Eindhoven 13-11-1981, JKOCZ 1981 B.14; Ktr Arnhem 5-12-1983, JKOCZ 1983 B.17 en 30-7-1984, JKOCZ 1984 B.12 (onregelmatigheid, geen matiging). Vgl. i.v.m. het ontslag op verzoek (c.q. de beëindigingsovereenkomst): Ktr Den Bosch 7-6-1983, JKOCZ 1983 B.7 en 22-11-1983, JKOCZ 1983 B.16; Ktr Arnhem 6-7-1987, JKOCZ 1988 E.3 en 2-5-1988, JKOCZ 1988 B.5.

209 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.1.2; hoofdstuk VIII, par. 3.8.5. Aldus ook de Cvb pc vo in twee beslissingen uit 1984, aangehaald door Van Peijpe (1987), 548-549.

210 Vgl. HR 14-10-1988, RvdW 1988, 162; Ktr Alkmaar 12-1-1989, JKOCZ 1989 B.3. Vgl. i.v.m. de ontbinding op grond van wanprestatie: Ktr Nijmegen 27-3-1987, JKOCZ 1987 B.5.

211 Vgl. Ktr Eindhoven 29-5-1981, JKOCZ 1981 B.8 en (in hoger beroep:) Rb Den Bosch 27-8-1982, JKOCZ 1982 C.5; Ktr Roermond 28-7-1981, JKOCZ 1981 B.11; Ktr Amsterdam 8-12-1986, JKOCZ 1986 B.11.

212 Vgl. Ktr Bergen op Zoom 21-12-1988 JKOCZ 1988 B.17.

213 Vgl. Ktr Eindhoven 24-2-1983, JKOCZ 1983 B.4; Ktr Den Bosch 23-8-1983, JKOCZ 1983 B.12.

genoegen wil nemen met een schadevergoeding, zodat hij zich de omweg via de commissie van beroep wil besparen. Die opstelling is begrijpelijk. Niettemin rijst de vraag of een dergelijk beroep op de burgerlijke rechter wel mogelijk is, gezien het feit dat schoolbestuur en werknemer nu eenmaal zijn overeengekomen dat de werknemer ontslaggeschillen aan de commissie van beroep zal voorleggen.²¹⁴

3.2.4 Burgerlijke rechter en bindend advies

In dit verband is van belang de conclusie die in par. 2.2 werd getrokken, namelijk dat de commissie van beroep een bindend adviseur is. Die kwalificatie heeft ingrijpende gevolgen voor aard en omvang van de taken van de burgerlijke rechter. Dat sprake is van bindend advies betekent namelijk dat het de werknemer niet vrij staat om de commissie van beroep over te slaan en rechtstreeks een beroep te doen op de burgerlijke rechter. De rechter dient de werknemer die dat toch probeert te houden aan de overeenkomst met het schoolbestuur en hem niet-ontvankelijk te verklaren.²¹⁵ Het schoolbestuur zal daar wel op moeten toezien. De rechtbank Den Bosch achtte een door een werknemer ingestelde vordering dan ook ontvankelijk, omdat het schoolbestuur had nagelaten een beroep te doen op de verplichting om beroep in te stellen bij de commissie van beroep.²¹⁶

Ik ga er in dit verband van uit dat de werknemer zich uitdrukkelijk heeft gebonden aan de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep, althans gebonden wordt, bijvoorbeeld door een cao-bepaling. Is dat niet het geval, dan staat het de werknemer vrij om zich onmiddellijk tot de burgerlijke rechter te wenden.²¹⁷ Stelt hij niettemin beroep in bij de commissie van beroep, dan zal dat naar verwachting niet op bezwaren stuiten, bij het schoolbestuur noch bij de commissie zelf. In dat geval zal de commissie een uitspraak doen en wordt de werknemer vervolgens ook door de beslissing van de commissie van beroep gebonden; ik kom daar zo meteen op terug.

Interessant is in dit verband de vraag hoe de burgerlijke rechter zich dient op te stellen ten opzichte van de werknemer die de beroepstermijn voor de commissie van beroep heeft laten verstrijken en die om die reden afziet van beroep of die (om die reden) niet-ontvankelijk wordt verklaard door de commissie

214 Het woordje 'kan' in de wettelijke bepalingen betreffende het beroep op de commissie van beroep is in dit verband overigens zonder belang; het betekent 'kan het doen of laten', niet: 'kan naar de commissie of naar de burgerlijke rechter; aldus ook Van der Net in zijn noot onder Ktr Leiden, 17-12-1975, AB 1976, 128.

215 Vgl. ten aanzien van het bindend advies in het algemeen: Makkinga, nr 567. Zo ook i.v.m. de commissie van beroep: Van der Ven (1976), 392. In de jurisprudentie is deze opvatting niet steeds terug te vinden: Vgl. bijv. Ktr Groningen, 4-7-1979, AB 1979, 506; Ktr Eindhoven 16-10-1986, JKOCZ 1986 B.7. Anders ook: Kaastra (1990), 61 en 64.

216 Vgl. het vonnis van 14-11-1986, NJ 1987, 786.

217 Aldus ook: Rb Rotterdam, 27-4-1973, AB 1975, 151; de bekostigingsvoorwaarden beperken als zodanig niet de bevoegdheid van de burgerlijke rechter; terwijl partijen ook niet bij overeenkomst een speciale voorziening hebben getroffen (aan betrokkene was geen akte van benoeming uitgereikt).

van beroep. Verdedigbaar lijkt mij dat de burgerlijke rechter ook in dat geval de werknemer niet-ontvankelijk dient te verklaren, analoog aan de wijze waarop de burgerlijke rechter zich opstelt ten opzichte van de burger die een administratieve rechtsgang die voor hem open stond niet heeft benut.²¹⁸ In uitzonderlijke gevallen zal de goede trouw eventueel kunnen meebrengen dat de burgerlijke rechter de werknemer toch ontvangt, opnieuw analoog aan de opstelling van de burgerlijke rechter ten opzichte van de administratieve rechter.²¹⁹

3.2.5 *De werknemer*

Het voorgaande betekent dat, indien het schoolbestuur daarop staat, de werknemer zich tot de commissie van beroep dient te wenden indien deze bevoegd is gezien de aard van het te bestrijden besluit.

Dat 'overslaan' niet kan, staat met name buiten kijf in die gevallen waarin de toetsing door de commissie van beroep minstens even ver gaat als die door de burgerlijke rechter en waarin de commissie van beroep over voldoende voorzieningsmogelijkheden beschikt om op bevredigende wijze een einde te kunnen maken aan het geschil. Zo dient de burgerlijke rechter de werknemer niet-ontvankelijk te verklaren als deze op basis van art. 1639t jo. art. 1639s BW het herstel van de dienstbetrekking zou vorderen: de toetsing door de burgerlijke rechter verschilt niet wezenlijk van die door de commissie van beroep; de beslissing zal als de vordering slaagt hetzelfde luiden.²²⁰

Ten aanzien van een schadevergoedingsvordering op basis van art. 1639s BW rijzen daarentegen twijfels. De toetsing is vergelijkbaar, maar daar staat tegenover dat de uitkomst een andere is: vernietiging dan wel schadevergoeding. Toch kan ook hier betoogd worden dat de bepaling in de akte van benoeming of cao inzake de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep de werknemer nu eenmaal bindt en hem verplicht om het geschil voor te leggen aan de commissie van beroep.²²¹ Dat deze geen recht op schadevergoeding kan toekennen, is wellicht een bezwaar, maar het is één bezwaar dat de betrokkenen zelf kunnen verhelpen door de voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep uit te breiden.²²² De opvatting dat de werknemer eerst beroep moet instellen bij de commissie van beroep lijkt dus alleszins verdedigbaar.

Zij levert vanuit de werknemer gezien ook geen onaanvaardbare resultaten

218 Vgl. bijv. HR 24-4-1984, NJ 1984, 559 (St. Oedenrode) en HR 16-5-1986, NJ 1986, 723 (Heesch-Van de Akker).

219 Vgl. het in de vorige noot aangehaalde arrest Heesch-Van de Akker. Analoog doorredene-rend dient de burgerlijke rechter ook uit te gaan van de gegrondheid van het ontslag, alhoewel ook daar uitzonderingen denkbaar zijn.

220 Vgl. par. 2.3.3, waar werd betoogd dat de commissie van beroep de werknemer dient te ontvangen indien hij expliciet herstel ex art. 1639t BW vordert.

221 Anders: Ktr Gorinchem, 11-6-1979, AB 1979, 496.

222 De bekostigingsvoorwaarden laten deze uitbreiding van de voorzieningsmogelijkheden toe, zeker als de vernietiging voorop blijft staan. Vgl. ook par. 2.6.6.

op. In dat verband moet bedacht worden dat in het kader van de vordering ex art. 1639s BW van twee geheel verschillende situaties sprake kan zijn. De vordering kan in de eerste plaats het gevolg zijn van een vergriep dat bij de commissie van beroep tot de vernietiging van de opzegging zou leiden (geen 'iusta causa', een motiveringsgebrek, het niet-naleven van de afvloeiingsregeling etc.). In dat geval ligt een beroep op de commissie van beroep voor de hand als de werknemer zijn betrekking wil behouden. Het kan ook zijn dat de werknemer dat niet wil en dat hij bewust genoeg wil nemen met een schadevergoeding. Indien hij zich niettemin tot de commissie van beroep wendt, dan zal deze de opzegging vernietigen, dat wil zeggen: het schoolbestuur veroordelen tot het herstel van de dienstbetrekking. Herstel is alleen mogelijk als de werknemer meewerkt. Deze kan weigeren op het aanbod tot herstel in te gaan en zich tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering op grond van art. 1639s BW.²²³ De burgerlijke rechter zal die vordering naar verwachting toewijzen; hij kan ook moeilijk anders, want het onrechtmatigheidsoordeel van de commissie van beroep is als bindend advies maatgevend, voor partijen en voor de rechter.²²⁴

De vordering ex art. 1639s BW kan ook gebaseerd zijn op een grond die bij de commissie van beroep niet tot vernietiging leidt. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de twee instanties op basis van een vergelijkbare toetsing tot een tegengesteld resultaat komen. Toch is dat allerminst uitgesloten, met name in die gevallen dat het schoolbestuur beschikt over een geldige reden om de werknemer te ontslaan, maar dat het tevens verplicht moet worden geacht om de werknemer een schadevergoeding te betalen vanwege het feit dat het ontslag de belangen van de werknemer onevenredig schaadt.²²⁵ In dat geval dient de commissie van beroep het beroep af te wijzen, want – grond en gevolgen afwegend – is het ontslag terecht verleend. Vooropgesteld dat het schoolbestuur niet uit eigen beweging een afdoende schadevergoeding heeft betaald, is vervolgens een actie op grond van art. 1639s lid 2 sub 2 BW beslist kansrijk. De parallel met de gang van zaken elders in de private sector maakt dat duidelijk: daar is denkbaar dat de RDA op basis van een redelijkheidstoetsing toestemming geeft, terwijl vervolgens de kantonrechter tot de conclusie komt dat het ontslag kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding toekent.²²⁶

Aldus redenerend wordt maximaal vastgehouden aan de gedachte dat niet de burgerlijke rechter, maar de commissie van beroep ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer dient te beoordelen. Wie niet zozeer overtuigd is van de waarde van die gedachte (in par. 4.4.3 zal blijken dat daar zeker argu-

223 Vgl. reeds MvA TK 1904-1905 nr 39.3, 43.

224 Vgl. par. 3.3.2. De inhoudelijke toetsing geschiedt door de één, financiële consequenties verbindt de ander. Hier bestaat weer een sterke gelijkenis met de verhouding tussen administratieve rechter en burgerlijke rechter. Vgl. de hiervoor aangehaalde standaardarresten inzake St. Oedenrode en Heesch-Van de Akker.

225 Hoofdstuk VIII, par. 2.3.5.

226 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2.3.5. Jurisprudentie inzake het bijzonder onderwijs komt aan de orde in par. 3.3.6.

menten voor zijn), zou tot de conclusie kunnen komen dat de geschetste gang van zaken nodeloos ingewikkeld is en dat er geen bezwaar tegen is om aan te nemen dat de werknemer zich met een schadevergoedingsvordering meteen tot de kantonrechter kan wenden, zo lang de wetgever c.q. de betrokkenen zelf de commissie van beroep niet de mogelijkheid geven om schadevergoedingen toe te kennen.

Dat die mogelijkheid om de commissie van beroep over te slaan bestaat, lijkt mij in elk geval verdedigbaar indien sprake is van een onregelmatige opzegging. Een dergelijke opzegging is (voor zover niet op verzoek etc.) een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld bij de commissie van beroep. De opzegging is in strijd met de wet, zodat de commissie haar in beginsel dient te vernietigen. In par. 2.6.6 bleek dat de commissies van beroep de opzegging veelal echter converteren in een regelmatige opzegging. Die oplossing is verdedigbaar, er van uitgaande dat de onregelmatigheid in beginsel niet behoort te leiden tot het herstel van de dienstbetrekking. Daarvan uitgaande lijkt er echter evenmin bezwaar tegen dat de werknemer zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wendt met een vordering op grond van de artt. 1639r jo 1639o BW en schadeloosstelling vordert. Gezien de uiterst minimale toetsing die vereist is, is er geen bezwaar tegen dat de burgerlijke rechter er als eerste en enige mee belast wordt. Voor de werknemer heeft het beroep op de burgerlijke rechter het duidelijke voordeel dat hij aanspraak kan maken op de forfaitair vast te stellen schadeloosstelling en niet 'slechts' op het loon indien en voor zover hij bereid was om de bedongen arbeid te verrichten.

3.2.6 *Het schoolbestuur*

Tot nu toe is alleen de positie van de werknemer aan de orde geweest; deze kan (de genoemde uitzonderingen daargelaten) niet voorbij gaan aan de commissie van beroep. Over het schoolbestuur is daarmee niets gezegd. Met name kan uit het feit dat schoolbestuur en werknemer zijn overeengekomen dat in sommige gevallen beroep mogelijk is op de commissie van beroep, niet worden afgeleid dat het schoolbestuur de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer uitsluitend door opzegging kan beëindigen. Gezien de achtergrond van de commissies van beroep (het onttrekken van de toetsing van ontslagen aan de burgerlijke rechter), is dat geen onverdedigbare opvatting. Naar huidig recht is zij echter niet houdbaar, alleen al niet omdat art 1639w lid 1 BW bepaalt dat de bevoegdheid om ontbinding te verzoeken 'te allen tijde' bestaat en tevens bepaalt dat elk beding, waardoor deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, nietig is.²²⁷

227. In hoofdstuk VIII (par. 2.2.6) bleek dat veel kritiek bestaat op de ruimhartige wijze waarop de kantonrechters over het algemeen gebruik maken van de bevoegdheid die art. 1639w BW biedt. Het bijzonder onderwijs neemt in dit opzicht geen speciale positie in. Van speciale beperkingen aan de mogelijkheid om ontbinding te vragen blijkt althans niet, ook niet i.v.m. het bestaan van de commissies van beroep. Een uitzondering vormen: Ktr Roermond 4-2-1987, JKOCZ 1987 B.2 (strijd met de goede trouw door niet op te zeggen) en Ktr Alkmaar 25-11-1985, JKOCZ 1985 B.7 (ontbinding geweigerd omdat niet vast staat dat de arbeidsover-

Een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan in sommige gevallen aantrekkelijker zijn voor het schoolbestuur dan een opzegging, als bijvoorbeeld snel duidelijkheid dient te bestaan over het al dan niet voortbestaan van de dienstbetrekking. Daarnaast heeft een ontbindingsverzoek zin als opzegging niet mogelijk is.²²⁸ Anderzijds zijn er ook nadelen aan verbonden, waaronder niet in het minst het definitieve karakter van de beschikking van de kantonrechter.²²⁹ De voordelen wegen voor veel schoolbesturen kennelijk zwaarder dan de nadelen. In toenemende mate wordt namelijk gebruik gemaakt van de mogelijkheid die art. 1639w BW biedt.²³⁰ Het bestaansrecht van de commissies van beroep wordt daardoor in niet geringe mate ondergraven.²³¹ Wie dat als bezwaar ziet, moet bedenken dat het ook hier voor een belangrijk deel aan de betrokkenen zelf te wijten is, dat de burgerlijke rechter zich ten volle met de beëindiging van dienstbetrekkingen in het bijzonder onderwijs kan bezig houden, ook in gevallen dat de richting van de school in het geding is. De bevoegdheid tot ontbinden kan aan een bindend adviseur worden overgedragen; de onderwijswetgeving noch art. 1639w BW verzetten zich daartegen.²³² In dat geval zou alleen de weg naar de commissie van beroep open staan; de burgerlijke rechter zou het schoolbestuur naar alle verwachting niet-ontvankelijk verklaren. Van deze mogelijkheid is echter geen gebruik gemaakt, zodat het het schoolbestuur vrij staat om een beroep te doen op de burgerlijke rechter.

3.3 DE BURGERLIJKE RECHTER IN TWEEDE INSTANTIE

3.3.1 Algemeen

Ook al is er in zekere zin verrassend veel ruimte voor de burgerlijke rechter om meteen en in volle omvang een ontslaggeschil tussen schoolbestuur en werk-

eenkomst op korte termijn dient te eindigen; het schoolbestuur wordt 'verwezen' naar de mogelijkheid om op te zeggen). Ktr Enschede 7-9-1984, JKOCZ 1984 B.18 sluit uitdrukkelijk aan bij jurisprudentie van de commissie van beroep in vergelijkbare geschillen.

228 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.3.5 (i.v.m. de ontslagverboden en het gesloten stelsel van ontslaggronden) en 3.4.5 (i.v.m. de afvloeiingsregeling).

229 Vgl. art. 1639w lid 1 BW.

230 In veel gevallen gaat het overigens om een ontbindingsverzoek nadat het schoolbestuur voor de commissie van beroep heeft verloren. In het verdere vervolg van deze par. kom ik op deze jurisprudentie terug. Van een ontbindingsverzoek als alternatief voor de opzegging is sprake in: Ktr Arnhem 10-3-1983, JKOCZ 1983 B.5; Ktr Den Haag, 22-10-1984, NJ 1985, 286; Ktr Nijmegen 4-4-1986, JKOCZ 1986 B.3 en 25-7-1986, JKOCZ 1986 B.5; Ktr Eindhoven 2-6-1988, JKOCZ 1988 B.6. Vgl. daarnaast: HR 14-10-1988, RvdW 1988, 162.

231 Vgl. par. 2.1.6; par. 4.4.3.

232 Die mogelijkheid sluit geheel aan op de achtergrond van het bestaan van de commissies van beroep: het onttrekken van de toetsing van ontslagen aan de burgerlijke rechter. Vgl. ten aanzien van ontbinding op grond van art. 1639w BW door een bindend adviseur: HR 22-11-1985, NJ 1986, 275. Het RPBO noch de akte en de cao's noch de reglementen van de commissies van beroep kennen de commissie van beroep echter een dergelijke bevoegdheid toe. Vgl. i.v.m. het RPBO: HR 14-10-1988, RvdW 1988, 162.

nemer te beslechten, niettemin zal in de regel een dergelijk geschil aan de commissie van beroep worden voorgelegd en pas daarna, eventueel, aan de burgerlijke rechter. Dat in tweede instantie een beroep wordt gedaan op de burgerlijke rechter kan verschillende oorzaken hebben. In eerste plaats is denkbaar dat dat gebeurt in verband met het verzekeren van de nakoming van de beslissing van de commissie van beroep (par. 3.3.3). In tweede plaats kan het te maken hebben met de financiële afwikkeling van het ontslag (par. 3.3.4). In de derde plaats kan het beroep op de burgerlijke rechter de functie hebben van een 'hoger-beroep' door werknemer dan wel schoolbestuur (par. 3.3.5 e.v.).²³³

3.3.2 Burgerlijke rechter en bindend advies (2)

In al deze gevallen zal de rechter rekening moeten houden met de beslissing van de commissie van beroep als bindend advies. De jurisprudentie en de literatuur over het bindend advies-in-het-algemeen zijn op dit punt duidelijk. Het bindend advies wordt gezien als een aanvulling van de inhoud van de overeenkomst tussen de bij het bindend advies betrokken contractspartijen. De burgerlijke rechter houdt partijen daaraan, tenzij het bindend advies 'hetzij uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze, waarop het tot stand is gekomen, zoo zeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de wederpartij in strijd met de goed trouw handelt, door haar daaraan gebonden te willen houden'.²³⁴ Dat betekent dat de burgerlijke rechter de mogelijkheid heeft om het bindend advies marginaal te toetsen, zowel wat de wijze van totstandkomen betreft, als waar het gaat om de inhoud.

Ook ten aanzien van de beslissingen van de commissies van beroep is dit de gebruikelijke gang van zaken, de laatste jaren althans.²³⁵ Kenmerkend zijn de volgende overwegingen van de kantonrechter Leiden uit 1975. De kantonrechter overweegt dat de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep niet belet dat een vordering op grond van art. 1639s BW wordt ingesteld en overweegt vervolgens:

'dat evenwel zulks nog niet met zich medebrengt dat het onderwerpelijke geschil

233 Denkbaar is dat de procedure voor de commissie van beroep zoveel tijd in beslag neemt, dat de termijn in art. 1639u BW is verstreken. Dat is geen bezwaar, omdat de onderwijswetten bepalen dat tijdens de behandeling door de commissie van beroep geen verjaring loopt met betrekking tot rechtsvorderingen ter zake van besluiten die aan het oordeel van de commissie van beroep zijn onderworpen. Vgl. bijv. art. 41 lid 1 WBO (strikt genomen zijn dit bekendstellingsvoorwaarden, maar daar dient m.i. geen belang aan te worden gehecht; vgl. hoofdstuk VI, par. 6.2). De bepaling speelde een rol in: Ktr Boxmeer 5-2-1985, JKOCZ 1985 B.1.

234 Vgl. HR 29-1-1931, NJ 1931, 1317 (Huize Lydia).

235 Vgl. als eerste: Ktr. Den Haag, 8-4-1960, Het Schoolbestuur 1960, 115 e.v., aangehaald door Van der Net (1977); 205. Vgl. verder (bijv.): Ktr Emmen 11-3-1981, JKOCZ 1981 B.2; Ktr Wageningen 20-5-1981, JKOCZ 1981 B.6; Ktr Zevenbergen 15-1-1987, JKOCZ 1987 B.1 en (in hoger beroep:) Rb Breda 5-1-1988, JKOCZ 1988 C.1; Pres. Rb Maastricht 6-4-1988, JKOCZ 1988 C.3. Voordien was de jurisprudentie op dit punt verdeeld. Vgl. bijv. Ktr Groningen, 17-12-1947, ARB 1948, 698 e.v.; Ktr Rotterdam, 14-2-1955, AB 1955, 495 e.v.

door Ons ten gronde kan worden berecht; dat immers, nu eiseres zelve het geschil vrijwillig eerst aan de Commissie van Beroep heeft voorgelegd en die Commissie geoordeeld heeft dat eiseres in haar beroep niet ontvankelijk moet worden verklaard, Wij dit oordeel als voor pp. – ingevolge de door haar gesloten arbeidsovereenkomst – bindend hebben te aanvaarden; dat het vorenstaande alleen uitzondering leidt indien dat de pp. bindend oordeel uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit de hoofde van de wijze waarop het is tot stand gekomen, dermate ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de gedaagde in strijd met de goede trouw zou handelen door eiseres aan dat oordeel gebonden te willen houden.²³⁶

Denkbaar is dat de commissie van beroep het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, of dat de motivering de gegeven beslissing in geen enkel opzicht kan dragen.²³⁷ In dat geval verzet de goede trouw zich ertegen dat de ene partij de andere houdt aan de inhoud van het bindend advies. Dat betekent dat een vordering tot nakoming van de beslissing van de commissie van beroep zal stranden. Zou de vordering een verdere strekking hebben (schadevergoeding bijvoorbeeld), dan zal de burgerlijke rechter de gegrondheid van deze vordering beoordelen zonder verder met het bindend advies rekening te houden.²³⁸

De toetsing door de burgerlijke rechter is als gezegd een marginale; de fout moet er redelijk dik bovenop liggen, wil de burgerlijke rechter inderdaad ingrijpen. In de literatuur wordt geconcludeerd dat de burgerlijke rechter zelfs erg marginaal toetst.²³⁹ Dat dat inderdaad het geval is, blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 11 februari 1983.²⁴⁰ De kantonrechter constateert dat de redeneertrant van de commissie van beroep niet geheel evenwichtig is en dat op een cruciaal punt de motivering zelfs ontbreekt, maar laat de beslissing niettemin in stand. Een opstelling als deze betekent dat vrijwel uitgesloten moet worden geacht dat een beslissing van een commissie van beroep opzij wordt gezet.

Indien het geschil en vervolgens de beslissing van de commissie van beroep verband houden met de richting van de school, dan kan dat als een voordeel worden gezien. Ook 'in tweede instantie' is aldus verzekerd dat de burgerlijke

236 Vgl. Ktr. Leiden, 17-12-1975, AB 1976, 128. Dat eiseres zich 'vrijwillig' tot de commissie van beroep heeft gewend is mijns inziens onjuist; het stond haar althans niet vrij om rechtstreeks een beroep te doen op de burgerlijke rechter; ik kom daar zometeen op terug.

237 Vgl. inzake het bindend advies in het algemeen: Makkinga, nr 585 e.v. en 611 e.v. I.v.m. het bijzonder onderwijs is wel (zonder succes overigens) een beroep gedaan op een te beperkte toetsing. Vgl. Ktr Leiden, 17-12-1975, AB 1976, 128. Daarnaast is (eveneens zonder succes) een beroep gedaan op strijd met het EVRM. Vgl. Ktr Amsterdam 11-2-1983, AB 1983, 277. Strikt genomen wordt overigens niet het bindend advies (i.c. de beslissing van de commissie van beroep) getoetst, maar het handelen van de contractspartij die haar wederpartij aan het in de overeenkomst geïncorporeerde bindend advies wil houden. Vgl. Hartkamp (1989), par. 325.

238 Vgl. Makkinga, nr 622.

239 Vgl. bijv. Hartkamp (1989), par. 326; Pels Rijcken (1986), 1054. Op dit punt heerst overigens geen eenstemmigheid. Vgl. Van Dunné (1988), 56, nt 35.

240 AB 1983, 277.

rechter de vereiste terughoudendheid in acht neemt.²⁴¹ Voor het overige moet betwijfeld worden of deze erg terughoudende manier van toetsen zo gelukkig is. Zij heeft tot gevolg dat er in wezen maar één mogelijkheid is voor schoolbestuur en werknemer om alle relevante feiten naar voren te brengen. Het leveren van nader bewijs en het herstellen van fouten, zoals dat 'normaal' mogelijk is in hoger beroep, is dan ook vrijwel onmogelijk.²⁴² Realiteit is niettemin dat de burgerlijke rechter de beslissing van de commissie van beroep vrijwel steeds tot uitgangspunt zal nemen.

Dat dient overigens niet te gebeuren indien de commissie van beroep het recht onjuist toepast, zeker als het gaat om dwingend ontslagrecht. Ik wijs in dit verband op de jurisprudentie van enkele commissies van beroep in het rooms-katholiek onderwijs, die in bepaalde gevallen de ontslagverboden tijdens ziekte en zwangerschap niet van toepassing achten.²⁴³ Er van uitgaande dat de opvatting van deze commissies van beroep onjuist is, kan het niet de bedoeling zijn dat de burgerlijke rechter, marginaal toetsend, de desbetreffende beslissingen in stand laat. Hetzelfde geldt voor de juiste toepassing van de grondrechten, niet alleen art. 6 EVRM (in verband met de vorm van de procedure), maar ook grondrechten als het discriminatieverbod en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Op dit punt past terughoudendheid waar het oordeel over de juiste toepassing van het grondrecht sterk samenhangt met de beoordeling van de feiten. Aan het geheel buiten toepassing laten van een relevant grondrecht of een duidelijke onjuistheid bij de toepassing ervan dient de rechter mijns inziens zonder meer consequenties te verbinden.

3.3.3 *Verzekering van de naleving van de commissie-beslissing*

Dat de inhoud van de beslissing van de commissie van beroep voor de burgerlijke rechter in beginsel een gegeven is, is uiteraard allerm minst een bezwaar als het schoolbestuur de beslissing van de commissie van beroep niet zou naleven. De werknemer kan zich dan tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering tot nakoming van de arbeidsovereenkomst, zoals die nader is ingevuld door het bindend advies.²⁴⁴

Er van uitgaande dat de commissie van beroep 'slechts' kan veroordelen tot het herstel van de dienstbetrekking, ligt voor de hand dat in de eerste plaats wordt gevorderd de veroordeling van het schoolbestuur tot het herstel van de dienstbetrekking, met terugwerkende kracht en op de oude voorwaarden. Daarnaast zou loon gevorderd kunnen worden en de feitelijke toelating tot de

241 Vgl. de hiervoor aangehaalde uitspraak van Ktr Amsterdam, die betrekking heeft op de schoolleider van een rk basisschool die Bhagwan-kledij droeg tijdens het werk.

242 Vgl. par. 4.3.4.

243 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.3.5.

244 Onttrekt het schoolbestuur zich aan de beslissing van de commissie van beroep, dan zet het de bekostiging op het spel. Ik kom daar op terug in par. 3.3.8. Vgl. daarnaast par. 2.6.4 over de vraag of een nakomingsactie wel mogelijk is gezien art. 1639o BW. Ik ga er hierna van uit dat die mogelijkheid bestaat.

arbeid.²⁴⁵ Afhankelijk van de spoedeisendheid van de zaak, kan een beroep worden gedaan op de president in kort geding of op de kantonrechter.²⁴⁶ Het vonnis van de burgerlijke rechter biedt de mogelijkheid om desnoods tot executie over te gaan.

Bezwaren van het schoolbestuur tegen het herstel van de dienstbetrekking, bijvoorbeeld op grond van verstoorde verhoudingen, zouden in de procedure niet aan de orde moeten komen. Voor zover deze bezwaren reeds bestonden voor en tijdens de procedure voor de commissie van beroep, is er rekening mee gehouden. Nadien gerezen bezwaren dienen in een eventuele op het herstel volgende 1639w-procedure aan de orde komen; in par. 3.3.7 kom ik daar op terug.

3.3.4 Financiële gevolgen

De tweede situatie waarin een beroep op de burgerlijke rechter na de procedure voor de commissie van beroep zin heeft, is in het voorgaande reeds een aantal malen aan de orde geweest. Ik doel op de situatie waarin de in het gelijk gestelde werknemer financiële consequenties verbonden wil zien aan de beslissing van de commissie van beroep, met name in de vorm van een schadevergoeding op grond van art. 1639s BW. In beginsel bindt het (onrechtmatigheids)oordeel van de commissie van beroep de rechter, zodat de toewijzing van een dergelijke vordering zonder meer verwacht mag worden.

3.3.5 'Hoger beroep'

De derde situatie waarin een beroep op de burgerlijke rechter zinvol is, is die waarbij de in het ongelijk gestelde partij zich niet bij haar 'verlies' wil neerleggen en denkt argumenten te hebben om de burgerlijke rechter te overtuigen van haar gelijk. Het zou de werknemer kunnen zijn, die via de commissie van beroep heeft geprobeerd om de opzegging te laten vernietigen, maar die daarin niet is geslaagd. Het zou ook het schoolbestuur kunnen zijn, dat heeft opgezegd en dat vervolgens geconfronteerd wordt met de 'vernietiging' van de opzegging door de commissie van beroep. Beide situaties zal ik hierna bespreken.

3.3.6 De werknemer

Allereerst de werknemer: deze is aan een voor hem ongunstige beslissing van de commissie van beroep gebonden. In zijn relatie met het schoolbestuur is als het ware bindend vastgesteld dat aan de arbeidsovereenkomst op niet-onrechtmatige wijze een einde is gekomen. Daarvan uitgaande rijst uiteraard de vraag of een beroep op de burgerlijke rechter nog wel zin heeft, nu ook de rechter de beslissing van de commissie van beroep als een gegeven zal moeten beschouwen.

Uiteraard is denkbaar dat de commissie van beroep haar werk zo slecht

²⁴⁵ Vgl. op dit laatste punt: Pres Rb Roermond 16-3-1987, JKOCZ 1987 C.1.

²⁴⁶ Vgl. voor een procedure in kort geding: Pres. Rb Maastricht 6-4-1988, JKOCZ 1988 C.3.

heeft gedaan, dat het schoolbestuur in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door de werknemer aan de beslissing te willen houden. In dat geval bindt de beslissing van de commissie van beroep de werknemer niet en is de burgerlijke rechter in staat om een vordering gebaseerd op de kennelijk onredelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten volle te beoordelen. Er van uitgaande dat de kwaliteit van het werk van de commissies van beroep over het algemeen niet te wensen overlaat, is het een weg die slechts zelden tot succes zal leiden.²⁴⁷

Een andere aanpak biedt meer kans op succes, in die gevallen althans dat de opzegging kennelijk onredelijk is op grond van art. 1639s lid 2 sub 2 BW. Deze situatie kwam al eerder aan de orde: zou het schoolbestuur onvoldoende rekening hebben gehouden met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, dan kan een schadevergoeding op zijn plaats zijn. De commissie van beroep kan het schoolbestuur niet veroordelen tot het betalen daarvan. De werknemer kan (zo kan althans verdedigd worden) de commissie van beroep niet overslaan. Dat betekent dat de burgerlijke rechter dient na te gaan of de werknemer op basis van 'sub 2' aanspraak kan maken op een schadevergoeding.²⁴⁸ Dat de commissie van beroep in voor de werknemer negatieve zin heeft beslist doet daar niet aan af. Het toewijzen van een eventuele vordering tot herstel op grond van art. 1639t BW ligt daarentegen niet voor de hand.²⁴⁹ En afgezien daarvan: het schoolbestuur kan hoe dan ook het herstel verhinderen door op basis van art. 1639t lid 3 BW om de vaststelling van een afkoopsom te verzoeken en deze te betalen.

3.3.7 *Het schoolbestuur*

Ontevreden met een beslissing van de commissie van beroep kan ook het schoolbestuur zijn, dat wordt veroordeeld tot het herstel van de dienstbetrekking en dat deze beslissing onjuist acht. Denkbaar is dat het schoolbestuur de beslissing naast zich neerlegt en een reactie van de werknemer afwacht. In een eventuele door de werknemer aangespannen procedure zou het schoolbestuur vervolgens zijn bezwaren tegen de beslissing van de commissie van beroep naar voren kunnen brengen. In dat geval zou het schoolbestuur in reconventie een verklaring voor recht kunnen vorderen dat partijen niet aan het bindend advies gebonden zijn. Dit is echter een bepaald weinig elegante handelwijze. Daarnaast is het ook een gevaarlijke aanpak, omdat zij kan leiden tot rechtsverwerking en tot sancties in de sfeer van de bekostiging.²⁵⁰

Beter lijkt het dat het schoolbestuur actief optreedt en de dienstbetrekking herstelt, waarna het op basis van art. 1639w BW de kantonrechter kan ver-

247 Vgl. de in par. 3.3.2 aangehaalde jurisprudentie.

248 In deze zin: Ktr Gorinchem 11-6-1979, AB 1979, 496; Ktr Eindhoven 12-6-1981, JKOCZ 1981 B.9; Ktr Boxmeer 5-2-1985, JKOCZ 1985 B.1 en 5-11-1985, JKOCZ 1985 B.6; Ktr Terborg 8-12-1988, JKOCZ 1988 B.16.

249 Vgl. niettemin: Ktr Amsterdam 10-12-1986, AB 1988, 111.

250 Vgl. i.v.m. de eventuele rechtsverwerking: Makkinga, nr 570. Op de consequenties i.v.m. de subsidie kom ik in par. 3.3.8 terug.

zoeken om de dienstbetrekking te ontbinden. Die mogelijkheid bestaat 'te allen tijde', dus ook nadat de commissie van beroep een voor het schoolbestuur ongunstige beslissing heeft gegeven.²⁵¹

Daarmee is uiteraard niet gezegd dat het schoolbestuur mag verwachten dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst inderdaad ontbindt. De kantonrechter is strikt genomen vrij om een eigen oordeel te vormen over de wenselijkheid van de ontbinding. Van die vrijheid mag hij uiteraard volledig gebruik maken, indien de commissie van beroep procedureel of inhoudelijk ernstige fouten zou hebben gemaakt. Voor het overige zou de kantonrechter bij het vormen van zijn oordeel echter rekening moeten houden met de beslissing van de commissie van beroep en met name met de gronden waarop de commissie is overgegaan tot de vernietiging. Wordt het ontslagbesluit door de commissie van beroep vernietigd om een formele reden, dan is denkbaar dat het schoolbestuur opnieuw opzegt. Ook als bijvoorbeeld een te korte opzegtermijn in acht zou zijn genomen, is een hernieuwde opzegging denkbaar. In dergelijke gevallen bestaat er geen bezwaar tegen dat het schoolbestuur niet opzegt, maar de kantonrechter verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Of het verzoek wordt toegewezen, zal uiteraard afhangen van de kracht van de argumenten die het schoolbestuur aanvoert; de beslissing van de commissie van beroep zou verder niet aan het toewijzen van de vordering in de weg moeten staan.²⁵² Geheel anders is het als het ontslagbesluit door de commissie van beroep zou zijn vernietigd om een inhoudelijk reden, die duidelijk maakt dat aan de desbetreffende dienstbetrekking geen einde mag komen. Dat oordeel bindt partijen en ook de kantonrechter zou het tot uitgangspunt moeten nemen. Een hernieuwde opzegging op dezelfde gronden zou onmogelijk zijn; zij zou althans in een procedure voor de commissie van beroep geen stand houden. In een dergelijk geval zou de kantonrechter de arbeidsovereenkomst dan ook niet moeten ontbinden.²⁵³

In de woorden 'op dezelfde gronden' ligt uiteraard een ontsnappingsmogelijkheid besloten. Het is niet ondenkbaar dat de verhoudingen binnen de school sedert de procedure voor de commissie van beroep zo zeer zijn gewijzigd (met name in de zin van verslechterd uiteraard), dat de dienstbetrekking in redelijkheid niet in stand kan blijven. In dat geval is een ontbindingsverzoek, in wezen gebaseerd op een nieuwe, de commissie van beroep onbekende reden, niet alleen mogelijk maar zelfs redelijk kansvol. Interessant is in dit verband de beschikking van de kantonrechter Den Haag van 28 januari 1982.²⁵⁴ In verband met een verzoek tot ontbinding om gewichtige redenen

251 In die zin uitdrukkelijk: Ktr Gouda, 15-10-1981, AB 1982, 38. Vgl. ook: Rb Zutphen, 15-10-1987, Pg 2790.

252 Vgl. bijv. Ktr Utrecht 3-9-1980, AB 1981, 48, 24-9-1980, AB 1981, 49 en 28-1-1981, AB 1981, 236.

253 Vgl. bijv. Ktr Gouda 15-10-1981, AB 1982, 38. Vgl. voor een geval dat een verklaring voor recht, dat het schoolbestuur niet door de beslissing van de commissie werd gebonden, werd afgewezen: Ktr Maastricht 23-11-1988, JKOCZ 1988, B.15.

254 AB 1982, 479. Vgl. ook Ktr Den Haag 25-5-1981, JKOCZ 1981 B.7.

overweegt de Kantonrechter:

'dat onder die gewichtige redenen niet gerangschikt kunnen worden die feiten of verwijten, die de Commissie (het schoolbestuur, W.B.) ten grondslag heeft gelegd aan haar later nietig verklaard ontslag; daarover heeft immers de Commissie van Beroep zich uitgesproken'.

Vervolgens wordt de arbeidsovereenkomst niettemin ontbonden, op grond van nadien, dat wil zeggen na – en door – de beslissing van de commissie van beroep gewijzigde omstandigheden.

3.3.8 Een verplichting tot onderwerping?

Tot nu toe is onbesproken gebleven een bepaling die op enigerlei wijze in alle onderwijswetten is terug te vinden, namelijk de bepaling dat het schoolbestuur zich dient te onderwerpen aan de beslissing van de commissie van beroep.²⁵⁵

Deze bepaling kon voor een deel ook zonder bezwaar buiten beschouwing blijven. De bepaling richt zich niet tot de werknemer en verhindert niet dat deze zich (bijvoorbeeld) met een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag tot de burgerlijke rechter wendt. Evenmin is de bepaling relevant in verband met het verzoek van het schoolbestuur om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 1639w BW, als dat verzoek geschiedt in plaats van een opzegging. In gevallen als deze is er geen sprake van dat het schoolbestuur zich zou onttrekken aan de beslissing van de commissie van beroep.²⁵⁶

Dat wordt anders als het schoolbestuur een beslissing van de commissie van beroep niet zou naleven. Gezien de beperkte voorzieningsmogelijkheden van de commissie wil dat met name zeggen: als het schoolbestuur zou weigeren om de dienstbetrekking te herstellen. Daarnaast valt, zo mag worden aangenomen, ook een ontbindingsverzoek door het schoolbestuur na een (voor het schoolbestuur) negatieve beslissing van de commissie van beroep onder de werkingsfeer van de bepaling. Dat is met name het geval als het verzoek om ontbinding is gebaseerd op dezelfde gronden als de (door de commissie van beroep 'vernietigde') opzegging.

De verplichting tot onderwerping aan de beslissing van de commissie van beroep is gegoten in de vorm van een bekostigingsvoorwaarde. Dat betekent dat het schoolbestuur uitsluitend is gebonden ten opzichte van de overheid en dat het intrekken van de bekostiging de enige sanctie is op de schending van de verplichting. Vanuit de optiek van de werknemer is dat een nadeel, omdat hij aan de bekostigingsvoorwaarde geen rechtstreekse aanspraak op naleving kan

255 Vgl. art. 40 lid 3 WBO: 'Het bevoegd gezag onderwerpt zich aan de uitspraak van de commissie'. Ook de artt. 49 lid 3 ISOVSO, 52 lid 1 WVO en 93 lid 3 WHBO bevatten een bepaling van dezelfde strekking.

256 Tenzij uit deze bepaling zou worden afgeleid dat een ontbindingsverzoek niet kan, althans niet mag, op straffe van verlies van de bekostiging. Zoals bleek is deze stelling, alleen al gezien de tekst van art. 1639w lid 1 BW, niet houdbaar.

ontlenen. Een erg groot bezwaar is dat echter niet, want wat de bekostigingsvoorwaarde niet doet, doet de arbeidsovereenkomst: het schoolbestuur ten opzichte van de werknemer verplichten om de beslissing van de commissie van beroep als bindend te aanvaarden.²⁵⁷

Deze laatste constatering laat meteen iets zien van het probleem dat schuil gaat achter de bekostigingsvoorwaarde inzake de onderwerping aan de beslissing van de commissie van beroep. Aan een bindend advies zijn partijen gebonden, maar niet als het bindend advies gezien de wijze van totstandkoming of de inhoud niet aan bepaalde eisen voldoet. De formulering van de bepaling in de onderwijswetgeving doet vermoeden dat de gebondenheid van het schoolbestuur absoluut is, althans zo is bedoeld. De parlementaire geschiedenis bevestigt dit vermoeden. Zo werd in het voorlopig verslag naar aanleiding van de ontwerp-WBO vanuit de Tweede Kamer geconcludeerd dat het 'alleszins acceptabel' is dat in de bepaling betreffende de onderwerping aan de beslissing van de commissie van beroep geen sprake is van de werknemer, 'gezien de regel dat niemand mag worden afgehouden van zijn wettelijke rechten'. Daaraan werd de vraag verbonden of het in het licht daarvan wel 'redelijk is jegens het bevoegd gezag' dat dat zich wél dient te onderwerpen aan de beslissing van de commissie van beroep.²⁵⁸ Het antwoord van de regering luidde als volgt:

'Zoals het CDA terecht opmerkt, zou het onjuist zijn te eisen dat de personeelsleden zich zouden moeten neerleggen bij de uitspraak van de commissie van beroep. Wij menen echter dat dit anders ligt voor het bevoegd gezag waaraan dit als subsidievoorwaarde wél wordt voorgeschreven.'²⁵⁹

De rechten van de werknemer mogen dus kennelijk niet beperkt worden, zodat deze zich niet hoeft te onderwerpen aan de beslissing van de commissie van beroep, maar het schoolbestuur ontvangt bekostiging en moet in ruil daarvoor een inbreuk op zijn rechten blijkbaar wél op de koop toe nemen. Dat kan toch niet de bedoeling zijn – en zo is het mijns inziens ook niet. Er is in verband met de gebondenheid aan de beslissing van de commissie van beroep geen verschil tussen schoolbestuur en werknemer, en dat in dubbel opzicht.

Beiden zullen zich in beginsel neer moeten leggen bij de beslissing van de commissie van beroep, omdat zij dat zijn overeengekomen. Zoals hiervoor reeds bleek, kan de in het ongelijk gestelde partij een beroep doen op de burgerlijke rechter; de vereiste bevoegdheid en ook de ontvankelijkheid vormen in beginsel geen probleem, maar de toewijzing van de vordering die strijdt met de beslissing van de commissie van beroep is in de regel niet te

257. Vgl. par. 3.3.2 e.v.

258. Vgl. VV, TK 1979-1980, 14428 nr 11, 44.

259. Vgl. MvA, TK 1979-1980, 14428, nr 12, 51.

verwachten. Daarom is ook de werknemer wel degelijk gebonden, ook al bepaalt de onderwijswetgeving dat niet.²⁶⁰

Die gebondenheid bestaat niet als de beslissing van de commissie van beroep qua inhoud of wijze van totstandkoming niet aan bepaalde eisen voldoet. Ook hier nemen werknemer en schoolbestuur eenzelfde positie in, want evenmin als de werknemer kan het schoolbestuur worden afgehouden van de rechter die de wet toekent. Dat zou in strijd zijn met het 'ius de non evocando' in art. 17 Gw.²⁶¹ Strikt genomen ontnemt de bekostigingsvoorwaarde die verplicht tot onderwerping het schoolbestuur uiteraard niet de mogelijkheid om een beroep te doen op de rechter: de burgerlijke rechter is en blijft bevoegd en ook de ontvankelijkheid levert geen problemen op.²⁶² Het probleem is alleen dat de sanctie op het schenden van de verplichting tot onderwerping (subsidieverlies) dermate ingrijpend dat het schoolbestuur weinig anders overblijft dan te kiezen voor het minste kwaad: de onderwerping aan de qua inhoud en/of totstandkomen aanvechtbare beslissing van de commissie van beroep. Om die reden biedt ook de uitzondering die in art. 17 Gw ligt besloten in de woorden 'tegen zijn wil' geen uitweg: de feitelijke noodzaak om subsidie te ontvangen verhindert dat van het vrijwillig aanvaarden van de verplichting tot absolute onderwerping gesproken kan worden.²⁶³ En nog afgezien daarvan: ook bekostigingsvoorwaarden zullen met de Grondwet in overeenstemming moeten zijn; er is geen enkel redelijk belang aan de zijde van de overheid of de werknemer gediend met de gebondenheid van het schoolbestuur aan duidelijk onjuiste of onjuist tot stand gekomen beslissingen.²⁶⁴

Het voorgaande betekent dat voor zover art. 40 lid 3 WBO en de vergelijkbare bepalingen in de onderwijswetgeving suggereren dat het schoolbestuur zich dient te onderwerpen aan apert ondeugdelijke beslissingen (zo vertaal ik het Huize Lydia-criterium voor het gemak) in strijd is met de Grondwet. Iedere mogelijkheid die het schoolbestuur heeft om, uit eigen beweging dan wel bij wijze van verweer, onder een dergelijke beslissing uit te komen, mag gebruikt worden. Daartoe lijkt met name geëigend een vordering tot verklaring voor recht dat het schoolbestuur niet gebonden wordt door (de arbeidsovereenkomst zoals ingevuld door) het bindend advies van de commissie van beroep. In plaats daarvan is denkbaar dat het schoolbestuur de dienstbetrekking herstelt en vervolgens een ontbindingsverzoek tot de kantonrechter richt op grond van art. 1639w BW. In een dergelijke vordering c.q. een dergelijk verzoek mag in geen geval een reden worden gezien om de bekostiging in te trekken.

Ik concludeer dan ook dat art. 40 lid 3 WBO en de overeenkomstige bepalingen in de onderwijswetgeving, voor zover zij niet in strijd komen met de

260 Anders, m.i. onjuist: Ktr Amsterdam 10-12-1986, AB 1988, 111.

261 Vgl. daarover par. 4.3.9 en de aldaar aangehaalde literatuur.

262 Vgl. de – hiervoor reeds aangehaalde – beschikking van de Ktr Gouda, 15-10-1981, AB 1982, 38.

263 Vgl. ook hoofdstuk VI, par. 6.2-slot.

264 Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 3.2.2-slot.

Grondwet, niets toevoegen aan de gebondenheid van het schoolbestuur aan de beslissing van de commissie van beroep op grond van de arbeidsovereenkomst.²⁶⁵ De bepalingen zouden het beste geschrapt kunnen worden.²⁶⁶

4 Het ontslagrecht en de grondrechten (2)

4.1 VOORAF

In deze paragraaf zal ik de lijn van het betoog uit hoofdstuk VIII, par. 4 oppakken en opnieuw ingaan op het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs tegen de achtergrond van de relevante grondrechten.

Allereerst komt de rechtsbescherming zoals die in de voorgaande paragrafen is beschreven aan de orde, in par. 4.2 in verband met het onderwijsgrondrecht en in par. 4.3 in verband met de sociaal-rechtelijke grondrechten. Tenslotte komt in par. 4.4, in verband met het ontslagrecht als geheel, de vraag aan de orde of het wenselijk is om veranderingen aan te brengen in het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs en zo ja, hoe.

4.2 HET ONDERWIJSGRONDRECHT

4.2.1 Zonder bezwaar

De vraag of de opzet van de rechtsbescherming in geval van ontslag binnen het bijzonder onderwijs is beïnvloed door het onderwijsgrondrecht hoeft hierna niet meer aan de orde te komen. Alles draait hier om de commissies van beroep. In par. 2.1 heb ik erop gewezen dat zij hun ontstaan voor een belangrijk deel danken aan het principe van de gelijke rechtspositie, in die zin dat de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs zo veel mogelijk gelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden werden gegeven, in combinatie met de vrijheid van onderwijs, met als gevolg dat de beslechting van de geschillen zo veel mogelijk aan de burgerlijke rechter werd onttrokken. Anders gezegd: 'dat' zij er zijn gekomen, is het gevolg van het principe van de rechtspositionele gelijkheid; het 'hoe' is het gevolg van de vrijheid van onderwijs.

Relevanter in dit verband is de vraag of het overheidsoptreden ter zake van de commissies van beroep bezwaren oproept vanuit het oogpunt van het onderwijsgrondrecht en met name de vrijheid van onderwijs. Ik stel daarbij voorop dat een aantal zaken vanuit dat perspectief geen bezwaren oproept.²⁶⁷

265 Tenzij wordt aangenomen dat art. 1639o BW zich tegen een nakomingsactie verzet; vgl. par. 2.6.4.

266 Aldus ook: Van der Net onder Ktr Utrecht, 24-9-1980, AB 1981, 49 en in het bijzonder par. 4.

267 Dat het onderwijsgrondrecht op deze punten niet in het geding is, wil allerm minst zeggen dat de huidige regeling vanuit de optiek van het schoolbestuur aan alle eisen voldoet. Vgl. m.n. par. 4.3.9.

Allereerst herinner ik aan het gestelde in hoofdstuk VIII, par. 4.2.5: een belangrijk deel van de ontslagbepalingen in het BW is op het bijzonder onderwijs van toepassing, zonder dat dat als een beperking van de vrijheid van onderwijs kan worden gezien. Dat geldt (bijvoorbeeld) voor de bepalingen inzake de opzegtermijnen, de motivering en de overgang van ondernemingen. Deze bepalingen houden geen verband met de richting van de school, zodat ook de vrijheid van richting geen gevaar loopt. Dat betekent dat ook het feit dat de werknemer de naleving van deze bepalingen kan afdwingen, geen bezwaar ontmoet vanuit de vrijheid van onderwijs, onverschillig of dat gebeurt door middel van een beroep op de commissie van beroep dan wel op de burgerlijke rechter.

Uitgaande van de opvatting dat de burgerlijke rechter zo min mogelijk bemoeienis dient te hebben met de richting van de school ontstaat pas gevaar voor de vrijheid van richting indien de 'iusta causa' aan de orde komt.²⁶⁸ Dat kan met name het geval zijn op basis van het BW.²⁶⁹ Ik wijs op het bepaalde in de artt. 1639s, t en w BW, die de burgerlijke rechter de mogelijkheid geven om zich in te laten met de ontslaggrond. Ik wijs daarnaast op de artt. 1637ij leden 1 en 5, 1639e leden 3 en 4 en 1639h leden 2 en 4, waarin in de eerste plaats de wetgever zelf bepaalt wat (g)een 'iusta causa' is, maar die in het kader van hun toepassing op het concrete geval ook de rechter een zekere invloed geven op het ontslag.

Zo gezien wordt duidelijk dat ook de omstandigheid dat de overheid het schoolbestuur verplicht om een commissie van beroep in te stellen, om zich daarbij aan te sluiten, om de werknemers een beroepsmogelijkheid op de commissie te geven en om zichzelf aan de beslissing van de commissie te onderwerpen allerminst als een zwaarwegende inbreuk op de vrijheid van onderwijs kan worden gezien.²⁷⁰ De geschillenbeslechting door de commissie van beroep beperkt ongetwijfeld de vrijheid van het schoolbestuur op ontslaggebied, ook als een ontslagverband zou houden met de richting van de school; ik kom daar hierna op terug. Gelijktijdig schakelt zij echter de invloed van de burgerlijke rechter op die ontslagen voor een belangrijk deel uit. Uitgaande althans van de gedachte dat de commissie van beroep een bindend adviseur is, staat ook vast dat de werknemer zich in de gevallen dat de commissie van beroep competent is niet meteen tot de burgerlijke rechter kan wenden. In tweede instantie kan hij dat wel, maar het bindend advies-karakter van de beslissing bewerkstelligt dat in dat geval niet het ontslagbesluit van het schoolbestuur, maar (het beroep op) het bindend advies van de commissie van beroep ter discussie staat. Nog

268 En daarnaast indien in het kader van de afweging van de belangen van schoolbestuur en werknemer de conclusie zou worden getrokken dat de voordelen van het ontslag voor het schoolbestuur niet opwegen tegen de nadelen voor de werknemer, zodat de betrekking behouden dient te blijven. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.6.

269 Daarnaast kan het bepaalde in de WGB (vgl. art. 1b) en (in de toekomst wellicht) de AWGB van belang zijn. Deze wetgeving laat ik hierna verder buiten beschouwing. Het BBA komt aan de orde in par. 4.4.3.

270 Vgl. ook par. 2.1.1.

belangrijker is dat het bewerkstelligt dat de rechter zich inhoudelijk terughoudend opstelt, tenzij van een om procedurele of inhoudelijke redenen onaanvaardbare beslissing sprake zou zijn.²⁷¹

Dat de beslechting van ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer voor een belangrijk deel aan de burgerlijke rechter is onttrokken, betekent uiteraard allerm minst dat het ontslagbesluit van het schoolbestuur niet getoetst wordt. Dat zou ook onverdedigbaar zijn. Zelfs als het ontslagbesluit verband houdt met de richting van de school kan de toetsing door de commissie van beroep moeilijk als een bezwaar worden gezien, zo lang de commissie de bepaling van de omvang van het geschil maar aan de betrokkenen overlaat en zich beperkt tot een rechtmatigheidstoets.²⁷² In hoofdstuk VIII, par. 4.4.3 is gebleken dat de commissies van beroep ontslagbesluiten die verband houden met de richting van de school over het algemeen vergaand toetsen, met name waar het gaat om de feitelijke grondslag. Gegeven het feit dat de commissies van beroep afkomstig zijn uit dezelfde levensbeschouwelijke kring als het schoolbestuur, en ten dele zelfs door het schoolbestuur gekozen worden, kan ook dat niet als een bezwaar worden gezien.

4.2.2 Wel degelijk bezwaren

Met het voorgaande wil niet gezegd zijn dat de huidige regeling van de commissies van beroep met het oog op de vrijheid van onderwijs zonder bezwaren is. Getoetst aan de gronden om de commissies van beroep in te stellen vertoont zij zelfs grote onvolkomenheden.

Dat geldt in de eerste plaats voor de beperking in competentie van de commissie van beroep. De bedoeling zal zijn geweest om de commissie uitsluitend een rol te geven bij de toetsing van ontslagbesluiten en daarop gelijkende besluiten. Dat is begrijpelijk, omdat vooral daar de richting van de school in het geding kan zijn. Die bedoeling is echter op onduidelijke en ten dele zelfs ongelukkige wijze uitgewerkt. Ik noem als voorbeelden de opzegging van voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur en de opzegging op verzoek.²⁷³ Daarnaast is uit het oog verloren dat ook een loonvordering de ingang kan zijn om een ontslaggeschil aan de rechter voor te leggen.²⁷⁴ Omdat de commissie van beroep hier niet competent is, wordt de burgerlijke rechter alle ruimte gegeven. Vervolgens is er de grote onduidelijkheid over de toetsing. Door aan te knopen bij de wijze waarop vergelijkbare besluiten elders in de private sector en in de publieke sector getoetst worden, is een oplossing te bereiken. Voor die oplossing – toetsen aan wet, overeenkomst en beginselen van behoorlijk bestuur – zijn in de beslissingen van de commissies van beroep

271 Vgl. par. 3.3.3.

272 De rechtmatigheidstoets hangt niet speciaal samen met het onderwijsgrondrecht; deze wijze van toetsing is geboden ten aanzien van iedere ontslagbeslissing in de private en de publieke sector. Vgl. par. 2.5.4 en hoofdstuk VIII, par. 2.2.5.

273 Vgl. par. 2.3.3.

274 Vgl. par. 2.3.3; par. 3.2.2.

ook wel aanknopingspunten te vinden. Maar de beperking tot een rechtmatigheidstoetsing is allerm minst gemeengoed.²⁷⁵ Tenslotte zijn er de zeer beperkte voorzieningsmogelijkheden waarover de commissie van beroep beschikt. Met name is het een gemis dat de commissie van beroep niet een schadevergoeding kan toekennen.²⁷⁶ Ook die omstandigheid betekent dat de werknemer zich in veel gevallen tot de burgerlijke rechter zal (moeten) wenden.²⁷⁷

Het is niet verwonderlijk dat de gebreken aan begin en einde van de procedure er tezamen voor zorgen dat de gang naar de commissie van beroep steeds vaker ontgaan wordt, of dat een beroep wordt gedaan op de burgerlijke rechter nadat de commissie van beroep een bindende beslissing heeft gegeven. De regeling inzake de commissie van beroep blijkt, ook in de ogen van de direct betrokkenen, op onvoldoende wijze te zijn meegegroeid met de ontwikkelingen die het ontslagrecht in de private sector heeft doorgemaakt. De doelstelling om de beslechting van ontslaggeschillen zo veel mogelijk aan de burgerlijke rechter te onttrekken wordt dus allerm minst verwezenlijkt.

4.2.3 Overheid of direct betrokkenen

Maar wil dat ook zeggen dat de overheid, door de schoolbesturen de huidige bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep op te leggen, de vrijheid van onderwijs aantast? Dat is in mijn ogen allerm minst het geval.

Uiteraard is de overheid in staat om de geconstateerde gebreken te verhelpen. Met het oog op overwegingen als de eenheid en de kenbaarheid van procesrechtelijke regelingen zou dat zelfs voordelen hebben. Maar het is niet de exclusieve taak van de overheid om de vrijheid van onderwijs en (in verband daarmee) de rechtspositionele gelijkheid te verwezenlijken. Van de direct betrokkenen – schoolbesturen, werknemers en hun organisaties – mag ook een eigen inspanning verwacht worden. Daarvan uitgaande zou van een aantasting van de vrijheid van onderwijs sprake zijn als de overheid de direct betrokkenen, die eigen regelingen willen treffen, zou belemmeren.²⁷⁸ Van een dergelijke aantasting zou ook sprake zijn als een bepaald optreden van de overheid per se vereist zou zijn en de overheid het achterwege zou laten. Daarvan is echter geen sprake.

De ruimte voor de direct betrokkenen om de rechtsbescherming via de commissie van beroep te verbeteren is buitengewoon groot. Zij kunnen de competentie van de commissie van beroep uitbreiden, eventueel zelfs tot alle geschillen op basis van de arbeidsovereenkomst tussen schoolbestuur en werknemer.²⁷⁹ Zij kunnen de werkwijze van de commissie beïnvloeden, bijvoorbeeld waar het gaat om de (al dan niet) lijdelijke opstelling en de te hanteren toetsingsmaatstaven. Zij kunnen de voorzieningsmogelijkheden uitbreiden,

275 Vgl. par. 2.5.1, m.n. i.v.m. de opstelling van de Cvb VBS.

276 Vgl. par. 2.6.6.

277 Vgl. par. 3.2.5.

278 Vgl. in dit verband: hoofdstuk VIII, par. 4.3.5, i.v.m. art. 1639o BW.

279 Vgl. par. 3.2.2.

bijvoorbeeld door de commissie de bevoegdheid te verlenen om de werknemer een recht op schadevergoeding toe te kennen.²⁸⁰ Ook kunnen zij de commissie van beroep de bevoegdheid geven om te ontbinden.²⁸¹ Daarnaast kunnen zij een procedure voor spoedeisende geschillen in het leven roepen.²⁸² Het is zelfs niet uitgesloten dat de direct betrokkenen de commissie van beroep de status van arbiter geven, waardoor ook de rol van de burgerlijke rechter 'in tweede instantie' vrijwel onbetekenend zou worden.

4.2.4 De rechtsvorm

In al deze opzichten legt de wetgever geen beperkingen op. Het is belangrijk om dat uitdrukkelijk vast te stellen, al was het maar omdat de direct betrokkenen dat in de regel anders zien.²⁸³

Dat al deze mogelijkheden bestaan, is het rechtstreekse gevolg van het feit dat de geschillenbeslechting door de commissies van beroep plaats vindt in een zuiver civiel kader.²⁸⁴ Dát op zijn beurt is het gevolg van het feit dat de bepalingen in de onderwijswetgeving inzake de commissies van beroep bekostigingsvoorwaarden zijn die, als minimum-voorwaarden, kunnen worden aangevuld zo lang de essentie van de regeling maar geen geweld wordt aangedaan en de aanvulling overigens blijft binnen de grenzen van het recht.²⁸⁵ Voor de verandering kan in verband met de commissies van beroep dan ook worden vastgesteld dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de relevante bepalingen in de onderwijswetgeving, ook al leidt het tot het bezigen van allerlei ingewikkelde constructies, uiteindelijk toch een positief effect heeft.²⁸⁶

4.3 DE SOCIAAL-RECHTELIJKE GRONDRECHTEN

4.3.1 Werknemer en schoolbestuur

Een centrale plaats bij de benadering van de rechtsbescherming in geval van

²⁸⁰ Vgl. par. 2.6.7.

²⁸¹ Vgl. par. 3.2.6.

²⁸² Vgl. par. 3.2.1.

²⁸³ Vgl. (bijv.) de in par. 2.2.4 aangehaalde opvatting van Van der Net, dat de commissies van beroep hun grondslag rechtstreeks in de wet vinden. Vgl. ook Kaastra (1990), 61, nt 5. Ook uitgaande van de onmogelijkheid om de regeling inzake de commissies van beroep aan te vullen, blijft uiteraard de mogelijkheid bestaan om een afzonderlijk bindend adviseur te benoemen voor de resterende geschillen (zoals in het pc onderwijs is gedaan; vgl. nt 199).

²⁸⁴ Vgl. par. 2.2.3.

²⁸⁵ Van een standaard-karakter zoals i.v.m. de beloning (vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1) is geen sprake. Dat ligt ook niet voor de hand; het zou allerminst nadelig zijn voor het onderwijs als openbaar en bijzonder onderwijs elkaar op het punt van de kwaliteit van de ontslagbescherming concurrentie zouden aandoen.

²⁸⁶ Ik ga er daarbij van uit dat de verjaringsbepaling in (o.a.) art. 41 lid 2 WBO rechtstreeks doorwerkt in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Vgl. hoofdstuk VI, par. 6.2. Zouden de bepalingen inzake de commissie van beroep geen bekostigingsvoorwaarden zijn, dan zouden ook problemen ontstaan i.v.m. art. 6 EVRM. Vgl. nt 324.

ontslag in het bijzonder onderwijs vanuit de optiek van de sociaal-rechtelijke grondrechten wordt ingenomen door het bepaalde in art. 19 lid 2 Gw. Het is met name relevant, wanneer het in verband wordt gebracht met het gelijkheidsbeginsel ex art. 1 Gw, op basis van het in hoofdstuk III, par. 3.4 geformuleerde uitgangspunt, dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op een rechtspositie van dezelfde of althans vergelijkbare kwaliteit als de rechtspositie van de werknemers elders in de private sector. Daarnaast is van belang het 'ius de non evocando' zoals dat is opgenomen in art. 17 Gw: 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent', in verband met het bepaalde in art. 112 lid 1 Gw: 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen'. Tenslotte is van belang het bepaalde in IAO-conventie nr. 158, ook al is deze nog niet geratificeerd.

Het ligt voor de hand om bij de benadering vanuit de optiek van de sociaal-rechtelijke grondrechten in de eerste plaats te denken aan de belangen van de werknemers. Hun positie zal hierna inderdaad centraal staan. De belangen van de werknemers verschillen voor een deel echter niet of nauwelijks van die van de schoolbesturen. Ook voor de schoolbesturen geldt bijvoorbeeld dat zij niet tegen hun wil kunnen worden afgehouden van de rechter die de wet hen toekent. Waar relevant zal ik hierna daarom ook de positie van de schoolbesturen ten opzichte van de sociaal-rechtelijke grondrechten aan de orde stellen.

4.3.2 *Positieve en negatieve kanten*

Op het eerste oog heeft de rechtsbescherming via de commissies van beroep vanuit de optiek van de werknemers in het bijzonder onderwijs zowel positieve als negatieve kanten, zonder dat een van beide duidelijk overweegt.

Allereerst de positieve kanten: in het vorige hoofdstuk constateerde ik dat het materiële ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs, door zijn gelijkenis met het ambtenarenrecht, in staat is om de nadelen van de niet-toepasselijkheid van het BBA voor een belangrijk deel te compenseren.²⁸⁷ Ook de procedure voor de commissie van beroep vertoont de nodige 'ambtelijke' kenmerken. Ik wijs op de – waar gepast – actieve opstelling van de commissie van beroep, de nadruk op de mondelinge behandeling, het informele karakter en de kosteloosheid van de procedure.²⁸⁸ Een uitgesproken positief punt is ook de opzet van de procedure: omdat een besluit van het schoolbestuur ter toetsing wordt voorgedragen, richt de aandacht zich in eerste instantie op de deugdelijkheid van de argumentatie van het schoolbestuur ter ondersteuning van het genomen besluit, waardoor de werknemer is verlost van de plicht om zelf

287 Vgl. par. 4.3.3.

288 Vgl. par. 2.4.3.

in volle omvang de onjuistheid van het ontslag aan te tonen.²⁸⁹ Een dergelijke opzet is in overeenstemming met het bepaalde in art. 9 van IAO-conventie nr 158. Positieve aspecten zijn ook de in de regel uitgebreide en diepgaande wijze van toetsen en de eventuele veroordeling tot herstel.²⁹⁰

Waar het gaat om ontslaggeschillen die verband houden met de richting van de school is de werknemer die beroep instelt bij de commissie van beroep naar alle waarschijnlijkheid niet slechter af dan de werknemer die zich (indien mogelijk) tot de burgerlijke rechter zou wenden. Integendeel: hiervoor bleek dat de commissies van beroep over het algemeen niet schromen om zich vergaand met dergelijke geschillen te bemoeien, in de regel zeker niet ten nadele van de werknemer. Van de burgerlijke rechter mag de werknemer een dergelijk vergaande controle waarschijnlijk niet verwachten.²⁹¹

Tegenover deze positieve aspecten staan vanuit werknemersoptiek ook bezwaren. Zo is het opnieuw de beperkte en onduidelijk afgebakende competentie van de commissie van beroep die problemen oproept. Met name voor het onderwijzend personeel in het voortgezet onderwijs kan dat betekenen dat in geval van de opzegging van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur een deugdelijke ontslagbescherming ontbreekt.²⁹² Veel problemen zijn daarnaast het gevolg van de beperkte voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep. Allereerst is er de vernietiging als zodanig. Ook als zij, conform het gestelde in par. 2.6.4 wordt opgevat als een veroordeling tot het herstel van de dienstbetrekking, sluit zij moeizaam aan op het overigens van toepassing zijnde arbeidsrecht.²⁹³ Daarnaast is vooral het ontbreken van een mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen een bezwaar. Gevolg daarvan is dat de werknemer in veel gevallen verplicht is om twee procedures te voeren teneinde zijn rechten veilig te stellen, zowel in geval van de onregelmatigheid van de opzegging als in geval van een kennelijk onredelijke beëindiging.²⁹⁴

4.3.3 *Vergelijking: het moment van toetsen*

Ook wanneer wat meer nadrukkelijk een vergelijking wordt gemaakt met de rechtsbescherming in geval van ontslag elders in de private sector moet uiteindelijk de conclusie zijn dat sprake is van zowel positieve als negatieve aspecten, zonder dat een van beide duidelijk overweegt.

²⁸⁹ Een dergelijke opzet voor het civiele ontslagrecht wordt op veel plaatsen in de literatuur verdedigd. Vgl. bijv. Van den Heuvel (1983), 277; Luttmer-Kat (1985), 119; Phaff (1986), 253. Vgl. ook Hoffmans (1991), 47 e.v.

²⁹⁰ Vgl. par. 2.5.5 e.v. resp. par. 2.6.4. In het kader van de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel wordt veel waarde gehecht aan het horen van de werknemer c.q. het bieden van een mogelijkheid tot verweer. Dat sluit aan op het bepaalde in art. 7 IAO-conventie nr. 158.

²⁹¹ Uit de schaarse jurisprudentie blijkt veeleer de neiging om het grondrechtenprobleem uit de weg te gaan. Vgl. bijv. Pres. Rb Den Bosch 16-7-1982, NJCM-bull. 1982, 334 e.v.

²⁹² Het valt als het ware tussen wal (commissie van beroep) en schip (BBA). Vgl. par. 2.3.3 en hoofdstuk VIII, par. 3.8.5.

²⁹³ Vgl. par. 3.2.5.

²⁹⁴ Vgl. par. 3.2.5, waar ook mogelijke oplossingen worden geschetst.

Bij het maken van die vergelijking valt allereerst op dat er een verschil bestaat in het moment van toetsen. Het schoolbestuur kan een voorgenomen ontslag ongehinderd effectueren. De commissie van beroep toetst uitsluitend repressief. Elders in de private sector is de meest wezenlijke toetsing in de regel de preventieve toetsing van het ontslagvoornemen door de RDA op basis van het BBA. Deze preventieve toetsing biedt de mogelijkheid om in een vroeg stadium in te grijpen en voorkomt daardoor mogelijk een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.²⁹⁵ Voorts heeft de preventieve toetsing vanuit de optiek van de werknemer het voordeel dat ieder ontslagvoornemen wordt getoetst en wel op initiatief van de werkgever.²⁹⁶ Wordt uitsluitend achteraf getoetst, dan is niet uitgesloten dat geconcludeerd wordt dat het ontslag ten onrechte is gegeven, maar dat het tevens niet reëel is om het ongedaan te maken, omdat de ontslagprocedure de verhoudingen (verder) heeft verstoord. Vanuit de optiek van de werknemer is daarnaast een duidelijk nadeel dat hij zelf het initiatief moet nemen tot het voeren van de procedure.

De conclusie ligt voor de hand: gelet op het moment van toetsen biedt de toetsing door de RDA een betere ontslagbescherming dan de toetsing door de commissie van beroep.

Ook de preventieve toetsing is echter niet feilloos. De werkgever die geen toestemming krijgt, kan bijvoorbeeld proberen om langs andere weg de arbeidsovereenkomst te beëindigen.²⁹⁷ Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met ontwikkelingen in de jurisprudentie die afbreuk doen aan de waarde van de preventieve toetsing. Ik wijs met name op de jurisprudentie inzake de loonmatiging, die de zwaarte van de sanctie die art. 9 BBA stelt op het handelen in strijd met het BBA voor een aanzienlijk deel relativeert.²⁹⁸ Dat is niet per se een nadeel van de BBA-procedure of van de preventieve toetsing in het algemeen. Het is wel een factor om op dit moment rekening mee te houden bij de afweging van de voors en tegens van RDA en commissie van beroep. Dat die afweging, als naar de concrete vormgeving van de preventieve en de repressieve toetsing wordt gekeken, per se in het voordeel van de preventieve toetsing uitvalt, is dus bepaald niet gezegd.

Vanuit de optiek van de schoolbesturen is de situatie geen andere. De preventieve toetsing op basis van het BBA heeft de naam dat zij de werkgevers (volgens sommigen: té) vergaand beperkt in hun vrijheid om voorgenomen ontslagen te effectueren.²⁹⁹ Er zijn echter geen redenen om aan te nemen dat de commissies van beroep per se soepeler zijn. De schoolbesturen zouden als een nadeel kunnen zien dat zij ieder ontslagvoornemen vooraf zouden moeten laten toetsen. Daar staat het voordeel tegenover dat de schoolbesturen zouden

295 Vgl. Fase (1982b); Van den Heuvel (1983), 244; Phaff (1986), 258; Knegt/Wilthagen (1989), 39.

296 Vgl. in dit verband: Van der Heijden (1987a), 47 e.v.

297 Vgl. Knegt/Wilthagen c.s. (1988), 325-326.

298 Vgl. Van den Heuvel (1983), 245; Van Peijpe (1987), 624.

299 Vgl. Luttmer-Kat (1985), 122-123.

worden beschermd tegen overhaaste en kostbare ontslagbeslissingen, terwijl zij anderzijds ook enige steun zouden ondervinden bij het inachtnemen van zorgvuldigheids- en motiveringsvereisten.³⁰⁰ Daarmee vergeleken heeft de repressieve toets, zoals die op dit moment in het bijzonder onderwijs plaats vindt, voor het schoolbestuur het nadeel dat vormfouten pas achteraf geconstateerd worden en dan, in elk geval door de commissies van beroep, in de regel afgestraft worden met een uiterst kostbare vernietiging.³⁰¹

4.3.4 *Vergelijking: hoger beroep*

Een tweede punt dat opvalt wanneer een vergelijking wordt gemaakt tussen de rechtsbescherming in het bijzonder onderwijs en de situatie elders in de private sector is het gemis van een mogelijkheid om hoger beroep in te stellen in het bijzonder onderwijs.³⁰²

Een van de beginselen, of in ieder geval hoofdkenmerken van burgerlijk proces is dat wordt rechtgesproken in twee feitelijke instanties, met daarna de mogelijkheid van cassatieberoep op de Hoge Raad. De mogelijkheid om hoger beroep in te stellen is zonder twijfel van groot belang. Ik verwijs in dit verband naar Haardt, die over het onderzoek in twee instanties in het civiele proces het volgende schrijft:

'Hoger beroep dient niet alleen om onjuiste uitspraken van de rechter in eerste aanleg te verbeteren – inderdaad, ook de appelrechter kan fouten maken – maar ook om partijen de gelegenheid te geven verzuimen in eerste aanleg begaan te herstellen, waarbij het nu eenmaal een feit is dat de geschilpunten dikwijls eerst in hoger beroep 'uit de doeken' komen; alleen al het besef bij de rechtzoekende dat hij niet op één instantie is aangewezen, is een geruststelling voor hem, waarvan de psychologische betekenis niet moet worden onderschat.'³⁰³

De werknemer in het bijzonder onderwijs mist op dit moment de mogelijkheid van hoger beroep.³⁰⁴ Dat is althans dán het geval wanneer hij beroep kan – en in de regel dus ook moet – instellen op de commissie van beroep. (Uitsluitend op die gevallen ga ik hierna in.) Natuurlijk kan hier tegenin worden gebracht dat de procedure voor de commissie van beroep vooraf gaat aan die voor de burgerlijke rechter en dat – ook al is het geen echt hoger beroep – een beroep op de burgerlijke rechter kan dienen als correctiemiddel in geval de commissie van beroep fouten maakt. Zuiver formeel klopt dit. Als de burgerlijke rechter nauwlettend toeziet op de toepassing van het recht door de commissies van beroep, dan biedt het beroep op de burgerlijke rechter op dat punt zelfs afdoende garanties.³⁰⁵ Maar de eerste en enige instantie, die zich in volle omvang

300 Vgl. Knegt/Wilthagen c.a (1988), 308-309; Knegt/Wilthagen (1989), 36.

301 Vgl. par. 2.5.11.

302 Deze kwestie kwam in par. 3.3.2 al kort aan de orde.

303 Vgl. (1970), 146-147.

304 Hetzelfde geldt uiteraard voor het schoolbestuur.

305 Vgl. par. 3.3.2.

met alle feitelijke en juridische aspecten van het geschil bezig houdt, is de commissie van beroep.

De werknemers elders in de private sector lijken op dit punt beter af te zijn. In het kader van de berechting van arbeidszaken bestaat de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen, de voornaamste – en veel bekritiseerde – uitzondering in art. 1639w BW daargelaten.³⁰⁶ Bij nader inzien rijst de vraag of het verschil met de situatie elders in de private sector inderdaad wel zo groot is. Het meest wezenlijke onderdeel van de toetsing vindt ook daar in één instantie plaats. Ik doel uiteraard op de preventieve toetsing door de RDA, want alleen zij kan verhinderen dat de arbeidsverhouding verbroken wordt. Zo gezien laten de beide hier aan de orde zijnde stelsels wel wensen on vervuld.³⁰⁷

Ik wijs er in dit verband op dat het niet verwonderlijk is dat de preventieve toetsing in slechts één instantie plaats vindt; als de procedure al te lang duurt, dan komt de preventieve toetsing als geheel onder druk te staan; de snelheid moet hier wel van de zorgvuldigheid winnen. Ook de grote aantallen staan aan het bieden van een hoger beroepsmogelijkheid in de weg.³⁰⁸ Uitgaande van een repressieve toetsing, zoals die door de commissies van beroep wordt verricht, speelt dat argument geen rol. Ook hier zijn procedures die enkele jaren lang duren uiteraard ongewenst, maar het bieden van een hoger beroepsmogelijkheid hoeft, gezien de snelheid waarmee de commissies op dit moment werken, niet meteen tot die consequenties te leiden.

Het ligt dan ook voor de hand om te concluderen dat zonder meer de mogelijkheid bestaat om een essentieel gebrek in de rechtsbescherming in geval van ontslag in het bijzonder onderwijs te verhelpen. Tot deze conclusie is ook Van der Net gekomen, die in de afgelopen decennia verschillende voorstellen tot het invoeren van een hoger beroepsmogelijkheid heeft gedaan.³⁰⁹ Resultaat heeft hij daarmee niet geboekt. Dat is ook wel begrijpelijk, want door het invoeren van een hoger beroepsmogelijkheid zouden de wetgever dan wel de organisaties van schoolbesturen en werknemers het bestaansrecht van de commissies van beroep ondergraven, zeker als één hoger beroepsinstantie voor het gehele bijzonder onderwijs zou worden ingesteld. Want: als het mogelijk is een aan de eigen kring vreemde commissie een oordeel te laten vellen op basis van grieven tegen beslissingen van de 'eigen' commissie van beroep, waarom dan niet de berechting van de geschillen tussen schoolbestuur en werknemer meteen aan de burgerlijke rechter opgedragen?³¹⁰

306 Vgl. i.v.m. art. 1639w (bijv.); Stein, onder HR 21-10-1983, NJ 1984, 296; Funke (1985), 700-701; Ingelse (1989), 70-74. Wetsontwerp 21479 zal, zoals het er naar uitziet, dat bezwaar slechts ten dele verhelpen, omdat het hoger beroep uitsluitend mogelijk wil maken i.v.m. de schadevergoeding.

307 De ambtenarenrechtpraak biedt in dit opzicht betere waarborgen.

308 Vgl. Van den Heuvel (1983), 145, 251; Phaff (1986), 79 e.v., 257.

309 Vgl. (1977), 27-28; (1978), 157-158; (1987), 154.

310 Vgl. Drop (1985), 295: 'Een niet tot de eigen richting behorend hoger ressort zie ik als een ontsparing van de oorspronkelijke bedoeling.' Aldus ook: Van Aartsen (1978), 223-224; Kaastra (1990), 69.

Dat wil niet zeggen dat er absoluut geen mogelijkheden zijn; ik kom daar in par. 4.4.4 op terug. Hier volstaat de conclusie dat het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep een duidelijk nadeel is van de rechtsbescherming in geval van ontslag in het bijzonder onderwijs, maar dat de situatie elders in de private sector op het essentiële punt van de preventieve toetsing niet duidelijk en in alle opzichten beter is.

4.3.5 *Vergelijking: toetsing en financiële afwikkeling*

Een nadeel van de huidige opzet van de rechtsbescherming via de commissies van beroep is het feit dat de wijze waarop het onderwijsontslagrecht en het BW-ontslagrecht op elkaar aansluiten uiterst gebrekkig is. De werknemer is daardoor in veel gevallen genoodzaakt om twee procedures te voeren om zijn recht te krijgen, niet als hij de betrekking wil behouden, maar wel in de gevallen dat het ontslag gepaard dient te gaan met een financiële vergoeding; dat bezwaar kwam in par. 4.3:2 reeds aan de orde. Ook het schoolbestuur ondervindt de nadelen van deze opzet. Na een gewonnen procedure voor de commissie van beroep moet het bijvoorbeeld afwachten of en zo ja, welke nadelige gevolgen een eventuele door de werknemer gestarte procedure op grond van art. 1639s BW heeft.

Hetzelfde nadeel kleeft overigens ook aan de BBA-procedure. Ook buiten het bijzonder onderwijs moeten twee procedures worden afgewikkeld, alvorens de werknemer daadwerkelijk recht kan doen gelden op een financiële vergoeding. En ook het BBA en het BW-ontslagrecht sluiten bepaald niet feilloos op elkaar aan.³¹¹ Dat vestigt de aandacht op het feit dat het grote voordelen zou kunnen hebben, voor werkgever én werknemer, als in het kader van één en dezelfde procedure zowel over het behoud (of het herstel) van de dienstbetrekking zou worden geoordeeld, als over het al dan niet bestaan van een verplichting tot het betalen van een financiële vergoeding.

In het kader van de preventieve toetsing, zeker door de RDA, is die combinatie wellicht moeilijk te verwezenlijken.³¹² In het kader van de procedure voor de commissie van beroep is dat anders; in par. 4.4.4 kom ik daar op terug. Feit is dat opnieuw de verschillen tussen het bijzonder onderwijs en de (overige) private sector niet erg groot blijken te zijn.

4.3.6 *Vergelijking: overige aspecten*

Tenslotte wijs ik op twee andere aspecten van de rechtsbescherming, ten aanzien waarvan de preventieve toetsing op basis van het BBA en de geschillenbeslechting door de commissie van beroep eveneens weinig verschillen. Dat is in positieve zin het geval: de voordelen van de geschillenbeslechting via de commissies van beroep, zoals het informele karakter van de procedure en de kosteloosheid ervan, kunnen ook in de opzet van de preventieve toetsing op

311 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 2:3.4-slot.

312 De 1639w-procedure biedt deze mogelijkheid wel. Hier ontbreekt echter de hoger beroeps-mogelijkheid.

grond van het BBA worden aangetroffen.³¹³ Maar dat geldt ook in negatieve zin: de preventieve toetsing op grond van het BBA is met weinig procedurele waarborgen omgeven en staat onder ernstige kritiek vanuit het oogpunt van art. 6 EVRM³¹⁴; in par. 4.3.9 zal blijken dat de situatie in verband met de commissies van beroep in veel opzichten vergelijkbaar is.

4.3.7 Een aantasting van art. 19 lid 2 Gw?

Een en ander afwegend moet mijns inziens de conclusie zijn dat er vanuit de optiek van de werknemers in het bijzonder onderwijs geen reden is om een van beide stelsels van rechtsbescherming (RDA-burgerlijke rechter dan wel commissie van beroep-burgerlijke rechter) per se boven het andere te verkiezen.³¹⁵

Het is uiteraard weinig bevredigend om te constateren dat aan de rechtsbescherming die de commissies van beroep en de burgerlijke rechter tezamen bieden bezwaren kleven, maar dat hetzelfde het geval is met de rechtsbescherming die de RDA en de burgerlijke rechter elders in de private sector bieden – en het daar vervolgens bij te laten. Gegeven de keuze voor de commissies van beroep is het zaak om de geconstateerde bezwaren zo veel mogelijk weg te nemen.

Voor het overgrote deel zijn de direct betrokkenen daartoe zelf in staat. Zij zijn wellicht niet in staat om een stelsel van preventieve toetsing in het leven te roepen, zeker niet van eenzelfde of een hogere kwaliteit als het BBA.³¹⁶ Ook het bezwaar van het ontbreken van een hoger beroepsmogelijkheid is moeilijk te verhelpen, gegeven het uitgangspunt dat de geschillenbeslechting in de afzonderlijke kringen behoort plaats te vinden.³¹⁷ De overige bezwaren zijn echter wel te ondervangen door de direct betrokkenen, met name door een wijziging in de competentie en de voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep. Een dergelijke wijziging zou niet alleen de vrijheid van onderwijs dienen, gegeven de opvatting dat geschillen tussen schoolbestuur en werknemer zo veel mogelijk buiten de overheid om beslecht dienen te worden, maar ook een groot deel van de sociaal-rechtelijke bezwaren wegnemen.

Dat deze mogelijkheid om zelf verbeteringen aan te brengen bestaat, zou een reden kunnen zijn om te concluderen dat, als de geconstateerde bezwaren alles afwegend al een schending van art. 19 lid 2 Gw betekenen, aan die schending niet al te zwaar getild hoeft te worden, omdat van de direct betrokke-

313 Vgl. Knegt/Wilthagen (1989), 45, die nog andere voordelen noemen die commissie van beroep en RDA – goed beschouwd – gemeen hebben.

314 Vgl. (bijv.) Van der Heijden (1984c), 64 e.v.; Verberne (1988); Werkgroep herziening ontslagrecht (1991), 214 e.v.

315 Wanneer gelet wordt op de mogelijkheden om op basis van de regeling verbeteringen aan te brengen, is dat wellicht anders. Vgl. par. 4.4.4.

316 M.n. de sanctionering (de vernietigbaarheid) zou problemen opleveren; vgl. par. 2.6.4 en par. 4.3.8 i.v.m. art. 1639o BW.

317 Zij het dat het aantal in de NKS en de NPC georganiseerde schoolbesturen groot genoeg is om de conclusie te trekken dat in beide kringen het creëren van een hoger beroepsinstantie op dit moment zonder meer tot de mogelijkheden behoort.

nen enige zelfwerkzaamheid verwacht mag worden. Die conclusie is zeker te verdedigen.

Door de competentie en de voorzieningsmogelijkheden van de commissie van beroep uit te breiden zijn echter allerm minst alle sociaal-rechtelijke bezwaren tegen de rechtsbescherming via de commissies van beroep ondervangen. Andere – fundamentele – bezwaren houden verband met de invloed van 1639o BW en met art. 17 Gw; dat zal in de volgende paragrafen blijken.

4.3.8 Fundamentele bezwaren: art. 1639o BW

In verband met art. 1639o BW constateerde ik in het vorige hoofdstuk dat het materiële ontslagrecht in de aktes van benoeming en cao's niet optimaal tot zijn recht kan komen omdat het BW, niet gecorrigeerd door het BBA, het schoolbestuur een vrijwel ongelimiteerde ontslagbevoegdheid toekent.³¹⁸

In verband met de rechtsbescherming is de situatie geen andere. Ik wijs met name op de problemen rond de vernietiging, waarvan (onder meer) op grond van art. 1639o BW moet worden aangenomen dat zij een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking is. De nadelige gevolgen van deze 'conversie' vallen op het eerste oog wel mee. Dat is met name het geval als wordt aangenomen dat van het bepaalde in art. 1639o BW mag worden afgeweken ten gunste van de werknemer, zodat de mogelijkheid bestaat om de veroordeling tot herstel, als bindend advies, te 'executeren' door middel van een nakomingsvordering voor de burgerlijke rechter.³¹⁹

Die aanname is meteen het probleem. Zij is vooral gebaseerd op de wenselijkheid van het ermee te bereiken resultaat. Door ervan uit te gaan dat afwijken van art. 1639o BW ten gunste van de werknemer mogelijk is, behoudt de ontslagbescherming van de werknemers in het bijzonder onderwijs namelijk een niveau dat vergelijkbaar is met dat van de ontslagbescherming elders in de private sector op basis van BBA en BW. De tegengestelde opvatting doet alle garanties die het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs biedt teniet en is vanuit een sociaal-rechtelijk oogpunt niet aanvaardbaar.

Dat op zo'n wezenlijk punt als dit onzekerheid bestaat is uiteraard moeilijk te verdedigen. De direct betrokkenen zelf kunnen dat bezwaar niet weg nemen; daartoe is alleen de wetgever in staat en wel langs twee wegen: door art. 1639o BW aan te passen dan wel door het bijzonder onderwijs onder de werkingssfeer van het BBA te brengen. Beide alternatieven hebben de nodige haken en ogen. Een wijziging van art. 1639o BW zou een fundamentele ingreep betekenen in het ontslagrecht voor de gehele private sector. Zij is, los daarvan, op korte termijn niet te verwachten.³²⁰ In verband met de toepasselijke verklaring van het BBA op het bijzonder onderwijs rijst uiteraard meteen

318 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.3.5.

319 Vgl. par. 2.6.4, par. 3.3.3.

320 I.v.m. de discussie over de toekomst van het BBA zou zij aan de orde moeten komen; wetsontwerp 21479 gaat die discussie uit de weg.

de vraag of de vrijheid van onderwijs dat wel toelaat. In par. 4.4.3 komt met name deze laatste vraag meer uitgebreid aan de orde.

4.3.9. Fundamentele bezwaren: art. 17 Gw

Een tweede meer fundamenteel bezwaar tegen de huidige opzet van de rechtsbescherming via de commissies van beroep houdt verband met de vraag of het instituut 'bindend advies' wel in overeenstemming is te brengen met het bepaalde in art. 17 Gw en het daarin gegarandeerde 'ius de non evocando'.

Vooraf in verband met de rechtsbescherming voor consumenten zijn op dit punt wel twijfels geuit. Met name Heemskerk heeft verdedigd dat het bindend advies in strijd is met art. 17 Gw. Art. 17 Gw bepaalt, zo Heemskerk, dat niemand kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent en het is onjuist, zo nog steeds Heemskerk, om uit de beperking 'tegen zijn wil' af te leiden dat het onttrekken wel geoorloofd is 'met de wil' van de betrokkene.³²¹ De door Heemskerk aan art. 17 Gw ontleende bezwaren tegen het bindend advies zijn mijns inziens niet overtuigend. Met Pels Rijcken³²² en Van Duné³²³ meen ik dat meer voor de hand ligt om aan te nemen dat het bindend advies niet in strijd is met de Grondwet, mits de gebondenheid daaraan berust op een wilsuiking door de betrokkene.³²⁴ Wel, meen ik, is het terecht om zekere eisen te stellen aan die wilsuiking: zij zal duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn en in vrijheid tot stand gekomen. Ontbreekt een dergelijke wilsuiking, of lijkt dat zelfs maar zo, dan dient zonder aarzelen de conclusie getrokken te worden dat – toegespitst op het bijzonder onderwijs – de werknemer niet verplicht is om beroep in te stellen op commissie van beroep.³²⁵ Dat het op grond van art. 17 Gw noodzakelijk zou zijn om de commissies van beroep om te zetten in arbitrage-commissies zie ik echter niet in.

Om een andere reden moet het 'verheffen' van de commissie van beroep tot arbitrage-commissie zelfs zonder meer worden afgewezen. Dat is het geval omdat de omzetting in arbitrage verstrekkende gevolgen heeft voor de opstelling van de burgerlijke rechter. Stelt deze zich tegenover het bindend advies al terughoudend op, in geval van arbitrage zouden de huidige mogelijkheden die schoolbestuur en werknemer hebben, om een onjuist geachte beslissing van de commissie van beroep aan te vechten voor de burgerlijke rechter, vrijwel ge-

³²¹ Vgl. m.n. (1983), 225 e.v. Vgl. daarnaast ook (1986), 188 e.v.

³²² Vgl. (1986), 1055.

³²³ Vgl. (1988), 54. Vgl. ook Van Delden (1988), 26-27, 30.

³²⁴ Het bepaalde in art. 6 EVRM levert om dezelfde reden evenmin problemen op. Nog los van het antwoord op de vraag of de procedure voor de commissie van beroep al dan niet in strijd is met art. 6 EVRM, het artikel laat de mogelijkheid open dat – mits vrijwillig en duidelijk – afstand wordt gedaan van de daarin opgenomen waarborgen. Vgl. Wiarda (1988b), 426-429.

³²⁵ Ook een cao is in staat de werknemer te binden aan de gang naar de commissie van beroep. Is de cao van toepassing op grond van het lidmaatschap van een bij de cao betrokken vakbond, dan levert dat geen strijd op met art. 17 Gw. Vgl. HR 22-11-1985, NJ 1986, 275. Is daarentegen sprake van gebondenheid op grond van de algemeen verbindendverklaring van de cao, dan is wel sprake van strijd met art. 17 Gw. Vgl. HR 8-6-1952, NJ 1952, 144. In dat geval staat een rechtstreeks beroep op de burgerlijke rechter vrij.

heel verdwijnen.³²⁶ In par. 4.3.4 werd geconstateerd dat het ontbreken van een hoger beroepsmogelijkheid bezwaarlijk is. In het licht van die conclusie is het nog verder terugdringen van de invloed van de burgerlijke rechter bepaald ongewenst.

Terugkerend naar het bindend advies wijs ik erop dat ik er in het voorgaande vanuit ben gegaan dat de wilsovereenstemming in het kader van de arbeidsovereenkomst schoolbestuur en werknemer bindt aan de beroepsgang naar de commissie van beroep.³²⁷ Het probleem van die opvatting is dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst niet in vrijheid door partijen bepaald kan worden. Het schoolbestuur wordt door de overheid verplicht om een commissie van beroep in te stellen, om zich daarbij aan te sluiten, om de werknemer een beroepsmogelijkheid toe te kennen en zich aan de beslissingen van de commissie van beroep te onderwerpen. Die verplichtingen zijn weliswaar gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden, maar dat betekent niet dat het schoolbestuur daadwerkelijk de vrijheid zou hebben zelf te beslissen over het al dan niet naleven van de voorwaarden inzake de commissie van beroep. De gevolgen van het niet-naleven zijn daarvoor te ingrijpend.³²⁸ Dat betekent dat de aanstaande werknemer in het bijzonder onderwijs wordt geconfronteerd met een schoolbestuur dat niet kan onderhandelen over de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep. De aanstaande werknemer rest daardoor de keuze tussen het accepteren van de beroepsmogelijkheid en het afzien van een betrekking in het bijzonder onderwijs. Van een reële vrijheid is ook hier dus geen sprake.

Dat leidt tot de conclusie dat de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissie van beroep het 'ius de non evocando' van zowel het schoolbestuur als de werknemer beperken.³²⁹ Schoolbestuur en werknemer worden tenslotte – onafhankelijk van hun eigen wil terzake – verplicht om ontslaggeschillen niet door de op grond van art. 112 Gw bevoegde rechter, maar door de commissie van beroep te laten beslechten.³³⁰ Dat wil niet zeggen dat de beperking van het 'ius de non evocando' onaanvaardbaar is. Het zou kunnen zijn dat zij noodzakelijk is, met name met het oog op de vrijheid van onderwijs. De vraag of dat het geval is, komt in par. 4.4.2 aan de orde.

326 Vgl. de vernietigingsgronden in art. 1065 WBRv. Vgl. ook: Heemskerk (1988), 240.
 327 Vgl. par. 2.2.4; par. 3.2.4.
 328 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.1, par. 6.2. Vgl. ook par. 3.3.8 hiervoor.
 329 Ook eventuele bezwaren op grond van art. 6 EVRM zouden niet 'gedekt' worden door de vrijwillige afstand van schoolbestuur en werknemer. Vgl. nt 324.
 330 Daaraan doet m.i. niet af dat na de procedure voor de commissie van beroep nog een beroep op de burgerlijke rechter open staat; diens mogelijkheden om in te grijpen zijn uiterst beperkt. Vgl. par. 4.3.4.

4.4 CONCLUSIE

4.4.1 Tussenbalans

Op basis van het gestelde in de voorgaande paragrafen, maar ook lettend op het gestelde in hoofdstuk VIII, par. 4, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

Het onderwijsgrondrecht heeft bewerkstelligd dat de overheid duidelijk afstand houdt van de ontslagen in het bijzonder onderwijs. Dat geldt op materieel- en formeel-rechtelijk gebied; dat geldt voor wetgever, bestuur (althans RDA) en rechter. De overheid blijft niet steeds op afstand. Op het specifieke punt van de ontslaggeschillen die verband houden met de richting van de school en het gelijkheidsbeginsel kan geconstateerd worden dat de overheid duidelijk heeft ingegrepen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.³³¹ De AWGB lijkt daarentegen aan te zullen sluiten op het uitgangspunt 'terughoudendheid'.³³² Ook overigens levert het overheidsoptreden op ontslaggebied geen bezwaren op vanuit de optiek van de vrijheid van onderwijs. Ten dele is dat het geval omdat de vrijheid van richting niet in het geding is³³³, ten dele omdat het overheidsoptreden – via de omweg van de rechtspositionele gelijkheid – de vrijheid van onderwijs juist wil dienen³³⁴, ten dele omdat het ook aan de schoolbesturen zelf te wijten is dat de overheid optreedt.³³⁵

Vanuit de optiek van de sociaal-rechtelijke grondrechten moet allereerst worden vastgesteld dat op het ontslag in het bijzonder onderwijs voor een belangrijk deel dezelfde bepalingen van toepassing zijn als elders in de private sector: het BW, inclusief de bepalingen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en de WGB. In verband met de AWGB dreigt de wetgever daarentegen te vergaand respect te betonen aan de vrijheid van onderwijs en wordt als gevolg daarvan, ten nadele van de werknemers, te weinig gedifferentieerd naar gelang de verschillen binnen het bijzonder onderwijs.³³⁶ De terughoudendheid van de overheid blijkt vooral uit het feit dat het BBA niet van toepassing is. In het vorige hoofdstuk werd van die terughoudendheid gezegd dat zij het op het gebied van het ontslagrecht opvallend is.³³⁷ De vraag of de overheid vanuit sociaal-rechtelijke optiek onaanvaardbaar terughoudend is, werd niet definitief beantwoord. Hier kan, nu ook de rechtsbescherming is besproken, de conclusie worden getrokken, dat de terughoudendheid er niet toe heeft geleid dat de ontslagbescherming in het bijzonder onderwijs aantoonbaar slechter is dan elders in de private sector. De direct betrokkenen, daartoe ten dele aangespoord door bekostigingsvoorwaarden, zijn in staat geweest om op basis van het BW een eigen ontslagrecht te creëren dat de ver-

331 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.5.

332 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6 e.v.

333 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.5, par. 4.2.7. In dit hoofdstuk: par. 4.2.1.

334 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.3. In dit hoofdstuk: par. 4.2.1.

335 Vgl. par. 4.2.3.

336 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.6 e.v.

337 Vgl. par. 4.3.4.

gelijking met het ontslagrecht elders in de private sector kan doorstaan. In een aantal opzichten komt het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs zelfs meer tegemoet aan de (toekomstige) eisen op grond van IAO-conventie nr 158 dan het reguliere ontslagrecht voor de overige private sector. Dat zijn belangrijke conclusies, die overigens niet betekenen dat aan het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs (en dat voor de overige private sector) niets verbeterd kan worden – integendeel.

Twee problemen doen op fundamentele wijze afbreuk aan deze positieve conclusie. Dat zijn in de eerste plaats de twijfels die bestaan ten aanzien van de houdbaarheid van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs in het licht van art. 1639o BW; zij zijn vanuit sociaal-rechtelijke optiek onaanvaardbaar, omdat zij de kern van de kwaliteit van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs treffen. Dat zijn in de tweede plaats de problemen rond art. 17 Gw, niet alleen voor de werknemers in het bijzonder onderwijs, maar ook voor de schoolbesturen. Deze twee onderwerpen komen in de par. 4.4.2 en 4.4.3 nader aan de orde. Daarna zal in par. 4.4.4 de vraag aan de orde komen of en zo ja, op welke wijze het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs een bijstelling behoeft.

4.4.2 Art. 17 Gw nader bezien

De bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep beperken het 'ius de non evocando' van zowel schoolbestuur als werknemer; die conclusie werd in par. 4.3.9 getrokken. Daaraan werd toegevoegd dat de mogelijkheid bestaat dat die beperking gerechtvaardigd is. Om vast te stellen of dat inderdaad het geval is, dienen de motieven om de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep in te voeren opnieuw aan de orde te komen. In verband daarmee wijs ik er met nadruk op dat niet de commissie van beroep als zodanig ter discussie staat, maar uitsluitend het feit dat de overheid terzake vergaande verplichtingen oplegt.

Daarvan uitgaande wordt duidelijk dat de inbreuk op art. 17 Gw allerminst gerechtvaardigd wordt. Ik wijs in de eerste plaats op de rechtspositionele gelijkheid, het wellicht belangrijkste motief om de bepalingen inzake de commissies van beroep in te voeren. Het afschaffen van de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep betekent niet dat de commissies per se verdwijnen. Het zou uitsluitend bewerkstelligen dat de direct betrokkenen voortaan zelf zouden moeten beslissen hoe zij ervoor willen zorgen dat de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs een vergelijkbare ontslagbescherming genieten.³³⁸ Dat de direct betrokkenen zelf deze verantwoordelijkheid krijgen is geen bezwaar. Zij zijn in staat om de vereiste regelingen te treffen; het privaatrecht biedt voldoende mogelijkheden om op zijn minst het huidige niveau aan ontslagbescherming te bereiken. Anders dan in verband

³³⁸ Ik ga er van uit dat zij dat zullen doen, want het treffen van een eigen regeling ter vervanging van het BBA is duidelijk in het belang van de arbeidsmarktpositie van de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs.

met de financiële arbeidsvoorwaarden, waar ook het belang van het openbaar onderwijs in het geding is³³⁹, heeft de overheid in verband met de ontslagbescherming geen eigen belang om op te treden ten aanzien van het bijzonder onderwijs. De gelijkheid van rechtspositie is hier uitsluitend in het geding in die zin dat het bijzonder onderwijs dient te zorgen dat het niet achterblijft bij het openbaar onderwijs.

Dat alleen al is reden om te zeggen dat de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep ten onrechte van toepassing zijn op het algemeen-bijzonder onderwijs, want het tweede argument (overheidsonthouding in verband met de vrijheid van richting) is voor het (niet-levensbeschouwelijke) algemeen bijzonder onderwijs zonder betekenis. Zou een schoolbestuur in het algemeen-bijzonder onderwijs de geschillenbeslechting door een commissie van beroep op prijs stellen en daarover overeenstemming bereiken met de werknemers dan wel hun organisaties, dan is daar geen bezwaar tegen. Maar er is geen reden voor de overheid om verplichtend op te treden.

Voor de schoolbesturen in het confessioneel-bijzonder onderwijs geldt in wezen hetzelfde. Ervan uitgaande dat de RDA en de burgerlijke rechter zo min mogelijk bemoeienis dienen te hebben met de ontslagen in het bijzonder onderwijs, is het bestaan van de commissies van beroep zinvol. Maar de schoolbesturen zijn in staat om zelf hun belangen veilig te stellen, bijvoorbeeld door de huidige commissies van beroep in stand te laten. Of alle schoolbesturen dat per se wenselijk zouden vinden, is overigens de vraag. Het toenemend beroep vanuit het bijzonder onderwijs op de burgerlijke rechter ondergraaft de juistheid van de stelling dat de schoolbesturen de overheidsrechter nog steeds als een gevaar voor de vrijheid van richting zien; in de volgende paragraaf kom ik daar op terug.

Het zou echter onjuist zijn om op basis van het voorgaande de conclusie te trekken dat de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissie van beroep kunnen worden ingetrokken, omdat de direct betrokkenen zelf in staat zijn om passende regelingen te treffen, dan wel moeten worden ingetrokken, omdat zij een niet te verdedigen beperking van het 'ius de non evocando' vormen. De verplichtingen die de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep het schoolbestuur opleggen vormen namelijk de minimale bijdrage van de overheid aan de kwaliteit van de rechtsbescherming in geval van ontslag binnen het bijzonder onderwijs.³⁴⁰ Het intrekken van de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep zou betekenen dat de overheid zijn verplichting om de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs te regelen op onvoldoende wijze zou nakomen en in strijd zou handelen

339. Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1.

340. Zij hebben dat gemeen met de bekostigingsvoorwaarden op materieel-rechtelijke gebied (het gesloten stelsel van ontslaggronden bijvoorbeeld). Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.3.4.

met het bepaalde in art. 19 lid 2 Gw.³⁴¹

Het is uiteindelijk dus niet de vrijheid van onderwijs, maar het sociaal recht dat het doorslaggevende argument oplevert om de commissies van beroep te behouden.

4.4.3 Het BBA nader bezien

De situatie zou een heel andere zijn als gelijktijdig met het intrekken van de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissie van beroep het BBA van toepassing zou worden verklaard op het bijzonder onderwijs.³⁴² Door dat te doen zou de overheid een belangrijk deel van de bezwaren tegen de huidige opzet van de rechtsbescherming in het bijzonder onderwijs wegnemen. Van de hiervoor geschetste problemen in verband met art. 17 Gw en van onzekerheden in verband met art. 1639o zou niet langer sprake zijn. Anderzijds zouden de werknemers er qua niveau van rechtsbescherming – over de gehele linie bekeken althans – niet op achteruit gaan.

Als deze oplossing bezwaren oproept, dan is dat uiteraard met name met het oog op de vrijheid van richting. Het teniet doen van de uitzonderingspositie voor het bijzonder onderwijs in het kader van het BBA zou betekenen dat de RDA vrijwel alle opzeggingen in het bijzonder onderwijs op hun redelijkheid zou moeten onderzoeken. Er van uitgaande dat de direct betrokkenen de overheid volgen en de commissies van beroep daadwerkelijk afschaffen, zou dat de burgerlijke rechter alle ruimte geven voor de beoordeling van ontslagen in het bijzonder onderwijs op basis van de artt. 1639s en t BW. In de gangbare opvatting zouden beide ontwikkelingen een aantasting vormen van de vrijheid van (aanstelling en) ontslag ex art. 23 lid 6 Gw.³⁴³

Of die opvatting houdbaar is, is mijns inzien de vraag. In 1905 was kennelijk sprake van een dermate groot wantrouwen tegenover de overheid, dat de toetsing van ontslagen in het bijzonder onderwijs zo veel mogelijk aan haar werd onttrokken. In de decennia daarna is in die situatie kennelijk geen verandering gekomen. Inmiddels zijn er echter redenen genoeg om uitdrukkelijk de vraag aan de orde te stellen of de uitzonderingspositie die het totale bijzonder onderwijs inneemt in het kader van het BBA, met alle gevolgen van dien voor de rol van de RDA en de burgerlijke rechter, wel gerechtvaardigd is.

341 Hier is vanuit het standpunt van de werknemers sprake van de beperking van een grondrecht (art. 17 Gw) die voor lief moet worden genomen ter wille van het grotere belang van een deugdelijke ontslagbescherming.

342 Akkermans en Luiten hebben een aantal jaren geleden voorgesteld om de beslechting van geschillen tussen schoolbestuur en werknemer op te dragen aan de ambtenarenrechter. Vgl. Akkermans/Luiten (1979), 31 e.v. en 50 e.v. Dat alternatief laat ik hierna buiten beschouwing. Dat qua opzet van de procedure een grote mate van overeenstemming bestaat tussen ambtenarenrechter en commissie van beroep is (dat bleek in de voorgaande paragrafen) bepaald een voordeel. Het inschakelen van de ambtenarenrechter 'zelf' ligt duidelijk minder voor de hand. Dat zou alleen zin hebben in het onwaarschijnlijke geval dat de werknemers in het bijzonder onderwijs ook materieel-rechtelijk ambtenaren zouden worden.

343 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.2 i.v.m. het BBA (m.n. de opvatting van de Hoge Raad); in dit hoofdstuk: par. 2.1.

Ik wijs in de eerste plaats op het algemeen-bijzonder onderwijs, dat sinds het begin van deze eeuw te zeer in omvang is gegroeid om het in sociaal-rechtelijk opzicht nog steeds zonder meer over één kam te scheren met het confessioneel-bijzonder onderwijs. Geen van de motieven op basis waarvan het bijzonder onderwijs op dit moment een uitzonderingspositie inneemt in het kader van het BBA rechtvaardigt de uitzondering voor het algemeen-bijzonder onderwijs, de vrijheid van richting noch de rechtspositionele gelijkheid. In verband met het confessioneel bijzonder onderwijs wijs ik op het feit dat ook de besturen van rooms-katholieke en protestants-christelijke scholen zich in toenemende mate tot de burgerlijke rechter wenden, niet alleen om onder een onwelgevallige beslissing van een commissie van beroep uit te komen, maar ook met vorderingen op grond van art. 1639w BW, waardoor aan de commissie van beroep geheel voorbij wordt gegaan. Dat deze schoolbesturen de commissie van beroep niet langer zien als het 'voorrecht' waarover Kuiper in 1905 sprak, behoeft, tegen de achtergrond van de ontzuiling in het bijzonder onderwijs en in de samenleving in het algemeen, niet te verbazen.³⁴⁴

Als de wijze van toetsen door de RDA en de burgerlijke rechter wordt gezien, dan wordt duidelijk dat van gevaar voor de vrijheid van richting ook niet of nauwelijks sprake is. Beide instanties dienen zich te beperken tot een rechtmatigheidstoetsing, die de werkgever ten aanzien van de beleidsaspecten van het ontslag een duidelijke mate van vrijheid geeft. Er is geen reden om aan te nemen dat de RDA en de burgerlijke rechter niet tot deze terughoudende toetsing in staat zijn. Op tal van terreinen wordt zij op dit moment al in de praktijk gebracht, zonder dat van bezwaren is gebleken, zowel buiten als binnen het bijzonder onderwijs.³⁴⁵

Kortom: zou het BBA van toepassing zijn op het bijzonder onderwijs en zou ook de burgerlijke rechter zich in volle omvang met de ontslagen in het bijzonder onderwijs kunnen 'bemoeien', dan levert dat allerm minst een gevaar op voor de vrijheid van onderwijs.

4.4.4 Keuzemogelijkheden voor schoolbestuur en werknemer

Strikt genomen is deze conclusie een reden om te zeggen dat de huidige opzet van de ontslagbescherming in het bijzonder onderwijs dient te verdwijnen. Dat geldt in elk geval voor de uitzonderingspositie die het bijzonder onderwijs inneemt in het kader van het BBA. Zou het BBA van toepassing zijn, dan bestaat er uit sociaal-rechtelijk oogpunt niet langer bezwaar tegen het intrek-

³⁴⁴ Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2 e.v.; par. 5.2.1.

³⁴⁵ Ik volsta met het vermelden van enkele voorbeelden uit de sfeer van het bijzonder onderwijs: de ontslaggeschillen die nu al in volle omvang door de rechter beslecht worden en/of die onderworpen zijn aan de preventieve toets door de RDA (juist ook in het niet-bekostigde, uiterst confessionele deel van het bijzonder onderwijs, waar geen verplichting tot het instellen van commissies van beroep bestaat); de geschillen i.v.m. de toelating van leerlingen; de geschillen i.v.m. de eisen die aan leerlingen gesteld worden op basis van de richting van de school.

ken van de bekostigingsvoorwaarden inzake de commissies van beroep, zodat dat ook zou moeten gebeuren. De direct betrokkenen zouden commissies van beroep niettemin in stand kunnen laten; het is tenslotte moeilijk voorstelbaar dat de overheid het instellen van commissies van beroep zou verbieden. Maar de commissies van beroep zouden nog maar weinig betekenis hebben, gegeven het feit dat de RDA de eerste en (gezien de mogelijke consequenties) meest vergaande toetsing verricht. Het afschaffen van de commissies ligt meer voor de hand.

Na het aanbrengen van deze veranderingen zou de ontslagbescherming in het bijzonder onderwijs in principe dezelfde opzet kennen als elders.³⁴⁶ De belangen van de schoolbesturen worden daardoor niet geschaad. Voor de werknemers geldt dat een aantal voordelen van de huidige opzet ongedaan wordt gemaakt; daar staat echter tegenover dat ook een aantal nadelen wordt weggenomen en dat de werknemers er over het geheel genomen niet op achteruit gaan.

Ik teken hierbij aan dat de conclusie dat het BBA van toepassing dient te zijn op het bijzonder onderwijs, onder gelijktijdige afschaffing van de commissies van beroep, voor een belangrijk deel wordt ingegeven door de vergelijkbare kwaliteit van de beide stelsels van ontslagbescherming. De afweging valt vervolgens in het voordeel van het reguliere ontslagrecht uit op grond van de overweging dat de uitzondering een rechtvaardiging behoeft en dat als die ontbreekt, zij ongedaan dient te worden gemaakt.

De vraag rijst of de afweging ook aldus dient uit te vallen als bedacht wordt dat de mogelijkheid bestaat om de ontslagbescherming via de commissies van beroep aanzienlijk te verbeteren.

Die mogelijkheid bestaat mijns inziens. Dat is in het voorgaande gebleken in verband met de competentie van de commissie van beroep, (de duidelijkheid over) de procesbeginselen en de toetsingsmaatstaven, de voorzieningsmogelijkheden, de procedure voor spoedgevallen en de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van gewichtige redenen. Ik wijs er daarnaast op dat als geen bezwaar bestaat tegen de beslechting van geschillen tussen schoolbestuur en werknemer die verband houden met de richting van de school door de burgerlijke rechter, ook geen bezwaar bestaat tegen het instellen van een hoger beroepsmogelijkheid binnen het bijzonder onderwijs. Dat zou één instantie voor het gehele bijzonder onderwijs kunnen zijn. Om recht te doen aan de verscheidenheid binnen het bijzonder onderwijs (per kring, per regio, per onderwijstype) zou ook aan enkele commissies gedacht kunnen worden. Essentie is namelijk dat de mogelijkheid bestaat om het geschil twee keer in volle omvang te laten beoordelen. Het element van de eenheid in de rechtstoepassing komt voldoende tot zijn recht door de toetsing

346 Het gesloten stelsel van ontslaggronden zou bijvoorbeeld bewaard kunnen blijven; ook in het kader van de BBA-toetsing kan het een positieve rol spelen.

door burgerlijke rechter van (het beroep op) de beslissing van de commissie van (hoger) beroep.³⁴⁷

Na het aanbrengen van deze verbeteringen zou de toetsing weliswaar repressief blijven, maar met de voordelen van een (waar gepast) actieve commissie van beroep, van een uitdrukkelijke toetsing aan (onder andere) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van de mogelijkheid om in één en dezelfde procedure zowel over het herstel van de dienstbetrekking als over de (eventuele) financiële afwikkeling te oordelen – dit alles in twee instanties. Als geheel zou de ontslagbescherming in het bijzonder onderwijs daardoor op een dermate hoog niveau worden getild, dat de conclusie dat de ontslagbescherming elders in de private sector eenzelfde niveau heeft, niet langer houdbaar lijkt.

Desondanks kiezen voor het reguliere ontslagrecht voor de private sector is niettemin verdedigbaar vanuit de gedachte van de eenheid van het sociaal recht voor de private sector (en het sociaal recht in het algemeen).³⁴⁸ Mijns inziens is echter ook een tussenoplossing denkbaar, waarbij schoolbesturen, werknemers en hun organisaties een keuzemogelijkheid wordt geboden.

Die zou als volgt kunnen worden opgezet. De toepasselijkheid van het BBA zou als uitgangspunt moeten worden genomen; dat betekent het wijzigen van art. 2 BBA en het intrekken van de MB'87. In de onderwijswetten zou het schoolbestuur vervolgens de mogelijkheid moeten worden geboden om een ontheffing te verkrijgen van de toepasselijkheid van het BBA. Die mogelijkheid zou voor alle schoolbesturen moeten bestaan, confessioneel en algemeen-bijzonder, bekostigd of niet. Voorwaarde voor het verlenen van de ontheffing zou moeten zijn dat een gekwalificeerde meerderheid van de werknemers accoord gaat met het aanvragen van de ontheffing.³⁴⁹ Een schoolbestuur dat op grond van argumenten ontleend aan de richting van de school bezwaren heeft tegen de bemoeienis van de RDA en de burgerlijke rechter en dat om die reden een ontheffing wil verkrijgen, zou zo niets in de weg worden gelegd, mits de werknemers het standpunt van het schoolbestuur delen.

Voorwaarde zou tevens moeten zijn dat schoolbestuur en werknemers overeenstemming hebben bereikt over het openen van een beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep. Die beroepsmogelijkheid zou uiteraard op deugdelijke wijze geregeld moeten zijn. De betrokkenen zijn daartoe zelf in staat; een regeling bij AMvB verdient wellicht de voorkeur. Vanuit het oogpunt van art. 17 Gw bestaat daartegen geen bezwaar, er van uitgaande dat de beslissing om de ontheffing te vragen in vrijheid wordt genomen en dat de beroepsmogelijkheid als zodanig een grondslag vindt in de individuele akte. De (formele) onderwijswetten zouden in elk geval de basis moeten bieden voor de

347 Op deze wijze blijft er een zekere aansluiting tussen het bijzonder onderwijs en de overige private sector. Het 'opwaarderen' van de commissies van beroep tot arbitrage-commissies zou dat effect teniet doen en moet om die reden ongewenst worden geacht.

348 Vgl. hoofdstuk I, par. 1.1, hoofdstuk III, par. 3.4.

349 De opzet van art. 18 WMO zou gevolgd kunnen worden. Uit die bepaling blijkt dat werknemersinvloed op de ontheffing geen bezwaar is, juist ook niet als de richting in het geding is.

veroordeling tot herstel door de commissie van beroep, zodat art. 1639o BW niet langer bezwaren oplevert.

In de hier geschetste opzet wordt de schoolbesturen en werknemers in het bijzonder onderwijs de vrijheid gelaten om (binnen bepaalde grenzen) zelf te beslissen over de opzet van de rechtsbescherming in geval van ontslag, eventueel zelfs de rechtsbescherming in geval van onderlinge geschillen in het algemeen. Tevens wordt de direct betrokkenen de kans geboden om de ontslagbescherming verder uit te bouwen en toe te spitsen op de eigen behoeften. Bezwaren op basis van de vrijheid van richting tegen de betrokkenheid van de RDA en de overheidsrechter bij de ontslagen in het bijzonder onderwijs vormen weliswaar niet de reden om deze openingen te bieden; in de gekozen opzet kan niettemin aan deze bezwaren tegemoet worden gekomen, zonder dat de werknemers daar nadelen van ondervinden. Aldus lijkt op passende wijze een evenwicht bereikt tussen de aanspraken die overheid, schoolbesturen en werknemers aan het onderwijsgrondrecht en aan de sociaal-rechtelijke grondrechten kunnen ontlenen.

Hoofdstuk X – Medezeggenschap: het materiële recht

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs op basis van de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO).¹ Ik beperk mij daarbij tot het materiële recht. De rechtsbescherming komt aan de orde in hoofdstuk XI.²

De WMO is van kracht sedert 1 februari 1982. De wet heeft een bewogen voorgeschiedenis gehad, die ertoe heeft geleid dat in de wet een bepaling is opgenomen die de Minister opdraagt om vijf jaar na het inwerkingtreden van de WMO verslag uit te brengen over haar werking in de praktijk.³ Om aan deze opdracht te kunnen voldoen, is het functioneren van de WMO uitgebreid geëvalueerd. Als gevolg daarvan is veel informatie beschikbaar over het functioneren van de wet in de praktijk. Het verslag bedoeld in art. 26 WMO is echter nog niet uitgebracht. Wel is inmiddels een concept van een wetsvoorstel tot wijziging van de WMO ter advisering aan de diverse onderwijsorganisaties toegestuurd.

Dit betekent dat de huidige WMO naar alle verwachting op niet al te lange termijn zal worden herzien. Om die reden zal ik in par. 2 meer uitgebreid ingaan op de ontstaansgeschiedenis van de WMO en daarbij nagaan welke factoren de huidige regeling hebben beïnvloed. Tevens zal ik stilstaan bij de evaluatie en de aanstaande herziening van de WMO. Vervolgens komt in par. 3 de wettelijke regeling als zodanig aan de orde. Bij de beschrijving daarvan zal ik de nadruk zal leggen op die aspecten die speciaal interessant zijn met het oog op de aanstaande herziening van de WMO. Tevens zal ik aangeven in welke zin de WMO (wellicht) gewijzigd zal worden. Vervolgens zal ik in par. 4 meer uitgebreid ingaan op de voors en tegens van de huidige WMO en van de voorstellen in het concept-voorstel tot wijziging daarvan. Ingang daarbij zijn, evenals in de voorgaande hoofdstukken, het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten.

1 Vgl. over de WMO en haar toepassingsgebied: hoofdstuk V, par. 6.2.

2 De grens tussen materieel recht en rechtsbescherming is niet steeds even precies te trekken. Dat zal m.n. blijken in de par. 3.5 e.v., i.v.m. de bevoegdheden van de medezeggenschapsraad.

3 Vgl. art. 26 WMO.

Dat zowel in dit hoofdstuk als in het volgende uitsluitend wordt ingegaan op de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs op basis van de WMO betekent dat het (bijzonder) hoger beroepsonderwijs niet aan de orde zal komen. Dat heeft een aantal oorzaken. Wettelijke basis van de medezeggenschap van de werknemers in het hoger beroepsonderwijs is titel V WHBO. De regeling is vrij recent; zij is in werking getreden op 1 augustus 1986. Inhoudelijk wijkt zij weinig af van de regeling in de WMO, te weinig althans om een afzonderlijke bespreking te rechtvaardigen.⁴ Daar komt bij dat de gang van zaken in het hoger beroepsonderwijs niet is geëvalueerd; de WHBO verplicht ook niet tot een dergelijke evaluatie. Op grond daarvan is naar verhouding weinig bekend over de werking van de wet in de praktijk. Ook over de toekomst van de regeling is nog weinig te zeggen. Weliswaar is voorstelbaar dat de medezeggenschapsbepalingen voor het hoger beroepsonderwijs op niet al te lange termijn gewijzigd zullen worden; dat zal dan vooral het geval zijn om de gang van zaken in het hoger beroepsonderwijs en het wetenschappelijk onderwijs op elkaar af te stemmen. De afstand ten opzichte van het overige bijzonder onderwijs, die door de eigen regeling reeds nu bestaat, zal daardoor wellicht nog verder worden vergroot.

De hiervoor aangebrachte beperking betekent in de tweede plaats dat de medezeggenschap van de ouders en leerlingen grotendeels buiten beschouwing zal blijven. Veel van hetgeen over de positie van de werknemers gezegd wordt, zal uiteraard ook op de ouders en leerlingen van toepassing zijn. Dat geldt met name voor de meer beschrijvende gedeelten van par. 3. In par. 4 komt de positie van de ouders en leerlingen meer ten principale aan de orde; omdat en voor zover zij van invloed is op de medezeggenschap van de werknemers.⁵

De beperking tot de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs op basis van de WMO betekent tenslotte dat het onderwerp 'bestuurlijke democratisering' grotendeels buiten beschouwing blijft. Die beperking vereist wat meer toelichting.

De werknemers in de private sector beschikken in de regel over de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de samenstelling van de leiding van de onderneming waarbinnen zij werkzaam zijn. Ten dele is deze mogelijkheid geïncorporeerd in de WOR: art. 30 WOR verplicht de ondernemer om de ondernemingsraad (OR) in de gelegenheid te stellen om een advies uit te brengen over een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming. Daarnaast is er de regeling in de artt. 2:153 e.v. en 2:263 e.v. BW, betreffende de invloed van de OR op de samenstelling van de raad van commissarissen in structuurvennootschappen.

4 Een van de afwijkende aspecten kwam in hoofdstuk VII aan de orde: de regeling in art. 63 WHBO betreffende de verhouding tussen medezeggenschap en IGO (vgl. m.n. de par. 6.4.7 e.v.).

5 Vgl. m.n. par. 4.4.

Over deze mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de samenstelling van de leiding van de school beschikken de werknemers in het bijzonder onderwijs niet of nauwelijks. Wetgeving op dit gebied ontbreekt althans. Uiteraard kan gewezen worden op de invloed die de medezeggenschapsraad (MR) kan hebben op de samenstelling van de schoolleiding. Zoals hierna zal blijken verkeert de schoolleiding echter in een andere positie dan de leiding van een onderneming c.q. structuurvennootschap.⁶ Van een vergelijkbare mate van invloed op de leiding van de school zou sprake zijn als de MR een rechtstreekse invloed zou hebben op de samenstelling van het schoolbestuur. Op dit punt bevat de onderwijswetgeving als gezegd geen voorzieningen.

Bij het totstandkomen van de medezeggenschapsregelingen voor het onderwijs is het onderwerp 'bestuurlijke democratisering' wel aan de orde geweest. Het initiatief-ontwerp van Van Kemenade c.s. (waarover meer in par. 2.1) bevatte oorspronkelijk, naast bepalingen inzake een 'schoolraad' of 'academieraad', tevens bepalingen inzake de democratisering van het schoolbestuur: ten minste één lid en ten hoogste een derde van het aantal bestuursleden zou door de werknemers gekozen moeten worden.⁷ Het onderdeel 'bestuurlijke democratisering' is in de loop van de parlementaire behandeling echter uit het initiatief-ontwerp geschrapt.⁸ In het kader van de parlementaire behandeling van de WMO is de bestuurlijke democratisering opnieuw, maar slechts kort, aan de orde gekomen. De regering was namelijk van mening dat het de voorkeur verdiende om eerst een regeling betreffende de MR in te voeren. Het thema 'bestuurlijke democratisering' zou dan in een later stadium aan de orde kunnen komen, na een nadere bezinning op de vraag in hoeverre bestuurlijke democratisering in overeenstemming is te brengen met art. 208 (thans: 23) Gw.⁹

Op die nadere aandacht voor de democratisering van de schoolbesturen wordt nog steeds gewacht. Er zijn geen aanwijzingen dat op redelijk korte termijn initiatieven van de wetgever te verwachten zijn.¹⁰ Ook in de praktijk blijkt de invoering van de WMO het streven naar bestuurlijke democratisering te hebben 'lamgelegd'.¹¹

Ik wijs er echter op dat het onderwerp op dit moment niet geheel zonder

6 Vgl. par. 3.4.3.

7 TK 1977-1978, 15507, nr 3, art. D.

8 TK 1979-1980, 15057, nr 8.

9 MvT, TK 1980-1981, 16606 nr 3, 12. Vgl. i.v.m. het hbo: MvT, TK 1980-1981, 16803, nr 3, 19.

10 Vgl. wel - i.v.m. de zogenaamde zorginstellingen - de ontwerp-Wet democratisch functioneren zorginstellingen (WDI) (TK 1988-1989, 20888, nr 1 e.v.). De WDI kan niet verhullen dat na de grote belangstelling in de jaren zeventig (de Commissie-Van der Burg, de NJV-preadviezen van Van der Burg en Van Kreveld uit 1977, het proefschrift van Van Wersch uit 1979, de NJV-preadviezen van Dijk en Schepel uit 1981) de bestuurlijke democratisering als geheel 'uit' moet worden beschouwd. Aldus ook: Van Wersch (1989), 40. Inmiddels heeft de Staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur bij brief van 18-4-1991 een vrij ingrijpende herziening van de ontwerp-WDI aangekondigd. Vgl. TK 1990-1991, 20888, nr 6. Juist de bepalingen inzake de bestuurlijke democratisering zullen worden afgezwakt.

11 Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 39 e.v.

praktische relevantie is. Er zijn namelijk scholen waar de werknemers langs statutaire weg, of eventueel zelfs zonder dat dat geformaliseerd is, een rechtstreekse invloed hebben op de samenstelling van het schoolbestuur. In veel gevallen zijn een of meer zetels gereserveerd voor werknemers of voor personen die in het bijzonder het vertrouwen hebben van de werknemers. Daarnaast is niet ondenkbaar dat de werknemers, indien de school in stand wordt gehouden door een vereniging, als leden van de vereniging een zekere mate van invloed hebben op de bestuurssamenstelling. In de praktijk blijkt dat waar op een van deze manieren, en dus buiten de MR om, sprake is van democratisering, het functioneren van de MR daardoor wordt beïnvloed. In sommige gevallen kan zelfs van een duidelijke belemmering gesproken worden. De Toetsingscommissie WMO heeft hierin aanleiding gezien om voor te stellen om die scholen waar de medezeggenschap 'langs bestuurlijke weg' verzekerd is, vrij te stellen van de verplichting om een MR in te stellen. In par. 3.11.4 zal ik op deze aanbeveling ingaan. Voor het overige blijft het onderwerp 'bestuurlijke democratisering' hierna buiten beschouwing, voor zover het de werknemers betreft althans. In par. 4 zal het onderwerp meer uitgebreid aan de orde komen, maar daar met het oog op de positie van ouders en leerlingen.¹²

2 De WMO: Ontstaan en (mogelijke) herziening

2.1 VOORGESCHIEDENIS

De private sector kent sedert het begin van de jaren vijftig een wettelijke regeling van de medezeggenschap van de werknemers. Ik doel uiteraard op de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De eerste wet met die naam dateerde van 4 mei 1950; zij werd in 1971 vervangen door de huidige WOR, die in 1979 en in 1990 ingrijpend is herzien.

De wetgeving betreffende de medezeggenschap in het bijzonder onderwijs is van veel recentere datum. De WMO is van kracht sedert 1 februari 1982. Ook voor 1982 bestond er in het bijzonder onderwijs al wel een zekere mate van medezeggenschap van de werknemers.¹³ Ten dele was die medezeggenschap wettelijk verzekerd. Ik wijs met name op de inspraak van de werknemers bij het vaststellen van het schoolwerkplan, die ook op dit moment nog uitdrukkelijk wordt gegarandeerd in de onderwijswetten.¹⁴ Ten dele bestond deze medezeggenschap op basis van door individuele onderwijsinstellingen zelf, geheel buiten de wetgever om, vastgestelde regelingen. Deze 'buitenwettelijke' medezeggenschap was echter bepaald niet algemeen gebruikelijk.

¹² Vgl. m.n. par. 4.4.

¹³ Het wetenschappelijk onderwijs is een geval apart. Het kent sedert het begin van de jaren zeventig een bestuursstructuur waarin de werknemers een dermate belangrijke rol spelen, dat eerder van zeggenschap dan van medezeggenschap sprake is.

¹⁴ Vgl. bijv. art. 13 lid 1 WBO.

Aanleiding tot het invoeren van de WMO was de parlementaire behandeling van het wetsontwerp tot wijziging van de WOR in 1977.¹⁵ Tijdens de schriftelijke voorbereiding kwam de toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs ter sprake.¹⁶ Tot op dat moment werd de WOR binnen het bijzonder onderwijs feitelijk niet nageleefd. Die constatering leidde tot een briefwisseling tussen de Minister van Onderwijs en de Minister van Sociale Zaken. De eerstgenoemde verzocht daarin om een vrijstelling in de zin van art. 4 lid 3 WOR. De laatstgenoemde wees dit verzoek af.¹⁷ Tijdens de mondelinge behandeling werd opnieuw aangedrongen op een vrijstelling ten behoeve van het bijzonder onderwijs. Met name de KVP-, ARP- en CHU-fracties waren van mening dat een eigen regeling, aangepast aan de specifieke omstandigheden binnen het onderwijs, de voorkeur verdiende.¹⁸ Uiteindelijk verklaarde de Minister van Sociale Zaken zich bereid de gevraagde ontheffing te verlenen. Hij verbond daaraan de voorwaarde dat binnen twee jaar een eigensoortige, aangepaste medezeggenschapsregeling voor het onderwijs zou worden ontworpen.¹⁹ Onder dezelfde voorwaarde bracht vervolgens de SER in mei 1978 een positief advies uit over de te verlenen vrijstelling.²⁰

Met name de besturenorganisaties binnen het bijzonder onderwijs gingen er vanaf dat moment van uit dat hen geheel de vrije hand zou worden gelaten. Zij vonden dit ook gerechtvaardigd, met het oog op de vrijheid van onderwijs. In juni 1978 werd echter door de PvdA-kamerleden Van Kemenade, Poppé en Worrell een initiatief-wetsontwerp ingediend, dat (in zijn uiteindelijke vorm) een vergaande wettelijke regeling van de medezeggenschap in het openbaar én bijzonder onderwijs bevatte.²¹ De behandeling van dit initiatief-ontwerp duurde nagenoeg drie jaar, tot het in het voorjaar van 1981 werd verworpen, door toedoen van onder andere CDA en VVD. Deze partijen hadden zowel bezwaar tegen het feit dat Van Kemenade c.s. met een eigen voorstel waren gekomen, als tegen de inhoud van het voorstel. CDA en VVD waren namelijk van mening dat het initiatief-ontwerp de scholen te weinig ruimte voor eigen inbreng zou laten, waardoor het in strijd zou zijn met het onderwijsgrondrecht.²²

In de tussentijd was tijdens de behandeling van de onderwijsbegroting 1979 in de Tweede Kamer een CDA-VVD-motie aanvaard, waarin de regering werd gevraagd om met een 'tussenvoorstel' te komen. De motie drong aan op een wettelijke regeling voor openbaar en bijzonder onderwijs, die de betrok-

15 De eigenlijke aanzet lijkt te zijn geweest: Ktr Tilburg, 6-7-1978 (Het Schoolbestuur 1987, nr 7-8), waarin werd vastgesteld dat de WOR van toepassing was op het bijzonder onderwijs.

16 Vgl. TK 1976-1977, 13954, nr 5, 37-38; nr 6, 19-21; nr 11, 9-10; nr 12, 7.

17 TK 1978-79, 15057, nr 5, 7-8. Vgl. ook: Rood, 4-17.

18 Vgl. meer uitgebreid: par. 2.5.

19 Vgl. Hand. TK 16-3-1977, 3808, 3867.

20 Vgl. SER-publikatie 1978, nr 14, 19-5-1978. Volgens Rood (art. 4-17) is de toegezegde ontheffing desondanks nooit verleend.

21 Vgl. TK 1977-1978, 15057, nr 1 e.v.

22 Het 'waarom' van deze opvatting komt in par. 2.5 aan de orde.

kenen vrijheid tot nadere invulling zou laten.²³ In januari 1981 gaf het kabinet Van Agt-Wiegel gevolg aan deze oproep door de ontwerp-WMO bij de Tweede Kamer in te dienen.²⁴ In overeenstemming met de inhoud van de CDA-VVD-motie bevatte het ontwerp slechts 'basisbepalingen': de bepalingen die in de ogen van de wetgever zo belangrijk en fundamenteel waren, dat hij ze zelf wilde geven. Voor het overige, zo was de vooronderstelling, zouden de direct betrokkenen de wettelijke bepalingen zelf aanvullen en wel in het eigen medezeggenschapsreglement van de school.²⁵

2.2 PARLEMENTAIRE BEHANDELING

De ontwerp-WMO werd in een ijltempo in de Tweede kamer behandeld.²⁶ CDA en VVD wilden het wetsontwerp namelijk voor het einde van de regeringstermijn van het kabinet door de Tweede en Eerste Kamer behandeld en aangenomen zien. Het wetsontwerp werd daarom reeds in mei 1981 aangenomen; (onder meer) PvdA en D'66 stemden tegen. De Eerste Kamer stelde de behandeling van het wetsontwerp echter uit tot na de formatie van het kabinet Van Agt-Den Uyl-Terlouw. Tijdens de formatie-onderhandelingen waren CDA, PvdA en D'66 tot overeenstemming gekomen over de wenselijkheid van de spoedige invoering van de WMO.²⁷ Zodoende werd het ontwerp uiteindelijk ook door de Eerste Kamer aanvaard.

Zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer ontmoette het wetsontwerp – zoals te verwachten was – waardering vanuit het CDA. Van strijdigheid, althans onaanvaardbare strijdigheid met het onderwijsgrondrecht was voor het CDA geen sprake. Een positief punt voor het CDA was in dat verband dat de regeling als zodanig erg summier was en dat zij op een aantal punten de vrijheid van richting uitdrukkelijk beschermde.²⁸ De VVD was in de Tweede Kamer gematigd positief; de aan het onderwijsgrondrecht ontleende argumenten van het CDA werden onderschreven. Pas tijdens de behandeling in de Eerste Kamer bleek de VVD, toen oppositiepartij, wel degelijk kritiek te hebben op het wetsontwerp zoals dat inmiddels door de Tweede Kamer was aangenomen.²⁹ Voor PvdA en D'66 gold in zekere zin het omgekeerde. Zij waren tijdens de behandeling in de Tweede Kamer uitgesproken kritisch over het wetsontwerp, onder andere omdat het in hun ogen duidelijk minder kwaliteit had dan de WOR.³⁰ De formatieafspraken verhinderden echter dat PvdA en

23 Vgl. TK 1978-1979, 15300, H. VIII, nr 53.

24 TK 1980-1981, 16606, nr 1 e.v.

25 Vgl. de MvT, 2 onder 1.5 en 25; de MvA (TK, 1980-1981, 16606, nr 7), 7, onder pt 15 slot.

26 Vgl. het overzicht van de gang van zaken door het – niet onbegrijpelijk – verontwaardigde kamerlid Van Kemenade in Hand. TK 1980-1981, 4975.

27 Vgl. TK, 1981-1982, 17000, nr 6, 27, par. 5.4.

28 Vgl. par. 2.5.

29 Vgl. EK 1981-1982, 16606 nr. 12a, 4-5.

30 Vgl. EK 1981-1982, 16606 nr. 12a, 1-2.

D'66 zich ook in de Eerste Kamer kritisch opstelden.³¹ PvdA en D'66 werkten daarom zonder veel enthousiasme mee aan het totstandkomen van de WMO. Frappant is in dit verband dat dr. J. van Kemenade, die zelf als kamerlid in de Tweede Kamer het wetsontwerp het felst had bestreden, op het moment dat de Eerste Kamer accoord ging Minister van Onderwijs was. Het was dus mede onder zijn verantwoordelijkheid dat de WMO uiteindelijk werd ingevoerd.

2.3 TOETSING

Ondanks de snelle behandeling van het wetsontwerp rees al in de Tweede Kamer zo veel verschil van mening over de kwaliteiten van de ontwerp-WMO, dat de Minister van Onderwijs en Wetenschappen, op dat moment dr. A. Pais, toezegde dat de wijze van functioneren van de WMO geëvalueerd zou worden nadat er vijf jaar praktijkervaring mee zou zijn opgedaan. Een artikel van die strekking werd dan ook in de WMO opgenomen. Art. 26 WMO bepaalt: 'Onze minister brengt vijf jaren na de inwerkingtreding van deze wet verslag uit over de werking ervan aan de beide Kamers van de Staten-Generaal'.

Teneinde dit verslag te kunnen doen, stelde de toenmalige Staatssecretaris van Onderwijs en Wetenschappen, drs. G. van Leijenhorst, in februari 1983 de Toetsingscommissie Wet Medezeggenschap Onderwijs in. Zij werd samengesteld uit een tien à vijftiental personen afkomstig uit 'het onderwijsveld': uit besturenorganisaties, vakbonden en ouderorganisaties, uit openbaar, protestants-christelijk, rooms-katholiek en algemeen-bijzonder onderwijs en uit het basis tot en met hoger beroepsonderwijs.

De Toetsingscommissie kreeg tot taak het op onafhankelijke wijze toetsen en evalueren van de werking van de WMO. In dat kader diende zij problemen en knelpunten die in de praktijk zouden rijzen te signaleren. Daarnaast diende zij de Minister jaarlijks te rapporteren over de stand van zaken met betrekking tot de medezeggenschap in de scholen. Tenslotte diende zij de Minister – desgevraagd of uit eigen beweging – te adviseren over voorstellen tot wijziging van de WMO.³² Bedoeling was dat de Toetsingscommissie haar werkzaamheden zou afronden voor 31 januari 1987.

Om aan haar taak te voldoen was de Toetsingscommissie op verschillende fronten actief. In het kader van de inventarisatie van problemen en knelpunten in de praktijk werden onder andere onderzoeken naar de gang van zaken bij de invoering en naar het functioneren van de WMO in opdracht gegeven aan het Instituut voor Toegepaste Sociologie (ITS) in Nijmegen.³³ Zelf in-

31 Vgl. TK 1983-1984, 16803, nr 17, 2, waar, i.v.m. de WHBO, op de afspraken tijdens de formatie van het kabinet Van Agt-Den Uijl-Terlouw wordt ingegaan.

32 Vgl. (1985), 3.

33 Het ITS deed twee onderzoeken: naar de stand van zaken rond de invoering (Smit/Pelkmans (1986)) en naar de gang van zaken in de praktijk bij een aantal scholen die al enige tijd werkten met de wet (Smit c.s. (1987)).

ventariseerde de Toetsingscommissie de standpunten van de diverse bij de WMO betrokken onderwijsorganisaties. In mei 1984 en in oktober 1985 werden de jaarlijks uit te brengen tussenrapporten gepubliceerd.³⁴ Daarnaast bracht de Toetsingscommissie een vijftal – korte – adviezen uit betreffende problemen die in de praktijk in verband met de WMO bleken te rijzen.³⁵ Vervolgens verscheen in december 1986 het eerste deel van het eindrapport van de Toetsingscommissie.³⁶ De Toetsingscommissie formuleerde daarin een elftal aanbevelingen gericht op wijziging van de WMO. Nadat de definitieve resultaten van het praktijkonderzoek van het ITS bekend waren, verscheen in december 1987 het tweede en laatste deel van het eindrapport.³⁷ De Toetsingscommissie formuleerde daarin opnieuw een elftal aanbevelingen tot wijziging van de WMO.

2.4 HERZIENING

Met het publiceren van het tweede deel van het eindrapport kwam er een einde aan de evaluatie van de werking van de WMO. Mw. N. Ginjaar-Maas, in het kabinet Lubbers II als staatssecretaris belast met het onderwerp 'medezeggenschap', formuleerde vervolgens medio 1988 haar eigen standpunt ten aanzien van de aanbevelingen van de Toetsingscommissie. Dat gebeurde in het verslag ex art. 26 WMO aan de Eerste en de Tweede Kamer, dat in conceptvorm werd gepubliceerd, om als basis te dienen voor overleg met de diverse onderwijsorganisaties.³⁸

Uit het concept-verslag aan het parlement blijkt dat de toenmalige Staatssecretaris een aanzienlijk deel van de aanbevelingen van de Toetsingscommissie wilde overnemen. Bepaald niet alle aanbevelingen werden echter overgenomen. De Staatssecretaris formuleerde namelijk als uitgangspunt dat de WMO niet méér gewijzigd zou moeten worden dan strikt noodzakelijk. Met name de meer verstrekkende aanbeveling van de Toetsingscommissie, om de bevoegdheden van de MR in de wet te verankeren, wilde de Staatssecretaris niet overnemen. Door de val van het kabinet Lubbers II bleef de toezending van het verslag aan het parlement achterwege.

Inmiddels is in april 1991 een onder verantwoordelijkheid van de huidige Staatssecretaris van Onderwijs, drs. J. Wallagé, geformuleerd concept-voorstel tot wijziging van de WMO aan de betrokken onderwijsorganisaties ver-

³⁴ Resp. (1984) en (1985).

³⁵ Vgl. (1984), 84 e.v. en (1985), 97 e.v.

³⁶ Vgl. (1987a). (De officiële publikatie geschiedde in januari 1987.) Vgl. over het rapport: Beurskens (1987).

³⁷ Vgl. (1987b). Vgl. over het rapport: Beurskens/Timmer (1988).

³⁸ Vgl. Verslag over de werking van de Wet medezeggenschap onderwijs, DGBO-88015969 van 13-6-1988 (hierna aan te halen als 'het Verslag').

stuurd ter advisering.³⁹ Uit het concept-voorstel blijkt dat ook de huidige Staatssecretaris de aanbevelingen van de Toetsingscommissie tot uitgangspunt neemt, nu ook de aanbeveling in verband met de wettelijke verankering van de bevoegdheden van de MR. Voor het overige verschilt de strekking van het concept-voorstel niet of nauwelijks van die van het verslag uit 1988.

2.5 PRINCIPES

Tot zover een kort overzicht van de ontstaansgeschiedenis van de WMO en van de gang van zaken rond de (mogelijke) herziening van de wet. Het overzicht maakt al wel duidelijk dat de huidige WMO een goed voorbeeld is van de wijze waarop het onderwijsgrondrecht van invloed is geweest op de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. In deze paragraaf zal ik wat preciezer nagaan op welke wijze het onderwijsgrondrecht, naast mogelijke andere principes, de inhoud van de WMO heeft beïnvloed. Ik zal daarbij in de eerste plaats letten op de informatie die de parlementaire behandeling van de WMO oplevert. Die informatie is echter summier. Vandaar dat ik zal teruggrijpen op de parlementaire behandeling van het initiatief-ontwerp Van Kemenade c.s. Tegen dat ontwerp zijn verschillende bezwaren aangevoerd, met name met een beroep op de vrijheid van onderwijs. De bedoeling van de wetgever was om met de WMO geheel, of in elk geval zo veel mogelijk aan die bezwaren tegemoet te komen. Zo bezien biedt ook de gang van zaken rond het initiatief-ontwerp Van Kemenade c.s. aanknopingspunten bij het opsporen van de principes die ten grondslag liggen aan de WMO.

De principes die in de eerste plaats genoemd dienen te worden, hangen overigens niet samen met het onderwijsgrondrecht; zij zijn sociaal-rechtelijk van aard. Ik doel op de opvatting dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op medezeggenschap en de opvatting dat het (mede) een taak is van de overheid om erop toe te zien dat dat recht wordt verwezenlijkt. Het zijn deze principes die verklaren dat een wettelijke medezeggenschapsregeling op het bijzonder onderwijs van toepassing is. Andere principes, waarvan in eerdere hoofdstukken bleek dat zij het feit dat de overheid optreedt op rechtspositioneel gebied kunnen verklaren (en rechtvaardigen), zijn hier niet relevant. Ik noem met name: de vrijheid van onderwijs, de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs, de rechtspositionele gelijkheid en de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven.

Daarmee wil niet gezegd zijn dat deze principes geheel zonder belang zijn. Integendeel; zij alle hebben op een of andere wijze een rol gespeeld in het kader van de totstandkoming van de WMO.

Zo is wel betoogd dat de wetgever zich afzijdig diende te houden van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs, omdat over-

39 Voorstel van wet houdende wijziging van de WMO, aan de onderwijsorganisaties aangeboden bij brief van 5-4-1991, WJZ 91-28609 (hierna: 'het Concept').

heidsoptreden dienaangaande een aantasting zou vormen van de vrijheid van onderwijs. De vrijheid van richting, als kern van de vrijheid van onderwijs, is in dat verband niet of nauwelijks aan de orde geweest. Veeleer werd er op gewezen dat een wettelijke medezeggenschapsregeling een aantasting zou betekenen van de vrijheid van inrichting (in ruime zin opgevat uiteraard), dat zij de positie van het schoolbestuur als drager van het onderwijsgrondrecht in gevaar zou brengen en dat zij geen betrekking zou hebben op de deugdelijkheid van het onderwijs.⁴⁰ Die bezwaren hebben de WMO niet kunnen tegenhouden. Wel zijn zij van invloed geweest op de inhoud van de wet.

De vrijheid van inrichting zou bijvoorbeeld vereisen dat de overheid aan de direct betrokkenen ruimte zou laten voor het vaststellen van een op de eigen signatuur van de school toegesneden regeling.⁴¹ Het respect voor de vrijheid van inrichting en voor de positie van het schoolbestuur als drager van het onderwijsgrondrecht verklaart dan ook de beslissing om slechts basisbepalingen vast te stellen.⁴² In de par. 3.6 en volgende zal blijken, dat ook de regeling van de bevoegdheden van de MR is beïnvloed door de opvatting dat het schoolbestuur de uiteindelijke zeggenschap over de gang van zaken binnen de school zou moeten behouden.⁴³

De wetgever heeft bewust geen relatie willen leggen tussen de (wettelijk verzekerde) medezeggenschap van de werknemers enerzijds en de deugdelijkheid van het onderwijs anderzijds.⁴⁴ De invoering van de WMO is daar als gezegd niet door verhinderd. De opvatting dat een wettelijke medezeggenschapsregeling geen deugdelijkheidseis kon zijn, betekende wel dat art. 23 lid 5 Gw geen basis bood voor de invoering van de WMO binnen het bijzonder onderwijs. Zij is dan ook ingevoerd als een bekostigingsvoorwaarde ex art. 208 (nu 23) lid 7 Gw die in het algemeen belang de vrijheid van inrichting van de schoolbesturen beperkt.⁴⁵ Strikt genomen betekende dat dat de wetgever bij het vaststellen van de WMO de vrijheid van richting niet behoefde te res-

40 Vgl. TK 1978-1979, 15057, nr 4, 1 e.v.; Hand. TK, 1980-1981, 4563 e.v. Vgl. ook Mentink (1989a), 137-138.

41 Vgl. de MvT, 1980-1981, 16606 nr. 3, 5.

42 I.v.m. het gemeentelijk onderwijs werd deze keuze gerechtvaardigd met een beroep op de gemeentelijke autonomie ten opzichte van de centrale overheid, voor het openbaar onderwijs in het algemeen, met het oog op het karakter daarvan als onderwijs dat uitgaat van de overheid. Vgl. MvT II, 2, 5, 6 (waar gesproken wordt van een 'eis tot terughoudendheid') en 13. Deze argumenten zijn niet ijzersterk; het lijkt er eerder op dat de voor het bijzonder onderwijs ontworpen regeling ook op het openbaar onderwijs van toepassing is verklaard vanuit de wens om openbaar en bijzonder onderwijs gelijk te behandelen. Vgl. par. 4.2 en m.n. nr 319.

43 Hetzelfde geldt voor de opzet van de rechtsbescherming. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.1.

44 Dat had zeker gekund, bijvoorbeeld vanuit de gedachte dat een wettelijke regeling die de grote invloed van de werknemers op de gang van zaken binnen de school afgrenst en formaliseert in het belang is van het goed functioneren van de school in al haar doelstellingen (ik paraphraseer aldus art. 2 WOR).

45 Vgl. bijv. de considerans van de wet. Vgl. ook Heijmans (1989), 132-133. Hier werd uitdrukkelijk teruggesproken op de opvatting van Huart, dat sprake is van een tweedeling tussen deugdelijkheidseisen en bekostigingsvoorwaarden. Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.2.

pecteren.⁴⁶ Zoals hierna zal blijken, heeft de wetgever dat wel degelijk gedaan. Zo blijkt dat niet alleen de vrijheid van inrichting, maar ook de vrijheid van richting van invloed is geweest op de inhoud van de WMO.⁴⁷ Uit respect voor de vrijheid van onderwijs is de WMO tenslotte gegoten in de vorm van bekostigingsvoorwaarden, met alle (overigens: twijfelachtige) garanties voor de vrijheid van de schoolbesturen van dien.⁴⁸

Het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs was een van de argumenten om toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs af te wijzen.⁴⁹ Het bewerkstelligde tevens dat de WMO in zijn geheel zowel op het bijzonder als het openbaar onderwijs van toepassing werd verklaard.⁵⁰

Dat zij ouders en leerlingen geen medezeggenschap zou geven, was eveneens een argument om de toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs af te wijzen.⁵¹ De opvatting dat de ouders en leerlingen medezeggenschap toekomt, werd kennelijk dermate vanzelfsprekend gevonden, dat die opvatting amper werd onderbouwd. De wijze waarop de ouders en leerlingen medezeggenschap is gegeven, is sterk beïnvloed door de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig de dragers zijn van de vrijheid van onderwijs.⁵²

Het principe van de bekostiging naar gelijke maatstaven en de overheids-bekostiging van het (openbaar en) bijzonder onderwijs in het algemeen hadden geen al te grote invloed in het kader van de totstandkoming van de WMO. Wel wijs ik erop dat de wetgever zich op het standpunt stelde dat de invoering van de WMO niet tot extra uitgaven diende te leiden, behoudens (op beperkte schaal) in verband met de rechtsbescherming.⁵³ Zoals hierna zal blijken, heeft dat uitgangspunt ertoe bijgedragen dat de regeling van de faciliteiten van de MR vrij mager uitvalt.⁵⁴ Daarnaast werd uitdrukkelijk overwogen dat het schoolbestuur ten opzichte van de overheid verantwoordelijk was voor het juiste gebruik van de bekostiging en dat het schoolbestuur dat ook diende te blijven, ondanks de invoering van de WMO.⁵⁵

Behalve de hiervoor geschetste principes hebben ook meer praktische argumenten een rol gespeeld. Zo werd de beslissing om de WOR niet op het bijzonder onderwijs van toepassing te laten zijn, verdedigd met het argument dat zij te weinig op het (bijzonder) onderwijs zou zijn toegesneden.⁵⁶ Ook voor de beslissing om slechts basisbepalingen vast te stellen werden ten dele praktische

46 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.5.

47 Vgl. m.n. par. 3.2.5 en par. 3.11.3.

48 Vgl. par. 3.1 en par. 4.3.4.

49 Vgl. TK 1976-1977, 13954 nr 5, 37-38; nr 11, 9-10.

50 Vgl. par. 4.2.3. Vgl. ook nt 42 hiervoor.

51 Vgl. TK 1976-1977, 13954, nr. 5, 37-38; nr. 11, 9-10.

52 Vgl. par. 3.4.1 en par. 4.4.

53 Vgl. nt 263.

54 Vgl. par. 3.9.3. Vgl. ook hoofdstuk XI, par. 2.2, i.v.m. de rechtsbescherming (m.n. inzake de adviesbevoegdheid).

55 Vgl. Hand TK, 4993.

56 Vgl. bijv. TK 1976-77, 13954, nr 5, 37-38.

argumenten aangevoerd. In het concept-verslag aan het parlement uit 1988 worden zij nog eens opgesomd: de feitelijke verscheidenheid van de scholen, zowel naar omvang als naar type; het laten van ruimte voor eigen vrijheid en verantwoordelijkheid van de scholen; het bieden van de mogelijkheid om de medezeggenschapsregeling te laten aansluiten bij in de school levende wensen en specifieke situaties.⁵⁷

Deze meer praktische argumenten zijn bepaald niet doorslaggevend te noemen, met name niet het argument van de differentiatie. Een vergelijking met de WOR laat dat zien. Deze wet heeft betrekking op naar aard en omvang zeer verschillende ondernemingen. Toch is in beginsel van één regeling sprake, die van toepassing is op zowel 'echte' (industriële) ondernemingen, als op geheel of grotendeels door de overheid gesubsidieerde instellingen, die alleen in het kader van de WOR 'onderneming' heten. Daarnaast betekent differentiatie niet per se dat de wetgever terug moet treden; juist ook de wetgever zelf zou het als zijn taak kunnen zien om een gedifferentieerde regeling tot stand te brengen. Daarom kan veilig de conclusie worden getrokken dat vooral de vrijheid van onderwijs de terughoudendheid van de wetgever moet verklaren en rechtvaardigen.

Het in april 1991 openbaar gemaakte concept-wetsontwerp tot wijziging van de WMO brengt in principieel opzicht weinig nieuws. In één opzicht is dat anders, namelijk waar wordt voorgesteld om de bevoegdheden van de MR voortaan wettelijk vast te leggen. Op dat punt wordt de gedachte verlaten, dat de wet slechts basisbepalingen dient te bevatten. Hierna zal blijken dat die gedachte op andere terreinen overeind blijft.⁵⁸ Voor het overige blijft alles bij het oude. De bepalingen die zijn ingegeven door het respect voor de vrijheid van richting blijven bijvoorbeeld ongewijzigd. Hetzelfde geldt voor de bepalingen die zijn beïnvloed door de opvatting dat het schoolbestuur als zodanig drager is van de vrijheid van onderwijs en die daarom de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur willen beschermen. In één opzicht wordt de regeling op dit laatste punt zelfs duidelijk aangescherpt.⁵⁹

3 De wettelijke regeling

3.1 VOORAF

In deze paragraaf zal ik de medezeggenschapsregeling in de WMO bespreken. Zoals in de inleiding reeds werd aangekondigd, zal ik mij daarbij zo veel mogelijk beperken tot die aspecten die interessant zijn met het oog op de aanstaande herziening van de wet. In verband daarmee zal ik aangeven op welke pun-

⁵⁷ Vgl. het Verslag, 20.

⁵⁸ Vgl. par. 3.3.3, i.v.m. de in het medezeggenschapsreglement-'nieuwe stijl' te regelen onderwerpen.

⁵⁹ Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.5.4, i.v.m. de toetsing.

ten de WMO (mogelijk) gewijzigd zal worden. Waar relevant zal ik tevens een vergelijking maken met de WOR en, in mindere mate, de medezeggenschapsregelingen voor de overheidssector.⁶⁰

Achtereenvolgens komen aan de orde: de aanloopfase (par. 3.2), het medezeggenschapsreglement (par. 3.3), samenstelling en werkwijze van de MR (par. 3.4), de bevoegdheden van de MR (par. 3.5-3.8), de ontslagbescherming van de MR-leden, de faciliteiten en andere randvoorwaarden (par. 3.9), de gemeenschappelijke MR (par. 3.10) en de bijzondere regimes en ontheffingsmogelijkheden (par. 3.11).

Het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO-bepalingen behoeft in dit hoofdstuk weinig of geen speciale aandacht. Het heeft vooral consequenties in de sfeer van de rechtsbescherming. In het volgende hoofdstuk zal er dan ook uitgebreid aandacht aan worden besteed.⁶¹ Wel verdient opmerking dat overal waar hierna wordt gesproken van 'geregeld in de WMO' strikt genomen wordt bedoeld 'in overeenstemming met het bepaalde in de WMO geregeld in het medezeggenschapsreglement van de school'. Het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO betekent namelijk dat niet de WMO, maar het medezeggenschapsreglement de eigenlijke basis vormt voor de medezeggenschap van de werknemers.⁶²

3.2 DE AANLOOPFASE

3.2.1 De voorlopige MR

Gegeven het feit dat de WMO slechts basisbepalingen bevat, kan niet worden volstaan met het verkiezen van een MR, die vervolgens – volledig bevoegd – aan de slag gaat. Tal van zaken moeten door de betrokkenen zelf worden geregeld, waaronder niet in de laatste plaats de verkiezing van de MR.

Art. 24 WMO voorziet in dit verband in een start in twee fasen. Eerst wordt uit en door (onder andere) de werknemers een voorlopige MR gekozen. Dat gebeurt volgens regels door het schoolbestuur op te stellen. Het schoolbestuur legt vervolgens een concept-medezeggenschapsreglement voor aan de voorlopige MR. Daarin is onder andere opgenomen een regeling voor de verkiezing van de MR. Het reglement dient de instemming van de voorlopige MR te verkrijgen.⁶³ Wordt deze instemming niet verkregen, dan is sprake van een geschil dat het schoolbestuur verplicht moet voorleggen aan de geschillen-

60 Dat zijn in de eerste plaats de regelingen inzake de dienstcommissies (waarbij ik als voorbeeld zal nemen de regeling in de artt. 123 e.v. ARAR). Dat is daarnaast de medezeggenschapsregeling in de artt. 39 e.v. van de Wet op de Open Universiteit (WOU).

61 Vgl. m.n. par. 2.2.

62 Aldus ook MvT ontwerp-WHBO, TK 1980-1981, 16803, nr 3, 59. Vgl. ook par. 3.3.1.

63 Analooq aan het bepaalde in art. 3 lid 2 WMO is daarvoor een gekwalificeerde meerderheid vereist. Vgl. Kortmann (1982), 752; Toetsingscommissie WMO (1985), 76.

commissie.⁶⁴ Deze beoordeelt of het schoolbestuur in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen. Valt dat oordeel positief uit, dan treedt de instemming van de geschillencommissie in de plaats van die van de voorlopige MR. Komt de geschillencommissie tot een negatief oordeel, dan doet de geschillencommissie een bindende uitspraak waarin zij aangeeft hoe de tekst van het reglement dient te luiden.⁶⁵

Is de vereiste instemming eenmaal verkregen (of zijn de aanwijzingen van de geschillencommissie opgevolgd), dan kan het schoolbestuur het reglement vaststellen. Vervolgens wordt de definitieve MR gekozen. Pas als deze is geïnstalleerd, kan van volledige medezeggenschap sprake zijn.

3.2.2 Voorgestelde wijzigingen

De wijze waarop art. 24 WMO het 'opstarten' van de medezeggenschap regelt, wordt algemeen als weinig gelukkig ervaren. De verkiezing van de voorlopige MR, die vervolgens uitsluitend in verband met het reglement bevoegdheden blijkt te hebben, betekent dat veel tijd verloren gaat. Volgens art. 24 WMO zou het reglement moeten zijn vastgesteld binnen anderhalf jaar nadat een voorlopige MR is gekozen; in de praktijk blijkt dat veel langer te duren, met name als er geschillen ontstaan.⁶⁶ De direct betrokkenen is de logica van het geheel ook niet steeds duidelijk: verschillende voorlopige MR's nemen – zo is in de praktijk gebleken – geen genoegen met het uitoefenen van de ene bevoegdheid waarover de voorlopige MR beschikt. Zij willen meteen zo veel mogelijk bij de gang van zaken binnen de school betrokken worden.

In de praktijk zijn er voorlopige MR's die daadwerkelijk medezeggenschap hebben. Met name worden zij in de gelegenheid gesteld om adviesbevoegdheden uit te oefenen. De toenmalige Staatssecretaris, drs. W. Deetman, heeft zelfs meegedeeld dat er zijns inziens geen bezwaar tegen is als de voorlopige MR de in art. 5 WMO geregelde algemene bevoegdheden uitoefent, sterker nog: dat uit het systeem van de wet afgeleid kan worden dat de voorlopige MR dezelfde bevoegdheden heeft als de definitieve, voorzover die bevoegdheden althans niet afhankelijk zijn van de inhoud van het reglement.⁶⁷ Niet ieder schoolbestuur biedt echter de gelegenheid tot het uitoefenen van deze bevoegdheden. Er kan derhalve een grote mate van ongelijkheid bestaan tussen de scholen onderling.

Gezien het voorgaande hoeft het niet te verbazen dat de Toetsingscommissie voorstelt om de aanloophase te vereenvoudigen door meteen een definitieve

64 I.v.m. de gemeenschappelijke MR (waarover meer in par. 3.10) kan zich een soortgelijk geschil voordoen. De wet voorziet niet in een regeling ter oplossing van het geschil. De LGC paste in een dergelijk geval art. 10 lid 2 WMO analoog toe. Vgl. de beslissing van 29-6-1988, G 293.

65 Vgl. art. 10 lid 2 WMO.

66 Vgl. Smit/Pelkmans (1986).

67 Vgl. diens antwoord op vragen van PvdA-senator Oskamp (EK, 1981-1982, aanhangsel 51).

ve MR te (laten) kiezen.⁶⁸ Deze wijziging is voor de meeste scholen weliswaar niet meer van belang, want zij beschikken inmiddels over een MR. Voor nieuwe scholen is een eventuele wijziging van het invoeringsregime wel van belang en eventueel ook in geval van fusie. Uit het Concept blijkt dat de Staatssecretaris deze aanbeveling wil overnemen.⁶⁹ Principiële bezwaren tegen het schrappen van de voorlopige MR hoeven niet verwacht te worden.⁷⁰ Daarom mag er vanuit worden gegaan dat binnen enkele jaren het instituut 'voorlopige MR' zal zijn verdwenen.

3.2.3 De verkiezingen

De regeling van de verkiezingen van de (voorlopige) MR laat de WMO grotendeels over aan de direct betrokkenen binnen de scholen.⁷¹ Art. 11 WMO bepaalt dat het medezeggenschapsreglement regels dient te bevatten omtrent de verkiezing van de leden van de medezeggenschapsraad. Uit het ITS-onderzoek noch uit de rapporten van de Toetsingscommissie blijkt van speciale problemen in verband met de verkiezing.

Het Concept brengt in de huidige opzet geen wijzigingen aan, althans inhoudelijk gezien. Wel verandert de wijze waarop de verkiezingsregeling in het reglement tot stand komt.⁷²

3.2.4 Actief en passief kiesrecht

Afgezien van één uitzondering (waarover meer in par. 3.2.5) bevat de WMO geen bepalingen inzake het actieve en passieve kiesrecht in verband met de MR.⁷³ De modelreglementen bevatten op dit punt wel – niet gelijkluidende – voorzieningen. Het VBS-reglement beperkt het passieve kiesrecht tot werknemers in vaste dienst. De NKSR-reglementen bevatten geen termijneisen of vergelijkbare beperkingen. In het NPCS-reglement is in grote lijnen de regeling uit art. 6 WOR overgenomen: kiesgerechtigd zijn werknemers wier dienstverband ten minste zes maanden heeft geduurd; verkiesbaar zijn personeelsleden die tenminste een jaar aaneengesloten in de school werkzaam zijn.

Voor de geschillencommissies in het protestants-christelijk onderwijs heeft de beperking van het actieve kiesrecht tot personen langer in dienst dan zes maanden overigens geen stand gehouden. De geschillencommissies achten

68 Vgl. (1987a). 33-34; (1987b), 23 e.v. De Toetsingscommissie wil daarnaast nog een tweede versnelling aanbrengen in de aanloop naar volledige medezeggenschap, namelijk door de bevoegdheden van de MR niet in het reglement maar in de wet zelf vast te leggen. Zo vervalt ook het onderhandelen tussen bestuur en (voorlopige) raad over de bevoegdheden. Op deze aanbeveling kom ik in par. 3.6.5 terug.

69 Vgl. de artt. I G e.v.

70 Dat zal wellicht anders zijn ten aanzien van het voorstel om de bevoegdheden van de MR in de wet vast te leggen, dat sterk verband houdt met het afschaffen van de voorlopige MR. Vgl. par. 3.6.5. Ook zonder wettelijke verankering van de bevoegdheden blijft het afschaffen van de voorlopige MR echter mogelijk (en zinvol). Vgl. Toetsingscommissie WMO (1987a), 34.

71 Vgl. wel art. 4 leden 8 en 12 WMO.

72 Vgl. par. 3.3.3.

73 Vgl. i.v.m. het ontbreken van vakbondslijsten: par. 4.4.4.

een dergelijke beperking in strijd met de wet, omdat de WMO – anders dan de WOR – geen bepalingen bevat die een beperking van het kiesrecht van werknemers in zijn algemeenheid toestaan.⁷⁴ Deze argumentatie is mijns inziens niet sterk. Dat die bepalingen ontbreken, hoeft gezien de terughoudendheid van de wetgever niet te verbazen. De regeling van de verkiezing wordt juist uitdrukkelijk overgelaten aan de direct betrokkenen. En dat het NPCS-reglement inhoudelijk overeenstemt met de regeling in de WOR is veeleer een argument om de beperking toelaatbaar te achten.

Alle reglementen gaan in verband met het bijzonder onderwijs uit van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Stagiaires, uitzendkrachten, religieuzen en sommige leden van het niet onderwijzend personeel in het speciaal onderwijs hebben daardoor op dit moment geen actief en passief kiesrecht. In zoverre is er een verschil met de WOR, waar ook personen die niet op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn actief en passief kiesrecht kunnen hebben.⁷⁵ Ook voor het bijzonder onderwijs zou een dergelijke regeling overwogen moeten worden. Het Concept bevat op dit punt geen voorzieningen.

3.2.5 Bescherming van grondslag en doelstellingen

Art. 4 lid 11 WMO maakt het mogelijk in het medezeggenschapsreglement te bepalen dat slechts zij die verklaren grondslag en doelstellingen van de school te onderschrijven zich kandidaat kunnen stellen voor verkiezing tot lid van de MR.⁷⁶ Deze beperking van het passieve kiesrecht behoeft, aangezien zij wordt opgenomen in het medezeggenschapsreglement, de goedkeuring van de voorlopige MR. Ook het passieve kiesrecht van de voorlopige MR kan worden beperkt: het schoolbestuur kan bepalen dat slechts zij die verklaren grondslag en doelstellingen te respecteren verkiesbaar zijn.⁷⁷ Ten aanzien van deze beperking hebben de werknemers zodoende geen inspraak. Deze mogelijkheden tot beperking van het passieve kiesrecht werden door de wetgever noodzakelijk geacht ter bescherming van de grondslag en doelstellingen van de door de WMO bestreken scholen.⁷⁸

Onder 'grondslag en doelstellingen' wordt in de WMO begrepen de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van de school. Eventueel kan daar ook onder vallen een bepaald stelsel van onderwijskundige opvattingen. Het begrip 'onderschrijven' wordt in de memorie van antwoord bij de ontwerp-WMO omschreven als: 'positief (...) staan tegenover c.q. een duidelijke aanhanger zijn van'. Onder 'respecteren' wordt verstaan: 'medewerking verlenen aan het realiseren van de doelstellingen van het werk met de identiteit

⁷⁴ Vgl. Medezeggenschap in de school (MidS), II010-8 e.v.

⁷⁵ Vgl. art. 1 lid 4 WOR.

⁷⁶ Deze eis kan niet alleen aan de werknemers, maar ook aan de ouders en leerlingen gesteld worden.

⁷⁷ Art. 24 lid 4 WMO.

⁷⁸ Vgl. MvT II, 19 en MvA II, 13-14.

waaronder dat werk door de instelling wordt uitgevoerd' en 'geen afbreuk (...) doen aan deze identiteit zoals die tot uiting komt in de besluitvorming binnen de instelling'.⁷⁹

Wanneer wordt nagegaan of en zo ja, op welke wijze van de mogelijkheid die art. 4 lid 11 WMO biedt gebruik is gemaakt, dan valt op dat het NPCS-reglement een wat afwijkende formulering hanteert. Potentiële raadsleden moeten verklaren 'bereid zijn hun taken in de raad te vervullen in overeenstemming met de grondslag en doelstellingen van de school'. Volgens de Geschillencommissie NPCS betekent deze formule (die is ontleend aan de tekst van de akte van benoeming van het personeel) 'dat het hierbij niet gaat om een onderschrijving of persoonlijke instemming met grondslag en doelstelling, doch enkel om een vervulling van taken in de raad in overeenstemming hiermee'.⁸⁰ Kennelijk is hier sprake van een tussenweg, tussen 'onderschrijven' en 'respecteren'. In ieder geval blijft de persoonlijke overtuiging van de werknemer buiten beschouwing; het is diens handelen en nalaten in relatie tot de taak als MR-lid dat getoetst wordt. Ook het NKSR-reglement voor het basisonderwijs hanteert een afwijkende formulering.⁸¹ Geëist wordt een schriftelijke verklaring van de werknemers dat deze 'bij de vervulling van het lidmaatschap van de raad loyaal zullen medewerken aan de verwezenlijking van de doelstelling van de katholieke school, met name ook voor zover die doelstelling gebaseerd is op levensbeschouwelijke grondslag.' Ook deze formulering is ontleend aan de akte van benoeming die in het rooms-katholiek basisonderwijs gebruikelijk is; net als in het NPCS-reglement wordt niet zozeer op de innerlijke overtuiging als wel op het handelen van de werknemer de nadruk gelegd.⁸²

Tegen het opnemen van art. 4 lid 11 en art. 24 lid 4 in de WMO zijn ernstige bezwaren aan te voeren. Dat is met name het geval met het oog op de positie van de ouders en leerlingen, maar ook de positie van de werknemers is zonder twiifel in het geding.⁸³

De bezwaren tegen de mogelijkheid om het passieve kiesrecht te beperken zijn in de eerste plaats van meer principiële aard.⁸⁴ Met het oog op art. 23 Gw staat voorop, dat iedere bijzondere school op godsdienstige of levensbeschouwelijke basis het recht heeft om haar richting te handhaven indien en voor

79 Vgl. MvA II, 12, onder verwijzing naar het regeringsstandpunt inzake het democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen (TK, 15360, nr 21, antw. 27).

80 Vgl. Gc NPCS 1-10-1985, nr 85/97.

81 Het reglement voor het avo en vvo bevat de bepalingen dat geen andere eisen mogen worden gesteld dan reeds bij de aanstelling is geschied. Deze bepaling is in wezen overbodig, want hoe dan ook hebben alle werknemers medezeggenschap.

82 In de tekst althans. Of dat daadwerkelijk zo bedoeld is, is de vraag. De hiervoor aangehaalde beslissing van de Gc NPCS lijkt duidelijk genoeg. Anderzijds worden op basis van de vergelijkbare bepalingen in de aktes van benoeming eisen gesteld aan de werknemers die wel betrekking hebben op het onderschrijven van de richting van de school en op het privéleven van de werknemer. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.3.

83 Vgl. i.v.m. de ouders en leerlingen: Beurskens (1984), 122 e.v.

84 Vgl. ook: Hand. II, 1980-1981, 4988, 4995 en 5000 en Hand. I, 1981-1982, 81, 85 en 94.

zover zij dat noodzakelijk acht (en uiteraard ook binnen de grenzen van de wet). De aangewezen weg hiervoor is in dit verband alleen die personeelsleden aan te stellen die uitdrukkelijk positief staan tegenover de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school en de daarop gebaseerde doelstellingen. Dat gebeurt in een groot aantal gevallen; in andere gevallen echter niet.⁸⁵ Uitgaande van deze laatste situatie is het niet te verdedigen dat de WMO het mogelijk maakt dat de school, die haar richting niet gebruikt als criterium bij het al dan niet aanstellen van werknemers, dat vervolgens wel kan doen wanneer het om het al dan niet hebben van medezeggenschap gaat. Dat in de tweede volzin van art. 4 lid 11 WMO wordt bepaald dat de beperking van het passieve kiesrecht slechts in het medezeggenschapsreglement kan worden opgenomen wanneer het bevoegd gezag erin heeft voorzien dat deze beperking voorafgaande aan benoeming aan de betrokkenen is kenbaar gemaakt, doet hieraan niet af: het (mogelijke) onderscheid tussen werknemers die wel kunnen verklaren grondslag en doelstellingen te onderschrijven c.q. respecteren en werknemers die daartoe niet in staat zijn, blijft zo bestaan.

Aanvaardbaar is mijns inziens alleen die regeling die (afgezien van termijn-eisen en dergelijke) alle aan de school aangestelde personeelsleden medezeggenschap geeft.⁸⁶ Op deze wijze worden de confessionele en levensbeschouwelijke bijzondere scholen voor een duidelijke keuze gesteld. De school die voor een minder absoluut vasthouden aan haar richting kiest en die daarom werknemers aanstelt die niet grondslag en doelstellingen kunnen onderschrijven, zal als consequentie moeten aanvaarden dat die werknemers ook in de MR zitting kunnen hebben.⁸⁷ Een school die daar niet voor voelt en die kiest voor handhaving van haar richting, wordt daarin niet gehinderd: bij een goed aanstellingsbeleid kan zij zonder gevaar voor de richting alle personeelsleden medezeggenschap geven.

Deze conclusies betreffen in eerste instantie uitsluitend het confessionele of levensbeschouwelijke bijzonder onderwijs. Voor het (niet-confessionele of levensbeschouwelijke) algemeen-bijzonder onderwijs gelden zij des te sterker. Denkbaar is dat een algemeen-bijzonder school een uitgesproken onderwijskundige aanpak hanteert. Daar is uiteraard allerm minst bezwaar tegen. Ik zie echter niet in dat het in de praktijk brengen van die aanpak kan rechtvaardigen dat bepaalde werknemers van hun (passieve) medezeggenschapsrechten worden uitgesloten.⁸⁸ Ook hier geldt overigens dat een deugdelijk aanstellingsbeleid alle (vermeende) problemen kan voorkomen.

Naast deze principiële bezwaren, is het de vraag of een beperking van het passieve kiesrecht wel nodig is, met andere woorden, of zonder de beperking

85 Vgl. hoofdstuk II, par. 4.2.2.

86 Vgl. op dit punt ook: Van der Burg in zijn brief aan de Commissie voor de anti-discriminatie-wetgeving, TK 1988-1989, 20501, nr 5, bijlage IV, 75.

87 Dat geldt ook voor het geval zich na de aanstelling problemen voordoen.

88 Evenmin als die onderwijskundige aanpak aanleiding mag zijn om in de sfeer van aanstelling en ontslag onderscheid te maken op basis van ras, geloof, geslacht etc. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.7.

het risico bestaat dat de MR van zijn bevoegdheden een zodanig gebruik maakt dat de richting van de school inderdaad gevaar zou lopen. Mijns inziens is dat niet het geval. Ik loop hier kort vooruit op de behandeling van de taken en bevoegdheden van de MR in de paragrafen 3.5 en volgende. Adviezen van de MR kan het schoolbestuur – mits gemotiveerd – naast zich neerleggen. Wordt instemming onthouden om redenen in strijd met de identiteit van de school, dan kan het schoolbestuur zich tot de geschillencommissie wenden. Deze zijn ingesteld door de onderwijszulen, zodat, hoe verder de inhoud van de beslissingen van de geschillencommissies ook zal uitvallen, de bescherming van grondslag en doelstellingen gewaarborgd lijkt.⁸⁹

De conclusie kan geen andere zijn dan dat de mogelijkheid die de WMO biedt om het passieve kiesrecht aan bepaalde werknemers te ontnemen ter bescherming van grondslag en doelstellingen principieel onaanvaardbaar en in de praktijk onnodig is.

3.2.6. *De Toetsingscommissie en de Staatssecretaris*

Dat de artt. 4 lid 11 en 24 lid 4 op korte termijn uit de WMO verdwijnen, lijkt niet waarschijnlijk. De Toetsingscommissie is er niet in geslaagd om in verband met het bepaalde in de art. 4 lid 11 tot een eenstemmige aanbeveling te komen. In verband met het bijzonder onderwijs volstaat de Toetsingscommissie met het weergeven van een drietal verschillende binnen de commissie levende opvattingen: (a) dat het artikel(-lid) in zijn geheel geschrapt moet worden, omdat voorwaarden in verband met grondslag en doelstellingen, als zij al gesteld worden, op het moment van benoeming (c.q. toelating van de leerling) dienen te worden gesteld; (b) dat uitsluitend het respecteren van grondslag en doelstellingen als voorwaarde mag worden gesteld, met het oog op een eventuele verandering van opvattingen bij de werknemer (en de ouder of leerling); (c) dat het artikellid moet worden gehandhaafd, omdat het recht doet aan de vrijheid van onderwijs en omdat het geen verplichting oplegt, maar slechts een mogelijkheid biedt.⁹⁰

Dat de Commissie geen (al dan niet eensluidende) aanbevelingen doet met betrekking tot de artt. 4 lid 11 WMO is – met het oog op haar gevarieerde samenstelling – niet zo verwonderlijk. Opvallend is wel de summierheid en ook ondeugdelijkheid van de argumentatie die gegeven wordt vóór de opvatting dat deze mogelijkheid ook in de toekomst moet blijven bestaan. Volstaan wordt met de vermelding dat art. 4 lid 11 WMO recht doet aan de vrijheid van onderwijs (alsof – bijvoorbeeld – niet een afweging zou moeten plaatsvinden van het grondrecht 'vrijheid van onderwijs' ten opzichte van het grondrecht op gelijke behandeling en alsof met het schrappen van deze bepaling de vrijheid van onderwijs werkelijk in gevaar zou komen), daarnaast met

⁸⁹ Vgl. ook de beschouwingen van Dijk en Schepel (1981, 78 e.v.) over de identiteit van verenigingen en stichtingen, over haar (on)veranderlijkheid en over de verhouding tussen zeggenschap, identiteit en art. 208 (nu 23) Gw.

⁹⁰ Vgl. (1987a), 24-25.

het argument dat art. 4 lid 11 WMO geen verplichting oplegt, maar slechts een mogelijkheid biedt (alsof het niet juist gaat om de vraag óf de wetgever deze mogelijkheid moet bieden).

Het is teleurstellend om, op basis van het Concept, te moeten concluderen dat de Staatssecretaris op dit punt geen uitdrukkelijk standpunt wil innemen. In het Concept zou mijns inziens moeten worden voorgesteld om art. 4 lid 11 WMO te laten vervallen.⁹¹ De bepaling komt echter in het geheel niet ten principale aan de orde.⁹²

3.3 HET MEDEZEGGENSCHAPSREGLEMENT

3.3.1 De huidige regeling

Art. 3 lid 1 WMO bepaalt dat 'aan elke school (...) een medezeggenschapsreglement (wordt) vastgesteld ten behoeve van de medezeggenschap van hen die bij deze school zijn betrokken, met inachtneming van het bij of krachtens deze wet bepaalde.' Uit het voorgaande is al wel gebleken dat dit medezeggenschapsreglement een belangrijke functie heeft. Inhoudelijk gezien vormt het de noodzakelijke aanvulling op de summiere wettelijke regeling.⁹³ Zeker zo belangrijk is dat het, gezien het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO, de eigenlijke basis vormt voor de medezeggenschap van de werknemers.⁹⁴ Dat levert geen problemen op, omdat in de (model)reglementen zonder noemenswaardige uitzondering alle wettelijke bepalingen zijn overgenomen. Zijn reglement en wet met elkaar in strijd, dan geldt strikt genomen het reglement.

Het medezeggenschapsreglement wordt niet vastgesteld door de MR of door schoolbestuur en MR gezamenlijk. Na verkregen instemming daartoe door de MR (of na de bindende uitspraak van de geschillencommissie) wordt het bij eenzijdig besluit van het schoolbestuur vastgesteld.⁹⁵ Daarvan uitgaande zou geredeneerd kunnen worden dat het medezeggenschapsreglement de status krijgt van een door het bestuur van de vereniging of stichting die de school in stand houdt vastgestelde regeling. Het schoolbestuur zou aldus rechtstreeks aan de inhoud van het reglement gebonden zijn. Eventueel zou uit het feit dat schoolbestuur en medezeggenschapsraad overeenstemming bereiken over het reglement kunnen worden afgeleid dat sprake is van iets als een 'medezeggenschapsovereenkomst'. Ook in dat geval zou van gebonden-

91 Art. 24 lid 4 verdwijnt 'vanzelf' als de voorlopige MR verdwijnt en kan verder buiten beschouwing blijven.

92 Afgezien van enkele technische aanpassingen, die verband houden met het afschaffen van het medezeggenschapsreglement in de huidige zin van het woord (vgl. daarover par. 3.3.3). In de concept-MvT (9) wordt in dat verband uitdrukkelijk opgemerkt dat de regeling inhoudelijk dezelfde blijft.

93 Vgl. par. 2.5.

94 Vgl. par. 3.1.

95 Vgl. art. 3 lid 2 WMO.

heid sprake zijn. Een fraaie oplossing is de 'medezeggenschapsovereenkomst' overigens niet. Het karakter van de instemmingsbevoegdheid (vgl. de in par. 3.8.2 te behandelen slagboomtheorie) is bijvoorbeeld moeilijk in overeenstemming te brengen met een kwalificatie van het reglement als een gezamenlijk besluit van schoolbestuur en MR.⁹⁶ Zonder bezwaar lijkt daarentegen de conclusie dat het schoolbestuur door het medezeggenschapsreglement vast te stellen het vertrouwen wekt dat het zich dienovereenkomstig zal gedragen.⁹⁷ Het belang van deze kwalificaties is dat het niet naleven van het reglement onder omstandigheden beantwoord kan worden met een actie op grond van de art. 2:11 en 2:13 BW dan wel met een wanprestatieactie of een onrechtmatige daadsactie.⁹⁸ In hoofdstuk VI werd reeds geconstateerd dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO betekent dat het schoolbestuur niet ten opzichte van de MR gebonden is aan de bepalingen van de WMO.⁹⁹ Het medezeggenschapsreglement is aldus een welkome 'alternatieve' bron van gebondenheid.¹⁰⁰ Daarnaast is het naleven van het reglement uiteraard een verplichting ten opzichte van de overheid in het kader van de bekostiging.¹⁰¹

3.3.2 *De invloed van de modellen*

Zoals in par. 2.5 bleek, is de terughoudendheid van de wetgever ten aanzien van de medezeggenschap in het onderwijs onder andere verdedigd met een beroep op het bieden van ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van de direct betrokkenen. In de praktijk is de verantwoordelijkheid om zelf een deugdelijk reglement tot stand te brengen door de betrokkenen binnen de afzonderlijke scholen als een erg grote, zo niet té grote verantwoordelijkheid ervaren. Om de schoolbesturen, werknemers, ouders en leerlingen behulpzaam te zijn, heeft een groot aantal onderwijsorganisaties dan ook modelreglementen opgesteld.

Zij zijn binnen het overgrote deel van de scholen daadwerkelijk tot uitgangspunt genomen bij het vaststellen van het eigen medezeggenschapsreglement.¹⁰² Dat had niet gehoeven: de WMO geeft de modelreglementen geen speciale status. En ook de onderwijsorganisaties zelf zagen hun model slechts als een advies aan hun leden, zij het een zeer dringend advies.¹⁰³ Dat de modellen niettemin een rol van belang hebben gespeeld bij het opstellen van de afzonderlijke medezeggenschapsreglementen is het gevolg van met name twee

⁹⁶ In vergelijkbare zin oordeelt Van Gijzen (1983, 321) ten aanzien van de OR en zijn reglement. Ook het feit dat de instemming van de MR vervangen kan worden door een beslissing van de geschillencommissie is een argument tégen. Andere bezwaren kwamen aan de orde in hoofdstuk VI, par. 5.3.

⁹⁷ Vgl. op dit punt hoofdstuk VI, par. 5.3; hoofdstuk XI, par. 3.1.

⁹⁸ Vgl. i.v.m. de mogelijkheid die het rechtspersonenrecht biedt (toegesplitst op de WOR): Van Gijzen (1983), 325.

⁹⁹ Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.3.

¹⁰⁰ Vgl. nader: hoofdstuk XI, par. 2.2.

¹⁰¹ Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.3.

¹⁰² Vgl. Van Esch (1988), 219.

¹⁰³ Vgl. in deze zin de toelichtingen bij de modelreglementen van bijv. NPCS en NKSR.

omstandigheden. Dat is in de eerste plaats de omstandigheid dat de modelreglementen over het algemeen afkomstig waren van de koepelorganisaties. Deze modelreglementen hadden al een zeker compromiskarakter en waren als zodanig een aantrekkelijk uitgangspunt voor de betrokkenen binnen de afzonderlijke scholen.¹⁰⁴ In de tweede plaats hebben de modelreglementen een groot gewicht gekregen door de bemoeienis van de geschillencommissies. Deze zijn over het algemeen ingesteld door de koepelorganisaties en zij hebben – zoals verwacht mocht worden – in veel gevallen het model van de koepel als uitgangspunt genomen bij het geven van een beslissing in een geschil over het medezeggenschapsreglement.¹⁰⁵

Het is de vraag of de grote invloed van de modelreglementen in alle opzichten toegejuicht moet worden. De modellen hebben de onderwijskoepels een duidelijke invloed gegeven op aard en omvang van de medezeggenschap binnen de afzonderlijke scholen. Dat hoeft niet per se een bezwaar te zijn, maar het was in geen geval een doelstelling van het invoeren van de WMO, die juist de invloed van de direct betrokkenen wilde versterken. Er is dan ook maar zeer ten dele iets terecht gekomen van het voornemen van de wetgever om te bevorderen dat iedere school een aan de eigen individuele omstandigheden aangepaste regeling zou krijgen.

3.3.3 De toekomst

De Toetsingscommissie beveelt aan om het medezeggenschapsreglement in zijn huidige vorm af te schaffen en om het te vervangen door een door de MR zelf vast te stellen reglement.¹⁰⁶ Uit het Concept blijkt dat de Staatssecretaris deze aanbeveling wil overnemen. In art. I onder K wordt voorgesteld om de MR voortaan de bevoegdheid te geven om een reglement te maken dat, binnen de grenzen van (de goede toepassing van) de WMO, de onderwerpen regelt die bij of krachtens de WMO aan de MR ter regeling zijn opgedragen of overgelaten. Tot die onderwerpen behoren onder andere de omvang en de samenstelling van de MR, de verkiezing, de faciliteiten, het recht op informatie en de procedure tot wijziging van het reglement.¹⁰⁷ Ten aanzien van de eventuele beperking van het passieve kiesrecht ter bescherming van grondslag en doelstellingen gaat het Concept er van uit dat het schoolbestuur aan de MR een voorstel doet.¹⁰⁸ Over het opnemen van een dergelijke beperking in het reglement, maar ook ten aanzien van de bepalingen over de verkiezing, het recht op informatie en de procedure voor wijziging van het reglement, dienen MR en schoolbestuur overeenstemming te bereiken alvorens het desbetref-

104 Vgl. voor een overzicht van de (meer dan 20) modelreglementen: Toetsingscommissie WMO (1984), bijlage III. Hierna zal ik gebruik maken de meest invloedrijke modellen, afkomstig van de NKSR, de NPCS en de VBS. Dit laatste model is een 'besturen-model', dat concurreerde met modellen van o.a. de ABOP en de NGL.

105 Vgl. Gr. rk. klbo Noord Holland, 10-12-1984, nr A-A/4, opgenomen in: MidS J1010.

106 Vgl. (1987b), 32 e.v.

107 Vgl. art. 11 lid 2-nieuw.

108 Vgl. art. I onder D, aanhef en sub 8.

fende deel van het reglement tot stand kan komen. Voor het overige is de MR uitsluitend verplicht tot het voeren van overleg met het schoolbestuur alvorens hij het reglement vaststelt.

Het voorstel om het huidige medezeggenschapsreglement te vervangen door een door de MR vast te stellen reglement van een meer beperkt belang, hangt sterk samen met het voorstel in het Concept om voortaan in de wet zelf op te nemen over welke bijzondere advies- en instemmingsbevoegdheden de MR beschikt. Zou dat voorstel gerealiseerd worden, dan heeft het handhaven van het huidige 'zware' reglement inderdaad weinig zin. Dat pleit voor het voorstel in het Concept.

Ik teken daarbij aan dat de huidige regeling voorziet in een mogelijkheid om geschillen over de inhoud van het reglement door de geschillencommissie te laten beslechten. Die mogelijkheid ontbreekt in de in het Concept voorgestelde regeling, terwijl schoolbestuur en MR het toch eens zullen moeten worden over bepaalde zaken alvorens (het desbetreffende onderdeel van) het reglement tot stand kan komen.¹⁰⁹ Het lijkt dan ook gewenst dat ook voor geschillen over de verkiezing, het recht op informatie en de procedure voor wijziging van het reglement een uitdrukkelijke beroepsgang wordt opgenomen.¹¹⁰

Een veel fundamenteeler bezwaar tegen het voorstel in het Concept is het volgende. Het huidige, door het schoolbestuur vastgestelde medezeggenschapsreglement en niet de WMO vormt voor het bijzonder onderwijs de basis voor de medezeggenschap. Invoering van de voorstellen in het Concept zal betekenen dat het reglement wordt vastgesteld door de MR zonder dat daarover (enkele uitzonderingen daargelaten) overeenstemming behoeft te worden bereikt met het schoolbestuur. Het ligt dan niet meer voor de hand om het medezeggenschapsreglement te zien als de eigenlijke basis voor de medezeggenschap. Ook inhoudelijk gezien is het daarvoor te beperkt. Een alternatieve basis ontbreekt op het eerste oog, met het onaantrekkelijke gevolg dat de werknemers niet langer rechtstreeks ten opzichte van het schoolbestuur aanspraak kunnen maken op medezeggenschap overeenkomstig wet en reglement.¹¹¹ Een geschikte oplossing voor dit probleem zou zijn de WMO-bepalingen het bekostigingsvoorwaardenkarakter te ontnemen en er wettelijke bepalingen van te maken, die zich richten tot de schoolbesturen van bekostigde bijzondere scholen en hun werknemers (en de ouders en leerlingen).¹¹²

Tenslotte wijs ik er op dat, met name voor nieuw op te richten scholen, een

109 Uitsluitend inzake geschillen over een voorstel door het schoolbestuur op basis van art. 4 lid 11 WMO staat beroep open. Vgl. art. 10 lid 4-nieuw.

110 Maar niet parallel aan de regeling voor geschillen op basis van art. 4 lid 11 WMO, waarbij het voorstel van het schoolbestuur marginaal wordt getoetst. Vgl. art. 10 lid 3-nieuw.

111 Hoogstens kan, indien en voor zover het schoolbestuur met het reglement heeft ingestemd, uit die instemming een verplichting tot het naleven van de desbetreffende bepalingen worden afgeleid.

112 Vgl. in dit verband hoofdstuk VI, par. 5.3, par. 6. Deze kwestie komt opnieuw aan de orde in par. 4.3.4 en in hoofdstuk XI, par. 3.1 en 4.3.

bepaling overeenkomstig art. 48 WOR onmisbaar is in de WMO. De regeling van de eerste verkiezing van de MR kan tenslotte moeilijk plaatsvinden in een door de MR vast te stellen reglement.

3.4 SAMENSTELLING EN WERKWIJZE

3.4.1 *Werknemers, naast ouders en leerlingen*

In de MR zijn steeds vertegenwoordigd de geledingen 'personeel' en 'ouders en/of leerlingen'. Daarnaast kunnen in de MR zogenaamde overige leden zitting hebben.¹¹³ De aantallen leden namens de werknemers en namens de ouders en leerlingen zijn aan elkaar gelijk en bedragen elk minimaal een derde van het totale aantal leden.¹¹⁴ De overige leden kunnen zodoende maximaal een derde van de zetels bezetten. Al naar gelang de omvang van de school kan de MR zes tot achttien leden tellen.¹¹⁵

Blijkens de parlementaire geschiedenis werd ten aanzien van de overige leden, ook wel 'buitenleden' genoemd, niet gedacht aan deskundigen van buitenaf, maar aan personen die een duidelijke binding hebben met de school in verband met de identiteit ervan, of in verband met de beroepen waarvoor zij opleidt.¹¹⁶ Buitenleden kunnen slechts zitting hebben in de MR indien het medezeggenschapsreglement dit bepaalt.¹¹⁷ Geen van de in par. 3.3.2 genoemde modelreglementen biedt echter de mogelijkheid om buitenleden in de MR op te nemen. De Toetsingscommissie is tot het oordeel gekomen dat het instituut 'buitenlid' uit de WMO dient te verdwijnen.¹¹⁸ Uit het Concept blijkt dat de Staatssecretaris deze aanbeveling heeft overgenomen.¹¹⁹ Dat hoeft niet betreurd te worden; zoals de Toetsingscommissie opmerkt ligt het meer voor de hand dat de personen en instanties die een duidelijke binding hebben met de school in verband met de identiteit ervan of in verband met de beroepen waarvoor zij opleidt de vereiste zeggenschap krijgen via het schoolbestuur.

Zij die deel uitmaken van het schoolbestuur, kunnen niet tevens lid zijn van de MR.¹²⁰ De strekking van de bepaling is duidelijk; zij wil voorkomen dat taken en verantwoordelijkheden van schoolbestuur en MR op een ongewenste manier worden vermengd. De formulering blijkt aanleiding te geven tot problemen in verband met bijzondere scholen die in stand worden gehouden door

113 Art. 4 lid 3 WMO.

114 Art. 4 lid 4 WMO.

115 Vgl. art. 4 lid 2 WMO. Vgl. voor afwijkingen voor speciale gevallen het (in par. 3.11.2 te behandelen) Besluit medezeggenschap onderwijs (BMO).

116 Vgl. MvT II, 19 onder f.

117 Dat sluit uiteraard niet uit dat individuele scholen in de praktijk toch de mogelijkheid hebben geopend om buitenleden in de MR zitting te laten nemen. Uit het ITS-onderzoek (Smit c.s. (1987)) blijkt daarvan echter niet.

118 Vgl. (1987a), 23.

119 Vgl. art. I onder D, aanhef en sub 4. Vgl. ook de concept-MvT, 7.

120 Vgl. art. 4 lid 9 WMO.

een vereniging. In het Concept wordt dan ook een verduidelijking voorgesteld.¹²¹

Het meest opvallende aspect van de samenstelling van de MR is zonder twijfel dat daarin naast de werknemers ook de ouders en/of leerlingen vertegenwoordigd zijn en dat met een gelijk aantal zetels als de werknemers. Het is hier dat het eigen, aan het onderwijs aangepaste karakter van de WMO het meest duidelijk opvalt. Deze wijze van samenstellen van de MR vormt zonder twijfel een potentiële bron van problemen. Ouders, leerlingen en werknemers vormen geen homogene groepering. Er zijn grote verschillen in deskundigheid en ervaring, in de aard van de betrokkenheid bij de school, wellicht ook in de mate van betrokkenheid. In sommige gevallen kan sprake zijn van tegenstrijdige belangen. Ondanks deze verschillen hebben ouders, leerlingen en werknemers zitting in één raad en zijn zij zodoende min of meer gedwongen om tot één standpunt te komen. Dat standpunt zal desnoods een meerderheidsstandpunt moeten zijn, met in dat geval als consequentie dat de minderheid door het schoolbestuur formeel niet gehoord wordt.¹²² Dit gegeven is van belang omdat stellig verdedigd kan worden dat het de omvang van de medezeggenschap van de werknemers nadelig beïnvloedt, met name in die gevallen waarin de medezeggenschap betrekking heeft op aangelegenheden die speciaal de werknemers aangaan. Anderzijds bestaat het risico dat ook de medezeggenschap van ouders en leerlingen niet goed tot zijn recht komt, omdat de werknemersgeleding over het algemeen deskundiger en ervarener is. Meer in het algemeen belemmert een constructie zoals de WMO die kent, met één MR, dat aan de verschillen tussen de geledingen consequenties worden verbonden, op praktische punten, maar eventueel ook in verband met de aard en de omvang van de medezeggenschapsbevoegdheden.

Ik zal de principiële vraag of het – gezien deze bezwaren en risico's – terecht is dat zowel werknemers als ouders en leerlingen zitting hebben in één MR hier verder laten rusten; in par. 4.4 zal ik er uitgebreid op terugkomen.¹²³ Feit is dat op dit moment de werknemers niet meer dan helft van het aantal zetels van de MR kunnen bezetten. Het schrappen van het instituut 'buitenlid' brengt daarin geen verandering.

3.4.2 *Onderwijzend en niet-onderwijzend personeel*

De WMO maakt ten aanzien van de samenstelling van de MR geen onderscheid tussen onderwijzend en niet-onderwijzend personeel.¹²⁴ Het risico is aanwezig dat het niet-onderwijzend personeel daardoor niet verzekerd is van

121 Vgl. art. I onder D, aanhef en sub 6. Dat gebeurt conform de aanbeveling van de Toetsingscommissie WMO. Vgl. (1987a), 23-24.

122 De splitsing van het instemmingsrecht kan hier ten dele uitkomst bieden. Vgl. par. 3.8.3.

123 Vgl. daarnaast par. 3.9.3 i.v.m. de faciliteiten en par. 3.11.5 i.v.m. de (eventueel uit te breiden) ontheffingsmogelijkheid in art. 17 WMO.

124 Art. 12 WMO biedt de mogelijkheid een afzonderlijke subgeleding-raad voor het niet-onderwijzend personeel in het leven te roepen. Art. 4 WMO trekt deze lijn echter niet door naar de samenstelling van de MR.

voldoende inbreng in de MR. De categorie onderwijzend personeel heeft in elk geval getalsmatig en vaak ook qua samenhang in veel scholen een sterk overwicht. Daardoor is niet uitgesloten dat in de MR uitsluitend het onderwijzend personeel vertegenwoordigd zal zijn.¹²⁵

Net zo min als de wet, bieden de in par. 3.3.2 genoemde modelreglementen garanties waar het gaat om de positie van het niet-onderwijzend personeel. Dat had gekund door voor te schrijven dat de getalsmatige verhoudingen binnen de beide categorieën personeel in de MR een afspiegeling dienen te zijn van de verhoudingen binnen de school als geheel, of door het niet-onderwijzend personeel een of meer 'kwaliteitszetels' toe te kennen.

De Toetsingscommissie besteedt in haar rapporten geen aandacht aan deze kwestie. Ook in de door haar in opdracht gegeven ITS-onderzoeken komt de positie van het niet-onderwijzend personeel niet aan de orde. Daarmee is niet gezegd dat hier geen probleem ligt. Nader onderzoek lijkt daarom op zijn plaats. Mocht blijken dat het niet-onderwijzend personeel inderdaad onvoldoende vertegenwoordigd is in de MR's, dan zou ook op dit punt een wetswijziging op haar plaats zijn.

3.4.3 De schoolleider

De positie van de schoolleider ten aanzien van de MR is in beginsel geen andere dan die van de overige personeelsleden: hij heeft zowel actief als passief kiesrecht.¹²⁶ Wordt de schoolleider niet gekozen tot lid, dan heeft hij desondanks zitting in de MR, zij het uitsluitend met adviserende stem; aldus bepaalt art. 4 lid 7 WMO. Het medezeggenschapsreglement kan echter bepalen dat de schoolleider namens het schoolbestuur de besprekingen met de MR voert; art. 5 lid 1 WMO biedt de mogelijkheid daartoe.¹²⁷ In dat geval kan de schoolleider, gezien art. 4 lid 10 WMO, niet als (volwaardig) lid zitting hebben in de MR.¹²⁸ Onduidelijk is of de schoolleider die het schoolbestuur vertegenwoordigt desondanks met adviserende stem in de MR zitting heeft. De wetstekst sluit dit niet uit (stelt 'lid zijn' en 'zitting hebben' naast elkaar). De kamerstukken zijn onduidelijk en zeer summier op dit punt.

In de praktijk blijken maar zeer weinig schoolleiders als gekozen lid zitting te hebben in de MR. In het bijzonder onderwijs is dat in slechts 4,2% van de scholen die aan het ITS-onderzoek deelnamen het geval.¹²⁹ Relatief vaker

125 Tijdens de parlementaire behandeling van de WMO werd op dit punt al enige bezorgdheid geuit. Vgl. Hand. EK, 1981-1982, 80, 87 en 92.

126 Ik gebruik hierna het enkelvoud 'schoolleider'. In sommige gevallen zou het beter zijn om te spreken van 'schoolleiding', namelijk in die scholen waar de directeur en een of meer adjunct-directeuren gezamenlijk de schoolleiding vormen. In het kader van een onderlinge taakverdeling is niet uitgesloten dat een van de adjunct-directeuren met de MR overlegt. Vgl. ook Toetsingscommissie WMO (1987b), 21.

127 De instemming van de schoolleider is vereist, Vgl. i.v.m. het openbaar onderwijs: LGC 22-5-1985 G/144 en 145. Ook in het bijzonder onderwijs dient de schoolleider m.i. in te stemmen met deze (in elk geval formeel) fundamentele wijziging van zijn taken.

128 Lid 7 is bij amendement ingevoerd. Vgl. Hand. TK, 1980-1981, 5004.

129 Vgl. Smit c.s. (1987), 131.

komt voor dat de schoolleider namens het schoolbestuur het overleg voert met de MR, namelijk in 12,5% van de scholen die voorwerp waren van het tweede ITS-onderzoek.¹³⁰ Dit laatste cijfer is opvallend. Met name de vakbonden hadden al bij het totstandkomen van de WMO grote bezwaren tegen het aanwijzen van de schoolleider als vertegenwoordiger van het schoolbestuur. Zij wezen op de taakverzwaring die daarvan het gevolg zou zijn, zonder dat daar extra faciliteiten tegenover zouden staan, op het mogelijke conflict van plichten voor de schoolleider en op het risico dat het schoolbestuur zich achter de schoolleider zou 'verschuilen'. Eén uitzondering daargelaten, is in de modelreglementen dan ook gekozen voor een positie van de schoolleider gelijk aan die van de overige personeelsleden.¹³¹ In praktijk zijn de betrokkenen binnen de afzonderlijke scholen kennelijk toch tot een andere afweging gekomen.¹³²

Uit het voorgaande blijkt al dat in het overgrote deel van de scholen de schoolleider met adviserende stem zitting heeft in de MR; in (afhankelijk van het onderwijstype) ruim 60 tot ruim 80% van de scholen is dat het geval. Voor deze rol kiezen de schoolleiders onder andere om een onafhankelijke positie te kunnen innemen tussen schoolbestuur en MR.¹³³

Belangrijker dan de 'formele' status van de schoolleider (lid, vertegenwoordiger van het schoolbestuur, adviseur), is de wijze waarop hij zich 'materieel' opstelt. Uit het ITS-onderzoek blijkt dat het in dat opzicht niet veel uitmaakt welke formele status de schoolleider heeft; in alle gevallen heeft hij een sterke invloed op de gang van zaken in de MR. De schoolleider is een belangrijke, zo niet dé belangrijkste bron van informatie van de raadsleden. Hij heeft een sterke invloed op de agenda van de MR. Een belangrijke stem heeft hij vervolgens ook bij de meningsvorming, zelfs als die stem formeel alleen een adviserende is. Niet zonder ironie schrijven ITS-onderzoekers als volgt:

'De schoolleiders zijn zeer nadrukkelijk aanwezig tijdens de MR-vergaderingen. Veel schoolleiders vervullen een 'glansrol' bij de MR-vergaderingen waar ze uitgebreid toelichting geven (als architect) van het beleid. Schoolleiders moeten veel vragen van MR-leden beantwoorden, de gekozen MR-leden 'toespreken' en motiveren tot allerlei activiteiten'¹³⁴

Dit alles is niet verwonderlijk. De schoolleider mag dan wel werknemer zijn, in die zin dat hij werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst met het schoolbestuur, in veel andere opzichten onderscheidt hij zich sterk van zijn collega-werknemers. Hij is degene met de beste toegang tot het schoolbestuur. In veel gevallen is hij bij de bestuursvergaderingen aanwezig. In de regel is de schoolleider ook aanwezig bij het overleg tussen schoolbestuur en MR; in

130 Vgl. Smit c.s. (1987), 132.

131 Slechts het NKSR-reglement voor vwo-en avo wijkt af.

132 De door de vakbonden gevreesde bezwaren doen zich in de praktijk blijkbaar niet voor. Vgl. Smit c.s. (1987), 132-133.

133 Vgl. Smit c.s. (1987), 131-133.

134 Vgl. Smit c.s. (1987), 153; vgl. ook 90-91.

dat kader heeft hij vaak naar beide zijden toe een adviserende, informerende, soms ook bemiddelende rol.¹³⁵

Het is in dit verband veelzeggend genoeg dat het ITS-onderzoek de conclusie heeft opgeleverd dat alle betrokkenen (schoolbesturen, schoolleiders, werknemers, ouders, leerlingen) de schoolleider zien als degene met de meeste invloed op het beleid van het schoolbestuur, ook na het instellen van de MR, terwijl de geledingen in de MR's concluderen dat zij sedert het bestaan van de MR niet of nauwelijks meer invloed hebben gekregen op de schoolleider.¹³⁶ Het lijkt er op dat juist de persoon met de meeste invloed op de gang van zaken binnen de school buiten de invloedssfeer van de wettelijk en reglementair gegarandeerde medezeggenschap valt.

Dat de schoolleider geen 'normale' werknemer, of zelfs maar de 'eerste onder zijns gelijken' is, blijkt met name als het schoolbestuur aan de schoolleider bevoegdheden heeft gedelegeerd. Dat blijkt op vrij ruime schaal voor te komen. Daarnaast blijkt de schoolleider in veel gevallen een omvangrijke taak te hebben bij de voorbereiding van de besluitvorming in het schoolbestuur. Het merendeel van de schoolleiders blijft ondanks deze taken als adviseur van de MR optreden. De ITS-onderzoekers leidt dat tot de conclusie dat de schoolleider in sommige gevallen de MR informeert over de plannen van het schoolbestuur, die in feite door hem zelf zijn voorbereid.¹³⁷

Tot zover de gang van zaken in de praktijk. Deze gang van zaken heeft de Toetsingscommissie aanleiding gegeven om een tweetal aanbevelingen te formuleren in verband met de positie van de schoolleider. In de eerste plaats wil de Toetsingscommissie dat in de wet wordt vastgelegd dat de schoolleider (wanneer niet gekozen als lid) adviseur is van de MR – en niet lid met adviserende stem. Consequentie daarvan is dat de MR desgewenst kan besluiten om buiten aanwezigheid van de schoolleider te vergaderen. In de tweede plaats beveelt de Toetsingscommissie aan om in de wet vast te leggen dat het schoolbestuur de schoolleider niet kan belasten met het overleg met de MR. Het uitgangspunt bij het doen van deze aanbevelingen is voor de Toetsingscommissie dat de schoolleider uit een oogpunt van medezeggenschap lid is van het schoolteam, dat hij als zodanig personeelslid is en dezelfde rechten en plichten heeft als de overige personeelsleden.¹³⁸

Staatssecretaris Ginjaar-Maas zocht in 1988 de oplossing voor de – ook door haar erkende – moeilijke positie van de schoolleider eerder in een uitdrukkelijke versterking van diens taken en bevoegdheden, ten koste van – zo begrijp ik het concept-Verslag – de taken en bevoegdheden van het schoolbestuur.¹³⁹ De Staatssecretaris wilde dan ook de aanbevelingen van de Toetsingscommissie inzake de positie van de schoolleider niet overnemen.

135 Vgl. Smit c.s. (1987), 138.

136 Vgl. Smit c.s. (1987), 146-147 en 153.

137 Vgl. Smit c.s. (1987), 92.

138 Vgl. (1987b), 20.

139 Vgl. m.n. 18.

Hoewel ik mij geheel kan vinden in het uitgangspunt van de toenmalige Staatssecretaris (ik kom daar zo meteen op terug), vraag ik mij af of het terecht is dat zij met name de eerste aanbeveling van de Toetsingscommissie afwees. Juist als de bedoeling is om de positie van de schoolleider te versterken ten koste van die van het schoolbestuur, is er alle reden om de schoolleider enige afstand te laten bewaren ten opzichte van de MR. De ervaringen in het kader van de WOR, waar de ondernemer (c.q. bestuurder) sedert 1979 bewust is uitgesloten van deelname aan de vergaderingen van de OR, wijzen duidelijk in deze richting.

De vergelijking met de WOR is ook in andere opzichten interessant waar het gaat om de positie van de schoolleider. Zou deze wet op het bijzonder onderwijs van toepassing zijn, dan zou de schoolleider als 'bestuurder' het overleg voeren met de OR; hij is zonder twijfel 'degene die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid'.¹⁴⁰ Als zodanig zou hij, gezien art. 23 lid 5 WOR, het overleg voeren met de OR. Om die reden zou hij voor de toepassing van de wet geacht worden niet te behoren tot de in de onderneming (in casu: school) werkzame personen en aldus bijvoorbeeld het actieve en passieve kiesrecht missen.¹⁴¹

Het is deze positie van de schoolleider die Staatssecretaris Ginjaar-Maas blijkbaar voor ogen stond. Om verschillende redenen lijkt dat een verstandige keuze. Het ITS-onderzoek levert bijvoorbeeld duidelijke argumenten 'pro' op. Waar de schoolleider op dit moment als vertegenwoordiger van het schoolbestuur optreedt, blijkt dat het functioneren van de MR duidelijk te goede te komen. De ITS-onderzoekers wijten dat aan de duidelijkheid die deze rol schept. De rol van adviseur (praktijk in veruit de meeste scholen) zorgt er weliswaar voor dat de schoolleider 'de handen vrij houdt', maar blijkt overigens de medezeggenschap niet ten goede te komen.¹⁴² Daarnaast blijkt dat in veel gevallen tal van bevoegdheden gedelegeerd zijn aan de schoolleider.¹⁴³ In deze gevallen is het goed dat de MR overlegt met degene die de beslissingsbevoegdheid heeft. Ook op grond van zijn deskundigheid en 'nabijheid', in de zin van betrokkenheid bij de dagelijkse gang van zaken in de school, lijkt juist de schoolleider de aangewezen overlegpartner voor de MR.

De keuze voor de schoolleider als vaste overlegpartner voor de MR zou ten dele ingrijpende consequenties hebben. Zeker in de wat kleinere scholen zou zij een duidelijke verandering brengen in de verhouding tussen de schoolleider en de overige werknemers. Wil de schoolleider zijn nieuwe rol kunnen waarmaken, dan zou het schoolbestuur bereid en in staat moeten zijn om grote delen van zijn bevoegdheden over te dragen. In het middelbaar en hoger be-

140 Vgl. art. 1 lid 1 sub e WOR. Vgl. over deze bepaling: Inzicht (1990), 24-25.

141 Vgl. art. 1 lid 3 WOR.

142 Vgl. Smit c.s. (1987), 205 e.v. en m.n. 214-215.

143 Vgl. Smit c.s. (1987), 91.

roepsonderwijs zijn ontwikkelingen in deze richting duidelijk in gang gezet.¹⁴⁴ Of het basis-, speciaal en (overige) voortgezet onderwijs al aan een dergelijke verandering toe is, is maar zeer de vraag. Dat zijn wellicht argumenten die pleiten tegen een dergelijk ingrijpende verandering, zeker op kortere termijn. Een positief aspect van zowel het Eindrapport van de Toetsingscommissie als het concept-Verslag aan het parlement uit 1988 is dat een uitdrukkelijk standpunt wordt ingenomen ten aanzien van de positie van de schoolleider. Blijkens het Concept is de huidige Staatssecretaris daartoe niet bereid. De eerste aanbeveling van de Toetsingscommissie (de schoolleider als adviseur) wordt overgenomen; de tweede aanbeveling niet.¹⁴⁵ In beide gevallen gebeurt dat zonder enige principiële beschouwing over de positie van de schoolleider. Met de voorgestelde mogelijkheid om de schoolleider – op eigen verzoek of op verzoek van de MR – te ontheffen van zijn (eventuele) taak om namens het schoolbestuur het overleg te voeren met de MR wordt de huidige, tweeslachtige opzet gecontinueerd.

3.4.4 Werkwijze

In verband met het uitoefenen van medezeggenschap kunnen – formeel gezien – twee overlegsituaties worden onderscheiden: het overleg binnen de MR en het overleg tussen de MR en het schoolbestuur.

Ten aanzien van het overleg binnen de MR bepaalt art. 5 lid 2 WMO dat de MR bevoegd is tot bespreking van alle aangelegenheden de school betreffende. Art. 5 lid 7 WMO bevat daarnaast de bepaling dat wanneer een persoonlijk belang van een van de raadsleden in het geding is, de MR kan beslissen dat het desbetreffende raadslid niet aan de vergadering deelneemt; in dat geval wordt de aangelegenheid in besloten vergadering behandeld. Uit deze bepaling kan worden opgemaakt dat de vergaderingen van de MR in de regel openbaar zijn. Voor het overige bevat de WMO ten aanzien van de werkwijze van de MR geen bepalingen. Art. 5 lid 1 WMO betreft het overleg tussen de MR en het schoolbestuur (of diens vertegenwoordiger). Het overleg met het schoolbestuur dient tenminste twee maal per jaar plaats te vinden. Het is gewijd aan de algemene gang van zaken in de school. Daarnaast komen schoolbestuur en MR bijeen als daarom wordt gevraagd door het schoolbestuur, door de raad of door een geleding uit de raad.

Als geheel is dit een erg magere regeling. Ter vergelijking: de artt. 26 lid 4 en 27 lid 2 WOR bepalen dat de OR niet eerder besluit over een verzoek om advies of om instemming dan nadat de aangelegenheid waarop het verzoek betrekking heeft in een overlegvergadering aan de orde is geweest. Dergelijke bepalingen ontbreken zowel in de WMO als in de modelreglementen, terwijl ook overigens het overleg tussen schoolbestuur en MR ongeregeld is gebleven.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Vgl. hoofdstuk IV, par. 3.2.7.

¹⁴⁵ Vgl. art. I onder D, aanhef en sub 5; art. I onder E.

¹⁴⁶ Vgl. over de gang van zaken in de praktijk: Smit c.s. (1987), 87 e.v.

Daardoor is bijvoorbeeld ook onduidelijk wie het schoolbestuur vertegenwoordigt indien het zelf het overleg voert met de MR. Uit de jurisprudentie van de geschillencommissie blijkt dat op dit punt gemakkelijk geschillen kunnen rijzen tussen schoolbestuur en MR. Het schoolbestuur let veelal op de praktische haalbaarheid, met name als er een aantal scholen onder zijn bestuur staat. De MR's geven over het algemeen de voorkeur aan een zo 'hoog' mogelijke overlegpartner. De geschillencommissies, geconfronteerd met geschillen op dit punt, houden over het algemeen met beide belangen rekening, maar laten het schoolbestuur toch ook een vrij grote ruimte om zelf te beslissen.¹⁴⁷

Ter vergelijking: de WOR bevat op dit punt een uitgebreide regeling die waarborgt dat zo veel mogelijk de 'hoogstverantwoordelijke(n)' in de onderneming bij het overleg aanwezig zijn.¹⁴⁸ Ook regelt de WOR wie de overlegvergaderingen voorziet. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de WMO.

De Toetsingscommissie heeft aanbevolen om de wettelijke regeling van de werkwijze van de MR op een aantal punten te verbeteren. In het Concept worden deze aanbevelingen maar zeer ten dele overgenomen. In de par. 3.7 en 3.8.1 kom ik daar op terug.

3.4.5 De 'achterban'

Tot slot van deze paragraaf volgen nog enkele opmerkingen over de relatie tussen de werknemers in de MR en hun 'achterban'.

In juridisch opzicht is van een dergelijke relatie geen sprake, afgezien van de verkiezing. De werknemers hebben op persoonlijke titel zitting in de MR en kunnen hun mening uiten en stemmen 'zonder last of ruggespraak'. Uit het ITS-onderzoek blijkt dat de relatie tussen de raadsleden en de overige werknemers weinig ideaal is. De werknemers worden redelijk goed op de hoogte gehouden van belangrijke aangelegenheden die in de MR ter sprake komen. 'Andersom' zijn er echter veel minder contacten. Met name in het basis-, speciaal en voortgezet onderwijs worden door de werknemers zelden onderwerpen aangedragen ter behandeling in de MR. Zijn er problemen, dan wenden personeelsleden zich vaak rechtstreeks tot de schoolleiding of het schoolbestuur. De raadsleden ondervinden ook weinig interesse voor hun werk bij hun collega's.¹⁴⁹

Mede om raadsleden en achterban met elkaar contact te laten onderhouden, biedt art. 12 WMO de mogelijkheid om een geledingenraad in te stellen, eventueel zelfs twee raden, voor onderwijzend en voor niet-onderwijzend per-

¹⁴⁷ Vgl. Gc rk bso Zuid Ned., 2-3-1988, nr B 88/9: nu in het overleg in de zin van art. 5 lid 2 geen besluiten worden genomen, moet de MR genoeg nemen met overleg met een zgn. bestuurscommissie, waarvan alleen de voorzitter deel uit maakt van het schoolbestuur. Vgl. ook Gc NPCS, 31-5-1985, nr 85/84 VI: het schoolbestuur kan in beginsel zelf bepalen op welke wijze het is vertegenwoordigd in de contacten met de MR, maar het bestuurslid-tevens voorzitter van de oudercommissie is in ieder geval niet de aangewezen persoon.

¹⁴⁸ Vgl. de artt. 23 leden 5-7 en 24 lid 2 WOR.

¹⁴⁹ Vgl. Smit c.s. (1987), 169-170.

soneel. Een geledingenraad heeft adviserende bevoegdheden ten opzichte van de MR. De indruk bestaat dat door de werknemers van deze mogelijkheid weinig gebruik wordt gemaakt, vooral niet in kleine scholen.

Als oplossing voor het probleem van de gebrekkige contacten tussen MR en achterban (dat overigens in verband met de ouders en leerlingen nog veel groter is dan in verband met de werknemers) heeft de Toetsingscommissie aanbevolen om te zorgen voor een betere informatieverstrekking door MR aan de andere betrokkenen binnen de school. Ten minste één maal per jaar zou de MR schriftelijk verslag moeten doen van de verrichte werkzaamheden. Daarnaast zouden agenda's en verslagen van vergaderingen aan het schoolbestuur en aan eventuele geledingenraden en gemeenschappelijke MR's bekend moeten worden gemaakt. Indien er geledingenraden zijn, zouden deze ten minste eenmaal per jaar in de gelegenheid moeten worden gesteld om met de MR te overleggen over die aangelegenheden die de geleding in het bijzonder aangaan.¹⁵⁰ Uit het Concept blijkt dat de Staatssecretaris deze aanbeveling vrijwel letterlijk wil opvolgen.¹⁵¹

Of realisering van de aanbevelingen van de Toetsingscommissie veel zal verbeteren moet intussen worden afgewacht. Met name in kleine scholen is voorstelbaar dat de werknemers de MR als een overbodige omweg in de contacten met het schoolbestuur ervaren; in par. 3.11.5 kom ik op deze kwestie terug.

3.5 ALGEMENE BEVOEGDHEDEN EN TAKEN

De centrale bepalingen van de WMO zijn de artt. 5, 6 en 7. Art. 5 WMO kent de MR een aantal algemene bevoegdheden en taken toe. De art. 6 en 7 WMO bevatten een regeling van de bijzondere bevoegdheden van de MR ten aanzien van specifieke besluiten van het schoolbestuur. De bijzondere bevoegdheden zullen in de volgende paragrafen aan de orde komen. Hierna volgen eerst enkele opmerkingen over de algemene bevoegdheden en taken van de MR.

Waar het gaat om de algemene bevoegdheden bevat de WMO een in beginsel volledige regeling. Anders dan het geval is met de bijzondere advies- en instemmingsbevoegdheden, die afhankelijk van de inhoud van het medezeggenschapsreglement per school sterk kunnen verschillen, zijn aard en omvang van de algemene bevoegdheden van de MR daarom in iedere school gelijk. Zoals hierna zal blijken, stemt de regeling van de algemene bevoegdheden en taken van de MR in de WMO in grote lijnen overeen met die in de WOR.¹⁵²

Op grond van art. 5 lid 1 WMO heeft de MR het recht om ten minste twee maal per jaar met het schoolbestuur te spreken over de gang van zaken in de school. Deze bepaling kwam in par. 3.4.4 al aan de orde.

150 Vgl. (1987b), 35 e.v.

151 Vgl. art. 1 onder E, aanhef en sub 4.

152 Vgl. de artt. 23 en 28 WOR.

Art 5 lid 2 WMO betreft in de eerste plaats het overleg binnen de MR: de MR is bevoegd tot bespreking van alle aangelegenheden de school betreffende. De MR heeft ook de bevoegdheid om te spreken over individuele personen. De NKSR-reglementen sloten dat aanvankelijk uitdrukkelijk uit, met het oog op de bescherming van privacy en goede naam van de school. De Minister heeft echter te kennen gegeven dat de bevoegdheid tot het bespreken van aangelegenheden die betrekking hebben op de school op geen enkele wijze door het medezeggenschapsreglement beperkt mag worden.¹⁵³ De geschillencommissies in het rooms-katholiek onderwijs zijn dan ook niet accoord gegaan met een dergelijke beperking.¹⁵⁴

Art 5 lid 2 WMO bepaalt tevens dat de MR bevoegd is om over de aangelegenheden die in de raad aan de orde komen aan het schoolbestuur voorstellen te doen en standpunten kenbaar te maken. De MR heeft aldus een algemene adviesbevoegdheid aan het schoolbestuur. Lid 5 bepaalt in aansluiting hierop dat het schoolbestuur zijn standpunt over de door de MR gedane voorstellen met redenen omkleed aan de MR meedeelt.¹⁵⁵

De MR heeft tot taak het bevorderen van openheid, openbaarheid en onderling overleg; aldus bepaalt art. 5 lid 3 WMO. Op grond van lid 4 heeft de MR voorts tot taak te waken tegen discriminatie. Sinds kort bevat art. 5 lid 4 WMO de volgende bepaling:

'Het medezeggenschapsreglement bepaalt of de raad een overeenkomstige bevoegdheid bezit als bedoeld in artikel 14, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Stb. 1980, 86). In dat geval is artikel 21, tweede lid, van de in de vorige zin genoemde wet van overeenkomstige toepassing.'

De MR heeft op grond van deze bepaling de bevoegdheid om een beroep te doen op de Commissie gelijke behandeling, maar alleen als het medezeggenschapsreglement dat mogelijk maakt. Dat betekent dat schoolbestuur en MR op dit punt tot overeenstemming moeten komen, alvorens de beroepsmogelijkheid bestaat. Waarom dat nodig is, is onduidelijk. De MR-taak om tegen discriminatie te waken is uitdrukkelijk in de WMO opgenomen, terwijl ook overigens aard en omvang van de algemene taken en bevoegdheden geheel onafhankelijk zijn van de inhoud van het medezeggenschapsreglement. In het Concept worden op dit punt geen veranderingen voorgesteld. Zeker gezien het feit dat wordt voorgesteld om ook de bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden van de MR uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, was dat wel zo consequent geweest om dat wél te doen.

153 Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 28, 75.

154 Vgl. MidS I1010-30 e.v. Het opleggen van een geheimhoudingsplicht kan hier een uitkomst bieden; vgl. par. 3.9.2.

155 In het Concept wordt deze bepaling aangescherpt door het schoolbestuur te verplichten om binnen drie maanden schriftelijk te reageren. Vgl. art. I onder E, aanhef en sub 2.

3.6 BIJZONDERE MEDEZEGGENSCHAPSBEVOEGDHEDEN: ALGEMEEN

3.6.1 *Vaststelling per school*

De artt. 6 en 7 WMO betreffen de bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden van de MR met betrekking tot voorgenomen besluiten van de zijde van het schoolbestuur. Het is vooral hier dat het besluit van de wetgever om slechts basisbepalingen vast te stellen ingrijpende gevolgen heeft gehad. Anders dan de WOR ten aanzien van de OR, bepaalt de WMO namelijk niet zelf welke bijzondere bevoegdheden de MR heeft. De wet volstaat met het opsommen van een groot aantal 'bijzondere medezeggenschapsaangelegenheden', met betrekking waartoe de betrokkenen in iedere afzonderlijke school in het eigen reglement dienen vast te leggen of de MR medezeggenschap heeft en zo ja, in welke mate. De WMO laat de scholen hierbij de keuze uit vier mogelijkheden: (a) het schoolbestuur behoeft de instemming van de MR terzake van een voorgenomen besluit; (b) het schoolbestuur behoeft de instemming van de personeels- of ouders/leerlingengeleding; (c) het schoolbestuur dient de MR vooraf om advies te vragen; (d) het nemen van het besluit blijft geheel voorbehouden aan het schoolbestuur.¹⁵⁶

3.6.2 *De aangelegenheden*

Art. 7 WMO somt een 27-tal aangelegenheden op met betrekking waartoe in het medezeggenschapsreglement moet worden vastgelegd of en zo ja, welke medezeggenschapsbevoegdheid de MR dienaangaande heeft. De aangelegenheden zijn grotendeels zeer 'algemeen' van aard. Het gaat in de regel om 'het beleid met betrekking tot ...' of om 'besluiten tot het vaststellen of wijzigen van regels met betrekking tot ...'. De opsomming is niet limitatief. Art. 7 sub bb biedt de mogelijkheid om naast de in de wet genoemde aangelegenheden nog 'andere aangelegenheden van algemene aard' in het medezeggenschapsreglement op te nemen.

De lijst 'voor medezeggenschap vatbare' aangelegenheden is ook zonder dat dat gebeurt lang en ogenschijnlijk ook zonder veel structuur. Bij nadere beschouwing zijn de aangelegenheden echter te groeperen rond een aantal specifieke onderwerpen. In de eerste plaats zijn er de aangelegenheden (sub a-g) die betrekking hebben op de school als geheel: besluiten in verband met grondslag en doelstellingen, de inrichting en organisatie van het onderwijs zoals vastgelegd in het schoolwerkplan dan wel leerplan, de omvang van de school en haar (voort)bestaan, de samenwerking met andere scholen en instanties, de interne organisatie van de school en andere fundamentele besluiten. De wetgever heeft zich in dit verband duidelijk laten inspireren door de artt. 25 en 27 WOR (bijvoorbeeld: 'beëindiging, belangrijke inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden van de school of van een belangrijk onderdeel daarvan'). In de tweede plaats zijn er de aangelegenheden (sub h-q) die vooral betrekking hebben op de positie van de werknemers. Ik noem als voor-

¹⁵⁶ Art. 6 lid 1 WMO.

beelden: het aanstellings- en ontslagbeleid, aanstelling en ontslag van de schoolleiding, de taakverdeling binnen de schoolleiding en binnen (alle of grote groepen van) het personeel en de regeling van de gevolgen voor het personeel van eventuele besluiten tot het sluiten van de school of tot fusie. In de derde plaats noemt art. 7 een aantal aangelegenheden (sub r-v) die betrekking hebben op de leerlingen en ouders: toelating en verwijdering, leerlingenstatuut, ouderparticipatie en dergelijke. Daarna wordt een drietal aangelegenheden (sub w-y) genoemd, in verband met de financiën en de huisvesting van de school. Tenslotte noemt art 7 WMO twee aangelegenheden die voor zowel werknemers als ouders en leerlingen van belang zijn: vaststelling of wijziging van regels op het gebied van de veiligheid en de gezondheid (sub z) en het besluit om ontheffing te vragen van de toepasselijkheid van de WMO (sub aa).¹⁵⁷

De wetgever is bij het formuleren van de aangelegenheden niet steeds even zorgvuldig geweest. Tal van voorstellen van het schoolbestuur kunnen qua inhoud onder twee of zelfs meer aangelegenheden uit art. 7 WMO gebracht worden. Een dergelijke overlapping blijkt vooral problemen op te leveren als de MR niet dezelfde mate van medezeggenschap heeft ten aanzien van de aangelegenheden waaronder het voorstel te brengen is.¹⁵⁸ Afgrenzingsproblemen kunnen ook ontstaan door de splitsing van besluiten betreffende het beleid inzake een bepaalde aangelegenheid en concrete besluiten terzake van die aangelegenheid.¹⁵⁹ Een derde bron van problemen is de splitsing tussen – bijvoorbeeld – besluiten tot fusie en besluiten betreffende de regeling van de gevolgen voor de werknemers van de fusie.

Het voorbeeld 'fusie' is niet willekeurig gekozen. Met name in verband met fusiebesluiten hebben zich inderdaad veel afgrenzingsproblemen voorgedaan. Als in verband met het fundamentele besluit een adviesbevoegdheid is toegekend, terwijl ten aanzien van de personele gevolgen een instemmingsbevoegdheid bestaat, dan is de kans niet denkbeeldig dat het eigenlijke fusiebesluit en de gevolgen onvoldoende gescheiden worden.¹⁶⁰

De Geschillencommissie ao heeft in dit verband een aantal uitgebreide en goed onderbouwde beslissingen gegeven, die dan ook door andere geschillen-

157 Wetsontwerp 21981 (TK 1990-1991, nr 1 e.v.) beoogt de WMO te wijzigen i.v.m. de invoering van de ARBOw in het onderwijs. Het nieuwe art. 7a breidt het aantal medezeggenschapsaangelegenheden uit, maar laat de vastlegging van de aard van de bevoegdheid – conform de hoofdpopzet – over aan de direct betrokkenen.

158 In gevallen als deze kan de vraag rijzen of het in geval van een geschil wel mogelijk is om een beroep te doen op de geschillencommissie. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.3.2.

159 Vgl. Gc rk bso Zuid Ned. 23-11-1988, nr B 88/28: het schoolbestuur wordt niet-ontvankelijk verklaard omdat de commissie van oordeel is dat een wijziging van de benoemingsprocedure van de schoolleiding niet (steeds) een vaststelling of wijziging van het benoemingsbeleid betekent. Ook de vraag of al dan niet sprake is van een 'belangrijke' inkrimping of uitbreiding van de werkzaamheden kan tot problemen aanleiding geven. Vgl. Gc NPCS, 22-7-1987, nr 87/114a.

160 Vgl. in dit verband: Gc NPCS 15-5-1985, nr 86/107. Vgl. ook de jurisprudentie in MidS 14026-1 e.v.

commissies zijn nagevolgd.¹⁶¹ De commissie formuleert het volgende uitgangspunt:

'De commissie is van oordeel dat met betrekking tot een fusie niet gesproken kan worden van één aanwijsbaar moment waarop het besluit tot fusie valt, doch dat er veeleer sprake is van een proces, bestaande uit een reeks van onderzoeken, besluiten en uitvoeringshandelingen die tenslotte één geheel vormen en leiden tot de voorgenomen fusie. Sommige van deze besluiten zullen een formeel karakter hebben (bijvoorbeeld de bestuursoverdracht), terwijl andere meer in de uitvoerings sfeer liggen (bijvoorbeeld de regeling van de gevolgen voor het personeel). In de loop van dit proces heeft het bestuur op grond van artikel 5 WMO op zijn minst een informatieplicht jegens de MR en heeft de MR de bevoegdheid standpunten kenbaar te maken. (...) Ook zal overwogen moeten worden op welk moment de MR in het proces betrokken dient te zijn op grond van zijn bijzondere bevoegdheden volgens het medezeggenschapsreglement. De commissie gaat er van uit dat de MR op deze wijze betrokken dient te zijn bij alle voorstellen die richtinggevend uitspraken met betrekking tot de fusie bevatten, welke een zodanige eenheid vormen en voor de loop van het fusieproces zo bepalend zijn, dat gesproken kan worden van een onderdeel van de fusiebesluitvorming.'¹⁶²

Dit uitgangspunt biedt een goede basis om na te gaan of bijvoorbeeld sprake is van een intentieverklaring om tot fusie over te gaan of van een daadwerkelijk besluit tot fusie of van een besluit dat betrekking heeft op de gevolgen van de fusie.

Niettemin: in zijn algemeenheid blijft de uitgebreide opsomming van elkaar overlappende of op zijn minst tegen elkaar aanleunende aangelegenheden een bron van problemen. Het is overigens de vraag of het veel zin heeft om de lijst aangelegenheden ingrijpend aan te passen of in te korten. Interpretatieproblemen – en daarmee geschillen – zullen waarschijnlijk niet te vermijden zijn. Beter lijkt het om een mogelijkheid te bieden om een interpretatiegeschil op een of andere wijze te laten beslechten. In hoofdstuk XI zal blijken dat de WMO in deze richting geen oplossing biedt.¹⁶³ Het Concept, zoals het voor advies aan de onderwijsorganisaties is voorgelegd, brengt op dit punt geen veranderingen. Door de wijze van formuleren van de aangelegenheden blijft de kans op 'grensconflicten' even groot als op dit moment. Het aantal aangelegenheden wordt zelfs nog verder uitgebreid, omdat in het Concept rekening wordt gehouden met de invoering van het formatiebudgetsysteem.¹⁶⁴ Anderzijds worden geen voorstellen gedaan in de sfeer van de rechtsbescherming, waardoor eventuele geschillen kunnen worden beslecht. In hoofdstuk XI kom ik op deze kwestie terug.¹⁶⁵

161 Vgl. bijv. Gc rk Imbo, 7-3-1989, nr L 30.

162 Vgl. Gc ao hbo, 22-5-1986, nr 86.2 (opgenomen in: MidS J4010).

163 Vgl. par. 2.3.

164 Vgl. de concept-MvT, 1.

165 Vgl. par. 2.3.3.

3.6.3 *Geen medezeggenschap*

Art. 6 lid 1 aanhef en sub d WMO biedt de mogelijkheid om in het medezeggenschapsreglement te bepalen dat de MR in verband met bepaalde in art. 7 genoemde aangelegenheden geen medezeggenschap heeft (dan wel dat de aangelegenheid niet van belang is voor de school). Het geheel uitsluiten van medezeggenschap dient uitdrukkelijk gemotiveerd te worden.¹⁶⁶

Een ruim gebruik van deze mogelijkheid zou uiteraard verstrekkende consequenties hebben voor de mogelijkheden van de werknemers om medezeggenschap uit te oefenen.¹⁶⁷ Voor zover is na te gaan aan de hand van de modelreglementen is in de praktijk niet op ruime schaal gebruik gemaakt van de mogelijkheid om medezeggenschap geheel uit te sluiten. Slechts de modelreglementen van NKS, NPC en NGL sluiten een of meer aangelegenheden uit van medezeggenschap.¹⁶⁸ De NKS-reglementen gaan daarin wel zeer ver door een aantal bevoegdheden op het gebied van aanstelling en ontslag van de schoolleiding en het beleid met betrekking daartoe geheel aan het schoolbestuur voor te behouden. Het NGL-reglement doet ditzelfde ten aanzien van de concrete beslissing tot aanstelling en ontslag. De overige reglementen geven de MR op dit punt advies- en zelfs instemmingsbevoegdheden. Dat lijkt in overeenstemming met het belang van deze kwestie voor de werknemers. Ter vergelijking: de WOR geeft de OR een adviesbevoegdheid ten aanzien van aanstelling en ontslag van de bestuurder van de onderneming.¹⁶⁹ Ook op een ander punt gaat een van de NKS-reglementen mijns inziens te ver, namelijk waar het vaststelling en wijziging van een werkreglement voor het personeel tot een aangelegenheid van het schoolbestuur verklaart. Bij een besluit inzake deze aangelegenheid zijn de werknemers maximaal betrokken. Ten aanzien van vergelijkbare vormen van regelgeving heeft de OR een wettelijk vastgelegde instemmingsbevoegdheid.¹⁷⁰ En ook de overige modelreglementen geven de MR (of een geleding daaruit) op dit punt een instemmingsbevoegdheid.

De Toetsingscommissie beveelt aan de mogelijkheid om een aangelegenheid geheel uit te sluiten van medezeggenschap te schrappen uit de WMO.¹⁷¹ Uit het Concept blijkt dat de Staatssecretaris deze aanbeveling wil overne-

166 Art. 6 lid 2 slot WMO.

167 M.n. het verschil tussen 'geen medezeggenschap' en een bijzondere adviesbevoegdheid moet overigens niet overdreven worden. De algemene adviesbevoegdheid van art. 5 lid 2 WMO blijft in stand indien een aangelegenheid van medezeggenschap is uitgesloten. Zij is met weinig waarborgen omgeven; m.n. ontbreekt een beroepsmogelijkheid. Maar dat geldt ook voor de bijzondere adviesbevoegdheid. Vgl. par. 3.7.

168 Vgl. wel par. 3.11.3, en m.n. nt 285, i.v.m. de scholen aangesloten bij de Vereniging Gereformeerd Schoolonderwijs.

169 Art. 30 WOR.

170 Art. 27 lid 1 WOR.

171 Vgl. (1987b), 27. Aldus adviseerde in 1980 alreeds de Raad van State in zijn advies over de ontwerp-WMO. Vgl. TK 1980-1981, 16606 B, 23.

men.¹⁷² Dat lijkt terecht, zeker tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste voorbeelden, waaruit blijkt dat medezeggenschap wordt onthouden waar strikt genomen een adviesbevoegdheid of zelfs een instemmingsbevoegdheid op haar plaats zou zijn geweest.

3.6.4 *De verhouding advies-instemming*

Dat weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om besluiten ten aanzien van bepaalde aangelegenheden van medezeggenschap uit te sluiten, betekent dat vrijwel alle MR's ten aanzien van vrijwel alle aangelegenheden op zijn minst een adviesbevoegdheid hebben, in veel gevallen een instemmingsbevoegdheid. Als consequentie van de terughoudendheid van de wetgever doen zich hier grote verschillen voor, zowel in verband met het aantal aangelegenheden, als ten aanzien van het belang van de aangelegenheden waarvoor een instemmingsbevoegdheid is verleend.¹⁷³

Over de toekenning van advies- dan wel instemmingsbevoegdheden zijn in veel scholen geschillen ontstaan. MR's hebben zich in een groot aantal gevallen op het standpunt gesteld dat alleen uit de toekenning van veel instemmingsbevoegdheden kon blijken dat de medezeggenschap serieus werd genomen. De MR's wensten om die reden geen genoegen te nemen met al te veel adviesbevoegdheden.¹⁷⁴ De schoolbesturen verzetten zich daarentegen veelal tegen het toekennen van instemmingsbevoegdheden. De argumentatie was verschillend. Gewezen werd op de wens, of zelfs noodzaak om in alle onder het schoolbestuur staande scholen eenzelfde reglement te hanteren. Ook werd een beroep gedaan op de aantasting van de beleidsvrijheid die het gevolg zou zijn van het toekennen van instemmingsbevoegdheden en op de beperking van de mogelijkheid om in belangrijke aangelegenheden snel en doortastend te kunnen optreden.

De geschillencommissies hebben niet steeds op dezelfde wijze op deze geschillen gereageerd. In een vrij groot aantal gevallen zijn de modelreglementen tot uitgangspunt genomen en is nagegaan of de argumenten, van schoolbestuur of MR om af te wijken konden overtuigen. In andere gevallen zijn de geschillencommissies meer inhoudelijk ingegaan op de vraag 'adviesbevoegdheid of instemmingsbevoegdheid?'. Argumenten als 'uniformiteit' en 'bestuurskracht' blijken deze geschillencommissies over het algemeen niet te overtuigen.¹⁷⁵

172 In de voorgestelde artt. 7-7e worden uitsluitend advies- en instemmingsbevoegdheden toegekend.

173 Vgl. het overzicht in: Toetsingscommissie WMO (1984), 104. Een meer beknopt overzicht biedt: Memo Medezeggenschap onderwijs (1989), 34-35.

174 Vgl. ook par. 3.7.

175 Vgl. Gc NPCS, 14-3-1984, (ongenummerd; opgenomen in Medezeggenschap in school, J1010); Gc rk klbo Noord Holland, 3-12-1984, nr. A/1 (opgenomen in: MidS J1010);

Met deze jurisprudentie kan worden ingestemd. Niettemin: de beslissingen van de geschillencommissies maken duidelijk dat het moeilijk is om ten aanzien van de vraag of een advies- of instemmingsbevoegdheid op haar plaats is, per se doorslaggevende argumenten aan te voeren. Art. 6 lid 2 WMO bepaalt weliswaar dat de toekenning van bevoegdheden dient te geschieden 'na afweging van de bij de desbetreffende aangelegenheden betrokken belangen'. Veel extra duidelijkheid biedt dat niet; de bepaling spreekt eigenlijk vanzelf. Veel belangrijker – en moeilijker – is om vast te stellen welke belangen 'betrokken' zijn en hoe zwaar zij dienen te wegen.

Een voor de hand liggend referentiepunt vormt de WOR. De WOR kent een onderscheid tussen aangelegenheden die rechtstreeks betrekking hebben op de werknemers en aangelegenheden die het ondernemingsbeleid in het algemeen betreffen.¹⁷⁶ Tot de eerste groep behoren bijvoorbeeld voorgenomen besluiten in verband met regelingen terzake van een werktijd- of vakantieregeling, terzake van veiligheid, gezondheid of welzijn en terzake van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid. Hier heeft de OR een instemmingsrecht. Tot de tweede groep behoren voorgenomen besluiten in verband met bijvoorbeeld de zeggenschap over de onderneming, de werkzaamheden en de organisatie van de onderneming en voorgenomen besluiten tot het doen van belangrijke investeringen. Ten aanzien van besluiten betreffende een van deze aangelegenheden bestaat een adviesbevoegdheid.¹⁷⁷

De achtergrond van deze tweedeling ligt voor de hand. Bij de aangelegenheden genoemd in art. 27 WOR zijn de belangen van de werknemers zo rechtstreeks betrokken, dat een besluit in beginsel alleen moet kunnen worden genomen wanneer de OR daarmee instemt. In verband met de voorgenomen besluiten ex art. 25 WOR staan eveneens de belangen van de werknemers op het spel, maar hier spelen ook andere belangen in zo sterke mate een rol, dat een adviesrecht, eventueel gevolgd door een toetsing van de kwaliteit van de belangenafweging die de ondernemer maakt door de Ondernemingskamer op zijn plaats moet worden geacht.

Redenerend analoog aan de WOR zou de MR een instemmingsbevoegdheid toekomen ter zake van aangelegenheden als schoolreglement, werkreglement, verlofregeling, leerlingenstatuut en regels op het gebied van veiligheid en gezondheid. Een instemmingsbevoegdheid lijkt hier inderdaad op zijn plaats. In het merendeel van de modelreglementen is dat ook het geval, maar

— Gc ao vo. 19-12-1985, nr VO 85.7. Ook met het toekennen van veel adviesbevoegdheden, omdat de betrokkenen nog aan het uitoefenen van medezeggenschap moeten wennen; gaan de geschillencommissies over het algemeen niet accoord. Vgl. bijv. Gc NPCS, 15-4-1985, nr 84/75 IV.

176 Vgl. de artt. 25 en 27 WOR.

177 In kleine ondernemingen (35-100 werknemers) is deze nader geclausuleerd; vgl. art. 35a lid 1 sub e.

niet steeds. Zo heeft in de NKSR-reglementen de MR slechts een adviesbevoegdheid in verband met het schoolreglement.¹⁷⁸

Art. 30 WOR geeft de OR een adviesbevoegdheid ten aanzien van de concrete besluiten tot benoeming en ontslag van een bestuurder van de onderneming. Ook in dit opzicht lijkt binnen het onderwijs een regeling analoog aan de WOR op zijn plaats. Enige mate van medezeggenschap lijkt op zijn plaats; een instemmingsbevoegdheid zal daarentegen in de regel wat veel van het goede zijn. De modelreglementen kennen inderdaad een adviesbevoegdheid toe. Wat voor de concrete beslissingen geldt, geldt overigens niet voor het daaraan ten grondslag liggende beleid; ten aanzien daarvan kan zeer wel een instemmingsbevoegdheid op zijn plaats zijn.¹⁷⁹

In andere opzichten is het de vraag of de regeling in de WOR wel een goed uitgangspunt is. Dat geldt met name voor de aangelegenheden die vergelijkbaar zijn met de in art 25 WOR genoemde onderwerpen. In de MR zijn de werknemers, de ouders en (soms) de leerlingen vertegenwoordigd. Buiten hun belangen zijn er niet zo veel andere waarmee het schoolbestuur rekening moet houden in de besluitvorming. Het behoud van grondslag en doelstellingen van de school zou als een dergelijk belang gezien kunnen worden, er van uitgaande althans dat het bij uitstek het schoolbestuur is dat die moet bewaken en dat van de kant van de werknemers, ouders en leerlingen gevaar voor het behoud van grondslag en doelstellingen te duchten is. Mijs inziens is dat niet het geval; dat bleek al in par. 3.2.5.¹⁸⁰ Een goed financieel beheer lijkt wel zo'n belang te zijn, in verband namelijk met de verantwoordelijkheid van het schoolbestuur ten opzichte van de bekostigende overheid, maar dat belang speelt slechts zelden een grote rol. Is dat het geval, dan zou een adviesbevoegdheid op haar plaats kunnen zijn.¹⁸¹ Een ander argument om een adviesbevoegdheid toe te kennen zou kunnen zijn dat met de aangelegenheid schooloverstijgende belangen gemoeid zijn.¹⁸² In het overgrote deel van de gevallen zal de situatie echter aldus zijn dat met het voorgenomen besluit, afgezien van de financiële kant van de zaak, uitsluitend de belangen van de in de MR ver-

178 Vgl. bijv. art. 24 van het reglement voor vwo en avo. Vgl. ook Gc bso Noord-Ned., 22-2-1988, nr A 88/1, waarin slechts een adviesbevoegdheid wordt toegekend met betrekking tot de aangelegenheid 'regels op het gebied van de veiligheid en de gezondheid.' In het voorstel van de Toetsingscommissie WMO (1987b, 28) wordt hier – terecht – een instemmingsbevoegdheid toegekend.

179 De modellen zij op dit punt niet eensluidend. De Toetsingscommissie beveelt zowel ten aanzien van het beleid als ten aanzien van de concrete beslissing een adviesbevoegdheid aan. Vgl. (1987b), 28.

180 Vgl. ook: Gc VBS, 15-6-1989, MidS J1010.

181 Zo worden i.v.m. het huisvestingsbeleid in de meeste modelreglementen slechts adviesbevoegdheden toegekend. Datzelfde doet de Toetsingscommissie. Vgl. (1987b), 28.

182 Vgl. bijv. Gc rk klbo Noord Brabant-Oost, 24-10-1984, nr E/4 (opgenomen in: MidS J1010), i.v.m. de toelating van leerlingen. In het openbaar onderwijs speelt dit argument – begrijpelijk – een veel sterkere rol dan in het bijzonder onderwijs. Niettemin kan ook dan, vooral als het om ingrijpende besluiten gaat, een instemmingsbevoegdheid op zijn plaats zijn.

tegenwoordigde ouders, leerlingen en werknemers gemoeid zijn.¹⁸³ Dit (in mijn ogen: grote) verschil met de situatie in de ondernemingen waarop de WOR van toepassing is, pleit voor de toekenning van instemmingsbevoegdheden aan de MR, juist ook ten aanzien van die aangelegenheden waar de OR slechts een (door de beroepsmogelijkheid overigens sterke) adviesbevoegdheid heeft. In een aantal modelreglementen is deze conclusie blijkbaar inderdaad getrokken. Dat geldt met name voor de NKSР-reglementen waar besluiten in verband met grondslag en doelstellingen, interne organisatie, fusie en samenwerking zelfs de instemming behoeven van een gekwalificeerde meerderheid van drie vierde van het aantal raadsleden.¹⁸⁴ Ik acht dat een juiste zaak. Mocht de instemming in een bepaald geval worden onthouden om redenen die voor het schoolbestuur onacceptabel zijn, dan bestaat de mogelijkheid om een beroep te doen op de geschillencommissie.

Een ander argument voor het toekennen van een instemmings- dan wel adviesbevoegdheid is dat de bevoegdheidsverdeling recht moet doen aan de deskundigheid en de mate van betrokkenheid bij de voorbereiding van het besluit. Ik doel in dit verband met name op de vaststelling van het schoolwerkplan of leerplan. De onderwijswetten bepalen dat dergelijke plannen (verplicht, jaarlijks) worden vastgesteld door het schoolbestuur, maar op voorstel van de werknemers, die de plannen dienen op te stellen.¹⁸⁵ Er is geen reden om aan te nemen dat in verband met het schoolwerkplan of leerplan niet zou gelden, wat overigens het optreden van veel schoolbesturen kenmerkt: een sterke betrokkenheid bij financiële en personele kwesties, weinig of geen bemoeienis met de meer onderwijsinhoudelijke zaken.¹⁸⁶ Daarvan uitgaande zal het vaststellen van het schoolwerkplan of leerplan vaak slechts een formele bekrachtiging zijn van wat inhoudelijk geheel door de werknemers is opgesteld. De jurisprudentie van de geschillencommissies bevestigt dit vermoeden, juist ook met betrekking tot het schoolwerkplan. Zo overweegt de Geschillencommissie ao vo in een beslissing van 22 juni 1986 als volgt:

'Deskundigheid speelt met betrekking tot dit onderwerp een grote rol. Dat ook het bestuur die mening is toegedaan blijkt uit de gang van zaken in het verleden waar de uitwerking van de leerplannen geschiedt door de afdelingscoördinatoren. Met andere woorden, ook toen reeds maakte het bestuur slechts op formele wijze gebruik van zijn bevoegdheid leerplannen vast te stellen.'¹⁸⁷

In het licht hiervan is het moeilijk te begrijpen waarom de modelreglementen

183 Vgl. voor een voorbeeld waarin de geschillencommissie uitdrukkelijk en uitsluitend aan deze drie belangen refereert: Gc ao, 16-5-1988, nr G23/88 (opgenomen in: MidS J4010).

184 De Toetsingscommissie wil hier adviesbevoegdheden toekennen (vgl. (1987b), 28), m.i. dus ten onrechte.

185 Vgl. bijv. art. 13 WBO. De WVO (art. 24) en de WHBO (art. 20) bevatten afwijkende bepalingen, die in de praktijk op hetzelfde neer lijken te komen als in het basisonderwijs.

186 Vgl. hoofdstuk IV, par. 3.3.

187 Nr VO 85.2.

van de NKSr en de NPCS de MR slechts een adviesbevoegdheid geven waar het gaat om de vaststelling en wijziging van het schoolwerkplan of leerplan.¹⁸⁸ Dezelfde kritiek is mogelijk op de aanbeveling van de Toetsingscommissie.¹⁸⁹ Een dergelijke bevoegdheid zou op zijn plaats kunnen zijn in die scholen waar van een sterke en inhoudelijke betrokkenheid van het schoolbestuur bij het schoolwerkplan of het leerplan sprake is. Ook dan rijst echter de vraag of de inhoud van het schoolwerkplan of leerplan niet zo belangrijk is, dat werknemers, ouders en leerlingen ermee moeten kunnen instemmen alvorens het wordt vastgesteld. De geschillencommissie NPCS kent dan ook terecht een instemmingsbevoegdheid toe in verband met de vaststelling en wijziging van het leer- of schoolwerkplan op grond van de volgende overwegingen:

'dat de specifieke deskundigheid van het onderwijzend personeel hierin niet kan worden ontkend, terwijl het bovendien voor de ouders van groot belang is mede te bepalen van welke onderwijskundige doelstellingen het onderwijs op de school zal uitgaan'.¹⁹⁰

Een belangrijk argument vóór een instemmingsbevoegdheid in plaats van een adviesbevoegdheid is in mijn ogen de slechte (voor zover het de WMO betreft zelfs ontbrekende) regeling voor geschillen in verband met de uitoefening van de adviesbevoegdheid. Ik loop hier kort vooruit op de behandeling van de rechtsbescherming in hoofdstuk XI: wordt een advies van de MR niet opgevolgd, dan ontbreekt de mogelijkheid die art. 26 WOR de OR biedt, namelijk om het besluit in strijd met het advies aan een instantie buiten de school c.q. onderneming voor te leggen ter (marginale) toetsing.¹⁹¹ Het is niet eens zozeer nodig dat van een dergelijke beroepsmogelijkheid op – bijvoorbeeld – de geschillencommissie veel gebruik zou worden gemaakt; zij zou met name preventief kunnen werken, in die zin dat zij bevordert dat het advies steeds serieus in overweging wordt genomen. Nu die garanties ontbreken, is begrijpelijk dat van werknemerszijde de voorkeur wordt gegeven aan een instemmingsbevoegdheid, waar die garanties – althans tot op zekere hoogte – wel bestaan.¹⁹²

Tot zo ver de argumenten die een rol kunnen spelen bij de toekenning van

188 Dat is gebeurd om te voorkomen dat er in een geschil tegenstrijdige uitspraken zouden worden gedaan door de geschillencommissie ex. art. 10 WMO en de geschillenbeslechter op basis van het schoolwerkplan zelf. Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 45. Deze oplossing betekent dat de werknemers hun invloed houden op basis van de onderwijswetgeving; de ouders en leerlingen wordt zo echter te kort gedaan.

189 Vgl. (1987b), 28.

190 Beslissing van 31-5-1985, nr 85/50.

191 Vgl. meer uitgebreid: hoofdstuk XI, par. 2.3.1, par. 2.3.3.

192 Aldus bijv. (als een van vele MR's) de voorlopige MR in het geschil dat leidde tot de beslissing Gc rk klbo Noord Brabant-Oost, 24-10-1984, nr E/4 (opgenomen in: MidS J1010).

bevoegdheden aan de MR.¹⁹³ Het zal duidelijk zijn, dat er mijns inziens verschillende sterke argumenten zijn om de MR op een groot aantal punten een instemmingsbevoegdheid te geven.¹⁹⁴ In het voorgaande is gebleken dat de bij het opstellen van de diverse modelreglementen betrokkenen dat ten dele anders hebben gezien. Bij ieder model kunnen in dit opzicht wel vraagtekens worden gezet. Het is daarbij wel van belang om uitdrukkelijk vast te stellen dat geen van de reglementen over de gehele linie tekort schiet waar het gaat om de toekenning van instemmingsbevoegdheden. De terughoudendheid van de wetgever waar het gaat om de toedeling van de bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden doet dus niet per se afbreuk aan de omvang van de medezeggenschap. Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat de regeling van de bevoegdheden 'per zuil' niet leidt tot opzienbarende verschillen.¹⁹⁵ Aan de verdeling van advies- en instemmingsbevoegdheden lijken slechts weinig principiële overwegingen ten grondslag te liggen. Zij lijken veeleer te herleiden tot de omstandigheid dat in de onderhandelingen over de modellen dezelfde argumenten zijn gehanteerd, maar dat het proces van geven en nemen in de ene zuil net iets anders is verlopen dan in de andere zuil.

3.6.5 De toekomst: wettelijke vastlegging?

Het is in verband met de bevoegdheden van de MR dat de Toetsingscommissie haar meest verstrekkende aanbevelingen formuleert. De Toetsingscommissie wil namelijk (in de grootst mogelijke meerderheid) dat in de WMO wordt vastgelegd ten aanzien van welke bijzondere medezeggenschapsaangelegenheden de MR een advies- of een instemmingsrecht heeft.¹⁹⁶ Daardoor vervalt de noodzaak tot onderhandelen over bevoegdheden binnen de afzonderlijke scholen. Ook de voornaamste bestaansreden voor de voorlopige MR verdwijnt aldus. Zoals bleek in par. 3.2.2 wil de Toetsingscommissie die dan ook afschaffen. Datzelfde geldt – zoals bleek in par. 3.3.3 – voor het medezeggenschapsreglement in zijn huidige vorm.

193 De opsomming is bepaald niet uitputtend. Bestudering van de jurisprudentie van de geschillencommissies levert tal van andere argumenten voor of tegen de toekenning van een bepaalde bevoegdheid op. Soms zijn zij van meer algemene strekking (de beide geschillencommissies ao hanteren bijvoorbeeld zeer vaak het argument 'samenhang in de verdeling van bevoegdheden', m.n. i.v.m. de aangelegenheden a-g); in andere gevallen zijn de argumenten ontleend aan de specifieke situatie van de school. Speciale vermelding verdient nog het argument 'bestuurlijke democratisering'. In een klein aantal uitspraken bleek dat van belang bij de toekenning van bevoegdheden. Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 148-149. Dat over een bepaalde aangelegenheid overleg wordt gevoerd met werknemersorganisaties is m.i. geen zelfstandig argument. Hier heeft de wetgever voldoende voorzieningen getroffen. Vgl. art. 8 lid 1 WMO en (in het Concept) art. 8-nieuw.

194 Deze conclusie wordt getrokken op basis van de huidige wet. Een versterking van de adviesbevoegdheid zou bijvoorbeeld tot andere conclusies kunnen leiden.

195 De verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs en tussen schoolbesturen die veel scholen beheren en schoolbesturen die slechts een of enkele scholen beheren zijn – begrijpelijk – veel wezenlijker. Vgl. ook par. 4.2.3.

196 Vgl. (1987b), 23 e.v. De mogelijkheid om een aangelegenheid uit te sluiten van medezeggenschap wil de Toetsingscommissie schrappen. Dat bleek reeds in par. 3.6.3.

De Toetsingscommissie verwacht van de wettelijke vastlegging de volgende voordelen: (a) wettelijke regeling vermindert de beleidslasten voor schoolbestuur en MR, door het wegvallen van de op dit moment noodzakelijke onderhandelingen; (b) ook de werklast van de geschillencommissies wordt duidelijk minder; (c) de duidelijkheid voor alle betrokkenen wordt vergroot; (d) er ontstaat uniformiteit op het punt van de bevoegdhedenverdeling, wat voor ouders en leerlingen die met verschillende scholen te maken hebben van voordeel is, maar ook in geval van fusies. Twee andere argumenten zijn: (e) de – aldus bereikte aansluiting bij andere wettelijke medezeggenschapsregelingen en (f) de voordelen vanuit een oogpunt van deregulering.

De Toetsingscommissie laat het niet bij de aanbeveling om de bevoegdhedenverdeling in de wet op te nemen; zij doet zelf een volledig uitgewerkt voorstel. Daarbij koppelt zij aan elk van de (ten dele opnieuw geformuleerde) medezeggenschapsaangelegenheden een adviesrecht, een instemmingsrecht dan wel een instemmingsrecht waarbij een meerderheid van tenminste drie vierde vóór instemming moet zijn.¹⁹⁷ Uitgangspunt voor de verdeling zijn de modelreglementen geweest. De Toetsingscommissie heeft daarvan de 'grootste gemene deler' bepaald. Dat ging – aldus de Toetsingscommissie – zonder veel problemen, omdat de modelreglementen wel verschilden, maar niet op een zo fundamentele wijze dat het onmogelijk zou zijn om tot één voorstel te komen.¹⁹⁸

De aanbeveling om de bevoegdhedenverdeling in de wet op te nemen is niet alleen de meest vergaande aanbeveling die de Toetsingscommissie doet, het is ook de meest controversiële. Voor de huidige opzet werd namelijk gekozen om principiële redenen. Met name de vrijheid van onderwijs zou zich in verband met het bijzonder onderwijs verzetten tegen wettelijke vastlegging. Daarnaast werd gewezen op het grote voordeel dat iedere school een aan de eigen situatie aangepaste regeling zou kunnen ontwerpen.

De Toetsingscommissie gaat aan deze principiële kant van de zaak voorbij; in zoverre is zeker kritiek mogelijk op de inhoud van het Eindrapport.¹⁹⁹ Toch is dat met name een probleem van onderbouwing; aan de innerlijke waarde van de aanbeveling doet deze kritiek niet af. Ik meen namelijk dat die principiële argumenten vóór de huidige opzet van de WMO helemaal niet zo sterk zijn.

Dat geldt met name voor het eerste en waarschijnlijk ook belangrijkste argument voor de huidige opzet: de vrijheid van onderwijs en het daarmee verband houdende respect voor de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur. Als de vrijheid van onderwijs relevant is bij het beantwoorden van de vraag of en zo ja, welke mate van medezeggenschap ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid op zijn plaats is, dan dient daarmee uiteraard

197 Dit laatste alternatief komt aan de orde in par. 3.8.3.

198 Vgl. (1987b), 25 e.v. Deze conclusie werd ook aan het slot van de vorige par. getrokken.

199 Vgl. voor die kritiek bijv.: Timmer (1988), 76 e.v.

rekening te worden gehouden.²⁰⁰ Maar dat betekent niet dat het schoolbestuur bij de initiële verdeling van de bevoegdheden over de gehele linie overwicht moet hebben bij de verdeling van de bevoegdheden. Uitgaande van een serieuze regeling van de medezeggenschap van de werknemers (en de ouders en leerlingen) ligt een gelijke invloed van schoolbestuur en (voorlopige) MR duidelijk meer voor de hand. Maar dan is er ook geen bezwaar tegen dat de wetgever de bevoegdheidsverdeling regelt, mits ook hij rekening houdt met gerechtvaardigde aanspraken op basis van de vrijheid van onderwijs.

Het argument dat de huidige opzet recht doet aan de 'verscheidenheid in onderwijsland' lijkt sterker. In principe biedt de huidige opzet van de artt. 6 en 7 WMO de direct betrokkenen de mogelijkheid om 'maatwerk' te maken van de vaststelling van aard en omvang van de bevoegdheden. Met de Toetsingscommissie moet echter worden geconstateerd dat de praktijk weinig van de potentiële voordelen laat zien. Daarnaast moet bedacht worden dat de huidige opzet hoe dan ook duidelijke nadelen heeft. Het eerste ITS-onderzoek, maar ook andere onderzoeken, geven aan dat de medezeggenschap in het onderwijs een moeilijke start heeft gehad.²⁰¹ Dezelfde onderzoeken, maar ook de enorme hoeveelheid geschillen over de bevoegdheidsverdeling, geven tevens aan dat het overleg over de inhoud van het reglement een belangrijke oorzaak van de aanloopproblemen is geweest.²⁰² Als dat overleg wegvalt, dan vermindert dat niet alleen de bestuurslast, het bespaart de betrokkenen waarschijnlijk ook veel ergernis. Dat is een voordeel dat mijns inziens ruimschoots op weegt tegen de voordelen van een zelf vastgestelde, precies passende bevoegdheidsverdeling. Ik wijs er daarnaast op dat ook de 'ondernemingen' die onder het regime van de WOR vallen stellig erg veel van elkaar verschillen, terwijl de bevoegdheden van de OR's in beginsel dezelfde zijn. Feitelijke verscheidenheid en gelijkheid qua bevoegdheden blijken – al is het niet in het onderwijs – met elkaar te verenigen.²⁰³

De (ten dele potentiële) voordelen afwegend tegen de (grotendeels reeds gebleken) nadelen lijkt een wettelijke vastlegging van de bevoegdheden van de MR daarom de voorkeur te verdienen. Om tegemoet te komen aan het

200 Niet alleen in de verdeling van advies- en instemmingsbevoegdheden kan rekening worden gehouden met eventuele aanspraken op basis van de vrijheid van onderwijs. Vgl. ook par. 3.8.2, i.v.m. de opzet van de instemmingsbevoegdheid en hoofdstuk XI, par. 2.1 i.v.m. de opzet van de geschillenregeling. Welke aanspraken precies aan de vrijheid van onderwijs ontleend kunnen worden, is uiteraard afhankelijk van de interpretatie van het onderwijsgrondrecht. Vgl. par. 4.3.

201 Vgl. Smit/Pelkmans (1986). Vgl. daarnaast ook het onderzoek door Van Kemenade c.s. (1983).

202 Ook het argument van de verlichting van de werklast van de geschillencommissies treft daarom doel.

203 Zij het dat – m.n. i.v.m. non profit-instellingen – van tijd tot tijd gewezen wordt op het slecht op elkaar aansluiten van wet en praktijk; vgl. (alhoewel hij zelf een andere mening is toegedaan) Van der Bruggen (1981), 12 e.v. Vgl. daarnaast de nota 'Onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de WOR', TK 1984-85, 18980, nr 2, 36-37). De wetgever heeft in deze kritiek echter geen aanleiding gezien om op te treden.

bezwaar dat de mogelijkheid verdwijnt om per school een passende regeling vast te stellen, zou overwogen kunnen worden om de wettelijke regeling als een minimum te zien, in de eerste plaats in die zin dat schoolbestuur en MR de vrijheid wordt gelaten om het aantal medezeggenschapsaangelegenheden verder uit te breiden. Het minimumkarakter zou met name echter betrekking moeten hebben op de mogelijkheid voor schoolbestuur en MR om in het reglement vast te leggen dat ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid een wettelijk toegekende adviesbevoegdheid door een instemmingsbevoegdheid wordt vervangen.

Ook de Staatssecretaris is tot de conclusie gekomen dat de wettelijke vastlegging van de MR-bevoegdheden de voorkeur verdient.²⁰⁴ In het Concept worden de door de Toetsingscommissie geformuleerde aanbevelingen dienaangaande grotendeels overgenomen. De Staatssecretaris stelt daarbij voor om een vierdeling aan te brengen tussen de aangelegenheden ten aanzien waarvan de MR als geheel een instemmingsbevoegdheid heeft, de aangelegenheden ten aanzien waarvan de werknemersgeleding dan wel de geleding ouders en leerlingen een instemmingsbevoegdheid heeft (de andere geleding heeft dan een adviesbevoegdheid) en aangelegenheden ten aanzien waarvan de MR als geheel een adviesbevoegdheid heeft.²⁰⁵

Van een mogelijkheid om de wettelijk toegekende bevoegdheden te vergroten is in het Concept geen sprake.²⁰⁶ Dat moet betreurd worden, des te meer, omdat de Staatssecretaris de advies- en instemmingsbevoegdheden verdeelt conform de aanbevelingen van de Toetsingscommissie en aldus (in zijn eigen woorden) 'aan de voorzichtige kant' blijft.²⁰⁷ Veel van de bij de afzonderlijke modellen te plaatsen kritische kanttekeningen (en alle kanttekeningen bij de aanbevelingen van de Toetsingscommissie) zijn dan ook op het Concept van toepassing.

204 Opvallend is ook in de concept-MvT het gebrek aan principiële onderbouwing. Tegen de achtergrond van de ontstaansgeschiedenis van de huidige WMO is dat bepaald te mager. Wel wordt in de concept-MvT (p. 4) gerefereerd aan een kennelijk in een eerder stadium overwogen wettelijke vastlegging van uitsluitend de bevoegdheden van de werknemersgeleding in de MR i.v.m. de invoering van het formatiebudgetsysteem. Dat zou uiteraard evenzeer een principiële breuk met de huidige opzet hebben betekend, als het huidige, verdergaande voorstel. Een argument ter ondersteuning van het huidige voorstel is het niet. Het voorstel tot wijziging van de WMO spoort op dit punt wel met de door de Staatssecretaris van WVC aangekondigde wijziging van de ontwerp-WDI: ook in dat verband zal worden voorgesteld om de bevoegdheden van de (cliënten)raad in de wet te verankeren. Vgl. TK 1990-1991, 20888 nr. 6, 7-8.

205 Vgl. de artt. 7-nieuw e.v. De opsplitsing van de MR in tweeën komt nader aan de orde in par. 3.8.3.

206 Zelfs de huidige mogelijkheid om het aantal medezeggenschapsaangelegenheden uit te breiden verdwijnt. Dat lijkt ongewenst en ook onnodig. Zelfs de overigens dwingende WOR bevat in art. 32 de mogelijkheid om de bevoegdheden van de OR uit te breiden. De Toetsingscommissie WMO (1987b, 27) wil ruimte laten voor een onderling overeengekomen uitbreiding van de MR-bevoegdheden, maar zonder dat daarop garanties die de WMO biedt van toepassing zijn. Waarom dat laatste nodig is, is onduidelijk.

207 Vgl. de concept-MvT, 4, waar ook nog sprake is van 'een prudente mixtuur'.

Zowel de onderwijsorganisaties die de modellen hebben opgesteld als de direct betrokkenen binnen de afzonderlijke scholen zouden wel eens grote bezwaren kunnen hebben tegen de wettelijke vastlegging, omdat, vergeleken met de huidige situatie, op bepaalde punten een adviesbevoegdheid wordt vervangen door een instemmingsbevoegdheid of omgekeerd een instemmingsbevoegdheid door een adviesbevoegdheid. Gezien het 'voorzichtige' karakter van het Concept zouden het wel eens vooral de werknemersorganisaties kunnen zijn die op bepaalde punten een – voor hen onaanvaardbare – achteruitgang van medezeggenschap constateren.²⁰⁸ De aangelegenheid 'fusie' vormt een goed voorbeeld. In het rooms-katholiek onderwijs is de fusie als zodanig alleen mogelijk als een drie vierde meerderheid daarmee instemt. In het Concept is nog uitsluitend van een adviesbevoegdheid sprake.²⁰⁹ Ook problemen als deze kunnen ondervangen worden door de wettelijke bevoegdheidsverdeling een minimumkarakter te geven zoals hiervoor geschetst.²¹⁰

Tot zover de medezeggenschapsbevoegdheden van de MR in het algemeen. In de paragrafen hierna zal ik nog een aantal opmerkingen maken over de adviesbevoegdheid en de instemmingsbevoegdheid van de MR afzonderlijk.

3.7 DE ADVIESBEVOEGDHEID

De bijzondere adviesbevoegdheid van de MR wordt geregeld in art. 6 lid 1 aanhef en sub c WMO. Daarin wordt bepaald dat elk besluit dat is onderworpen aan de adviesbevoegdheid 'vooraf aan de raad om advies wordt voorgelegd'. In art. 8 lid 2 WMO wordt daarnaast bepaald dat wanneer het schoolbestuur het advies niet of niet geheel volgt, de redenen daartoe schriftelijk aan de raad worden megedeeld. Tenslotte bepaalt art. 11 aanhef en sub e dat het medezeggenschapsreglement dient te bepalen binnen welke termijn de MR een advies dient uit te brengen.

Vergeleken met de WOR is sprake van een summiere regeling. Op het ontbreken van een beroepsmogelijkheid vergelijkbaar met die in art. 26 WOR wees ik reeds in par. 3.6.4. Daarnaast ontbreekt in de WMO een bepaling inzake het tijdstip waarop – uiterlijk – het advies moet worden gevraagd. Ter

208 Deze situatie heeft zich ook al eerder voorgedaan, namelijk bij de invoering van de WMO.

Op dat moment lag voor de hand om als uitgangspunt te hanteren dat de werknemers er als gevolg van het invoeren van de wet niet in (mede)zeggenschap op achteruit zouden moeten gaan. In deze richting wijzen: Gc ao vo 14-11-1985, nr VO 85.6; Gc NPC 8-1-1986, nr 86/100.

209 De opzet van de WMO liet toe om op deze wijze met de oude situatie rekening te houden. Een zeer vergaande mate van medezeggenschap en/of een duidelijk afwijkende opzet daarvan waren echter in strijd met de WMO en konden niet overeind blijven.

210 Vgl. art. 7c, aanhef en sub c-nieuw. Ten aanzien van de gevolgen van de fusie voor de werknemers hebben de meeste MR's op dit moment een instemmingsbevoegdheid; dat blijft zo op basis van het concept. Vgl. art. 7a, aanhef en sub a-nieuw.

211 Ten aanzien van de aangelegenheid 'fusie' (en soortgelijke aangelegenheden) kan de wettelijke toekenning van een instemmingsbevoegdheid overigens heel goed verdedigd worden op inhoudelijke gronden; dat bleek in par. 3.6.4.

vergelijking: art. 25 lid 2 WOR bepaalt dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Evenmin bepaalt de WMO welke informatie het schoolbestuur bij de adviesaanvraag dient te voegen. Art. 25 lid 3 WOR verplicht de ondernemer om een overzicht te geven van de beweegredenen voor het besluit, van de te verwachten gevolgen van het besluit voor het personeel en van de naar aanleiding van die gevolgen te nemen maatregelen.

Het zal mede deze summiere regeling zijn, die de adviesbevoegdheid in de ogen van veel direct betrokkenen tot iets minderwaardigs maakt. Zeer duidelijk blijkt dit uit de volgende stelling van een voorlopige MR voor de Geschillencommissie HTO:

'Medezeggenschap wordt alleen daadwerkelijk uitgeoefend als er instemming is vereist. Het geven van adviezen kost slechts tijd en het heeft een vrijblijvend karakter.'²¹¹

In een dergelijk extreme vorm is deze stelling uiteraard niet of nauwelijks te verdedigen. In een aantal gevallen zal een adviesbevoegdheid juist zeer wel op zijn plaats zijn. Ik wijs bijvoorbeeld op de situatie waarin het schoolbestuur een aantal scholen onder zijn beheer heeft en de aangelegenheid daadwerkelijk om een afweging van de belangen van de diverse scholen vraagt.²¹² In een dergelijk geval kan een adviesbevoegdheid een passende vorm van medezeggenschap zijn. De mogelijkheid dat het advies niet wordt opgevolgd is uiteraard aanwezig. Maar dat is dan ook verdedigbaar gezien de aard van de aangelegenheid waarop de adviesbevoegdheid betrekking heeft, bijvoorbeeld in verband met de noodzaak van belangenafweging.

Voorwaarde is uiteraard wel dat de MR de adviesbevoegdheid serieus neemt en er veel werk van maakt. Daarnaast is nodig dat de redelijke zekerheid bestaat dat het advies door het schoolbestuur serieus genomen wordt. Voor een deel is dat een kwestie van instelling, van beide betrokkenen.²¹³ De wetgever kan hier echter helpen door de adviesbevoegdheid op een deugdelijke wijze te regelen.

Het is daarom toe te juichen dat in het Concept, grotendeels in overeenstemming met de aanbevelingen van de Toetsingscommissie²¹⁴, wordt voorgesteld om het adviesrecht procedureel te versterken, onder andere door een bepaling vergelijkbaar met art. 25 lid 2 WOR in de wet op te nemen en door vast te leggen dat de MR door het schoolbestuur in de gelegenheid moet worden gesteld om overleg te voeren voordat het advies wordt uitgebracht. Daarnaast wordt voorgesteld om het schoolbestuur te verplichten om de MR schrif-

211 Vgl. de beslissing van 4-1-1985, nr HTO, LABO, NO, HEAO/4.

212 Vgl. overigens par. 3.6.4.

213 De praktijk is tot nu toe weinig rooskleurig waar het gaat om de procedurele kant van de medezeggenschap: vaak wordt de MR bijvoorbeeld veel te laat ingeschakeld, er wordt weinig overleg gevoerd etc. Vgl. Smit c.s. (1987), 96 e.v.

214 Vgl. (1987b), 30-31.

telijk in kennis te stellen van de wijze waarop aan het advies gevolg wordt gegeven en om, zou het schoolbestuur het advies van de MR niet willen opvolgen, nogmaals overleg te voeren alvorens definitief te besluiten.²¹⁵

Een tweede bijdrage aan de waarde van de adviesbevoegdheid zou de wetgever kunnen leveren door een beroepsmogelijkheid voor de MR te creëren in het geval deze van oordeel zou zijn dat het advies niet op de juiste wijze heeft meegewogen in de besluitvorming, waardoor de belangenafweging op onjuiste wijze heeft plaatsgevonden; kortom: door een beroepsmogelijkheid te creëren vergelijkbaar met die in art. 26 WOR. Een dergelijke mogelijkheid ontbreekt op dit moment. Het Concept, zoals het voor advies aan de onderwijsorganisaties is voorgelegd, doet geen voorstellen in die richting voor de toekomst.²¹⁶ In het volgende hoofdstuk kom ik op deze kwestie terug.²¹⁷

3.8 DE INSTEMMINGSBEVOEGDHEID

3.8.1 De wettelijke regeling

De wettelijke regeling van de instemmingsbevoegdheid is zo mogelijk nog summierder dan die van de adviesbevoegdheid. Art. 6 lid 1 WMO bepaalt dat in het medezeggenschapsreglement kan worden vastgelegd dat elk voorgenomen besluit van het schoolbestuur in verband met een bepaalde aangelegenheid de instemming behoeft van de MR (of van een geleding uit de raad). Art. 11 aanhef en sub e WMO bepaalt dat in het medezeggenschapsreglement dient te worden geregeld binnen welke termijn tot instemming of tot het onthouden van instemming dient te worden besloten. Verdere bepalingen bevat de wet niet (de geschillenregeling buiten beschouwing gelaten).

Net als ten aanzien van de adviesbevoegdheid beveelt de Toetsingscommissie met betrekking tot het instemmingsrecht aan om die bevoegdheid in procedureel opzicht te versterken. Volgens de Toetsingscommissie dient in de WMO vastgelegd te worden dat de MR, voorafgaande aan het besluit over het al dan niet geven van instemming, de gelegenheid krijgt om met het schoolbestuur overleg te voeren. Zou het schoolbestuur nadat instemming is verkregen een besluit nemen, dan zou het de MR zo spoedig mogelijk en schriftelijk van dat besluit in kennis moeten stellen. Wordt de instemming onthouden, dan zou het schoolbestuur de MR zo spoedig mogelijk en schriftelijk moeten mededelen of het zijn voorstel intrekt dan wel wenst te handhaven.²¹⁸

Voor deze aanbevelingen geldt in wezen hetzelfde als voor de voorstellen van de Toetsingscommissie tot verbetering van de regeling van de adviesbevoegdheid: het gaat om weinig ingrijpende, maar niettemin aansprekende

215 Vgl. art. 7e-nieuw.

216 Ook de aanbeveling van de Toetsingscommissie, om de geschillencommissie de mogelijkheid tot bemiddelen te geven, wordt niet overgenomen. Vgl. concept-MvT, 3.

217 Vgl. m.n. par. 2.3 en par. 4.3.

218 Vgl. (1987b), 30 e.v.

aanbevelingen. Het wekt daarom bevreemding dat in het Concept slechts een deel van deze aanbevelingen wordt overgenomen.²¹⁹ Met name valt op dat het overleg voorafgaand aan het uitoefenen van de instemmingsbevoegdheid ongeregeld blijft, terwijl de overeenkomstige aanbeveling in verband met de adviesbevoegdheid wel wordt overgenomen.²²⁰

3.8.2 Slagboomwerking

De instemmingsbevoegdheid is de meest vergaande bevoegdheid van de MR. Toch moet de invloed die de MR met behulp van deze bevoegdheid kan uitoefenen ook weer niet overdreven worden. De instemmingsbevoegdheid komt in wezen neer op een vetorecht met betrekking tot voorgenomen besluiten van het schoolbestuur, waarbij een eventueel veto opzij kan worden gezet door een voor het schoolbestuur positieve beslissing van de geschillencommissie.²²¹ In zoverre kan gerust worden vastgesteld dat de instemmingsbevoegdheid van de MR geen gevaar oplevert voor de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur.²²² De werkelijke waarde van de instemmingsbevoegdheid is afhankelijk van het al dan niet bestaan van de wil bij schoolbestuur en MR om overleg te voeren gericht op het bereiken van daadwerkelijke, wederzijdse instemming. Is die wil niet aanwezig, dan komen de formele grenzen aan de instemmingsbevoegdheid gauw in zicht.

Dat dat het geval is, hangt samen met de wijze waarop de instemmingsbevoegdheid is opgezet, namelijk conform de theorie van de slagboomwerking.²²³ Vertrekpunt is dat de beslissing of terzake van een bepaalde aangelegenheid een besluit wordt genomen geheel aan het schoolbestuur is voorbehouden. Een advies van de MR om tot besluitvorming over te gaan, hoeft het schoolbestuur niet op te volgen. Het schoolbestuur bepaalt in eerste instantie ook de inhoud van het besluit. Ook op dit punt is het niet gebonden aan een eventueel advies van de MR. Het besluit kan uiteraard niet worden uitgevoerd dan nadat de MR ermee heeft ingestemd. Is die instemming eenmaal verkregen, dan is de slagboom 'omhoog'. In dat geval is de keuze weer aan het schoolbestuur: het kan het voorgenomen besluit in een definitief besluit omzetten en dat vervolgens uitvoeren. Het kan ook besluiten daarvan af te zien. Wordt geen instemming verkregen, dan blijft de slagboom gesloten en kan het

219 Vgl. art. 10 lid 1-nieuw.

220 Vgl. par. 3.7. Ook een bepaling vergelijkbaar met art. 27 lid 5 WOR verdient in de WMO opgenomen te worden. Ook op dat punt worden geen voorstellen gedaan, zonder dat duidelijk is waarom.

221 De slagboomwerking waarvan hierna sprake is, wordt, bijvoorbeeld i.v.m. het preventieve toezicht van G.S. op gemeentelijke besluiten, niet voor niets gezien als een methode om G.S. 'op afstand' te houden. Vgl. Rapport ABAR (1984), 239.

222 Als de WMO gevaar oplevert voor de positie van de schoolbesturen – en die stelling is zeker te verdedigen – dan is dat als gevolg van de wettelijke bepalingen inzake de geschillenregeling. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.5.2 e.v.; 2.6.2 e.v.

223 Vgl. MvT, TK 1980-1981, 16606, nr 3, 9-10, waar het (oorspronkelijk beoogde, maar uiteindelijk maar zeer ten dele gerealiseerde) systeem wordt uiteengezet. Ook de instemmingsbevoegdheid van de OR is overigens op de hierna weer te geven wijze geregeld.

schoolbestuur zijn voorstel niet uitvoeren. Maar dat is dan ook de enige consequentie. De MR kan het schoolbestuur niet verplichten om een ander dan het afgekeurde besluit te nemen. Ook kan de MR het schoolbestuur niet verplichten om het geschil voor te leggen aan de geschillencommissie. De keuze is aan het schoolbestuur. Het kan inderdaad besluiten om de geschillencommissie om 'vervangende' goedkeuring te vragen.²²⁴ Het kan ook een gewijzigd besluit aan de MR voorleggen of geheel afzien van het nemen van een besluit.²²⁵

Consequentie van de geschetste opzet van de instemmingsbevoegdheid is dat de MR meer een volgend en controlerend dan sturend en initiërend orgaan is. Tegen de achtergrond van het door de wetgever gehanteerde uitgangspunt 'terughoudendheid' is dat begrijpelijk. Of het ook terecht is, met name uit een oogpunt van de betrokkenheid bij en de deskundigheid ten aanzien van de gang van zaken in de school, is de vraag. Ten aanzien van tal van onderwerpen (de deelname aan een onderwijskundig experiment, de interne taakverdeling, de regels betreffende de nascholing etc.) is zeer wel denkbaar dat juist de MR als eerste tot de overtuiging komt dat het nemen van een (nieuw) besluit noodzakelijk is. Het lijkt onjuist dat het in een dergelijk geval volledig aan het schoolbestuur is om te beslissen of er inderdaad een besluit genomen wordt.

Natuurlijk kan er op gewezen worden dat 'zelfs' de OR niet over een initiatiefrecht beschikt.²²⁶ In een afgezwakte vorm kent de WOR echter wel degelijk een recht van initiatief: op grond van art. 24 lid 4 WOR kan de OR (buiten de overlegvergadering om) schriftelijk voorstellen doen aan de ondernemer; deze dient zijn standpunt ten aanzien van het voorstel schriftelijk en gemotiveerd aan de OR mee te delen. In zoverre is er nog weinig verschil tussen de WMO en de WOR. Een belangrijke waarborg voor de OR is echter de verplichting voor de ondernemer om alvorens hij een beslissing neemt, mondeling overleg te plegen met de OR. Als de OR dat wil, dan wordt de beslissing zelfs in de overlegvergadering kenbaar gemaakt. Art. 5 lid 2 WMO kent niet een dergelijke verplichting; een eventueel initiatief vanuit de MR heeft daardoor een veel meer vrijblijvend karakter.

Een aanpassing van de WMO in de zin van art. 24 lid 4 WOR lijkt mij zonder bezwaar mogelijk – en wenselijk. Zelfs de toekenning van een 'echt' initiatiefrecht lijkt, gezien de verhoudingen binnen het bijzonder onderwijs, verdedigbaar. Dat initiatiefrecht zou moeten worden afgerond met een beroepsmogelijkheid – voor schoolbestuur én MR – op de geschillencommissie.²²⁷ De huidige

224 Vanaf dat moment gaat het mis met de slagboomtheorie. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.6.2.

225 Dit laatste is uiteraard alleen mogelijk als de wet niet verplicht tot het nemen van een besluit, bijvoorbeeld i.v.m. schoolwerkplan of leerplan. Vgl. bijv. art. 13 WBO. Datzelfde geldt (op dit moment) voor het vaststellen van het eerste medezeggenschapsreglement en voor de verplichte vijfjaarlijkse herziening. In deze laatste gevallen is ook de gang naar de geschillencommissie verplicht. Vgl. art. 10 lid 2 WMO.

226 Van tijd tot tijd worden wel voorstellen in deze richting gedaan. Vgl. bijv. de nota 'Onvolkomenheden, onduidelijkheden en/of omissies in de WOR', TK 1984-1985, nr 2, 18.

227 In de jurisprudentie van de LGC wordt – maar dan uitsluitend i.v.m. het medezeggenschapsreglement – een recht van initiatief erkend. Vgl. de uitspraken aangehaald in: MidS 11010-32

ge WMO kent deze opzet niet. Evenmin wordt overwogen om de mogelijkheden voor een actieve inbreng van de MR in de toekomst te vergroten, niet door de Toetsingscommissie en – gezien het Concept – ook niet door de Staatssecretaris.

3.8.3 'Gesplitste' instemmingsbevoegdheden

Art. 6 lid 1 sub b WMO biedt de mogelijkheid om een instemmingsbevoegdheid niet aan de MR in zijn geheel te geven, maar uitsluitend aan een afzonderlijke geleding: de personeelsleden of de ouders en de leerlingen. Deze mogelijkheid om de instemmingsbevoegdheid te splitsen is vooral voor de personeelsleden van belang, omdat zij op deze wijze zeggenschap kunnen krijgen over zaken die uitsluitend hun rechtspositie betreffen, zonder dat zij die zeggenschap met de op dat punt duidelijk minder betrokken andere raadsleden behoeven te delen. Afgezien van het VBS-reglement, wordt van de mogelijkheid om slechts één geleding instemmingsbevoegdheid te geven in alle modelreglementen gebruik gemaakt, zij het in verschillende omvang.

Een variant op de mogelijkheid die art. 6 lid 1 sub b WMO biedt, is het toekennen van een instemmingsbevoegdheid aan de ene geleding, onder toekenning van een adviesbevoegdheid aan de andere. De geschillencommissies zijn het over de toelaatbaarheid van deze variant niet eens. De Geschillencommissie ao vo acht deze verdeling van bevoegdheden toelaatbaar, zelfs uitdrukkelijk op haar plaats in een streekschool in het kader van het leerlingwezen, waar van de leerlingen weinig interesse voor de medezeggenschap wordt verwacht.²²⁸ De Geschillencommissie NPCS acht deze variant in strijd met de wet, omdat art. 6 lid 1 slechts vier mogelijkheden opsomt.²²⁹

In een aantal reglementen wordt de instemmingsbevoegdheid met betrekking tot bepaalde aangelegenheden niet toegekend aan de MR als geheel, noch aan slechts een geleding, maar afzonderlijk aan zowel de geleding 'personeel' als de geleding 'ouders en leerlingen'. Wil een voorstel van het schoolbestuur de instemming van de MR verwerven, dan zullen zodoende beide geleidingen ieder in meerderheid achter dat voorstel moeten staan. Vooral bij ingrijpende besluiten kan het belangrijk zijn op deze wijze na te gaan of het voorstel min of meer algemeen instemming vindt.

Hoe aantrekkelijk de constructie van de 'dubbele instemmingsbevoegdheid' daarom ook is, deze variant is in strijd met de wet. In art. 6 lid 2 WMO wordt bepaald dat het toekennen van een instemmingsbevoegdheid aan een afzonderlijke geleding slechts mogelijk is voor 'aangelegenheden die het personeel onderscheidelijk de ouders of leerlingen in het bijzonder aangaan', met andere woorden: aangelegenheden die de ene geleding meer aangaan dan de

← e.v. De Gc NPCS ziet daarvoor geen ruimte in de WMO. Vgl. de beslissing van 28-3-1985, nr 85/66.

228 Vgl. de beslissing van 26-6-1986, VO 85.2. Vgl. over het leerlingwezen (en het deeltijds onderwijs in het algemeen): par. 3.11.5.

229 Vgl. de beslissing van 31-5-1985, nr 85/71 II.

andere.²³⁰ De toenmalige Staatssecretaris Deetman heeft tijdens de parlementaire behandeling van de WMO toegezegd zich niet tegen het opnemen van een gesplitst instemmingsrecht in de medezeggenschapsreglementen te zullen verzetten. De – toen nog in te stellen – Toetsingscommissie zou deze kwestie moeten bekijken.²³¹

De Toetsingscommissie heeft dat gedaan en is tot de conclusie gekomen dat de wet niet de mogelijkheid moet bieden om beide geledingen afzonderlijk een instemmingsbevoegdheid te geven.²³² In plaats daarvan beveelt zij aan om in bepaalde gevallen de instemming van drie vierde van het aantal MR-leden te verlangen. Daardoor wordt vrijwel hetzelfde bereikt als door een 'dubbele instemmingsbevoegdheid'. Ook in het Concept is geen sprake van 'dubbele instemmingsbevoegdheden'. In zoverre stemt het Concept overeen met de aanbevelingen van de Toetsingscommissie. De aanbeveling om voor bepaalde besluiten de instemming van een gekwalificeerde meerderheid te eisen, wordt echter niet overgenomen, zonder dat wordt toegelicht waarom dat niet gebeurt.

Dat de gekwalificeerde meerderheid (dan wel de 'dubbele instemmingsbevoegdheid') verdwijnt moet mijns inziens betreurd worden. De MR is samengesteld uit twee geledingen, met op sommige punten verschillende, zo niet tegengestelde belangen. In het voorstel van de Staatssecretaris is de kleinste mogelijke meerderheid al voldoende om instemming te verlenen dan wel te onthouden. Dat kan betekenen dat een MR-besluit wordt genomen, terwijl een duidelijke meerderheid van een van beide geledingen daar grote bezwaren tegen heeft. Het kan ook betekenen dat een besluit achterwege blijft, terwijl een duidelijke meerderheid van één geleding juist voorstander is van besluitvorming. Gezien het belang van de besluiten waarop art. 7-nieuw WMO betrekking heeft, zijn dat in wezen onaanvaardbare situaties.

De Toetsingscommissie is ook geen voorstander van de mogelijkheid om een instemmingsbevoegdheid uitsluitend aan één van de twee geledingen in de MR toe te kennen. De Toetsingscommissie acht het gewenst dat werknemers en ouders en leerlingen – na afweging van de verschillende belangen – tot een gemeenschappelijk standpunt komen.²³³ Op dit punt wijkt de Staatssecretaris af van de aanbeveling van de Toetsingscommissie. In het Concept blijft de mogelijkheid bewaard om slechts één geleding een instemmingsbevoegdheid te geven. De Staatssecretaris stelt zelfs een verfijning voor in de vorm van de verplichting om de geleding die geen instemmingsbevoegdheid heeft om advies te vragen en wel op een zodanig tijdstip dat de 'andere' geleding met dat advies rekening kan houden.

230 Aldus ook de kamerstukken tot aan de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer. Vgl. MvT TK, 9 en 21; MvA TK, 15. Pas op het laatste moment ging Staatssecretaris Deetman 'om'. Vgl. Hand. EK, 96.

231 Vgl. Hand. EK, 1981-1982, 96. Later is de Staatssecretaris (op dat moment Van Leijenhorst) op dit standpunt teruggeslagen. Vgl. TK 1984-1985, 18600 (VIII), nr 88, 10.

232 Vgl. (1987b), 26-27.

233 Vgl. (1987b), 26.

Bepaalde aangelegenheden gaan de ene geleding duidelijk meer aan dan de andere. Om die reden is terecht dat de Staatssecretaris ervoor kiest om sommige instemmingsbevoegdheden uitsluitend aan de meest betrokken geleding toe te kennen. Weinig aangelegenheden behoren echter tot de exclusieve sfeer van de ene dan wel dan andere geleding. De legalisering van de adviesbevoegdheid voor de geleding die geen instemmingsbevoegdheid heeft moet daarom worden toegejuicht.²³⁴ Of deze oplossing zinvol is ten aanzien van alle aangelegenheden ten aanzien waarvan uitsluitend de werknemers een instemmingsbevoegdheid hebben, moet overigens betwijfeld worden.²³⁵ Dat is geen reden voor de wetgever om af te zien van het invoeren van de adviesbevoegdheid. Het zou wellicht wel, in een concreet geval, voor de geleding ouders en leerlingen een reden kunnen zijn om af te zien van het uitoefenen van de adviesbevoegdheid.

3.9 RANDVOORWAARDEN

3.9.1 Bescherming tegen benadeling

Art. 5 lid 9 WMO bepaalt dat het bevoegd gezag er voor zorg draagt dat de leden van de MR niet uit hoofde van hun lidmaatschap van de raad benadeeld worden in hun positie met betrekking tot de school. Andere bepalingen inzake de bescherming van de raadsleden bevat de WMO niet. Als wettelijke regeling die garanties wil bieden voor voldoende medezeggenschap schiet de WMO hier tekort.

Dat blijkt duidelijk als een vergelijking wordt gemaakt met de WOR. Deze bevat een aantal voorzieningen die bedoeld zijn om de onafhankelijkheid van de leden van de OR te waarborgen en om – in verband daarmee – alle bij de medezeggenschap betrokken werknemers te beschermen tegen benadeling door de ondernemer. In de WMO ontbreken deze speciale voorzieningen. Anders dan de WOR²³⁶, biedt de WMO namelijk geen bescherming aan kandidaatleden en gewezen leden van de MR en aan leden van eventueel in te stellen commissies.²³⁷ Evenmin biedt de WMO een speciale ontslagbescherming vergelijkbaar met art. 21 lid 2 en 3 WOR: noch een ontslagverbod, noch een preventieve toetsing met omkering van de bewijslast. De wetgever achtte een dergelijk bescherming onnodig. Tijdens de parlementaire behandeling van de ontwerp-WMO werd op dit punt verwezen naar de bescherming die het be-

234 Art. 7e lid 2-nieuw bepaalt dat het advies gevraagd moet worden op een zodanig tijdstip dat de andere geleding (en het schoolbestuur) er in de besluitvorming rekening mee kunnen houden.

235 Bijvoorbeeld: 'vaststelling of wijziging van het beleid met betrekking tot de toekenning van salarissen, toelagen en gratificaties aan het personeel' in art. 7a sub e-nieuw.

236 Vgl. art. 21 WOR. Vgl. daarover: Rood, art. 21; Van der Heijden, art. 21-commentaar; Van der Heijden (1984b), 589 e.v.; Van den Berk (1990).

237 De WMO voorziet niet in de instelling van commissies. Dat doen wel de modelreglementen van de NPCS en de VBS.

staande ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs zou bieden.²³⁸

Een zeker bescherming biedt het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs inderdaad, met name in die gevallen waarin de beëindiging geschiedt door opzegging op een van de limitatief omschreven gronden en waarin vervolgens beroep openstaat op de commissie van beroep.²³⁹ De uitgebreide rechtmatigheidstoetsing (waarbij met name het verbod van détournement de pouvoir van belang zou kunnen zijn) in combinatie met de vernietigingsmogelijkheid bieden in beginsel de mogelijkheid dat een ontslag dat verband houdt met de MR-activiteiten van de werknemer ongedaan wordt gemaakt.²⁴⁰

Niettemin biedt het huidige ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs zeker niet dezelfde waarborgen als de WOR. Dat wordt duidelijk als de regeling van de dienstcommissies in het ARAR wordt gezien. Daar is het opnemen van specifieke ontslagbepalingen eveneens achterwege gelaten met het argument dat het gesloten stelsel van ontslaggronden, mede gezien aard en inhoud van die gronden, voldoende waarborgen biedt. Borghouts, Cammaert en Sikkes kunnen met deze argumentatie instemmen.²⁴¹ Rood is daarentegen kritischer. Hij wijst er – mijns inziens terecht – op dat art. 21 WOR voor OR-leden een wat hij noemt ‘tijdens-bescherming’ biedt, terwijl het ARAR (net als de WOR van 1971 tot 1979) volstaat met een ‘wegens-bescherming’.²⁴² Die ‘tijdens-bescherming, met alle voordelen van dien, missen ook de werknemers in het bijzonder onderwijs.²⁴³ Een rechtvaardiging daarvoor is op het eerste oog niet aanwezig.

Ook de Toetsingscommissie is tot de conclusie gekomen dat er het een en ander schort aan de bescherming tegen benadeling van (onder andere) de werknemers. De Toetsingscommissie beveelt dan ook aan deze bescherming te verbeteren, in de eerste plaats door de werkingssfeer van art. 5 lid 9 WMO te verruimen tot kandidaat-MR-leden en gewezen leden. Daarnaast beveelt

238 Vgl. MvA EK 1981-1982, 16606 nr 12b, 8; Hand. EK 1981-1982, 95. Dat standpunt wordt in 1988 herhaald in het Verslag (vgl. p. 10).

239 De bescherming van tijdelijk aangestelde werknemers is veel minder goed geregeld. Wordt de aanstelling om oneigenlijke redenen niet verlengd, dan is weliswaar een actie op grond van onrechtmatige daad denkbaar. Een dergelijke actie heeft echter alleen al vanwege bewijsproblemen weinig kans van slagen. Vgl. i.v.m. de WOR: Van der Heijden, art. 21-commentaar, 11 e.v. Speciaal i.v.m. het bijzonder onderwijs is een probleem dat de commissie van beroep niet steeds bevoegd is in geval van een opzegging van een tijdelijke aanstelling. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3.3.

240 Vgl. over de toetsing: hoofdstuk IX, par. 2.5, over de vernietiging: hoofdstuk IX, par. 2.6.

241 (1982), 38.

242 (1989), 201-203.

243 Die voordelen liggen vooral in de sfeer van de bewijslastverdeling. Analooq aan de opstelling van de burgerlijke rechter in vergelijkbare geschillen (vgl. bijv. Rb Rotterdam 11-6-1974, NJ 1975, 501), is overigens heel goed verdedigbaar dat ook de commissie van beroep de bewijslast zou moeten omkeren, bijv. in die gevallen waarin van een op het eerste oog onverklaarbare ongelijke behandeling sprake is. Die mogelijkheid bestaat zonder meer. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.4.2.

zij aan om in het RPBO nadere regels op te nemen ter bescherming van de werknemer.²⁴⁴

In het Concept worden geen voorstellen gedaan ter verbetering van de bescherming tegen benadeling. Waarom die voorstellen achterwege blijven, is onduidelijk. In het Verslag uit 1988 werd in dit verband nog gewezen op het feit dat zich in de praktijk geen problemen zouden voordoen. De vraag rijst hoe de Staatssecretaris dat zo zeker wist. Het ITS-onderzoek bood geen aanknopingspunten.²⁴⁵ Jurisprudentie waarin een eventuele benadeling op grond van MR-activiteiten aan de orde komt, ontbrak inderdaad (en ontbreekt voor zover nate gaan nog steeds). Dat wil echter niet zeggen dat zich in de praktijk geen problemen hebben voorgedaan. En los daarvan: het is toch niet zo dat de benadeling eerst overduidelijk moet zijn gebleken, alvorens de wetgever optreedt?

Het ontbreken van wettelijke bepalingen zou tot op zekere hoogte gecompenseerd kunnen worden in de afzonderlijke medezeggenschapsreglementen. Uitgaande van de filosofie van de wetgever zou dat zelfs voor de hand liggen. Het merendeel van de modelreglementen volstaat echter met het overnemen van de letterlijke tekst van art. 5 lid 9 WMO. In een aantal modellen wordt de werkingssfeer van de bepaling weliswaar uitgebreid tot kandidaatleden, gewezen leden en (voor zover aanwezig) commissieleden; een verdergaande bescherming bieden zij niet.²⁴⁶

Het ligt wellicht ook niet voor de hand om bepalingen inzake de bescherming tegen benadeling in het medezeggenschapsreglement op te nemen, zeker niet waar het gaat om de ontslagbescherming. Dergelijke bepalingen zijn meer op hun plaats in de individuele aktes en cao's. Daarin zou heel goed een regeling als in art. 21 WOR kunnen worden opgenomen, op voorwaarde dat ook de reglementen van de commissies van beroep worden aangepast.²⁴⁷ Zo lang de wetgever niet zijn verantwoordelijkheid wil nemen, zouden de direct betrokkenen mijns inziens moeten overwegen om langs deze weg zelf een met de WOR vergelijkbare ontslagbescherming te bieden.²⁴⁸ Ook als de direct betrokkenen dat zouden doen, kan wetgeving mijns inzien overigens niet gemist worden. De wetgever zou op zijn minst het schoolbestuur moeten verplichten bepalingen ter bescherming van de bij de medezeggenschap betrokken werknemers in akte of cao op te nemen.²⁴⁹

244 Vgl. (1987a), 25 e.v.

245 Vgl. Smit c.s. (1987), 39.

246 De personenkring is uitgebreid in de modelreglementen van NKS en NPC. Het VBS-reglement biedt het MR-lid dat zich benadeeld voelt de mogelijkheid om een 'Commissie van wijzen' in te schakelen die een voor schoolbestuur en raadslid bindende uitspraak doet.

247 Daartegen bestaat geen bezwaar. Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.2.3.

248 De bescherming zou nog verder kunnen worden uitgebouwd, door de commissie van beroep bevoegd te maken ten aanzien van alle besluiten van het schoolbestuur in het kader van de arbeidsovereenkomst met de werknemer. Deze uitbreiding werd ook al in hoofdstuk IX, par. 4.4.4 verdedigd, los van het verband met de medezeggenschap.

249 Op dezelfde wijze als op dit moment gebeurt met het gesloten stelsel van ontslaggronden en de beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep. Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.3.4 en hoofdstuk IX, par. 4.4.2.

3.9.2 Inlichtingen en geheimhouding

Art. 5 lid 5 WMO bevat in verband met het recht op informatie van de MR de bepaling dat 'het bevoegd gezag (...) de raad, al dan niet gevraagd, tijdig alle inlichtingen (verschafft) die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft.' Art. 11 aanhef en sub d WMO bepaalt daarnaast dat het medezeggenschapsreglement regels bevat omtrent de wijze waarop het schoolbestuur informatie verschafft aan de MR. De modelreglementen zijn in de regel echter erg summier.²⁵⁰ Als geheel steekt de regeling van de informatieverstrekking aan de MR dan ook mager af bij de inhoud van de artt. 31 e.v. WOR, waarin een uitgebreide regeling wordt gegeven van de aard van de informatie waarop de OR recht heeft en het moment en de wijze waarop deze verstrekt dient te worden. Des te magerder is de WMO, als bedacht wordt dat zij geen beroepsmogelijkheid biedt als een geschil ontstaat in verband met het (niet) verstrekken van inlichtingen. Ter vergelijking: de WOR biedt de mogelijkheid om de kantonrechter om een beslissing in het geschil te verzoeken, na bemiddeling door de bedrijfscommissie.²⁵¹

In dit verband moet bedacht worden dat ook de WOR in aanvang vergelijkbaar summier was als de WMO. Pas in de loop van de jaren zijn de bezwaren daarvan in de praktijk zichtbaar geworden en is de noodzaak van een betere – dat wil zeggen: meer uitgebreide – regeling ingezien.²⁵²

Ook voor de WMO geldt inmiddels dat de bezwaren van de summiere regeling van de informatieverstrekking in de praktijk zichtbaar zijn. De resultaten van het ITS-onderzoek laten aan duidelijkheid niets te wensen over.²⁵³ Zowel de mate waarin als de wijze waarop de MR geïnformeerd wordt, is beneden de maat. Informatie over de vergaderingen van schoolbestuur en schoolleiding en over de daar genomen besluiten ontbreekt veelal. Ook moet de MR in veel gevallen genoegen nemen met mondelinge, 'informele' informatie. Als algemene conclusie stellen de ITS-onderzoekers dan ook vast dat de MR niet een centrale plaats inneemt in het informatienetwerk.²⁵⁴

Het hoeft niet te verbazen dat de Toetsingscommissie, onder verwijzing naar de resultaten van het ITS-onderzoek, aanbeveelt om een betere regeling te treffen voor de informatieverstrekking aan de MR. Het schoolbestuur zou één maal per jaar de MR in kennis moeten stellen van het door hem in de afgelopen periode gevoerde en in de komende periode te voeren financiële, organisatorische en onderwijskundige beleid ten aanzien van de school. Daarnaast zou de MR aan het begin van elke zittingsperiode schriftelijk een aantal basisgegevens moeten ontvangen, met name in verband met de samenstelling van het schoolbestuur, de organisatie binnen de school, de taakverdeling tussen schoolbestuur en schoolleiding en de hoofdpunten van het reeds vastgestelde beleid.

250 Een gunstige uitzondering vormt het reglement van de VBS.

251 Vgl. art. 36 WOR.

252 Vgl. over de geschiedenis van art. 31: Rood, art. 31, historie.

253 Vgl. Smit c.s. (1987), 41 e.v.

254 Vgl. Smit c.s. (1987), 47.

In het Concept worden deze aanbevelingen vrijwel letterlijk overgenomen.²⁵⁵ Ten opzichte van de huidige wettelijke regeling betekent het in het Concept voorgestelde dan ook een duidelijke stap vooruit. Inhoudelijk benadert de regeling in de WMO voor een belangrijk deel de regeling in de WOR. Wat nog ontbreekt op dat punt is de bepaling dat het schoolbestuur verplicht is om de verlangde informatie desgevraagd schriftelijk te verstrekken, voor zover althans de MR gezien zijn taak redelijkerwijs behoefte heeft aan informatie in schriftelijke vorm.²⁵⁶ Een dergelijke verplichting betekent wellicht dat in een aantal scholen de sterk informele wijze waarop bestuurd wordt, aangepast dient te worden. Niettemin dient de MR aanspraak te kunnen maken op schriftelijke informatie, met name ook waar het gaat om de agenda's en verslagen van vergaderingen van het schoolbestuur en de schoolleiding. Het Concept verdient op dit punt aangevuld te worden.

Het moet betreurd worden dat aan de verbetering van het materiële recht niet tevens een verbetering van de rechtsbeschermingsmogelijkheden gekoppeld wordt. In hoofdstuk XI kom ik terug op dit aspect van de informatieverstrekking aan de MR.²⁵⁷

Tegenover het recht op informatie van de MR staat de plicht van de raadsleden om bepaalde zaken die zij in hun hoedanigheid van raadslid vernemen geheim te houden; aldus blijkt uit art. 5 lid 6 WMO. Als een geheimhoudingsplicht wordt opgelegd, door het schoolbestuur of de MR, dan moet worden aangegeven waarop de geheimhoudingsplicht betrekking heeft, hoe lang zij duurt en ten opzichte van wie zij eventueel niet in acht hoeft te worden genomen.²⁵⁸

Het schenden van de geheimhoudingsplicht is een strafbaar feit.²⁵⁹ Daarnaast kan het schenden van de geheimhoudingsplicht door een werknemer leiden tot maatregelen in de sfeer van de individuele arbeidsovereenkomst: een disciplinaire maatregel of zelfs ontslag.²⁶⁰ Dat hoeft niet per se een ontslag op staande voet te zijn, omdat, zoals hiervoor bleek, de werknemers in de MR geen speciale ontslagbescherming genieten. Passender dan een sanctie op grond van de individuele arbeidsovereenkomst zou zijn een sanctie in de (collectieve) sfeer van de medezeggenschap – een tijdelijke of blijvende uitsluiting van deelname aan de werkzaamheden van de MR bijvoorbeeld. Alleen al om die reden moet betreurd worden dat in het Concept de aanbeveling van de

255 Vgl. art. 5 lid 5-nieuw. De huidige regeling blijft onveranderd in die zin dat schoolbestuur en werknemer overeenstemming moeten bereiken over de regeling van de informatieverstrekking in het reglement 'nieuwe stijl'. Vgl. art. 11-nieuw.

256 Aldus pas ik het criterium voor het al dan niet verstrekken van informatie tevens toe op het al dan niet in schriftelijke vorm verstrekken daarvan. Dat doet ook – i.v.m. de OR – Rood, art. 31, aant. 4.

257 Vgl. par. 2.3; par. 3.2.

258 Vgl. over de praktijk: Smit c.s. (1987), 34-35.

259 Vgl. art. 272 WvSr.

260 Vgl. i.v.m. de WOR: Rood, art. 20, aant. 2.

Toetsingscommissie, om die mogelijkheid in de WMO op te nemen (analoog aan het bepaalde in art. 13 WOR), niet wordt overgenomen.²⁶¹

3.9.3 *Faciliteiten*

Art. 19 WMO bepaalt dat het schoolbestuur de (gemeenschappelijke) MR, de eventuele geledingenraden en hun leden in de gelegenheid stelt de in de wet bedoelde taken naar behoren te verrichten, binnen het kader van de toegekende middelen en voorzieningen.

In dit verband moet bedacht worden dat de kosten van de medezeggenschap binnen het bijzonder onderwijs uiteindelijk door de overheid gedragen worden. Het Rijk vergoedt aan het schoolbestuur, als onderdeel van de exploitatiekosten van de school, ook de aan de medezeggenschap verbonden kosten.²⁶² Niettemin kan het onderwerp 'faciliteiten' gemakkelijk tot problemen aanleiding geven. In veel gevallen is namelijk onduidelijk hoeveel gelden precies voor de medezeggenschap ter beschikking worden gesteld. De beperking 'binnen het kader van de toegekende middelen en voorzieningen' biedt dan ook onvoldoende duidelijkheid aan schoolbestuur en MR als er een conflict ontstaat over de omvang van de te bieden faciliteiten.²⁶³ Een tweede bron van problemen kan zijn dat het schoolbestuur naar het oordeel van de MR feitelijk onvoldoende middelen ter beschikking stelt. De bekostiging wordt ontvangen door het bestuur; het is dan ook in eerste instantie aan het schoolbestuur om te beslissen hoe het de ontvangen gelden wil (laten) besteden.

Geschillen tussen schoolbestuur en MR in verband met de faciliteiten zijn al met al niet ondenkbaar. De WMO biedt niet de mogelijkheid om een dergelijk geschil door een derde instantie te laten beslechten. Dat moet – opnieuw – betreurd worden.²⁶⁴ Ik wijs er op dat in die gevallen, waarin de besteding van de overheidsvergoeding rechtstreeks aanleiding geeft tot een geschil, het inschakelen van de Minister niet zonder zin kan zijn.²⁶⁵

Ten aanzien van de praktijk constateert de Toetsingscommissie dat er over het algemeen geen grote problemen rijzen in verband met de faciliteiten.²⁶⁶ Op een aantal deelterreinen is dat naar haar oordeel echter wel het geval. In dit verband is met name van belang dat de Toetsingscommissie op basis van het ITS-onderzoek heeft geconcludeerd dat er een grote ongelijkheid bestaat ten

261 Vgl. (1987b), 35. Een aantal modelreglementen biedt op dit moment overigens al deze mogelijkheid. Vgl. bijv. het NPCS-reglement.

262 Vgl. bijv. art. 93 lid 1 sub c WBO.

263 Daar komt bij dat de invoering van de WMO, afgezien van de geschillenregeling, 'budgettair neutraal' diende te verlopen. Vgl. MvT TK, 11 onder 3.16. Vgl. over deze problematiek nader: Advies nr 5 van 3-8-1984 van de Toetsingscommissie aan de Staatssecretaris (opgenomen in (1985), 97 e.v.)

264 Vgl. ook: hoofdstuk XI, par. 2.3.

265 Vgl. hoofdstuk XI, nt 2.

266 Vgl. (1987b), 39-40. Vgl. ook: Smit c.s. (1987), 92 e.v.

aanzien van de mogelijkheden om deskundigen in te schakelen.²⁶⁷ Het schoolbestuur blijkt over voldoende middelen te beschikken om zich desgewenst door deskundigen te laten bijstaan; voor de MR geldt dat niet. De Toetsingscommissie beveelt dan ook aan dat de overheid middelen beschikbaar stelt aan vakbonden (en ouder- en leerlingenorganisaties), zodat deze in voorkomende gevallen op verzoek van de MR deskundige hulp kunnen bieden.²⁶⁸

De vorige Staatssecretaris beval aan om te onderzoeken of het niet mogelijk is om een rechtsbijstandverzekering af te sluiten.²⁶⁹ Dat is een originele oplossing, die echter bepaald niet de indruk wegneemt dat de MR waar het gaat om het raadplegen van deskundigen in een – ongerechtvaardigd – slechtere positie verkeert dan de OR.²⁷⁰ Het moet daarom betreurd worden dat in het Concept het onderwerp 'faciliteiten' niet ten principale aan de orde komt.²⁷¹

Faciliteiten zijn overigens niet alleen de financiële middelen die het schoolbestuur aan de MR dient te verstrekken om het uitoefenen van medezeggenschap mogelijk te maken. Ook andere faciliteiten zijn denkbaar, met name voor de werknemers. Ik wijs op het bieden van de mogelijkheid om onder werktijd te vergaderen of om (in tijd of geld) een zekere compensatie te ontvangen voor de aan de medezeggenschap bestede tijd. Uit het ITS-onderzoek blijkt dat dit onderwerp wel degelijk 'leeft' in de praktijk.²⁷² De overheid biedt op dit moment weinig of geen mogelijkheden om bijvoorbeeld taakuren toe te kennen of om vergadertijd te compenseren met extra vrije tijd. In de praktijk blijkt dat, althans op sommige scholen, niettemin te gebeuren.

Ter vergelijking: de leden van de OR vergaderen (op grond van art. 17 lid 2 WOR) 'zo veel mogelijk tijdens de normale arbeidstijd'. Art. 18 WOR voegt daar aan toe dat de leden van de OR gerechtigd zijn om hun arbeid gedurende een nader vast te stellen aantal uren per jaar te onderbreken voor onderling beraad en beraad met derden en voor scholing en vorming. Uit art. 18 lid 3 WOR blijkt dat hiervoor in totaal minstens 65 uur per jaar beschikbaar dienen te zijn.²⁷³ Vergeleken met de gang van zaken in de ondernemingen waarop de

267 De andere problemen hebben vooral betrekking op de positie van ouders en leerlingen. M.n. op hen is de aanbeveling gericht om, anders dan op dit moment, uitdrukkelijk gelden voor scholing en vorming ter beschikking te stellen. Vgl. (1987b), 40 e.v.

268 Vgl. (1987b), 42.

269 Vgl. het Verslag, 26.

270 Het zijn m.n. de beperkte financiële mogelijkheden die in dit verband bezwaren oproepen. Qua juridische mogelijkheden om deskundigen in te schakelen verschilt de inhoud van de (model)reglementen weinig of niets van het bepaalde in de artt. 16, 22 en (relevant gezien de omvang van de meeste scholen) 35a lid 1 sub c WOR.

271 Art 11 lid 1 sub c-nieuw schrijft weliswaar voor dat het medezeggenschapsreglement wordt geregeld 'de wijze waarop door het bevoegd gezag beschikbare gestelde middelen voor de raad (...) worden verdeeld'. Deze regeling kan echter onafhankelijk van de instemming van het bevoegd gezag worden vastgesteld. Het bevoegd gezag hoeft zich er daarom niet aan te houden. Een instemmingsvereiste gekoppeld aan een beroepsmogelijkheid zou de voorkeur verdienen.

272 Vgl. Smit c.s. (1987), 40 e.v.

273 Het minimum geldt niet in ondernemingen met minder dan 100 werknemers. Vgl. art. 35a lid 1 sub d.

WOR van toepassing is, zijn de vergaderfaciliteiten in het onderwijs al met al miniem, zonder dat voor dit verschil een deugdelijke reden valt aan te wijzen. Hier ligt mijns inziens een onderwerp dat nadere aandacht behoeft. In de praktijk zal vergaderen onder werktijd vrijwel uitgesloten zijn (met name ook met het oog op de aanwezigheid van leerlingen en ouders). In de vorm van extra taakuren of extra verlof lijkt het niettemin mogelijk om de bestede tijd tot op zekere hoogte te compenseren.

3.10 DE GEMEENSCHAPPELIJKE MR

Art. 14 WMO biedt de mogelijkheid om een gemeenschappelijk MR in te stellen in het geval het schoolbestuur meer dan één school in stand houdt.²⁷⁴ De beslissing om een gemeenschappelijke MR in te stellen ligt in eerste instantie bij het schoolbestuur. Art. 14 lid 3 bepaalt echter dat een gemeenschappelijke MR in elk geval wordt ingesteld, indien de meerderheid van de betrokken afzonderlijke MR's dit wenst.

De gemeenschappelijke MR bestaat uit leden gekozen uit en door de leden van afzonderlijke MR's. De geledingen werknemers en ouders/leerlingen moeten een gelijke omvang hebben en elk ten minste een derde van het aantal zetels bekleden. Iedere MR is met een tot drie leden vertegenwoordigd. Het totale aantal leden is (in beginsel) niet meer dan 25.

De gemeenschappelijke MR behandelt uitsluitend de aangelegenheden die van gemeenschappelijk belang zijn voor de betrokken scholen. De werkwijze van de gemeenschappelijke MR wordt beheerst door een reglement. Dat reglement wordt door het schoolbestuur vastgesteld, maar behoeft de goedkeuring van de meerderheid van de betrokken afzonderlijke MR's. Aan de gemeenschappelijke MR kunnen advies- en instemmingsbevoegdheden van de afzonderlijke MR's worden overgedragen. In dat geval treedt de gemeenschappelijke MR in de plaats van de afzonderlijke raden.

Deze regeling stemt in grote lijnen overeen met die in de art. 33 e.v. WOR (de afwijkende samenstelling buiten beschouwing gelaten uiteraard). Een verschil is bijvoorbeeld dat in het onderwijs de overdracht van bevoegdheden aan de gemeenschappelijke MR uitdrukkelijk geregeld moet worden in het reglement, terwijl in het kader van de WOR de bevoegdheden automatisch overgaan. De opzet van de WMO biedt meer duidelijkheid en verdient in zoverre zeker de voorkeur.

Van de mogelijkheid om een gemeenschappelijke MR in te stellen wordt in de praktijk redelijk veel gebruik gemaakt, maar – naar het lijkt – met name in het openbaar onderwijs. Argument om een gemeenschappelijke MR in het leven te roepen is vooral het verhogen van de efficiency; het is dan ook niet verwonderlijk dat het initiatief tot het instellen van een gemeenschappelijke

²⁷⁴ Daarnaast kunnen op grond van art. 15 WMO ook gemeenschappelijke geledingenraden worden ingesteld.

MR in de regel uitgaat van het schoolbestuur.²⁷⁵

De resultaten van het ITS-onderzoek naar het functioneren van de gemeenschappelijke MR's zijn vrij positief. De onderzoekers constateren echter zelf dat hun onderzoek, gezien de hoeveelheid bij het onderzoek betrokken scholen, niet representatief is.²⁷⁶ De Toetsingscommissie is gezien haar aanbevelingen heel wat minder positief over de huidige regeling en zij doet dan ook aanbevelingen om de wet te wijzigen. In de eerste plaats vindt de Toetsingscommissie dat wanneer voor een aantal scholen de instelling van een gemeenschappelijke MR wordt voorgenomen, de MR van een school die overwegende bezwaren heeft tegen de deelname aan de gemeenschappelijke MR, aan de geschillencommissie een bindende uitspraak moet kunnen verzoeken over de vraag of deze school inderdaad moet deelnemen. Daarnaast beveelt de Toetsingscommissie aan om de WMO zodanig te wijzigen dat de overdracht van bijzondere medezeggenschapsbevoegdheden van de afzonderlijke MR's aan de gemeenschappelijke MR slechts mogelijk is nadat de instemming van het schoolbestuur en van twee derde van de aangesloten MR's is verkregen. In de derde plaats dient de geschillencommissie naar het oordeel van de Toetsingscommissie de bevoegdheid te krijgen om desgevraagd een uitspraak te doen wanneer er een geschil rijst over de vraag of een bepaalde medezeggenschapsaangelegenheid wel een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang is.²⁷⁷ De achtergrond van deze aanbevelingen is de volgende:

'De medezeggenschapsraad van de individuele school is in de ogen van de Toetsingscommissie de spil waar het medezeggenschapsgebeuren om draait. (...) Een gemeenschappelijke medezeggenschapsraad kan vanuit die visie uitsluitend een orgaan zijn dat in het leven wordt geroepen om op efficiënte en doelmatige wijze een aantal gemeenschappelijke zaken te regelen. In die zin is de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad niet meer dan een afgeleide van elk van de deelnemende medezeggenschapsraden.'²⁷⁸

In het Concept wordt een aantal van de aanbevelingen van de Toetsingscommissie overgenomen, niet echter die aanbevelingen die betrekking hebben op het inschakelen van de geschillencommissie.²⁷⁹

3.11 BIJZONDERE REGIMES EN ONTHEFFING

3.11.1 Algemeen

Door voor het onderwijs, in de vorm van de WMO, een speciale wettelijke

²⁷⁵ Vgl. Smit c.s. (1987), 191.

²⁷⁶ Vgl. Smit c.s. (1987), 190.

²⁷⁷ Vgl. (1987b), 36 e.v.

²⁷⁸ Vgl. (1987b), 36-37.

²⁷⁹ Vgl. art. I onder L. De aan het slot van par. 3.3 gemaakte opmerking over de verkiezing van de MR geldt ook voor de gemeenschappelijke MR.

medezeggenschapsregeling vast te stellen, was de wetgever uiteraard al heel goed in staat om rekening te houden met de specifieke omstandigheden binnen het onderwijs. De wetgever heeft daarnaast in de WMO twee voorzieningen gecreëerd, die het mogelijk maken om nog verdergaand rekening te houden met de specifieke omstandigheden binnen de afzonderlijke scholen. Ik doel op de mogelijkheid om afwijkende regelingen te treffen als onverkorte toepassing van de WMO tot problemen zou leiden (art. 17 WMO) en op de mogelijkheid om een algehele ontheffing te verlenen in verband met de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen binnen de school (art. 18 WMO). De Toetsingscommissie heeft aanbevolen om de ontheffingsmogelijkheden uit te breiden, voor scholen die bestuurlijke democratisering van een zeker niveau kennen en voor zeer kleine scholen en scholen voor deeltijds onderwijs.²⁸⁰

Hierna zal ik nader ingaan op de (huidige en aanbevolen) mogelijkheden om af te wijken van de WMO dan wel een algehele ontheffing te verlenen. In de praktijk zijn deze mogelijkheden slechts voor een beperkt deel van de scholen van belang. In meer principieel opzicht zijn zij echter buitengewoon interessant.

3.11.2 Afwijking bij bijzondere omstandigheden

Artikel 17 lid 1 WMO biedt de Minister de mogelijkheid om, als bijzondere omstandigheden in de weg staan aan een goede toepassing van een of meer onderdelen van de WMO, op verzoek van een schoolbestuur toe te staan dat op nader aan te geven wijze wordt afgeweken van de bepalingen in de wet. Het medezeggenschapsreglement van de school kan bepalen dat verzoeken om afwijking zijn onderworpen aan medezeggenschap.²⁸¹ Alvorens op het verzoek te beslissen, dient in ieder geval de Onderwijsraad gehoord te worden. Art. 17 lid 2 WMO biedt de mogelijkheid om, als de in lid 1 bedoelde bijzondere omstandigheden zich in bepaalde categorieën scholen voordoen, bij AMvB af te wijken van de wet. Ook hier dient de Onderwijsraad gehoord te worden.

Van de in lid 1 genoemde mogelijkheid, om in incidentele gevallen afwijken toe te staan, wordt slechts spaarzaam gebruik gemaakt.²⁸² Van de in art. 17 lid 2 geboden mogelijkheid is gebruik gemaakt door het Besluit medezeggenschap onderwijs (BMO) in te voeren.²⁸³ Deze AMvB bevat speciale bepalingen voor onder andere zeer kleine scholen, groepen soortgelijke scholen die in stand worden gehouden door één schoolbestuur, ziekenhuisscholen en scho-

280 Ter vergelijking: de WOR kent een ontheffingsmogelijkheid die niet aan bepaalde gronden gebonden is (afgezien van de 'algemene' grond dat bijzondere omstandigheden in de weg moeten staan aan een goede toepassing van de wet). Vgl. art. 5 WOR. Van art. 5 WOR wordt in de praktijk slechts zeer spaarzaam gebruik gemaakt. Vgl. Rood, aant. art. 5 lid 1.

281 Op dit moment bestaat die medezeggenschap slechts in bepaalde delen van het bijzonder onderwijs. In het Concept wordt voorgesteld om de MR een instemmingsbevoegdheid te geven. Vgl. art. 7-nieuw, aanhef en sub i.

282 Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 69 e.v.

283 Besluit van 10-9-1984, S. 442.

len voor voortgezet speciaal onderwijs. Daarnaast bevat het besluit bijvoorbeeld regelingen die van belang zijn vlak voor en na een fusie. Doordat voor deze categorieën scholen c.q. gevallen de toegestane afwijkingen wettelijk zijn geregeld, is het belang van art. 17 lid 1 uiteraard sterk verminderd.

3.11.3 Ontheffing op principiële gronden

Art. 18 WMO voorziet in de mogelijkheid om een algehele ontheffing te verlenen van de verplichting tot naleven van de WMO. De ontheffing wordt door de Minister van Onderwijs verleend, de Onderwijsraad gehoord. Zij kan alleen worden verleend op gronden die verband houden met de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging die aan de school ten grondslag ligt. Het schoolbestuur dient bij de aanvraag om ontheffing een verklaring over te leggen waaruit blijkt dat het verzoek wordt ondersteund door een meerderheid van twee derde van de werknemers van de school (en eenzelfde meerderheid van de bij de school betrokken ouders of leerlingen). Elke vijf jaar dient het schoolbestuur de Minister mede te delen of de grond waarop de ontheffing werd verleend nog steeds aanwezig is en of de werknemers (en ouders of leerlingen) nog steeds in (gekwificeerde) meerderheid instemmen met de ontheffing. Is dat niet langer het geval, dan trekt de Minister de ontheffing in. In dat geval, en ook in het geval dat het eerste verzoek niet gehonoreerd wordt, staat beroep open op de Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State.

Verzoeken om ontheffing worden slechts zelden gedaan.²⁸⁴ In de regel worden zij gehonoreerd, met name als de verzoeken afkomstig zijn uit protestants-christelijke (en met name gereformeerde/reformatorische) hoek. De achtergrond van deze verzoeken is al tijdens de parlementaire behandeling van de WMO geschetst door het GPV-kamerlid Verbrugh:

'In het debat over het initiatiefwetsontwerp wees ik er al op dat een school ook gaat over godsdienstige zaken, die de leer betreffen, terwijl de christelijke leer de zeggenschap in de kerk (...) bindt aan 1 Timótheüs 3 vers 6 en Titus 1 vers 9, dat wil zeggen dat kandidaat gesteld kunnen worden niet zij die alleen de grondslag van de school – bij voorbeeld de Heilige Schrift en de belijdenis van de kerk – onderschrijven respectievelijk respecteren, maar zij die in staat moeten zijn op grond van de gezonde leer tegensprekers te weerleggen. Dat is een kleine kring.'²⁸⁵

²⁸⁴ Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 69 e.v.

²⁸⁵ Vgl. Hand. TK 1980-1981, 5001. Daarnaast bestaat bezwaar tegen het bepaalde in art. 5 lid 4 WMO: de taak van de MR om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen. Vgl. Toetsingscommissie WMO (1984), 71. Vgl. ook Smit c.s. (1987), 60-61: in bepaalde (gereformeerde) kringen wordt het vragen van ontheffing afgewezen, omdat dat betekent dat ouders en werknemers geraadpleegd moeten worden. Aldus zou medezeggenschap worden geboden, wat volstrekt wordt afgewezen; in de desbetreffende scholen wordt het schoolbestuur namelijk geacht 'krachtens Gods wil' met gezag bekleed te zijn. Gevolg is dat de wet 'noodgedwongen' wordt nageleefd, maar dat ten aanzien van alle art. 7-aangelegenheden is bepaald dat het nemen van besluiten is voorbehouden aan het schoolbestuur.

Verzoeken van zgn. vrije scholen werden in eerste instantie niet gehonoreerd door de Minister. Nu de antroposofie zich – gezien de stellingen van de desbetreffende schoolbesturen – niet verzette tegen medezeggenschap als zodanig, maar uitsluitend tegen wettelijk opgelegde medezeggenschap, zag de Minister geen reden om een ontheffing te verlenen. In beroep blijkt de Kroon (als voorganger van de Afdeling Geschillen van Bestuur) echter wel bereid de gevraagde ontheffing te verlenen.²⁸⁶

Art. 18 WMO is in veel opzichten een interessante bepaling. Zij laat zien dat het respect voor de vrijheid van richting tot vergaande consequenties kan leiden. Het ligt voor de hand dat zij aanspraak geeft op terughoudendheid van de zijde van de overheid in verband met het onderwijs als zodanig.²⁸⁷ Evenzeer ligt voor de hand om een relatie te leggen met aanstelling en ontslag van de werknemers binnen de school.²⁸⁸ Uit de hiervoor aangehaalde bronnen (parlementaire geschiedenis, jurisprudentie) blijkt dat in bepaalde kringen ook een duidelijk en rechtstreeks verband wordt gelegd tussen de richting en de verdeling van zeggenschap over de school als geheel. Art. 18 WMO maakt duidelijk dat, als die relatie daadwerkelijk bestaat, aanspraak bestaat op een overheidsvrije sfeer.²⁸⁹

Tegelijkertijd laat art. 18 WMO zien dat het mogelijk is om de rechtspositionele consequenties van de vrijheid van richting inhoudelijk en procedureel met zodanige waarborgen te omgeven dat geen van de betrokkenen zich tekort gedaan behoeft te voelen. In dat verband wijs ik er in de eerste plaats op dat ontheffing alleen mogelijk is in die gevallen waarin zij noodzakelijk wordt geacht op gronden ontleend aan godsdienst of levensbeschouwing. Die beperking is allerminst bezwaarlijk. Met name is terecht dat niet gewerkt wordt met het ruimere begrip 'grondslag en doelstellingen', waartegen in het kader van art. 4 lid 11 WMO grote bezwaren bleken te bestaan.²⁹⁰ In de tweede plaats maakt art. 18 WMO duidelijk dat het feit dat de vrijheid van richting in het geding is niet behoeft te betekenen dat het schoolbestuur de exclusieve zeggenschap krijgt over de (eventuele) rechtspositionele consequenties van de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen die aan de school ten grondslag liggen. Dat blijkt uit het feit dat de overgrote meerderheid van de werknemers (en van de ouders en leerlingen) uitdrukkelijk moet instemmen met het verzoek om ontheffing; aldus is gewaarborgd dat alle betrokkenen de principiële bezwaren van het schoolbestuur delen. Dat blijkt daarnaast uit het feit dat de gegrondheid van een verzoek om ontheffing wordt getoetst, door de

286 Vgl. de KB's van 16-12-1987, nrs 52 en 53.

287 Vgl. de 'keuze der leermiddelen' in art. 23 lid 6 Gw.

288 Vgl. de 'aanstelling der onderwijzers' in art. 23 lid 6 Gw. Vgl. ook hoofdstuk VIII, par. 4.4.2-4.4.3.

289 Dat die relatie bestaat zal uiteraard eerst moeten worden vastgesteld. Voor het overgrote deel van de confessioneel- of levensbeschouwelijk-bijzondere scholen geldt (mede gezien het beperkte gebruik dat van art. 18 WMO wordt gemaakt) dat geen rechtstreekse relatie wordt gelegd tussen richting en medezeggenschap. Vgl. ook par. 4.3.4.

290 Vgl. par. 3.2.5-3.2.6.

Minister en – in tweede instantie – door de overheidsrechter. Uit het feit dat de opvattingen van werknemers (en ouders en leerlingen) van belang zijn in het kader van art. 18 WMO, blijkt al dat de wetgever de richting van de school niet als een onveranderlijk, in de statuten verankerd gegeven beschouwt. Dat na vijf jaren een verplichte heroverweging van de ontheffing volgt, onderstreept dat nog eens extra.

Dat werknemers volledig worden uitgesloten van medezeggenschap (althans van de door de wetgever te verzekeren medezeggenschap) is uiteraard bijzonder ingrijpend. Zo bezien lijken de geschetste inhoudelijke en procedurele waarborgen vanzelfsprekend.

Zij zijn dat echter allerm minst. Dat valt met name op als een vergelijking wordt gemaakt met het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs en dan met name met de gang van zaken rond de AWGB. In de AWGB wordt (net als in 4 lid 11 WMO) de uitzonderingsmogelijkheid niet beperkt tot de confessioneel- en levensbeschouwelijk-bijzondere scholen.²⁹¹ De opvattingen van het schoolbestuur, over de eisen die aan de individuele werknemer gesteld kunnen worden op basis van de richting van de school, worden verregaand gerespecteerd.²⁹² Aan het feit dat er een verschil kan groeien (en wellicht al gegroeid is) tussen de officiële richting van de school en de opvattingen van het schoolbestuur dienaangaande enerzijds en de praktijk, zoals die mede blijkt uit de opvattingen van de werknemers (en de ouders en leerlingen) anderzijds, worden ogenschijnlijk geen consequenties verbonden. Toetsing door de rechter wordt ook amper mogelijk geacht.²⁹³

Als geheel moet dan ook de conclusie zijn dat tegen de ontheffingsmogelijkheid die art. 18 WMO biedt geen noemenswaardige bezwaren kunnen worden ingebracht. Sterker nog: de wetgever zou er goed aan doen om de grondtrekken van de regeling in art. 18 WMO ook op andere rechtspositionele gebieden ter harte te nemen.²⁹⁴

3.11.4 *Ontheffing vanwege bestuurlijke democratisering?*

Naar aanleiding van de evaluatie van de gang van zaken in de praktijk beveelt de Toetsingscommissie aan om scholen de mogelijkheden te geven een ontheffing te vragen van de verplichting om de WMO na te leven, wanneer zij op grond van statuten of reglementen een gedemocratiseerd bestuur kennen dat ten minste gelijkwaardig is aan dat van de WMO.²⁹⁵ De Toetsingscommissie doet die aanbeveling, omdat zij meent dat toepasselijkheid van de WMO 'dubbelop' zou zijn als er voldoende medezeggenschap is op bestuurlijk niveau. De Toetsingscommissie omgeeft haar aanbeveling met tal van waarborgen, zowel

²⁹¹ Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6-4.4.7.

²⁹² Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.8.

²⁹³ Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.8.

²⁹⁴ Dat geldt voor de AWGB, maar ook voor de wettelijke regeling van het IGO. Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.2.

²⁹⁵ Vgl. (1987a), 31 e.v.

inhoudelijk (de democratisering moet formeel vastliggen en moet gelijkwaardig zijn aan het WMO-regime; het moet gaan om de bestuurlijke democratisering van één school) als procedureel (het overgrote deel van de ouders en leerlingen en de werknemers moet achter de ontheffing staan; om de vijf jaar moet de ontheffing opnieuw worden gezien).

Deze waarborgen zijn op zichzelf terecht, want het gaat om een ingrijpend voorstel. Ondanks deze waarborgen is het de vraag of het wel verstandig is een ontheffingsmogelijkheid te bieden zoals de Toetsingscommissie die aanbeveelt, met name voor zover het de werknemers betreft. Enerzijds is voorstelbaar dat tot nu toe in sommige scholen in geval van bestuurlijke democratisering geen optimaal gebruik is gemaakt van de medezeggenschap die de WMO biedt en dat de wet zelfs als overbodig wordt gezien. Anderzijds is het de vraag of dat op de langere termijn wel zo zal blijven. De WMO moet tenslotte nog 'groeien', zowel als wet als in de praktijk. In zoverre lijkt het er op dat té ingrijpende – definitieve – consequenties worden verbonden aan wat wel eens moeilijkheden en twijfels in de aanloopfase zouden kunnen blijken te zijn. Het ITS-onderzoek heeft inderdaad wel gegevens opgeleverd op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat bestuurlijke democratisering en medezeggenschap via de MR moeilijk samengaan, maar het betreft dan uitsluitend de positie van de ouders en leerlingen binnen schoolverenigingen; meer algemene conclusies laten de onderzoeksgegevens niet toe.²⁹⁶

Het is mijns inziens namelijk niet gezegd dat bestuurlijke democratisering ook op de wat langere termijn als een echte vervanging van de WMO gezien zal worden.²⁹⁷ De positie van (vertegenwoordigers van) de werknemers in het bestuur zal een geheel andere zijn dan die van de raadsleden. Het is ook de vraag hoe groot de invloed van de vertegenwoordigers van de werknemers in het bestuur zal zijn, niet alleen qua zetelaantal, maar ook inhoudelijk. Daarnaast is het de vraag of een bestuurszetel wel voor alle subgeledingen (ik denk aan het niet-onderwijzend personeel) en voor eventuele verschillende stromingen binnen de geledingen bereikbaar zal zijn. Een ander bezwaar is dat de mogelijkheid om in geval van geschillen een buitenstaander (de geschillencommissie) in te schakelen verdwijnt.

Lijkt het niet wenselijk dat werknemers zitting nemen in hun 'eigen' be-

296 De positie van de ouders en leerlingen is in dit verband een duidelijk andere dan die van de werknemers. Een deugdelijke regeling van de bestuurlijke democratisering zou voor de ouders en leerlingen zeer goed kunnen voldoen als alternatief voor de huidige situatie, waarin de invloed op de gang van zaken in de school gestalte krijgt door middel van de MR. Vgl. par. 4.4.

297 Wettelijk gezien is het overigens mogelijk dat werknemers zitting nemen in het schoolbestuur van 'hun eigen' school. In 1982 zijn de wettelijke bepalingen die dat onmogelijk maakten uit de onderwijswetgeving geschrapt. Vgl. de Wet van 6 mei 1982, S. 272. De wet is tot stand gekomen op initiatief van de kamerleden Van Kemenade, Stoffelen en Van Ooijen (vgl. TK 1979-1980, 16114, nr 1 e.v.). Een regeringsontwerp dat (ten dele) dezelfde materie regelde werd reeds in 1977 ingediend (vgl. TK 1976-1977, 14420, nr 1 e.v.), maar werd door het aanvaarden van het initiatief-ontwerp overbodig en vervolgens ingetrokken (vgl. TK 1981-1982, 14420, nr 6).

stuur, als minder vergaand alternatief is eventueel denkbaar een zekere mate van invloed op de bestuurssamenstelling, waardoor verzekerd is dat een of enkele leden van het bestuur speciaal het vertrouwen genieten van de werknemers. Maar ook dan zijn conflicten als gevolg van de onduidelijkheid over de verwachte rol van het bestuurslid ('algemeen' bestuurslid of werknemers-vertegenwoordiger) bepaald niet uitgesloten. Kortom: een deugdelijke regeling van de medezeggenschap via de MR verdient mijns inziens de voorkeur boven de democratisering van het bestuur.

Los van deze meer principiële bezwaren meen ik dat het in ieder geval te vroeg is voor het doen van een dergelijk ingrijpende aanbeveling om de ontheffingsmogelijkheden uit te breiden, terwijl de noodzaak niet echt is aangetoond en de consequenties niet goed zijn te overzien. Anders dan Staatssecretaris Ginjaar-Maas²⁹⁸, wil de huidige Staatssecretaris de aanbeveling van de Toetsingscommissie niet overnemen. Het Concept bevat geen bepalingen terzake. In dit geval hoeft de betrachte terughoudendheid mijns inziens niet betreurd te worden.

3.11.5 Ontheffing voor kleine scholen en scholen voor deeltijds onderwijs?

De Toetsingscommissie doet nog een tweede aanbeveling om de ontheffingsmogelijkheden te verruimen, namelijk voor zeer kleine scholen en scholen waar uitsluitend deeltijds onderwijs wordt gegeven. Voor beide categorieën scholen stelt de Toetsingscommissie voor om een 'licht medezeggenschapsregime' (twee maal per jaar een overlegvergadering) in te voeren. Aan deze mogelijkheid zouden kleine scholen volgens de Toetsingscommissie behoefte hebben vanwege de kleine personeelsomvang, de scholen met een deeltijdse opleiding vanwege problemen om de leerlingen voor de medezeggenschap te interesseren.²⁹⁹

Aanvankelijk luidde de aanbeveling om een licht medezeggenschapsregime in te stellen, tenzij de betrokkenen dat zelf anders zouden willen.³⁰⁰ In het tweede deel van haar eindrapport draait de Toetsingscommissie deze aanbeveling om: het normale regime dient te gelden, tenzij de werknemers (en de ouders en leerlingen) in overgrote meerderheid kiezen voor een licht regime.³⁰¹ Door de eis van een dubbele en gekwalificeerde meerderheid te stellen, wil de Toetsingscommissie vermijden dat de geringe omvang of eventuele desinteresse van de ene geleding tevens nadelen heeft voor de andere (grotere en/of meer geïnteresseerde) geleding.

Ondanks de procedurele waarborgen rijst de vraag of het invoeren van een licht medezeggenschapsregime wel op zijn plaats is, zeker als op de aangevoerde gronden wordt gelet. Uit deze aanbeveling blijkt in elk geval dat het feit dat

²⁹⁸ Vgl. het Verslag, 16.

²⁹⁹ Het BMO bevat op dit moment uitsluitend voorzieningen voor scholen met slechts één werknemer. Vgl. par. B.

³⁰⁰ Vgl. (1987a), 33.

³⁰¹ Vgl. (1987b), 18 e.v.

de MR zowel uit werknemers als uit ouders en/of leerlingen bestaat niet onproblematisch is. Bij scholen met een kleine personeelsomvang is inderdaad voorstelbaar dat bij de werknemers weinig interesse is voor de medezeggenschap via de WMO; evenzeer is voorstelbaar dat het in het deeltijds onderwijs moeilijk is om de leerlingen bij de medezeggenschap te betrekken (althoewel het in beide gevallen opnieuw de vraag is in hoeverre het gaat om aanloop moeilijkheden). Een aangepaste regeling zou in beginsel denkbaar zijn.³⁰² Het gaat mijns inziens echter te ver om van dit gebrek aan interesse (?) bij de ene geleding ook de andere geleding de nadelige gevolgen te laten dragen. Toch is dat in wezen wat de Toetsingscommissie voorstelt. Uitgaande van de positie van de werknemers in het deeltijds onderwijs betekent de aanbeveling dat zij eventueel genoeg moeten nemen met het lichte regime, omdat de 'andere' geleding geen of onvoldoende interesse toont. Voor de ouders van leerlingen aan een kleine school geldt uiteraard precies hetzelfde.

Ik acht het invoeren van een licht regime daarom principieel onjuist. Als de problemen werkelijk zo groot zijn (en blijven), dan verdient het mijns inziens de voorkeur om in het deeltijds onderwijs de WMO, maar dan ook volledig, uitsluitend van toepassing te laten zijn op de werknemers.³⁰³ In kleine scholen zou voor de ouders hetzelfde kunnen gelden. Voor de aldus 'uitgesloten' geleding zou eventueel naar een aangepast, eventueel 'licht' medezeggenschapsregime gezocht kunnen worden.³⁰⁴ Uitgaande van een recht op zo volledig mogelijke medezeggenschap, ook als de 'andere' geleding minder interesse zou hebben, acht ik dat de betere oplossing. Dat de Staatssecretaris de aanbeveling van de Toetsingscommissie niet wil overnemen, mag in zoverre worden toegejuicht. Minder positief is het feit dat nu ook het – terecht door de Toetsingscommissie gesignaleerde – probleem van het gebrek aan interesse bij de ene dan wel de andere geleding niet langer aan de orde komt.³⁰⁵

4 Medezeggenschap en grondrechten

4.1 VOORAF

In de voorgaande paragrafen werd beschreven op welke wijze de medezeggenschap van de werknemers gestalte heeft gekregen in de WMO, hoe de wettelijke regeling functioneert en welke aanbevelingen en voorstellen tot wijziging

302 Ter vergelijking: beneden de grens van tien werknemers kent de WOR geen plicht tot het instellen van een OR en slechts de OR in een onderneming met 100 of meer werknemers kan over het volledige arsenaal aan taken en bevoegdheden beschikken. Vgl. de artt. 35a en 35b WOR.

303 Voor deze oplossing biedt de huidige WMO al de mogelijkheid via art. 17 en het MBO (vgl. m.n. par. D).

304 In Ge ao vo, 26-6-1986, VO. nr 85.2 wordt een dergelijke oplossing al in de praktijk gebracht; ik wees daar reeds op in par. 3.8.3.

305 Ik kom op deze kwestie terug in par. 4.4.

van de WMO zijn gedaan. Hierna zal ik het onderwerp 'medezeggenschap' meer evaluerend benaderen. Daarbij zal ik de relevante grondrechten tot uitgangspunt nemen: het onderwijsgrondrecht en de (relevante) sociaal-rechtelijke grondrechten.

Dat het sociaal recht van invloed is geweest op de WMO is in het voorgaande duidelijk genoeg gebleken. In par. 2.5 werd geconstateerd dat de opvatting dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op medezeggenschap en de opvatting dat het (mede) een taak is van de overheid om erop toe te zien dat dat recht wordt verwezenlijkt verklaren dat een wettelijke medezeggenschapsregeling op het bijzonder onderwijs van toepassing is. Hierna zal de vraag aan de orde komen of deze wettelijke regeling naar haar inhoud aan de vanuit sociaal-rechtelijke optiek te stellen eisen voldoet. Bij het beantwoorden van die vraag bieden de Grondwet noch het internationale recht veel aanknopingspunten.³⁰⁶ Ik zal daarom volledig terugvallen op de in hoofdstuk III, par. 3.4 geschetste vergelijkende aanpak: ik zal tot uitgangspunt nemen dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op medezeggenschap die naar aard en omvang vergelijkbaar is met de medezeggenschap van de werknemers elders in de private sector op basis van de WOR en dat, als dat zonder deugdelijke grond niet het geval blijkt te zijn, sprake is van een schending van art. 19 lid 2 Gw.

Ook de invloed van het onderwijsgrondrecht op de WMO is duidelijk aan te wijzen. In par. 2.5 werden de afzonderlijke aspecten van het onderwijsgrondrecht die in dat verband van belang zijn kort behandeld. In par. 3 is op onderdelen verder uitgewerkt op welke wijze – bijvoorbeeld – de vrijheid van inrichting en de opvatting dat het schoolbestuur drager is van het onderwijsgrondrecht van invloed zijn geweest op de WMO. Tevens is in par. 3 gebleken dat het onderwijsgrondrecht heeft geleid tot een in veel opzichten opvallende, zelfs problematische regeling. Hierna zal de vraag aan de orde komen of de verschillende aspecten van het onderwijsgrondrecht een voldoende rechtvaardiging vormen voor die opvallende en problematische kanten van de WMO.

Ik zal hierna niet het onderwijsgrondrecht en de sociaal-rechtelijke grondrechten afzonderlijk behandelen. In plaats daarvan zal ik de aandacht richten op de fundamentele keuzes die de wetgever aan het begin van de jaren tachtig heeft gemaakt in verband met de regeling van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Ik doel op: de keuze voor een regeling die zowel op openbaar als bijzonder onderwijs van toepassing is (par. 4.2) de keuze voor een regeling die slechts basisbepalingen en garanties bevat (par. 4.3), de keuze voor een regeling die werknemers en ouders en leerlingen in één orgaan medezeggenschap geeft (par. 4.4) en de keuze voor een eigen regeling voor het onderwijs (par. 4.5).

Par. 4.6 bevat een aantal afsluitende conclusies in verband met de huidige WMO en in verband met de voorstellen in het Concept. Met die conclusies loop ik ten dele vooruit op de behandeling van de rechtsbescherming in hoofd-

³⁰⁶ Vgl. hoofdstuk III, par. 3.3.1, 3.3.2.

stuk XI. De kern van het probleem in verband met de rechtsbescherming (het gebrek aan voldoende specifieke rechtsbeschermingsmogelijkheden) is in de voorgaande paragrafen al voldoende duidelijk aan de orde gekomen om dat verantwoord te laten zijn.

4.2. DE GELIJKE BEHANDELING VAN OPENBAAR EN BIJZONDER ONDERWIJS

4.2.1 *Uitgangspunt: rechtspositionele gelijkheid*

Zowel openbaar als bijzonder onderwijs dienden een medezeggenschapsregeling te krijgen, aldus was de opvatting van de wetgever aan het begin van de jaren tachtig. Tegen toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs bestonden grote bezwaren; het daadwerkelijk toepassen van deze wet op het bijzonder onderwijs is daarom van begin af aan uitgesloten geweest.³⁰⁷ Daarentegen is niet of nauwelijks aandacht besteed aan de relatie tussen het openbaar onderwijs en de op dat moment in de maak zijnde regeling voor medezeggenschap van (rijks)ambtenaren in het ARAR. De beslissing om voor openbaar en bijzonder onderwijs een gelijke regeling te ontwerpen heeft kennelijk zo zeer voor de hand gelegen, dat niet is overwogen om de regeling in het ARAR op het openbaar onderwijs van toepassing te laten zijn.

Het aldus – impliciet – gehanteerde uitgangspunt van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs is volledig in de wettelijke regeling terug te vinden.³⁰⁸ Hoogstens kan gewezen worden op het (uiteraard niet onbelangrijke) verschil in werking tussen de bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs en de ‘echte’ wetgeving voor het openbaar onderwijs.³⁰⁹

4.2.2 *De Toetsingscommissie*

Dat openbaar en bijzonder onderwijs dezelfde medezeggenschapsregeling kennen, is een opvallende zaak. Voor het overige kennen de publieke en de private sector namelijk eigen medezeggenschapsregelingen, die onderling op essentiële punten afwijken.³¹⁰ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Toetsingscommissie aan deze kwestie enige algemene beschouwingen wijdt. Wel verwonderlijk is dat zij tot een positieve conclusie komt: er zijn in haar ogen geen in verband met de medezeggenschap relevante verschillen tussen open-

307 Vgl. par. 2.1.; par. 2.5.

308 Ook de (model)reglementen verschillen naar het lijkt niet fundamenteel, al is wellicht bij de keuze tussen een advies- of een instemmingsbevoegdheid iets eerder dan in de ‘bijzondere reglementen’ een adviesbevoegdheid op zijn plaats geacht.

309 Vgl. par. 3.1. Daarnaast kan het openbaar onderwijs geen gebruik maken van de ontheffingsmogelijkheid in art. 18 WMO.

310 M.n. ten aanzien van de bevoegdheden (vgl. enerzijds de artt. 25-27 WOR en anderzijds de artt. 27d-e ARAR) en de regeling voor geschillen i.v.m. de bevoegdheden (vgl. de artt. 26-27 WOR en art. 127f ARAR) is sprake van duidelijke verschillen.

baar en bijzonder onderwijs, terwijl de WMO voldoende recht doet aan zowel de typische karaktertrekken van het openbaar onderwijs (gemeentelijke autonomie, primaat van de politieke besluitvorming) als aan die van het bijzonder onderwijs (vrijheid van onderwijs).³¹¹

Bij deze conclusie kunnen mijns inziens de nodige vraagtekens worden gezet. De gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs wordt door de direct betrokkenen namelijk wel degelijk als problematisch ondervonden – en terecht. Ik zal op deze kwestie overigens slechts kort ingaan, omdat, zoals hierna zal blijken, voornamelijk de positie van het openbaar onderwijs in het geding is.

4.2.3 *Bezwaren: het openbaar onderwijs*

Bezwaren tegen de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs werden reeds bij het totstandkomen van de wettelijke bepalingen vernomen, uitsluitend uit kringen van het openbaar onderwijs.³¹² Dat is niet zo verwonderlijk. Aan de basis van de WMO heeft hoe dan ook de WOR gestaan en ondanks alle verschillen is de WMO inhoudelijk in veel opzichten beter te vergelijken met de WOR dan met de medezeggenschapsregeling in het ARAR.³¹³ Ook in de praktijk is de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs als problematisch ondervonden, opnieuw alleen in kringen van het openbaar onderwijs. Ten dele is wellicht sprake van reacties die te wijten zijn aan de onwennigheid van de direct betrokkenen: bevoegde gezagsorganen die niet gewend zijn aan medezeggenschap; werknemers die vreemd staan tegen een sterk geformaliseerde wijze van inspraak.³¹⁴ Maar een deel van de bezwaren is reëel. Ik wijs bijvoorbeeld op het bezwaar dat de geschillenbeslechting voor een belangrijk deel plaats vindt buiten de bestuurskolom, zelfs geheel buiten de overheid om.³¹⁵ Het is in dit verband veelzeggend genoeg dat vertegenwoordigers van het Ministerie van Onderwijs – al is het op persoonlijke titel – aan de Toetsingscommissie hebben medegedeeld dat het achteraf wellicht juist was geweest indien het medezeggenschapsregime voor het openbaar onderwijs gelijkenis had vertoond met de regeling in het ARAR.³¹⁶

Het principe van de rechtspositionele gelijkheid beschermt, als het goed is, de belangen van zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs.³¹⁷ Dat is in de voorgaande hoofdstukken gebleken, in verband met de (financiële) arbeidsvoorwaarden, maar ook in verband met de ontslagbescherming. Op die terrei-

311 Vgl. (1987b), 12.

312 Vgl. Toetsingscommissie (1985), 34.

313 Ten aanzien van de in nt 310 genoemde onderwerpen verschilt de WMO net zo sterk van het ARAR als de WOR.

314 Vgl. over deze kritiek: Smit c.s. (1987), 120 e.v.

315 Vgl. Toetsingscommissie WMO (1985), 35 en 37-38.

316 (1985), 49.

317 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.8.4; hoofdstuk VII, par. 4.1.

nen bleek de gelijkheid ook tot op grote hoogte te verwezenlijken.³¹⁸ Het is zonder twijfel in het belang van openbaar én bijzonder onderwijs dat ook aard en omvang van de medezeggenschap van de werknemers niet fundamenteel verschillen. Op dit punt rijst echter de vraag of de rechtspositionele gelijkheid wel in alle opzichten te verwezenlijken valt. Als onderdeel van de overheid verkeert het bevoegd gezag van een openbare school op verschillende punten in een fundamenteel andere positie dan het bestuur van een private rechtspersoon; hun bestaan en functioneren wordt beheerst door andere regels; zij hebben ten dele duidelijk verschillende taken. Die verschillen kunnen consequenties hebben op het gebied van de medezeggenschap: in de sfeer van de rechtsbescherming, maar bijvoorbeeld ook bij de toedeling van bevoegdheden (ik kom daar hierna op terug).

In verband met de WMO is de wetgever dat kennelijk uit het oog verloren. In de voorgaande hoofdstukken werd een aantal keren geconcludeerd dat de wetgever de essentiële verschillen tussen openbaar en bijzonder onderwijs onvoldoende in het oog houdt. In verband met het onderwerp 'medezeggenschap' is in dit opzicht echter iets vreemds aan de hand. Kon tot nu toe steeds worden geconcludeerd dat het bijzonder onderwijs geen recht werd gedaan door het gelijk te behandelen als het openbaar onderwijs (ik herinner met name aan het gestelde in hoofdstuk VII, betreffende het collectief overleg), hier is het omgekeerde het geval: de eigen positie van het openbaar onderwijs komt in gevaar door de gelijke behandeling. Dit is des te opvallender nu de wetgever in verband met de WMO met nadruk het uitgangspunt heeft geformuleerd dat het karakter van het openbaar onderwijs in het algemeen en de gemeentelijke autonomie in het bijzonder gerespecteerd dienden te worden.³¹⁹ Dat uitgangspunt is dan ook niet verwezenlijkt.

Om deze reden zou de wetgever mijns inziens niet bij voorbaat moeten uitsluiten dat de medezeggenschapsregelingen voor openbaar en bijzonder onderwijs verschillen. Het principe van de rechtspositionele gelijkheid hoeft door eventuele verschillen niet in gevaar te komen: een 'andere' regeling hoeft niet per se een 'mindere' te zijn. Zou dat wel het geval zijn, dan zou dat het

³¹⁸ Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1; hoofdstuk VIII, par. 4.2.3; hoofdstuk IX, par. 2.1.1.

³¹⁹ Nu waren dat toch al slecht onderbouwde (en te onderbouwen) uitgangspunten. Dat sprake is van openbaar onderwijs noodzaakt bijvoorbeeld niet per se tot terughoudendheid van de wetgever; de regeling in het ARAR, met uitdrukkelijk in de wet vastgelegde bevoegdheden en met een ontslagverbod voor ambtenaren die actief zijn betrokken bij de medezeggenschap, maakt dat duidelijk; vgl. de art. 127d-h en 128 resp. 126d ARAR. De gemeentelijke autonomie lijkt in verband met de medezeggenschap voor ambtenaren evenmin erg belangrijk gevonden te worden. Ook de lagere overheden hebben, daartoe verplicht door art. 125 lid 2 Aw, met hoofdstuk XIA van het ARAR vergelijkbare regelingen in het leven moeten roepen. De gemeentelijke autonomie blijft op deze wijze formeel in stand; inhoudelijk zullen zich echter niet te grote afwijkingen mogen voordoen; vgl. Borghouts c.s. (1982), 77 e.v. Daarnaast valt op dat de wetgever op een zeer belangrijk ander deelterrein van de onderwijsgeving niet of nauwelijks rekening houdt met de gemeentelijke autonomie, namelijk waar het de rechtspositieregelingen betreft: ook op de ambtenaren aan de gemeentelijke scholen is het op rijksniveau vastgestelde RPBO van toepassing. Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1.

onvermijdelijke gevolg zijn van het feit dat openbaar en bijzonder onderwijs in de kern verschillen.

4.2.4 *Bezwaren: het bijzonder onderwijs*

Van het bijzonder onderwijs kan gezegd worden dat het op het eerste oog geen hinder ondervindt van de gelijke behandeling met het openbaar onderwijs. De typische positie van het bijzonder onderwijs wordt op verschillende punten juist wel uitdrukkelijk beschermd. Dat is een interessante en belangrijke conclusie. Zeker zo belangrijk is om te constateren dat ook het bijzonder onderwijs, in dezelfde gevallen en om dezelfde redenen als het openbaar onderwijs, geen bezwaar kan maken tegen verschillende medezeggenschapsregelingen voor openbaar en bijzonder onderwijs.

Vanuit sociaal-rechtelijke optiek kan het zelfs zeer wenselijk zijn dat die verschillen worden gemaakt. Een voorbeeld is de eventuele wettelijke vastlegging van de bevoegdheden van de MR. Uitgaande van hetgeen in par. 3.6.4 over de verdeling van advies- en instemmingsbevoegdheden werd gezegd, moet de conclusie zijn dat er in het bijzonder onderwijs, met name als het schoolbestuur slechts één school in stand houdt, minder aanleiding is om adviesbevoegdheden toe te kennen dan in geval sprake is van een openbare en met name gemeentelijke school. In dat geval zal veelal sprake zijn van een groot aantal scholen onder één bevoegd gezag en daarmee van de noodzaak om de belangen van diverse scholen af te wegen. Daarnaast moet in ieder geval rekening worden gehouden met het zeer veel bredere takenpakket van de gemeente; ook dat leidt tot de noodzaak van een belangenafweging. Beide omstandigheden vormen in mijn ogen argumenten om, tenzij het om ingrijpende beslissingen gaat, 'slechts' een adviesbevoegdheid toe te kennen.

In de toelichting op het Concept wordt de keuze voor advies- dan wel instemmingsbevoegdheden niet toegelicht; volstaan wordt met een verwijzing naar de aanbevelingen van de Toetsingscommissie.³²⁰ De Toetsingscommissie licht haar concrete keuzes evenmin toe. Het is daarom moeilijk na te gaan in hoeverre typische 'openbaar onderwijs-argumenten' een rol hebben gespeeld bij de verdeling van advies- dan wel instemmingsbevoegdheden. Dat is waarschijnlijk wel het geval geweest, gezien de opmerking in het eindrapport dat 'rekening (is) gehouden met de dubbele verantwoordelijkheid van gemeentebesturen'.³²¹ Ook zonder toelichting kan mijns inziens ten aanzien van een belangrijk deel van de aangelegenheden in art. 7c-nieuw WMO worden vastgesteld dat voor het bijzonder onderwijs, in plaats van de toegekende adviesbevoegdheid, een instemmingsbevoegdheid op haar plaats zou zijn geweest, terwijl voor het openbaar onderwijs een adviesbevoegdheid inderdaad verdedigbaar is.

³²⁰ Vgl. concept-MvT, 4.

³²¹ Vgl. (1987b), 27.

4.2.5 Conclusie

De conclusie ligt voor de hand: de gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs in de huidige WMO doet niet alleen het openbaar onderwijs tekort, zij kan er daarnaast toe leiden dat de werknemers in het bijzonder onderwijs tekort wordt gedaan waar het gaat om de omvang van de medezeggenschap, zonder dat dat op grond van het principe van de rechtspositionele gelijkheid te rechtvaardigen valt.³²²

4.3 'BASISBEPALINGEN EN GARANTIES'

4.3.1 *Uitgangspunt: de vrijheid van onderwijs*

In het voorgaande heb ik er verschillende keren op gewezen: WMO en medezeggenschapsreglement vormen een twee-eenheid; de wet bevat 'basisbepalingen en garanties', de reglementen de verdere uitwerking. Het geheel zou gelijkwaardig moeten zijn aan de WOR. Door de wetgever is dat nooit uitdrukkelijk vooropgesteld.³²³ Zowel (een meerderheid uit) de SER als de Raad van State zijn daar wel van uitgegaan.³²⁴ Mijs inziens is dat geheel terecht, zij het dat rekening moet worden gehouden met de in par. 4.1 aangeduide mogelijkheid dat (met name) het onderwijsgrondrecht een regeling van een mindere kwaliteit rechtvaardigt.

Dat de WMO een regeling van 'mindere kwaliteit' is, staat mijs inziens wel vast. In par. 3 werd op verschillende punten geconstateerd dat de WMO te summier is, met nadelige gevolgen voor de kwaliteit van de medezeggenschap van de werknemers. In par. 4.3.2 kom ik daar op terug. De redenen waarom de wetgever slechts basisbepalingen heeft vastgesteld, kwamen in par. 2.5 aan de orde. Daar werd geconcludeerd dat het vooral de vrijheid van onderwijs is, die de betrachte terughoudendheid moet rechtvaardigen.³²⁵

De vrijheid van richting is in dit verband niet of nauwelijks in het geding. Het is niet uitgesloten dat een verband wordt gelegd tussen de richting van de school en wettelijke voorschriften inzake de medezeggenschap van werknemers. Dat kan zelfs zo ver gaan dat elke vorm van medezeggenschap wordt

322 Ook op andere punten is dat het geval. Vgl. par. 4.4, i.v.m. de samenstelling van de MR (voor zover het de werknemers in het bijzonder onderwijs betreft) en hoofdstuk XI, par. 4.3 i.v.m. de rechtsbescherming (waar de positie van het openbaar onderwijs opnieuw in het geding zal blijken te zijn).

323 Vgl. de MvA, TK 1980-1981, 16606, nr 7, 3.

324 Vgl. het Advies van de Raad van State (TK 1980-1981, 16606 B, 22-23) en het Advies inzake medezeggenschap in het onderwijs (SER-publikatie no. 20 d.d. 21-11-1980, 12-13 en 19).

325 Daarnaast zou enig belang kunnen worden gehecht aan de wens om recht te doen aan de verscheidenheid binnen het onderwijs. Van dat argument werd in par. 2.5 al gezegd dat het niet overtuigt in het licht van het feit dat, afgezien van het bijzonder onderwijs, de gehele private sector onder de werkingssfeer van één, bepaald niet terughoudende wettelijke medezeggenschapsregeling valt. Vgl. daarnaast par. 4.3.3, waar geconcludeerd zal worden dat van de wens om recht te doen aan de verscheidenheid binnen het onderwijs, om begrijpelijke redenen, weinig terecht is gekomen.

afgewezen, ook door de werknemers zelf. Deze opvatting heerst echter slechts in een zeer klein deel van het bijzonder onderwijs; dat bleek in par. 3.11.3. Daar bleek tevens dat de huidige wettelijke regeling de betrokkenen de mogelijkheid biedt voor het zoeken van een oplossing, met name door middel van een algehele ontheffing. Overigens leeft in het bijzonder onderwijs niet de opvatting dat medezeggenschap van werknemers ongewenst is op grond van de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen die aan het onderwijs ten grondslag liggen. Reeds voor het totstandkomen van de WMO kenden talloze bijzondere scholen bijvoorbeeld uit eigen beweging ingevoerde vormen van medezeggenschap. En toen eenmaal vast stond dat alle onderwijsinstellingen op meer formele basis aan werknemers medezeggenschap dienden te geven, bestond zonder meer de bereidheid om de vereiste regelingen zelf tot stand te brengen.³²⁶

De vraag die veeleer aan de orde is, is of er voor de overheid een taak is weggelegd bij het regelen van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Meer in het bijzonder rijst de vraag of ingrijpen van de wetgever zich verdraagt met de vrijheid van inrichting en of het de positie van het schoolbestuur als drager van de vrijheid van onderwijs niet in gevaar brengt. De wetgever heeft op beide punten kennelijk bezwaren gezien; vandaar dat de WMO slechts basisbepalingen en garanties bevat,

Of die beslissing op deze gronden gerechtvaardigd kan worden, is mijns inziens zeer de vraag. Ik stel in de eerste plaats vast dat de beide aspecten van het onderwijsgrondrecht waaraan de wetgever zo'n groot belang heeft gehecht, van een twijfelachtig gehalte zijn. In hoofdstuk III werd geconcludeerd dat een 'harde' aanspraak op vrijheid van inrichting alleen bestaat in die gevallen dat richting en inrichting samenhangen.³²⁷ Daarvan is in dit geval geen sprake. Tevens werd geconcludeerd dat de opvatting dat het schoolbestuur drager is van de vrijheid van onderwijs, ook als wordt uitgegaan van de juistheid van die opvatting, geen zelfstandig argument vormt om aanspraak te maken op overheidsonthouding. Beslissend, zo werd tevens geconcludeerd, is of een verband bestaat tussen de aan het schoolbestuur toe te kennen beleids- en beslissingsvrijheid en de richting van de school.³²⁸ Het fundament voor de beslissing om slechts basisbepalingen vast te stellen is al met al weinig sterk.

4.3.2 *Bezwaren*

Al in hoofdstuk III bleek overigens dat beide opvattingen over omvang en strekking van de vrijheid van onderwijs niet de heersende zijn. Dat wordt hier, in verband met de WMO, wel heel duidelijk bevestigd. Zowel de vrijheid van inrichting als de opvatting dat het schoolbestuur drager is van de vrijheid van onderwijs blijken een zelfstandige aanspraak op overheidsonthouding te verlenen, zij het geen absolute, want dan had wetgeving geheel achterwege moe-

326 Vgl. par. 2.1.

327 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4.

328 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.7.9.

ten blijven. Kennelijk moeten beide aanspraken worden afgewogen tegen het 'algemeen belang' van een wettelijke medezeggenschapsregeling. Daarvan uitgaande rijst de vraag of de wetgever, gegeven de gehanteerde uitgangspunten, wel de juiste afweging heeft gemaakt. Als verder wordt ingegaan op de inhoud van de WMO, dan zal blijken dat dat allerm minst het geval is.

In par. 3.4.2 werd gewezen op de onvoldoende verzekerde positie van de 'zwakke' subgeleding niet-onderwijzend personeel. De WOR biedt ook anderen dan werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst medezeggenschap.³²⁹ De werkwijze van de OR is beter geregeld dan die van de MR.³³⁰ Hetzelfde geldt voor het recht op informatie³³¹ en voor de faciliteiten.³³² De WMO bevat daarnaast onvoldoende bepalingen inzake de bescherming tegen benadeling; met name ontbreken bepalingen inzake de ontslagbescherming van de werknemers zoals de WOR die biedt.³³³

Ten aanzien van alle hier genoemde onderwerpen heeft de betrachte terughoudendheid negatieve gevolgen gehad voor de kwaliteit van de wettelijke regeling, zonder dat de vrijheid van onderwijs wezenlijk in het geding is. Dat geldt bijvoorbeeld voor de regeling van het recht op informatie, van de faciliteiten en van de bescherming tegen benadeling. Het gaat hier om randvoorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil van deugdelijke medezeggenschap sprake kunnen zijn. De wezenlijke beslissing is die of al dan niet medezeggenschap wordt toegekend. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan dient dat ook een deugdelijke regeling te zijn.³³⁴

Zo bezien concentreren de problemen in verband met de vrijheid van onderwijs zich rond de rol van de wetgever op het gebied van de bevoegdheden van de MR. Ik wijs er in dat verband op dat de WMO een aantal belangrijke 'basisbepalingen' in verband met de bevoegdheden bevat. De algemene bevoegdheden worden uitdrukkelijk en volledig geregeld.³³⁵ Ook de hoofdpopzet van de adviesbevoegdheid en de instemmingsbevoegdheid is in de wet zelf terug te vinden.³³⁶ De terughoudendheid schuilt met name daarin dat niet wordt vastgelegd ten aanzien van welke aangelegenheid de MR welke bijzondere medezeggenschapsbevoegdheid heeft. Kennelijk zou juist ingrijpen van de wetgever op dit punt de vrijheid van onderwijs in gevaar brengen (of kunnen brengen). Op de vraag of dat inderdaad het geval is, ben ik in par. 3.6.5 ingegaan. Daar werd geconcludeerd dat het, gegeven de bescherming die

329 Vgl. par. 3.2.4.

330 Vgl. par. 3.4.4.

331 Vgl. par. 3.9.2.

332 Vgl. par. 3.9.3.

333 Vgl. par. 3.9.1.

334 Dat geldt ook voor de rechtsbeschermingsmogelijkheden i.v.m. deze rechten. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.1.

335 Behalve ten aanzien van het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de bepalingen inzake het beroep op de Commissie gelijke behandeling. Vgl. par. 3.5.

336 En wel op een zodanige wijze dat geen reëel gevaar bestaat dat de wijze waarop een advies- of instemmingsbevoegdheid gebruikt wordt, gevaar oplevert voor de vrijheid van onderwijs; vgl. de par. 3.7 en 3.8.2.

elders al geboden wordt, onnodig en ongewenst is om het schoolbestuur bij de verdeling van de bevoegdheden meer dan 50% van de invloed te geven.³³⁷ Daarvan uitgaande is er geen reden om de verdeling van de advies- en instemmingsbevoegdheden niet in de WMO op te nemen; die conclusie werd dan ook getrokken in par. 3.6.5.³³⁸

De procedurele kant van de uitoefening van de advies- en instemmingsbevoegdheden is slecht geregeld in de WMO. Het bijzondere adviesrecht van de MR is mede daardoor een veel zwakker recht dan het adviesrecht op grond van art. 25 WOR.³³⁹ De instemmingsbevoegdheid van de MR is in beginsel gelijk van opzet als die van de OR. Ook hier zijn de procedurele waarborgen echter duidelijk minder.³⁴⁰ Evenmin als het geval is ten aanzien van de hiervoor genoemde randvoorwaarden kan de vrijheid van onderwijs deze achterstand rechtvaardigen: als advies- en instemmingsbevoegdheden in overeenstemming zijn met de vrijheid van onderwijs, dan is er ook niets tegen een deugdelijke regeling van die bevoegdheden.³⁴¹

Kortom: zelfs als er van uit wordt gegaan dat de vrijheid van inrichting en de opvatting dat het schoolbestuur drager is van de vrijheid van onderwijs een zelfstandige aanspraak geven op overheidsonthouding, is de summierheid van de WMO niet te verdedigen, zodat sprake is van een ontoelaatbare beperking van het (grond)recht op medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs.³⁴²

4.3.3 Overheid of direct betrokkenen

Uiteraard kan hier tegenin worden gebracht dat ook de direct betrokkenen zelf hun verantwoordelijkheid moeten waarmaken bij het opstellen van de medezeggenschapsreglementen. Ten dele is dat duidelijk niet gebeurd. Een uitvoeriger regeling in de reglementen van onderwerpen als de verplichting tot het verstrekken van informatie en de bescherming tegen benadeling zou mogelijk zijn geweest. Zeker als de rechtsbescherming in handen was gelegd van de geschillencommissie, hadden de betrokkenen zelfs een beroepsmogelijkheid voor de MR in geval van het niet-opvolgen van een advies kunnen op-

337 Vgl. in dit verband Heijmans (1989), 133-135, die concludeert dat de Raad van State voor het totstandkomen van de WMO de wettelijke toekenning van advies- en instemmingsbevoegdheden in overeenstemming achtte met de vrijheid van onderwijs, op voorwaarde dat de richting van de school (m.n. op personeelsgebied) niet in gevaar zou komen.

338 In par. 3.6.4 werd weliswaar geconcludeerd dat de MR waar het gaat om de verhouding tussen advies- en instemmingsbevoegdheden niet per se slechter af is dan de OR. Daar staan echter de nadelen van de gekozen opzet tegenover.

339 Vgl. par. 3.7.

340 Vgl. par. 3.8.1.

341 Dat geldt ook voor de rechtsbescherming i.v.m. de uitoefening van de medezeggenschapsbevoegdheden. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.1.

342 Veel rechtstreekse betekenis heeft dat niet, gezien het 'sociale' karakter van art. 19 lid 2 Gw, zeker niet gezien vanuit de positie van de individuele werknemer. Vgl. hoofdstuk III, par. 3.3.1. Dat ontslaat de wetgever echter niet van de verplichting om aan deze aantasting van art. 19 lid 2 Gw een einde te maken.

nemen in de reglementen.³⁴³ Dit alles is echter niet gebeurd. De terughoudendheid van de wetgever heeft daarom grotendeels niet geleid tot de beoogde verschuiving van regelgeving van de overheid naar de betrokkenen zelf, maar tot het achterwege blijven daarvan.

In samenhang daarmee blijkt in de praktijk ook weinig terecht te zijn gekomen van de mogelijkheid om 'maatwerk' tot stand te brengen. De modelreglementen zijn daarvoor te vaak zonder enige aanpassing gevolgd.³⁴⁴ Om die reden kan hoogstens van verschillen per zuil gesproken worden, met name waar het gaat om de bevoegdheden. Van die verschillen werd echter in par. 3.6.4 geconcludeerd dat zij weinig principieel van aard zijn en veeleer te herleiden zijn tot de omstandigheid dat op basis van dezelfde argumenten in de ene zuil de afweging net iets anders is uitgevallen dan in de andere zuil.

Deze gang van zaken moet in zekere zin betreurd worden. De gedachte om de direct betrokkenen de kans te geven een eigen regeling te treffen, die zo veel mogelijk aansluit bij de eigen wensen en opvattingen, lijkt in abstracto aantrekkelijk. Mentink zou er een schoolvoorbeeld van de invloed van het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel in kunnen zien.³⁴⁵ Ook sociaal-rechtelijk zou de terughoudendheid verdedigd kunnen worden op basis van de gedachte dat de vrijheid en verantwoordelijkheid van de sociale partners zo veel mogelijk in tact dient te worden gelaten.³⁴⁶

Dat van die mogelijkheden zo weinig gebruik wordt gemaakt, hoeft anderzijds niet te verbazen. Wanneer een vergelijking wordt gemaakt met de situatie elders in de private en de publieke sector, dan blijkt dat daar de voornaamste garanties voor deugdelijke medezeggenschap juist van de wetgever afkomstig zijn. Vooral de WOR laat dat treffend zien: vrijwel iedere wetwijziging sedert 1950 heeft geleid tot een uitbreiding van het aantal wettelijke bepalingen gericht op het garanderen van medezeggenschap. Dat leidt tot de conclusie dat de kwaliteit van de medezeggenschap kennelijk gebaat is bij veel en gedetailleerde regelgeving. Die regelgeving dient kennelijk ook afkomstig te zijn van de wetgever; de WOR was en is een in beginsel volledige regeling. Dat sluit niet uit dat ondernemer en vakbonden of OR besluiten om de medezeggenschap verder uit te breiden; die mogelijkheid biedt de WOR.³⁴⁷ Maar het is niet zo dat een deel van de regelgeving al bij voorbaat aan de sociale partners wordt overgelaten.

Dat is ook wel begrijpelijk. Bij een 'institutioneel' onderwerp als medezeggenschap is het een groot voordeel dat dwingend en eenduidig wordt vastgelegd welke rechten en plichten de betrokkenen hebben. Op dit punt is het interessant om kort terug te komen op de rol van de (organisaties van) schoolbesturen en werknemers in het kader van de vaststelling van het ontslagrecht

343 Vgl. in dit verband hoofdstuk IX, par. 4.2.3, i.v.m. de commissie van beroep.

344 Vgl. par. 3.3.2.

345 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4; par. 2.6.5.

346 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.2.

347 Vgl. par. 3.6.5.

voor het bijzonder onderwijs. In dat verband werd in de vorige hoofdstukken geconstateerd dat de direct betrokkenen erin geslaagd zijn om op basis van minimale wettelijke bepalingen en bekostigingsvoorwaarden een redelijk afdoende stelsel van ontslagrecht tot stand te brengen.³⁴⁸ Uiteraard konden de organisaties van schoolbesturen en werknemers beschikken over een geschikt 'model' in de vorm van het ambtenarenontslagrecht. Een dergelijk model is in verband met de uitwerking van de WMO echter eveneens aanwezig, namelijk de WOR. Van de mogelijkheid om op basis van de WOR de WMO-bepalingen verder uit te werken, is echter niet of nauwelijks gebruik gemaakt. Een deel van de verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat in het kader van het ontslagrecht, zeker waar het gaat om de kwaliteit van de rechtsbescherming, de belangen van schoolbestuur en werknemer parallel lopen.³⁴⁹ En hoe belangrijk het onderwerp 'ontslag' ook is, het gaat om regels voor – gezien het bestuur van de school als geheel – incidentele gevallen. In verband met de regeling van de medezeggenschap is dat op beide punten anders. Van parallel lopende belangen is niet of nauwelijks sprake.³⁵⁰ Daarnaast moet bedacht worden dat iedere uitbreiding van de rechten van de MR meteen een zichtbaar effect heeft op het bestuur van de school in zijn totaliteit. Beide factoren tezamen zouden met name de (organisaties van) schoolbesturen, ook al wijzen zij medezeggenschap niet principieel af, niettemin al snel tot de conclusie kunnen leiden dat de wettelijke regeling wel voldoende is.

Waar het gaat om het gebrek aan verschillen tussen de afzonderlijke modellen komt daar bij dat argumenten om het ene deel van het bijzonder onderwijs een duidelijk verschillende medezeggenschapsregeling te geven dan het andere deel op het eerste oog ontbreken.³⁵¹

4.3.4 Conclusie

Een en ander leidt tot de conclusies dat (a) de wetgever bij het vaststellen van de WMO op basis van ontoereikende argumenten heeft besloten om slechts basisbepalingen en garanties vast te stellen en dat (b) de wetgever op basis van de ervaringen met de WOR juist had moeten besluiten om een in beginsel volledige medezeggenschapsregeling vast te stellen.³⁵²

Ook uitgaande van een meer uitgebreide wettelijke regeling zal uiteraard met de vrijheid van onderwijs rekening moeten worden gehouden. Het is in dit verband goed om kort stil te staan bij die bepalingen in de WMO die niet getuigen van terughoudendheid van de wetgever met het oog op het onderwijsgrondrecht, maar die laten zien dat de wetgever op een aantal punten juist

348 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.3.3; hoofdstuk IX, par. 4.3.7.

349 Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.2.3; par. 4.3.7 i.v.m. de kwaliteit van de rechtsbescherming.

350 Afgezien wellicht van de rechtsbescherming. Vgl. hoofdstuk XI, par. 4.3.2.

351 Ik laat de scholen waar overwegende principiële bezwaren bestaan tegen (elke vorm van, dan wel door de overheid verplicht opgelegde) medezeggenschap buiten beschouwing. Vgl. par. 3.11.3.

352 Ook een 'volledige' WMO zou op die punten waar dat relevant is een minimumkarakter kunnen hebben. Dat werd in par. 3.6.5 verdedigd i.v.m. de bevoegdheden van de MR.

een actief ingrijpen noodzakelijk achtte.

Dat is allereerst de mogelijkheid die art. 18 WMO biedt om, in verband met de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen die aan de school ten grondslag liggen, ontheven te worden van de plicht om de wet na te leven.³⁵³ Op basis van de vrijheid van richting kan terecht aanspraak worden gemaakt op respect voor principiële bezwaren tegen het bieden van c.q. uitoefenen van medezeggenschap. Een ontheffingsmogelijkheid is uiteraard een erg radicale oplossing. Art. 18 WMO omgeeft haar echter met passende waarborgen. Daarnaast heeft de ontheffingsmogelijkheid het voordeel dat zij de wetgever de ruimte geeft om overigens een zo veel mogelijk 'normale' regeling vast te stellen, voor de overgrote meerderheid van scholen waar de direct betrokkenen niet dergelijk vergaande bezwaren hebben tegen medezeggenschap.

De mogelijkheid die art. 4 lid 11 WMO biedt om het passieve kiesrecht van (onder andere) de werknemers te beperken met het oog op grondslag en doelstellingen van de school is daarentegen onnodig en principieel onjuist.³⁵⁴ Hier is té gauw aangenomen dat de vrijheid van onderwijs in gevaar komt. En al zou de vrijheid van onderwijs in gevaar komen, dan nog is het middel gekozen ter bescherming daarvan verkeerd: het is door het aanstellingsbeleid dat de vrijheid van onderwijs – indien en voor zover gewenst – beschermd moet worden, niet door reeds aangestelde werknemers ten dele uit te sluiten van medezeggenschap.

De wetgever heeft de instemmingsbevoegdheid van de MR geregeld in overeenstemming met de theorie van de slagboomwerking.³⁵⁵ Dat is bewust gebeurd, omdat de wetgever van oordeel was dat ook de MR de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur als drager van het onderwijsgrondrecht niet in gevaar mocht brengen.³⁵⁶ Die argumentatie is weinig deugdelijk. Het is zeker niet zo dat iedere beperking van de beleids- en beslissingsvrijheid van het schoolbestuur meteen een aantasting van het onderwijsgrondrecht betekent; ik wees daar op in par. 4.3.1. Dat wil niet zeggen dat daardoor de huidige opzet van de instemmingsbevoegdheid van de MR onacceptabel is. Wanneer een vergelijking wordt gemaakt met de WOR, dan blijkt dat daar de instemmingsbevoegdheid op dezelfde wijze geregeld is. Kennelijk is deze opzet ook op basis van sociaal-rechtelijke overwegingen heel goed verdedigbaar.³⁵⁷

In verband met het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO verwijst ik tenslotte naar de hoofdstuk VI getrokken conclusie, dat de bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van onderwijs in de relatie tussen schoolbestuur en overheid niet beschermen. Dat geldt ook voor de WMO. Anderzijds werd

353 Vgl. par. 3.11.3.

354 Vgl. par. 3.2.5.

355 Vgl. par. 3.8.2.

356 Vgl. par. 2.5. Om dezelfde reden wilde de wetgever ook de geschillencommissie tot terughoudendheid verplichten. Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.1.

357 Zij het dat op basis van de specifieke omstandigheden in het onderwijs heel goed verdedigd kan worden dat de MR een initiatiefrecht zou moeten worden toegekend. Vgl. par. 3.8.2.

geconcludeerd dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter problemen oproept in de relatie tussen schoolbestuur en MR.³⁵⁸ In verband met de medezeggenschap zijn die problemen ten dele al in dit hoofdstuk gebleken.³⁵⁹ In het volgende hoofdstuk komen zij meer uitgebreid aan de orde. In dat verband zal geconcludeerd worden dat de WMO als 'normaal' wettelijk voorschrift op het bekostigde bijzonder onderwijs van toepassing zou moeten zijn.³⁶⁰

4.4 DE SAMENSTELLING VAN DE MR

4.4.1 Een weinig doordachte beslissing

Dat naast werknemers ook ouders en/of leerlingen zitting hebben in de MR is in mijn ogen het meest problematische aspect van de WMO. Dat is het geval bezien vanuit de positie van de werknemers, maar ook voor de ouders en leerlingen is sprake van een problematische situatie. Beide kanten van de zaak zullen hierna aan de orde komen, waarbij ik uiteraard de nadruk zal leggen op de positie van de werknemers.

Bij het totstandkomen van de WMO waren alle betrokkenen (regering, parlement, onderwijsorganisaties) het daarover eens: naast de werknemers zouden ook de ouders en leerlingen een duidelijk mate van invloed moeten krijgen op de gang van zaken in de school; ik wees daar op in par. 2.5. Bij de vraag wat de beste manier zou zijn om die invloed gestalte te geven, is de wetgever vervolgens niet lang stil blijven staan. De werknemers zouden de medezeggenschap in elk geval uitoefenen via de MR; wat lag meer voor de hand dan ook de ouders en leerlingen in die raad zitting te laten nemen? Ook over de onderlinge verhouding van werknemers en ouders en leerlingen is niet lang nagedacht; besloten werd dat er net zo veel ouders en leerlingen als werknemers in de MR zitting zouden hebben en dat zij in beginsel over dezelfde bevoegdheden zouden beschikken.

Er is aldus geen aandacht besteed aan de vraag of het niet op zijn plaats zou zijn om verschil te maken tussen de werknemers en de ouders en leerlingen. Dat had gekund vanuit de gedachte dat de redenen om werknemers en ouders en leerlingen meer te betrekken bij de besluitvorming in de school andere zijn; zodat wellicht ook in de wettelijke regeling een duidelijk onderscheid gemaakt dient te worden. Zoals hierna zal blijken zijn er inderdaad fundamentele verschillen tussen de werknemers en de ouders en leerlingen, op grond waarvan een verschillende aanpak op zijn minst verdedigbaar is.

Evenmin is nagegaan of het in de praktijk wel een werkbare oplossing zou zijn om op het eerste oog zo verschillende groepen betrokkenen in één raad zitting te laten nemen. Wellicht is het de wetgever niet kwalijk te nemen dat hij op dit punt wat optimistisch is geweest. Inmiddels zijn echter voldoende gege-

358 Vgl. de par. 5.1 en 5.3.

359 Vgl. de par. 3.3.1 en 3.3.3.

360 Vgl. de par. 2.2, 3.1 en 4.3.

vens beschikbaar om te concluderen dat ook in dit opzicht problemen bestaan.

Evenmin tenslotte is stilgestaan bij de vraag of het terecht is om de werknemers eventuele nadelige gevolgen te laten dragen van de omstandigheid dat ook de ouders en leerlingen medezeggenschap dienen te krijgen – en wel in één raad. Op zijn minst was er sprake van een risico van nadelige gevolgen. Daarover is niet nagedacht, laat staan dat uitdrukkelijk geconcludeerd is dat de werknemers in het onderwijs inderdaad moeten 'inschikken' ter wille van de ouders en leerlingen. Inmiddels blijkt dat de werknemers inderdaad nadelige consequenties ondervinden van de keuze van de wetgever voor een gelijke behandeling van de werknemers en de ouders en leerlingen.

Hierna zullen deze drie door de wetgever buiten beschouwing gelaten vragen uitdrukkelijk aan de orde komen. Daarna zal ik nagaan in hoeverre de huidige opzet van de WMO inderdaad verdedigbaar is en zo neen, of eventueel andere oplossingen denkbaar zijn.

4.4.2 *Waarom medezeggenschap?*

De vraag waarom de werknemers in het onderwijs aanspraak kunnen maken op medezeggenschap, is tijdens de parlementaire behandeling van de WMO niet uitdrukkelijk aan de orde gekomen. Het antwoord ligt echter voor de hand. Gezien het feit dat de WMO duidelijk in de plaats van de WOR werd ingevoerd, mag verondersteld worden de beweegredenen om de werknemers in het bijzonder onderwijs medezeggenschap te geven, niet afwijken van die voor de werknemers elders in de private sector. Vóór de medezeggenschap van de werknemers pleit dat zij de effectiviteit van de onderwijsinstelling vergroot, omdat geprofiteerd wordt van de kennis en ervaring van de werknemers. De werknemers worden meer betrokken bij de gang van zaken binnen de instelling, met name ook waar het gaat om beslissingen die niet verband houden met de dagelijkse (onderwijs-)gang van zaken, wat de acceptatie van bestuursbeslissingen kan bevorderen. Schoolbelang en werknemersbelang vallen niet (steeds) samen; medezeggenschap geeft aldus de werknemers de kans om hun eigen belang naar voren te brengen en zo nodig te verdedigen, opdat er in de besluitvorming door het schoolbestuur rekening mee wordt gehouden. Medezeggenschap van werknemers wordt echter niet alleen geboden, omdat het 'nuttig' is. Evenzeer speelt een rol dat niet alleen de overheid, maar de samenleving als geheel een zo veel mogelijk democratische grondslag dient te hebben en dat medezeggenschap kan bijdragen aan welzijn en ontplooiing van de werknemer. Medezeggenschap is in zoverre een doel op zichzelf.³⁶¹

Niettemin blijft het uitgangspunt dat er een verschil is tussen het schoolbestuur en de werknemers. Om de genoemde redenen wordt dat terecht verkleind door medezeggenschap toe te kennen. Het is echter niet de bedoeling

361 Vgl. in dit verband de parlementaire geschiedenis van de huidige WOR (TK 1969-1970, 10335) en m.n. MvT, 9; VV, 3; MvA, 1.

dat de werknemers het bestuur overnemen, zodat het evenzeer terecht is om te spreken van medezeggenschap.

De aanspraak van de ouders en leerlingen op medezeggenschap kan voor een deel op dezelfde argumenten gebaseerd worden als de aanspraak van de werknemers. Daarnaast kan een parallel worden getrokken met de medezeggenschap van de cliënten van een zorginstelling op basis van de WDI, die wordt verdedigd met het argument dat sprake is van 'duurzame afhankelijkheid' en van 'beslissingen (...) die vergaand ingrijpen in de levensomstandigheden van burgers'.³⁶²

Toch is in meer principieel opzicht de positie van de ouders en leerlingen een heel andere dan die van de werknemers in het bijzonder onderwijs en van de cliënten van een zorginstelling. De Toetsingscommissie ziet dat kennelijk niet zo. In haar eindrapport komt zij tot de conclusie dat het ook voor de toekomst aanbeveling verdient om werknemers én ouders en leerlingen zitting te laten hebben in de MR. Haar belangrijkste argument is dat het gewenst is dat werknemers en ouders en leerlingen eerst gezamenlijk overleg voeren over de voors en tegens van een bepaald besluit, dat zij aldus tot een afweging van schoolbelangen, werknemersbelangen en de belangen van de ouders en leerlingen komen en dat zij pas daarna over het resultaat van die afweging overleggen met het schoolbestuur.³⁶³ Ik meen dat op deze manier enerzijds een tegenstelling wordt verdoezeld, namelijk die tussen de werknemers en de ouders en leerlingen, terwijl anderzijds een valse tegenstelling wordt gecreëerd, namelijk tussen het schoolbestuur en de ouders en leerlingen. Op deze laatste – vermeende – tegenstelling zal ik mij hierna concentreren; de verhouding tussen de werknemers en de ouders en leerlingen komt in par. 4.4.3 aan de orde.

De WDI brengt – begrijpelijk en verdedigbaar – een tweedeling aan tussen de leiding van de instelling en haar cliënten, die enige medezeggenschap krijgen. Uitgaande van de opvatting dat de ouders en (vanaf een bepaalde leeftijd) de leerlingen dragers zijn van de vrijheid van onderwijs, ligt het maken van die tweedeling ten aanzien van het bijzonder onderwijs niet voor de hand. De wettelijke regeling van de (mede)zeggenschap van de ouders en leerlingen zou juist tot uitdrukking moeten brengen dat het schoolbestuur, dat in de praktijk de vrijheid van onderwijs 'draagt', dat namens de ouders en leerlingen doet. In principieel opzicht is het dus onjuist om een tegenstelling te creëren tussen het schoolbestuur en de ouders en leerlingen.

Ook op basis van de te behartigen belangen kan geen onderscheid worden gemaakt. Bij de besluitvorming ten aanzien van een bijzondere school spelen voor zover het de medezeggenschap betreft weinig of geen andere belangen

³⁶² Vgl. TK 1988-1989, 20888 nr 3, 1.

³⁶³ Vgl. (1987b), 11, 26.

een rol dan die van de ouders en leerlingen en van de werknemers.³⁶⁴ Het werknemersbelang kan duidelijk afwijkend zijn; in zoverre is er alle reden om het te onderscheiden. Het schoolbelang en het belang van de ouders en leerlingen vallen mijns inziens echter samen. Schoolbestuur en ouders (en leerlingen) staat als het goed is hetzelfde voor ogen: deugdelijk onderwijs, eventueel van een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke richting.

Het ligt wellicht voor de hand om juist op het punt van de bescherming van de (eventuele) richting van de school een tegenstelling te creëren: het schoolbestuur zou voor het behoud van de richting moeten waken; de ouders en leerlingen zouden de richting wellicht in gevaar kunnen brengen. In dit verband moet echter bedacht worden dat alle betrokkenen in beginsel de statutair vastgelegde richting van de school dienen te respecteren, zo lang de statuten niet worden aangepast. Daarvoor is geen reden zolang de richting 'leeft' binnen de school en door werknemers en ouders en leerlingen gedragen wordt. Het toelatingsbeleid kan dat, voor zover het de ouders en leerlingen betreft, voor een belangrijk deel garanderen.³⁶⁵ En als het werkelijk zo zou zijn dat een duidelijke meerderheid van ouders en leerlingen (én werknemers) niet meer achter de richting van de school staat en als die situatie al langere tijd voortduurt, dan is er mijns inziens geen reden meer om het schoolbestuur in staat te stellen om per se de richting van de school te behouden.

Kortom: de werknemers in het bijzonder onderwijs kunnen aanspraak maken op medezeggenschap ten aanzien van het optreden van het schoolbestuur dat de (uiteindelijke) zeggenschap behoudt; de ouders en leerlingen zouden een zodanige invloed moeten hebben op het schoolbestuur, dat duidelijk is dat het schoolbestuur namens hen de zeggenschap over de school uitoefent. Dat betekent dat er een principieel verschil is tussen de werknemers en de ouders

364 Vgl. par. 3.6.4. Uiteraard spelen ook andere belangen een rol. Zo is er het belang van de overheid en van de maatschappij als geheel bij (in de meest ruime zin opgevat) deugdelijk onderwijs. Dit belang wordt echter voldoende veilig gesteld door wetgeving, bekostigingsvoorwaarden en toezicht. Zowel zeggenschap (van het schoolbestuur) als medezeggenschap gaan uiteindelijk niet verder dan de overheid toelaat; bij de verdeling van zeggenschap over de diverse geledingen binnen de school kan het belang daarom verder buiten beschouwing blijven. Ook de belangen van de kerken en van levensbeschouwelijke organisaties zijn eventueel in het geding. Op dit punt moet echter de conclusie zijn dat de behartiging van die belangen grotendeels is overgelaten aan de scholen zelf. Vgl. de juridische verzelfstandiging van vroeger veelal door kerkelijke rechtspersonen in stand gehouden scholen. Vgl. ook het nieuwe reglement voor het rooms-katholiek onderwijs, waar de bewaking van de richting in handen is gelegd van de NKSR en in verband daarmee de grote bezwaren tegen de aanspraak van bisschop Gijzen op rechtstreekse invloed. Vgl. i.v.m. dit alles: hoofdstuk II, par. 4.2 en par. 5.2; hoofdstuk III, par. 2.7.5 e.v. De bewaking van de richting van de school is daardoor een zaak van de school zelf geworden en daarmee in beginsel vatbaar voor medezeggenschap.

365 Om die reden dient art. 4 lid 11 WMO ook i.v.m. de ouders en leerlingen afgeschaft te worden (vgl. par. 3.2.6), zij het dat bedacht moet worden dat een schoolbestuur onder omstandigheden niet vrij is in de beslissing over het al dan niet toelaten van een leerling. Vgl. bijv. art. 38 WBO. In een dergelijk geval zou de mogelijkheid moeten bestaan om desgewenst te verlangen dat de ouder of leerling verklaart de richting van de school te respecteren alvorens voor verkiezing in de MR in aanmerking te komen.

en leerlingen, dat bij het totstandbrengen van de WMO niet in het oog is gehouden. Mijns inziens is dat ten onrechte niet gebeurd; in par. 4.4.4 kom ik daar op terug. Eerst zal ik echter de gang van zaken in de praktijk en de positie van de werknemers nader bezien.

4.4.3 *Bezwaren: de ouders en leerlingen*

Inmiddels is een aantal jaren lang ervaring opgedaan met de WMO. Het is daarom belangwekkend na te gaan hoe de gezamenlijke medezeggenschap van werknemers, ouders en leerlingen in de praktijk tot zijn recht is gekomen. De Toetsingscommissie is op dit punt tot de conclusie gekomen dat van problemen geen sprake is, althans niet van problemen van een dermate grote omvang dat het nodig is om te twijfelen aan de juistheid van de beslissing van de wetgever om werknemers en ouders en leerlingen in één raad zitting te laten nemen.³⁶⁶

Ik vraag mij af of de gang van zaken in de praktijk inderdaad tot deze conclusie kan leiden. Door het ITS-onderzoek zijn namelijk veel problemen aan het licht gekomen die te maken hebben met de samenstelling van de MR. Het onderzoek heeft onder andere het volgende aan het licht gebracht. Aan verkiezingen voor de MR neemt nog geen 50% van de ouders en leerlingen deel. De ouders en leerlingen lopen ook niet erg warm voor de MR: de ouders zijn in grote lijnen meer geïnteresseerd in die aangelegenheden die onmiddellijk met 'hun' kind samenhangen dan in bestuurlijke kwesties; de leerlingen zijn in het algemeen weinig geïnteresseerd. Binnen de MR hebben de ouders en leerlingen weinig of geen invloed op de agenda van de raadsvergaderingen; het zijn dan ook vooral werknemersproblemen die aan de orde worden gesteld. Veelal vindt er voor de MR-vergadering een vooroverleg plaats, waarbij de ouders en leerlingen niet betrokken zijn. Met name de ouders en leerlingen worden ook slecht van informatie voorzien door het schoolbestuur. Anderzijds hebben de ouders en leerlingen in veel gevallen weinig contact met hun achterban.³⁶⁷

Ook al zal het bepaald niet overal zo zijn, het beeld dat het ITS-onderzoek oplevert is mijns inziens duidelijk: de ouders en leerlingen voelen zich niet al te sterk betrokken bij de MR; de MR functioneert vooral als een orgaan voor de medezeggenschap van de werknemers; de ouders en leerlingen nemen niet als volwaardige raadsleden deel aan het overleg in de MR.

Voor een deel zullen deze problemen het gevolg zijn van een gebrek aan interesse, maar zij hebben zeker ook te maken met de samenstelling van de MR. Het is voor de ouders en leerlingen niet gemakkelijk om tot hun recht te komen naast de werknemers, die – zeker in een periode van ingrijpende veranderingen – de medezeggenschap gebruiken om hun rechtspositionele belangen veilig te stellen. Zowel de uitgangspositie van de werknemers en de ouders en leerlingen als de doelstellingen van beide geledingen met het uitoefenen van

³⁶⁶ Vgl. (1987b), 11.

³⁶⁷ Vgl. Smit c.s. (1987), (m.n.) 155 e.v.

medezeggenschap verschillen aldus in aanzienlijk mate. Het is daarom hier, waar het gaat om de verhouding van de werknemers en de ouders en leerlingen, en niet waar het gaat om de verhouding tussen het schoolbestuur en de ouders en leerlingen, dat sprake is van een groot verschil in uitgangspositie.

De oorzaken verder in het midden latend, moet de conclusie dan ook zijn dat de resultaten van het ITS-onderzoek haaks staan op het voornaamste argument van de Toetsingscommissie om werknemers en ouders en leerlingen gezamenlijk medezeggenschap te geven via de MR: het zullen vooral de werknemersbelangen zijn die zullen doorklinken in de besluiten van de MR en in het overleg met het schoolbestuur; er zijn geen garanties dat de stem van de ouders en leerlingen op een voldoende manier gehoord wordt. De negatieve consequenties daarvan zijn voor de ouders en leerlingen uiteraard het grootst. Ook het schoolbestuur is echter niet gebaat bij een raadsbesluit dat in het gunstigste geval een compromis is, in het ongunstigste geval een sterk door werknemers beïnvloed meerderheidsstandpunt.

4.4.4 *Bezwaren: de werknemers*

Tenslotte zijn er de werknemers. Ook zij ondervinden nadeel van het feit dat ook de ouders en leerlingen in de MR zitting hebben.

Dat bleek al tijdens de parlementaire behandeling van de WMO, in verband met de regeling van de verkiezing van de MR. In het kader van de verkiezing van de OR is het een normale zaak dat vakbonden een of meer kandidatenlijsten vormen.³⁶⁸ Zowel door de Raad van State als in de Tweede Kamer werd voorgesteld om ook in de WMO een bepaling op te nemen die daartoe uitdrukkelijk de mogelijkheid zou bieden.³⁶⁹ Het voorstel werd echter afgewezen met het argument dat de ouders geen met de vakbonden vergelijkbare organisaties kennen, zodat het bieden van de mogelijkheid om vakbondslijsten te hanteren bij de raadsverkiezingen een ongelijke behandeling zou betekenen van de beide geledingen.³⁷⁰ Nog afgezien van het feit dat er wel degelijk ouderorganisaties zijn, deze argumentatie maakt duidelijk dat een gebrek aan organisatie bij de ene geleding in de ogen van de wetgever betekent dat de andere geleding zich moet aanpassen. Even slecht is inderdaad ook gelijk.

Ook het ITS-onderzoek levert voldoende gegevens op om te concluderen dat de werknemers in de praktijk benadeeld worden door de wijze van samenstellen van de MR. Een gebrek aan interesse bij de ouders en leerlingen kan betekenen dat niet alle zetels bezet worden; in het geval voor de besluitvorming een gekwalificeerde meerderheid nodig is, kan dat betekenen dat besluitvorming moeilijk of zelf onmogelijk is. Een gebrek aan betrokkenheid van de ouders en leerlingen kan ook nadelig zijn voor de waarde die het schoolbe-

368 Vgl. art. 9 lid 2 WOR.

369 Vgl. TK 1980-1981, 16606, B, 24; idem, nr 9, 3.

370 Vgl. TK 1980-1981, 16606, C, 29; idem, nr 3, 37; nr 11, 5.

stuur hecht aan een advies van de MR.³⁷¹ Maar ook als de gang van zaken ideaal zou zijn (alle zetels bezet, sterk betrokken ouders en leerlingen), dan nog blijft het een feit dat de werknemers niet meer dan de helft van de raadszetels bezetten. Het behartigen van werknemersbelangen (een van de motieven om medezeggenschap toe te kennen) wordt daardoor sterk bemoeilijkt. Het betekent namelijk dat eerst de 'andere' helft van de MR overtuigd moet worden (gezien de verschillen in positie tussen werknemers en ouders en leerlingen is allerm minst gezegd dat dat lukt). Pas daarna kan de MR het werknemersbelang naar voren brengen in het overleg met het schoolbestuur. Zouden werknemers en ouders en leerlingen het niet eens worden, dan kan dat leiden tot een niet-eenstemmig advies, tot een meerderheidsbeslissing waartegen de 'andere' geleding grote bezwaren heeft, of tot een weinigzeggend compromis. Zoals hiervoor werd opgemerkt, is het schoolbestuur daarbij niet gebaat; voor de werknemers (en de ouders en leerlingen uiteraard) geldt hetzelfde.³⁷²

4.4.5 Conclusie

In par. 4.4.1 wees ik er op dat de wetgever niet heeft stilgestaan bij de vraag of het terecht is om de werknemers de eventuele nadelige gevolgen te laten dragen van de beslissing om ook de ouders en leerlingen zitting te laten nemen in de MR. Nu inderdaad blijkt dat er nadelen zijn, wordt het belangrijk om deze vraag uitdrukkelijk te beantwoorden.

Dat antwoord moet mijns inziens negatief luiden. Ik neem opnieuw tot uitgangspunt de opvatting dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op een medezeggenschapsregeling die gelijk, althans gelijkwaardig is aan die van werknemers elders in de private sector. Daarvan uitgaande valt niet in te zien, waarom het bieden van medezeggenschap aan de ouders en leerlingen (op zichzelf zeker op zijn plaats) moet betekenen dat de werknemers inbreuken op hun positie moeten dulden. De vrijheid van onderwijs levert in dit verband geen argumenten op. Integendeel: het standpunt dat de vrijheid van onderwijs de vrijheid van de ouders en leerlingen is, levert juist een argument op om de ouders en leerlingen niet in de MR zitting te laten nemen. Ik wijs daarnaast op de situatie in de door de WDI te bestrijken zorginstellingen.³⁷³ Zij zullen zowel een OR als een cliëntenraad kennen. Een andere oplossing om de cliënten medezeggenschap te geven, bijvoorbeeld door het toekennen van zetels in de OR, zou ongetwijfeld op grote bezwaren stuiten. Er zijn op het eerste oog geen argumenten om te verdedigen dat het juist in het

371 Gebrek aan interesse bij de werknemers (in kleine scholen) is voorstelbaar, maar mag evenzeer geen reden zijn om ook de positie van wel geïnteresseerde ouders (het gaat uitsluitend om scholen voor basisonderwijs) negatief te beïnvloeden. Ook dat is in de huidige opzet mogelijk. Vgl. par. 3.11.5.

372 Om deze reden dient – uitgaande van de huidige samenstelling van de MR – de mogelijkheid gehandhaafd te blijven dat óf een gekwalificeerde meerderheid wordt geëist, óf de instemmingsbevoegdheid aan beide geledingen afzonderlijk wordt verleend. Vgl. par. 3.8.3.

373 Vgl. i.v.m. de WDI nt 10.

onderwijs wel op zijn plaats is om voor een dergelijk oplossing te kiezen.

4.4.6 Alternatieven

Een dergelijke oplossing wordt nog minder acceptabel als blijkt dat deugdelijke alternatieven beschikbaar zijn. Dat is mijns inziens het geval. Een oplossing kan met name in twee richtingen gezocht worden: door een afzonderlijke raad in te stellen voor de ouders en leerlingen, of door te verzekeren dat de ouders en leerlingen een rechtstreekse invloed hebben op het schoolbestuur.

De meest eenvoudige oplossing zou zijn de MR op te splitsen in een werknemersraad en een ouder- en/of leerlingenraad.³⁷⁴ Misschien lijkt dat wat veel van het goede. Zoals hiervoor bleek, zullen in de nabije toekomst ook talloze zorginstellingen twee raden naast elkaar kennen. Het instellen van een afzonderlijke raad voor de werknemers en een raad voor de ouders en leerlingen biedt de mogelijkheid waar nodig onderscheiden te maken: in bevoegdheden en faciliteiten, maar ook in vergadertijden en -frequenties van de beide raden. Belangrijker nog is dat zowel het werknemersstandpunt als het standpunt van de ouders en leerlingen duidelijk en onvervormd gehoord worden door het schoolbestuur. Een ander voordeel is dat de ene schoolgeleding niet de nadelen ondervindt van het eventueel slecht functioneren van de medezeggenschap bij de andere geleding.

De opvattingen van de twee raden kunnen uiteraard afwijken. Voor de uitoefening van de medezeggenschapsbevoegdheden hoeft dat geen probleem te zijn, in elk geval niet in verband met de adviesbevoegdheid: het schoolbestuur ontvangt twee adviezen die het vervolgens bij de eigen besluitvorming dient te betrekken. In verband met de instemmingsbevoegdheid lijken de consequenties van de opsplitsing van de MR groter, maar ook daar hoeft het opsplitsen van de MR niet tot problemen te leiden: denkbaar is namelijk dat de ene geleding op een bepaald punt wel, de andere juist geen instemmingsbevoegdheid heeft gekregen. Zouden beide raden echter een instemmingsbevoegdheid hebben, dan zal het schoolbestuur ook twee keer instemming moeten verwerven. Levert dat problemen op, dan kan het schoolbestuur – zoals ook op dit moment – via de geschillencommissie (of de kantonrechter) een uitweg zoeken.³⁷⁵

Een nog meer aansprekende oplossing is die, waarbij de werknemers de medezeggenschap uitoefenen via de MR, terwijl de ouders en leerlingen hun invloed geldend maken rechtstreeks via het schoolbestuur. Dat zou het beste gaan in een verenigingsstructuur, waarbij alle ouders en/of leerlingen lid zijn van de schoolvereniging. Om die reden zou overwogen moeten worden om alle onderwijsstichtingen om te vormen tot verenigingen.³⁷⁶ De ouders en leer-

374 Een voorstel daartoe, op soortgelijke gronden als hier aangevoerd, bevat ook: Ruimte voor kwaliteit, 76 e.v.

375 Vgl. over de kantonrechter: hoofdstuk XI, par. 4.6.

376 Het ITS-onderzoek heeft opgeleverd dat de MR in een door een vereniging in stand gehouden school minder goed functioneert, vooral waar het de ouders en leerlingen betreft. Zij

lingen zouden het schoolbestuur kiezen; het bestuur zou dan ook rechtstreeks verantwoording verschuldigd zijn aan de ouders en leerlingen. Naar alle waarschijnlijkheid zouden voorschriften moeten worden vastgesteld inzake het lidmaatschap van de vereniging. Alle ouders (en/of leerlingen) zouden in beginsel van rechtswege lid moeten zijn van de vereniging. Voor de ouders van leerlingen die moeten worden toegelaten op grond van een bepaling als art. 38 WBO zou eventueel een uitzondering kunnen worden gemaakt. Daarnaast zou een algehele ontheffingsmogelijkheid op grond van godsdienstige of levensbeschouwelijke bezwaren kunnen worden gecreëerd.

Een dergelijke opzet zou een belangrijke verschuiving betekenen ten opzichte van de huidige situatie. Niet langer zou het schoolbestuur tegenover de ouders en leerlingen staan. Het zou veeleer zo zijn dat het schoolbestuur namens de ouders en leerlingen overleg voert met de in de MR vertegenwoordigde werknemers. Deze oplossing is aantrekkelijk door zijn praktische consequenties.³⁷⁷ Het voordeel van deze oplossing is echter vooral principieel van aard: zij doet op de meest passende wijze recht aan de opvatting dat de vrijheid van onderwijs in de eerste plaats de vrijheid is van de ouders en leerlingen.

Reeds in hoofdstuk III merkte ik op dat dat allerm minst hoeft te betekenen dat binnen het bijzonder onderwijs een vorm van 'ouderszelfbestuur' moet worden ingevoerd.³⁷⁸ Er is geen bezwaar tegen dat de belangen van ouders en leerlingen worden behartigd door (het bestuur van) een rechtspersoon – het schoolbestuur. In de hier verdedigde opzet zou het schoolbestuur ook een zekere vrijheid van handelen moeten krijgen ten opzichte van de ouders en leerlingen, bijvoorbeeld bij benoemingsbeslissingen of bij beslissingen die vragen om de afweging van de belangen van verschillende door het schoolbestuur beheerde scholen.³⁷⁹ Waar het om gaat is dat, meer dan op dit moment in de regel het geval is, verzekerd is dat de school namens de ouders en leerlingen en – zeker op hoofdpunten – ook conform hun opvattingen bestuurd wordt.

Voor de beide alternatieven geldt dat zij een betere uitwerking verdienen.³⁸⁰

– komen beter tot hun recht in de schoolvereniging zelf; vgl. Smit c.s. (1987), 214. De verplichte omvorming tot verenigingen lijkt een vergaande beslissing; zij is echter niet zonder precedent. De recente Mediawet (Wet van 21-4-1987, S. 1987, 249) heeft onder meer de KRO verplicht om zich van stichting tot vereniging om te vormen. Vgl. m.n. art. 14 van de wet en in verband daarmee de Nota n.a.v. het EV (TK 1985-1986, nr. 13, 12), waar wordt opgemerkt dat de verenigingsvorm de 'beste waarborg biedt dat de respectievelijke achterbannen invloed kunnen uitoefenen op het functioneren van de organisatie waartoe zij behoren en die geacht wordt hen te representeren'.

377 Zij zou bijvoorbeeld een einde maken aan de verwarrende situatie dat veel ouders als lid van de schoolvereniging betrokken zijn bij het bestuur van de school, terwijl zij daarnaast geacht worden medezeggenschap uit te oefenen.

378 Vgl. par. 2.7.8.

379 Op deze punten werd ook ten aanzien van de MR een adviesbevoegdheid op haar plaats geacht. Vgl. par. 3.6.4.

380 Zeker i.v.m. het tweede alternatief zou de positie van het openbaar onderwijs gezien moeten worden. Het eerste alternatief lijkt ook in het openbaar onderwijs zonder meer realiseerbaar. Binnen het bijzonder onderwijs zou speciaal de aandacht moeten worden gericht op de scholen voor beroepsonderwijs die in stand worden gehouden door organisaties van werkgevers

Het lijkt niet opportuun dat op dit moment te doen. Met het voorgaande werd vooral beoogd duidelijk te maken dat het feit dat ouders en leerlingen in de MR zitting hebben niet zo vanzelfsprekend, laat staan gunstig is als wellicht lijkt en tevens dat reële alternatieven beschikbaar zijn.

4.5 EEN EIGEN REGELING VOOR HET ONDERWIJS

4.5.1 Tussenbalans

De behandeling van de door de wetgever in verband met de WMO gemaakte fundamentele keuzes heeft tot nu toe weinig positiefs opgeleverd. De wetgever heeft zonder dat dat per se vereist is in openbaar en bijzonder onderwijs een precies gelijke medezeggenschapsregeling ingevoerd. Ten onrechte heeft de wetgever zich beperkt tot het vaststellen van 'basisbepalingen en garanties'. Evenzeer ten onrechte heeft de wetgever tenslotte gekozen voor een medezeggenschapsraad samengesteld uit werknemers en ouders en leerlingen.

Deze conclusies kunnen ook positief benaderd worden, zeker vanuit het perspectief van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Dat (tot op zekere hoogte) de mogelijkheid bestaat om openbaar en bijzonder onderwijs verschillend te behandelen, biedt de ruimte om aanspraak te maken op een meer op de WOR gelijkende regeling, ook al zou een dergelijke regeling niet of niet volledig binnen het openbaar onderwijs van toepassing kunnen zijn.³⁸¹ Dat geen bezwaar bestaat tegen een in beginsel volledige wettelijke regeling, betekent zelfs dat de mogelijkheid bestaat om onderdelen van de WOR min of meer letterlijk over te nemen. Dat geldt in wezen voor alle in par. 4.3.2 genoemde onderwerpen. Dat kan des te beter, als bedacht wordt dat denkbaar is dat in de MR uitsluitend werknemers zitting hebben.

4.5.2 De laatste fundamentele keuze

De laatste nog te behandelen fundamentele keuze van de wetgever is die om een eigen regeling voor het onderwijs vast te stellen. Uitgaande van de situatie in het begin van de jaren tachtig zou de behandeling ervan achterwege kunnen blijven. De keuze voor een eigen regeling voor het onderwijs vloeiende tenslotte min of meer automatisch voort uit de keuze voor terughoudendheid en voor een regeling die zowel openbaar als bijzonder onderwijs en zowel werknemers als ouders en leerlingen medezeggenschap zou geven.

De hiervoor opgemaakte tussenbalans geeft de vraag of een eigen regeling voor het onderwijs de voorkeur verdient echter een zelfstandig belang en

← en werknemers. Hier lijkt het verdedigbaar dat de belangen van het schoolbestuur (bijvoorbeeld het voorzien van een bepaalde bedrijfstak van voldoende geschoold personeel) andere zijn (of kunnen zijn) dan die van de ouders en leerlingen.

381 Het is niet ondenkbaar dat dat over enkele jaren anders ligt. Naar verluidt wordt op dit moment binnen het Ministerie van Binnenlandse Zaken bestudeerd of de WOR ook op de overheid van toepassing zou kunnen zijn.

maakt haar ook bijzonder relevant. Want als geen bezwaar bestaat tegen een sterk op de WOR gelijkende medezeggenschapsregeling voor (uitsluitend) de werknemers in (uitsluitend) het bijzonder onderwijs, waarom dan niet de WOR van toepassing verklaard op het bijzonder onderwijs?

Doorslaggevende redenen om dat niet te doen zijn er mijns inziens niet. Uiteraard zou, bijvoorbeeld bij AMvB, de regeling moeten worden toegeschreven op de situatie in het bijzonder onderwijs. Dat geldt bijvoorbeeld voor de medezeggenschapsaangelegenheden, voor de te verstrekken informatie en (wellicht) ook voor de faciliteiten. Daarnaast zou in de WOR dan wel in de 'onderwijs-AMvB' een ontheffingsmogelijkheid conform het huidige art. 18 WMO moeten worden opgenomen.

Ook zouden de artt. 35a en 35b WOR voor het bijzonder onderwijs buiten werking moeten worden gesteld. In de huidige WMO wordt geen onderscheid gemaakt tussen kleine en grote(re) scholen; dat zou mijns inziens zo moeten blijven.³⁸² De artt. 35a en 35b doet mijns inziens geen recht aan de deskundigheid en betrokkenheid van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Zij sluiten, in verband daarmee, niet aan op de verhouding tussen schoolbestuur en werknemers.

Ook de positie van de schoolleider zou nader bezien moeten worden. Over het algemeen lijkt wenselijk een situatie waarbij de schoolleider als 'bestuurder' optreedt.³⁸³ Binnen het middelbaar- en hoger beroepsonderwijs ligt dat duidelijk voor de hand.³⁸⁴ Elders in het bijzonder onderwijs is dat wellicht minder het geval, zij het dat ook daar wordt gestreefd naar een versterking van de positie van de schoolleiding.³⁸⁵

Voor zover niet zou worden gekozen voor inspraak rechtstreeks via het schoolbestuur, zou voor de ouders en leerlingen een regeling moeten worden getroffen voor een afzonderlijke raad. Die regeling zou in veel opzichten dezelfde kunnen zijn als de regeling in de WOR. Op het punt van de geschillenregeling is dat zelfs een absoluut vereiste; ten aanzien van de regeling van bijvoorbeeld de bevoegdheden en de faciliteiten zijn afwijkende bepalingen denkbaar. Voor de werknemers in het openbaar onderwijs lijkt het overnemen van het in de WOR bepaalde in nagenoeg alle opzichten mogelijk; ten aanzien van de geschillenregeling en eventueel ook de bevoegdheden van de MR zijn verschillen denkbaar. Tenzij buitengewoon ingrijpende wijzigingen

382. In par. 3.11.5 werden in dit verband weliswaar problemen signaleerd, maar die hingen voor een belangrijk deel samen met de huidige samenstelling van de MR.

383. Vgl. par. 3.4.3.

384. Vgl. hoofdstuk IV, par. 3.2.7.

385. Vgl. bijv. School 2000, 16. Toepasselijkheid van de WOR brengt niet per se wijzigingen aan in de bestuurlijke verhoudingen binnen de school. Zou het schoolbestuur willen vasthouden aan de praktijk waarin het zelf rechtstreeks leiding geeft, dan kan dat. Vgl. Rood, art. 1, lid 1 sub e; Inzicht (1990), 24-25. In dat geval is het schoolbestuur de 'bestuurder'. De vraag of de wetgever met het oog op het onderwijsgrondrecht wel bevoegd is om in te grijpen in de taakverdeling tussen schoolbestuur en schoolleiding, hoeft daarom niet aan de orde te komen. (In Verantwoordelijkheid voor onderwijs (p. 26) komt deze kwestie aan de orde.)

zouden worden aangebracht in het bestuur van het openbaar onderwijs, lijkt inspraak van de ouders en leerlingen langs de weg van de bestuurlijke democratisering niet de meest voor de hand liggende oplossing. Hier zou, meer nog dan in het bijzonder onderwijs, gedacht kunnen worden aan een afzonderlijke raad voor de ouders en leerlingen.³⁸⁶

4.5.3 Conclusie

Toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs op de hiervoor geschetste wijze zou de werknemers in het bijzonder onderwijs qua medezeggenschap in een min of meer vergelijkbare positie plaatsen als de werknemers elders in de private sector. Zoals in het voorgaande is gebleken, is dat terecht. Het schoolbestuur (ten dele: de schoolleiding) zou uiteraard geconfronteerd worden met een MR die beschikt over meer uitgebreide, preciezer omschreven (en beter afdwingbare) medezeggenschapsrechten dan op dit moment. Gezien het voorgaande kan daar geen bezwaar tegen worden gemaakt.

4.6 TOT SLOT

Het globale beeld van de WMO en de wijze waarop zij in de praktijk functioneert is – al met al – weinig positief. De wettelijke regeling laat gemengde gevoelens na. De start in de praktijk is moeizaam verlopen. De eerste ervaringen met het uitoefenen van medezeggenschap zijn in een aantal opzichten ongunstig.

Het zou hier om aanloopmoeilijkheden kunnen gaan, gevolg van het feit dat alle betrokkenen nog moeten wennen aan de mogelijkheid tot het uitoefenen van medezeggenschap en aan het juridische kader waarbinnen dat moet plaatsvinden. De moeizame start zou ook kunnen samenhangen met de naar verhouding ongunstige omstandigheden bij het invoeren van de WMO: in een tijd van ingrijpende veranderingen, zowel onderwijskundig als organisatorisch en rechtspositieel, kon geen sprake zijn van rustig wennen aan de nieuwe regeling. Alle betrokkenen zijn als het ware meteen in het diepe gegooid.

Daaruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de huidige problemen op den duur vanzelf zullen verdwijnen. De inhoud van de voorgaande paragrafen geeft echter weinig aanleiding tot een dergelijk optimisme. De fout zit namelijk voor belangrijk deel in de WMO zelf. Zonder overdrijving mag zij een schoolvoorbeeld van slechte wetgeving worden genoemd. Zij is gebaseerd op principes die bij nader inzien geen stand houden; dat is in het voorgaande gebleken. Zij is weliswaar speciaal bedoeld voor het onderwijs, maar houdt niettemin in een aantal opzichten onvoldoende rekening met de specifieke

³⁸⁶ Dat zou kunnen leiden tot een verschil tussen openbaar en bijzonder onderwijs, maar dat zou – opnieuw – een verschil zijn dat is te herleiden tot de kern van de zaak: openbaar onderwijs gaat uit van de overheid, bijzonder onderwijs van private rechtspersonen.

omstandigheden binnen de scholen.³⁸⁷ Daarnaast zijn er gebreken van meer technisch-juridische aard. In het volgende hoofdstuk zal in dit verband de bijzonder ondoordachte opzet van de geschillenregeling aan bod komen.³⁸⁸ Zonder twijfel mede als gevolg van de haast waarmee de WMO in de Tweede Kamer is behandeld, bevat zij verschillende slordigheden en onduidelijkheden.³⁸⁹

Dit alles betekent dat de positie van de huidige WMO op korte termijn fundamenteel ter discussie zou moeten worden gesteld. De in par. 4.5 geformuleerde voorstellen zouden daarbij tot uitgangspunt kunnen worden genomen. Op zijn minst verdient de WMO echter een ingrijpende herziening, waarbij in elk geval de keuze voor een wet die slechts basisbepalingen bevat wordt herroepen.³⁹⁰ Zo gezien stelt het recente concept-voorstel tot wijziging van de WMO ernstig teleur: het realiseren van de voorstellen zal betekenen dat (enkele) kleine gebreken worden verholpen; de fundamentele fouten blijven daarentegen ongecorrigeerd.

387 Vgl. bijv. par. 3.4.3 (i.v.m. de positie van de schoolleider), par. 4.4.3 (i.v.m. de positie van de ouders als lid van de schoolvereniging en als medezeggenschapsgeleding).

388 Vgl. m.n. de par. 2.5 en 2.6.

389 Vgl. bijv. par. 3.4.3 (i.v.m. de positie van de schoolleider als adviseur van de MR), par. 3.6.2 (i.v.m. de formulering van de medezeggenschapsaangelegenheden) en par. 3.8.3 (i.v.m. de onduidelijkheden rond het 'splitsen' van de instemmingsbevoegdheid).

390 Tekstueel gebeurt dat overigens in het Concept. Omdat de bevoegdheden wettelijk verankerd worden, wordt voorgesteld om de benaming van Paragraaf 2 van de WMO te wijzigen van 'Basisbepalingen (...)' in 'Bepalingen (...)'. Vgl. art. I B en de concept-MvT, 6. Dat lijkt, bij alle waardering voor het voorstel tot wettelijk verankering van de bevoegdheden, wat overdreven, zeker nu bepalingen inzake (bijvoorbeeld) de faciliteiten, het recht op informatie, de bescherming tegen benadeling en de rechtsbescherming nog steeds ontbreken.

Hoofdstuk XI – Medezeggenschap: de rechtsbescherming

1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de rechtsbeschermingsmogelijkheden die verband houden met de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs aan de orde.¹ Ik beperk mij daarbij tot die aspecten van de rechtsbescherming die rechtstreeks relevant zijn vanuit het standpunt van de MR en van de individuele werknemer voor zover die bij de medezeggenschap betrokken is.² Dat betekent dat de rechtsbeschermingsmogelijkheden waarover het schoolbestuur beschikt buiten beschouwing blijven, met één uitzondering uiteraard: de mogelijkheid die art. 10 WMO het schoolbestuur biedt om zich tot de geschillencommissie ex art. 9 WMO te wenden in geval de MR zou weigeren in te stemmen met een voorgenomen besluit. Deze beroepsgang zal zelfs centraal staan in dit hoofdstuk. In par. 2 komen de verschillende aspecten van de procedure voor de geschillencommissie aan de orde. Dat zijn achtereenvolgens de principes die aan de regeling ten grondslag liggen (par. 2.1), de consequenties van het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de regeling (par. 2.2), de toegang (par. 2.3), de procedure (par. 2.4), de toetsing (par. 2.5) en de beslissing (par. 2.6).

Evenals in het vorige hoofdstuk zal ook hierna rekening worden gehouden met de te verwachten herziening van de WMO. Dat betekent in de eerste plaats dat een deel van de regeling in art. 10 WMO buiten beschouwing blijft.³

1 Om dezelfde redenen als in het vorige hoofdstuk werden aangevoerd (vgl. par. 1) blijft ook hierna het hbo buiten beschouwing. Wat hierna over de geschillenregeling in het kader van de WMO wordt gezegd, gaat in beginsel ook op voor het hbo.

2 Ik beperk mij daarbij voorts tot die instanties die in staat zijn om een geschil tussen schoolbestuur en de MR of de werknemers rechtstreeks en op bindende wijze te beslechten. Vgl. over de mogelijkheid om, via een verzoek aan de Minister om de bekostiging in te trekken, een beroep te doen op de Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State: Veugelers (1988), 50-51.

3 Art. 10 WMO luidt als volgt: '1. Indien het bevoegd gezag ten aanzien van een, na overleg al dan niet gewijzigd, voorstel met betrekking tot het medezeggenschapsreglement anders dan als bedoeld in artikel 6, derde lid – niet de ingevolge artikel 3, tweede lid, vereiste instemming verwerft en zijn voorstel wenst te handhaven, legt het dit voorstel voor aan de commissie bedoeld in artikel 9. De Commissie is bevoegd een bemiddelingsvoorstel aan het bevoegd gezag en de raad voor te leggen. Indien de commissie van deze bevoegdheid geen gebruik maakt of indien

Zoals in het vorige hoofdstuk bleek, wordt in het concept-voorstel tot wijziging van de WMO (hierna: het Concept) voorgesteld om de bevoegdheden van de MR in de wet vast te leggen en om in verband daarmee het medezeggenschapsreglement in zijn huidige vorm af te schaffen.⁴ Als gevolg daarvan verdwijnt ook de speciale rechtsbeschermingsmogelijkheid voor geschillen over de inhoud van het reglement. Deze procedure zal hierna buiten beschouwing blijven.⁵ Het belangrijkste deel van de regeling in art. 10 WMO zal uiteraard behouden blijven, namelijk de rechtsbeschermingsmogelijkheid in geval de MR weigert in te stemmen met een 'inhoudelijk' voorstel van het schoolbestuur. Naar aanleiding van de aanbevelingen van de Toetsingscommissie worden in het Concept voorstellen gedaan voor de verbetering van de regeling. Een vraag die in par. 2 aan de orde zal komen is dan ook of de voorstellen in het Concept inderdaad tot verbeteringen zullen leiden, gezien de huidige wettelijke regeling en de wijze waarop zij in de praktijk functioneert.

In par. 3 komt vervolgens de rol van de burgerlijke rechter aan de orde. Par. 4 bevat tenslotte een aantal conclusies in verband met de rechtsbescherming in het kader van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs, met name in het licht van de relevante grondrechten.

2 De geschillencommissie

2.1 VOORAF: PRINCIPES

De wettelijke regeling van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs is sterk beïnvloed door het onderwijsgrondrecht; dat bleek in het vorige hoofdstuk.⁶ Het onderwijsgrondrecht heeft geleid tot het

haar voorstel niet de instemming verwerft van het bevoegd gezag alsmede de instemming van de raad, beoordeelt de commissie of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voorstel had kunnen komen en of de raad in redelijkheid zijn instemming aan het voorstel van het bevoegd gezag heeft onthouden. De commissie doet in elk geval een, al dan niet gewijzigd, voorstel dat bindend is voor het bevoegd gezag en de raad. 2. Op een voorstel met betrekking tot het medezeggenschapsreglement als bedoeld in artikel 6, derde lid, is het eerste lid van overeenkomstige toepassing, met dien verstande, dat: a. het bevoegd gezag in geval van onthouding van instemming zijn voorstel voorlegt aan de commissie; b. de commissie, indien en voor zover zij van oordeel is dat het bevoegd gezag bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn voorstel had kunnen komen, in haar uitspraak tevens aangeeft hoe het voorstel dient te worden gewijzigd; c. het bevoegd gezag na de uitspraak van de commissie het reglement vaststelt overeenkomstig die uitspraak. 3. Indien het bevoegd gezag ten aanzien van een voorgenomen, in overleg al dan niet gewijzigd, besluit niet de ingevolge de toepassing van artikel 6, eerste lid onder a of b, vereiste instemming verwerft, en zijn voorstel wenst te handhaven, legt het dit voorstel voor aan de commissie, bedoeld in artikel 9. De tweede tot en met vierde volzin van het eerste lid zijn van overeenkomstige toepassing.

4 Vgl. de par. 3.2.2 en 3.3.3.

5 In het vorige hoofdstuk werden de hoofdprincipes van deze procedure kort geschetst. Vgl. par. 3.2.1.

6 Vgl. par. 2.5.

opnemen van specifieke bepalingen in de WMO die in andere wettelijke medezeggenschapsregelingen ongebruikelijk zijn. Ik wijs op de algehele ontheftingsmogelijkheid in art. 18 WMO en op de mogelijkheid om het passieve kiesrecht te beperken in art. 4 lid 11 WMO.⁷ Kenmerkender nog voor de invloed van het onderwijsgrondrecht is het feit dat de wettelijke regeling als geheel is doortrokken van het uitgangspunt van de terughoudendheid uit respect voor de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur. Die terughoudendheid is door de wetgever zelf betracht; ik wijs op de beslissing om slechts basisbepalingen vast te stellen.⁸ De terughoudendheid heeft ook geleid tot bijvoorbeeld een speciale opzet van de instemmingsbevoegdheid, die moet verhinderen dat de medezeggenschap van de werknemers (en de ouders en de leerlingen) de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' in gevaar brengt.⁹

Ook de opzet van de rechtsbescherming is door het onderwijsgrondrecht beïnvloed. En ook hier valt in dat verband vooral de terughoudendheid uit respect voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur op.

Niet alle kenmerken van de opzet van de rechtsbescherming in het kader van de WMO kunnen overigens op basis van dit uitgangspunt verklaard worden. Al in het vorige hoofdstuk is bijvoorbeeld gebleken dat de geschillencommissie ex art. 9 WMO uitsluitend een taak heeft in het kader van de instemmingsbevoegdheid van de MR, zodat in verband met de adviesbevoegdheid van de MR, maar ook in verband met het recht op informatie, de bescherming tegen benadeling en de faciliteiten geen speciale voorzieningen bestaan. Deze beperkte omvang van de rechtsbeschermingsmogelijkheden op basis van de WMO houdt geen verband met het respect voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur. De parlementaire geschiedenis van de WMO biedt op dat punt geen aanknopingspunten. Ware dat anders, dan zou dat ook een bijzonder vreemde zaak zijn geweest. Het zou er op neerkomen dat de wetgever de MR met de ene hand medezeggenschapsrechten zou toekennen, om die vervolgens met de andere hand weer grotendeels ongedaan te maken, door de MR niet de mogelijkheid te bieden om zijn rechten te handhaven.¹⁰ De verklaring voor de beperkte omvang van de rechtsbeschermingsmogelijkheden op basis van de WMO moet veeleer gezocht worden in de vrees van de wetgever voor een niet te voorspellen, maar wellicht erg grote hoeveelheid procedures en voor de daarmee gemoeide kosten en moeite.¹¹

Het respect voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbe-

7 Vgl. de par. 3.11.3 resp. 3.2.5.

8 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5 en par. 3.3.

9 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.8.2.

10 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.3.2 waar i.v.m. de regeling van de randvoorwaarden en de procedurele kant van de uitoefening van de MR-bevoegdheden een soortgelijke conclusie wordt getrokken.

11 Vgl. MvT TK 1980-1981, 16606 nr 3, 23. De wetgever week aldus af van het advies van de Raad van State. Vgl. TK 1980-1981, 16606 B, 23.

stuur is wel duidelijk terug te vinden in de artt. 9 en 10 WMO, waarin de beroepsmogelijkheid voor het schoolbestuur op de geschillencommissie wordt geregeld. Als gevolg van de beslissing om slechts basisbepalingen vast te stellen, is bijvoorbeeld de regeling van de procedure voor de geschillencommissie vrijwel geheel aan de direct betrokkenen overgelaten.¹²

Ook de geschillenbeslechting als zodanig vindt in eigen kring plaats. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de geschillencommissies in een aantal opzichten sterk lijken op de commissies van beroep in ontslagzaken. Dat is bijvoorbeeld het geval met de samenstelling: de geschillencommissie bestaat uit drie leden, één lid gekozen door de schoolbesturen, één lid gekozen door de MR's en een door de beide leden gekozen voorzitter.¹³ Net als de commissies van beroep zijn de geschillencommissies op vaste basis ingestelde commissies. Zij worden over het algemeen ingesteld door dezelfde organisaties die de commissies van beroep instellen. In de regel kent iedere onderwijszuil een of meer geschillencommissies, voor bepaalde onderwijstypen en/of regio's.

Het ligt wellicht voor de hand om er van uit te gaan dat de beslechting van instemmingsgeschillen aan de geschillencommissie is opgedragen, en niet aan de burgerlijke rechter, uit respect voor de vrijheid van richting. In hoofdstuk IX bleek dat dat argument in verband met de commissie van beroep een duidelijke rol heeft gespeeld.¹⁴ In verband met de geschillencommissie is dat echter niet het geval. De parlementaire geschiedenis biedt geen aanknopingspunten.¹⁵ Dat zou ook verbazingwekkend zijn geweest, want de WMO in zijn geheel wijst eerder op een uitdrukkelijke voorkeur voor geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter. Alle geschillen tussen schoolbestuur en MR, behoudens één uitzondering, worden tenslotte door de burgerlijke rechter beslecht. Het ligt meer voor de hand om er van uit te gaan dat de geschillencommissies zijn ingesteld omdat de wetgever van mening was dat de aard van het geschil als gevolg van het onthouden van instemming een specifieke deskundigheid vereist. Die gedachte lag ten tijde van het totstandkomen van de WMO voor de hand, want ook de WOR kende voor de procedure volgend op het onthouden van instemming door de OR speciale, mede uit werkgevers- en werknemersleden samengestelde bedrijfscommissies.

Heel duidelijk is het respect voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur weer terug te vinden in de regeling van de procedure voor de geschillencommissie, met name in die zin dat de wetgever heeft getracht om ook de geschillencommissie tot terughoudendheid te verplichten. In het vorige hoofdstuk werden de nodige vraagtekens geplaatst bij de door de wetgever gevoelde noodzaak om zelf terughoudend te zijn en om ook de MR tot terug-

¹² Vgl. art. 11, aanhef en sub f WMO en daarover nt 51.

¹³ Vgl. art. 9 lid 2 WMO. Nadere informatie over de samenstelling van de geschillencommissies biedt: Medezeggenschap in de school (MidS), C1000-7 e.v.

¹⁴ Vgl. par. 2.1.2.

¹⁵ De commissies van beroep hebben wel als voorbeeld gefungeerd, maar zonder de principiële achtergrond. Vgl. Hand. TK 4986.

houdendheid te verplichten en bij de middelen die in dat verband zijn gehanteerd.¹⁶ In verband met de rol van de geschillencommissie is voor het plaatsen van dergelijke vraagtekens weinig of geen reden. Het is geheel begrijpelijk dat de wetgever als uitgangspunt heeft gehanteerd dat het schoolbestuur zijn uiteindelijke verantwoordelijkheid niet aan de geschillencommissie diende te verliezen.

Voor een dergelijke rol is de geschillencommissie niet toegerust. Zij is voor minstens twintig scholen werkzaam.¹⁷ Alleen al daarom staat zij ver af van wat in elk van de aangesloten scholen gebeurt. En nog los van het antwoord op de vraag of de geschillencommissie wel in staat is de uiteindelijke verantwoordelijkheid te dragen, zij is er niet voor bedoeld. De WMO beoogt de werknemers (en de ouders en leerlingen) medezeggenschap te geven. Een bepaalde wijze van geschillenregeling is in dat verband nodig, maar uitsluitend als een middel tot een doel: de medezeggenschap van de werknemers (en de ouders en leerlingen) zo optimaal mogelijk tot zijn recht te laten komen.¹⁸ Zeer zeker is het niet de bedoeling dat de geschillencommissie de positie gaat bekleden van een 'super-schoolbestuur' dat zijn wil kan opleggen aan schoolbestuur en MR.

Dat de geschillencommissie de gepaste terughoudendheid zou betrachten, heeft de wetgever met name op twee manieren willen bewerkstelligen. In de eerste plaats wilde de wetgever dat doen door in verband met de beslissing van de geschillencommissie hetzelfde uitgangspunt te hanteren als in verband met de instemmingsbevoegdheid van de MR, namelijk de theorie van de slagboomwerking.¹⁹ Daardoor zou ook de geschillenregeling in verband met de instemmingsbevoegdheid het initiatief ten aanzien van de gang van zaken in de school te allen tijde bij het schoolbestuur moeten laten. In de tweede plaats wilde de wetgever de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur beschermen door de geschillencommissie tot een slechts marginale of willekeurstoetsing te verplichten.

Beide uitgangspunten zijn in elk geval gehanteerd door de regering, op het moment van indienen van het wetsontwerp in de Tweede Kamer. De behandeling in de Tweede Kamer heeft vervolgens geleid tot het aannemen van een tweetal amendementen terzake van de omvang van de toetsing en van de inhoud en de werking van de beslissing. Of daarmee een fundamentele wijziging met betrekking tot het uitgangspunt 'terughoudendheid' is beoogd, is niet met zekerheid te zeggen. De toelichting op de beide amendementen is daarvoor te summier. Het is mijns inziens echter weinig aannemelijk dat dat inderdaad de bedoeling is geweest. Uit de parlementaire geschiedenis is veeleer op te maken dat beide amendementen uitsluitend beoogden de positie van de MR ten op-

16 Vgl. i.v.m. de wetgever: par. 4.3; vgl. i.v.m. de MR: par. 3.2.5.

17 Vgl. art. 9 lid 1 WMO.

18 Aldus ook: Toetsingscommissie (1987a); 28-30.

19 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.8.2.

zichte van het schoolbestuur enigszins te versterken.²⁰ Zoals hierna zal blijken betekenen beide amendementen in de praktijk wel degelijk een belangrijke inbreuk op het uitgangspunt 'terughoudendheid', juist waar het gaat om de geschillencommissies.

2.2 BEKOSTIGINGSVOORWAARDEN

Zowel in hoofdstuk VI als in het vorige hoofdstuk heb ik er op gewezen dat de WMO voor het bijzonder onderwijs uitsluitend bekostigingsvoorwaarden bevat.²¹ De problemen die daarvan het gevolg zijn in verband met het beroep door de werknemer of de MR op de burgerlijke rechter zullen in par. 3.1 aan de orde komen. In deze paragraaf zal ik kort stilstaan bij de consequenties van het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO voor de status van de geschillencommissie en haar beslissing.²²

De problemen die het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO in dat verband oproept, zijn in eerste instantie vergelijkbaar met die rond de commissie van beroep. De bekostigingsvoorwaarden vormen als zodanig geen basis voor de werkzaamheid van de geschillencommissie. Als aan het schoolbestuur gestelde subsidievoorwaarden verplichten de WMO-bepalingen het schoolbestuur om zich te onderwerpen aan de beslissing van de geschillencommissie, maar dat uitsluitend ten opzichte van de overheid en op straffe van subsidieverlies. Het is de instelling door de diverse onderwijsorganisaties die de geschillencommissies hun juridische grondslag geeft. Door aansluiting te zoeken bindt het schoolbestuur zich – tegenover de organisatie die de geschillencommissie heeft ingesteld – aan bijvoorbeeld het verkiezingsreglement en het huishoudelijk reglement van de geschillencommissie.²³

Daarmee is echter niets gezegd over de precieze status van de geschillencommissie. Met name blijft de vraag onbeantwoord wat de MR bindt aan de geschillencommissie. Zo is het onbevredigend om te moeten constateren dat het grote moeite kost om een juridische basis te vinden voor de gebondenheid van de MR aan het verkiezingsreglement en aan de uitkomst van de verkiezing en aan de procedureregels in het reglement van de geschillencommissie. Zeker zo onbevredigend is het om te constateren dat onduidelijk is of en zo ja, hoe een onaanvaardbaar geachte beslissing van de geschillencommissie kan worden aangevochten. Dat geldt voor de MR, maar ook voor het schoolbestuur.

Hier blijkt het probleem toch van een andere orde te zijn dan in verband met de commissie van beroep. Daar kan de arbeidsovereenkomst met de individuele werknemer dienen als basis voor de beroepsmogelijkheid op de commis-

20 Vgl. i.v.m. de toetsing: par. 2.5.2; vgl. i.v.m. de slagboomwerking van de instemmingsbevoegdheid: par. 2.6.2.

21 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.3; hoofdstuk X, par. 3.1, 3.3.1 en 3.3.3.

22 Ook deze kwestie kwam reeds kort aan de orde in hoofdstuk VI, par. 5.3.

23 Vgl. in dit verband hoofdstuk IX, par. 2.2, i.v.m. de commissie van beroep.

sie van beroep en voor de gebondenheid aan haar beslissing. Door uit te gaan van deze contractuele basis ligt het voor de hand om tot de alleszins bevredigende kwalificatie 'bindend advies' te komen. De status van de beslissing van de commissie van beroep is daarmee duidelijk, evenals de mogelijkheden om die beslissing – eventueel – aan te vechten.²⁴

In verband met de medezeggenschap biedt de individuele arbeidsovereenkomst geen bevredigende uitkomst; dat werd al in hoofdstuk VI geconstateerd.²⁵ Eventueel zou kunnen worden aangenomen dat er een 'medezeggenschapsovereenkomst' of alleen maar een 'geschillenregelingsovereenkomst' bestaat tussen schoolbestuur en MR. Ook een dergelijke overeenkomst sluit echter slecht aan op het collectieve karakter van de medezeggenschap.²⁶ Het is niettemin de enige uitweg om een basis te creëren voor de beroepsmogelijkheid op de geschillencommissie, voor de gebondenheid aan de reglementen en (voor zover het het schoolbestuur ten opzichte van de MR betreft) aan de beslissing. Uitgaande van het bestaan van een overeenkomst tussen schoolbestuur en MR ligt voor de hand om de geschillencommissie, net als de commissie van beroep, als bindend adviseur te zien.²⁷ De procedure voor de geschillencommissie en de gebondenheid aan de beslissing worden in dat geval bepaald door de relevante bekostigingsvoorwaarden en de reglementen die beide in de 'overeenkomst' met de MR zijn geïncorporeerd.

Ik teken hierbij aan dat de bindend advies-constructie inderdaad niet meer is dan dat: een constructie, gehanteerd omdat andere oplossingen ontbreken. Ingrijpen van de wetgever lijkt dan ook dringend geboden; in par. 4 kom ik daar op terug.

2.3 DE TOEGANG

2.3.1 De huidige regeling

De geschillencommissie is alleen bevoegd ter zake van geschillen tussen schoolbestuur en MR die het gevolg zijn van het feit dat de MR zijn instemming heeft onthouden aan een door het schoolbestuur voorgenomen besluit. Door middel van een beroep op de geschillencommissie kan het schoolbestuur trachten om alsnog de instemming met zijn voornemen te verkrijgen, zodat het tot definitieve besluitvorming kan overgaan.

Deze beperkte bevoegdheid betekent dat andere geschillen in verband met de instemmingsbevoegdheid niet aan de geschillencommissie kunnen worden voorgelegd. Een dergelijk geschil zou bijvoorbeeld kunnen ontstaan als het

²⁴ Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2; par. 3.3.

²⁵ Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.3.

²⁶ Vgl. bijv. de positie van de voorlopige MR in geval van een geschil over het eerste reglement: kennelijk zijn partijen het nergens over eens, behalve over de mogelijkheid om beroep in te stellen?!

²⁷ Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.2.4.

schoolbestuur overgaat tot besluitvorming zonder de MR om de vereiste instemming te vragen. Als consequentie van de beperkte bevoegdheid ontbreekt ook een beroepsmogelijkheid vergelijkbaar met die in art. 26 lid 1 WOR: de mogelijkheid voor de OR om in het geval een advies niet wordt opgevolgd een beroep te doen op de Ondernemingskamer. Eveneens ontbreekt een beroepsmogelijkheid als in art. 37 WOR: de mogelijkheid om in het geval van geschillen over de naleving van de wet een beroep te doen op de kantonrechter. In het kader van de WMO is het gebleven bij de beroepsmogelijkheid vergelijkbaar met die in art. 27 lid 4 WOR: het beroep van de ondernemer op de kantonrechter in geval de OR de vereiste instemming onthoudt en de ondernemer zijn besluit wil doorzetten.

Uitsluitend het schoolbestuur beschikt over de mogelijkheid om een beroep te doen op de geschillencommissie. Dat de MR deze mogelijkheid niet heeft, hangt samen met de aard en de opzet van de instemmingsbevoegdheid. In het vorige hoofdstuk bleek dat deze is opgezet uitgaande van de theorie van de slagboomwerking.²⁸ Uitgangspunt daarvan is dat het schoolbestuur zo veel mogelijk het initiatief ten aanzien van de besluitvorming behoudt. Dat betekent in dit geval dat, zou de MR weigeren in te stemmen met een bepaald voorgenomen besluit, het aan het schoolbestuur is om te beslissen of het afziet van het nemen van een besluit, dan wel de MR een gewijzigd voorgenomen besluit voorlegt, dan wel beroep instelt bij de geschillencommissie. Een zelfstandig beroepsrecht van de MR op de geschillencommissie sluit niet aan op de theorie van de slagboomwerking, omdat het schoolbestuur zo het initiatief uit handen wordt genomen. In zoverre is van een consequent doorgevoerd uitgangspunt sprake.

2.3.2 *Jurisprudentie*

In de jurisprudentie wordt vrij strikt de hand gehouden aan de wettelijke regeling zoals die in het voorgaande is geschetst. De reglementen van de geschillencommissies omschrijven over het algemeen zeer precies welke geschillen aan de commissie voorgelegd kunnen worden. Dat zijn uitsluitend de in art. 10 WMO bedoelde geschillen.²⁹

Er zou mijns inziens niets op tegen zijn dat de geschillencommissie, door beide partijen daarom verzocht, een uitspraak doet in een ander geschil. Een dergelijke onderling overeengekomen uitbreiding van de bevoegdheid van de geschillencommissie acht ik niet in strijd met de wet.³⁰ In de praktijk beperken de geschillencommissies zich over het algemeen echter vrij nauwgezet tot de

²⁸ Vgl. hoofdstuk X, par. 3.8.2.

²⁹ Wordt een gemeenschappelijke MR ingesteld, dan kunnen zich soortgelijke geschillen voordoen. Ook op dit punt bevat de WMO geen speciale voorzieningen: Er mag van uit worden gegaan dat art. 10 WMO van overeenkomstige toepassing is.

³⁰ Zelfs in het openbaar onderwijs is een dergelijke vorm van 'arbitrage' onder omstandigheden denkbaar. Vgl. LGC 11-1-1989, G 303.

art. 10-geschillen.³¹ In een beslissing van 23 november 1988 overweegt de Geschillencommissie r.k. bso Zuid-Nederland bijvoorbeeld als volgt:

'In het licht van het vorenstaande komt de Commissie tot de slotsom dat het aan haar ter toetsing voorgelegde geschil niet beschouwd kan worden als een geschil in de zin van artikel 10, lid 3, van de W.m.o. en het bevoegd gezag in zijn verzoek aan de Commissie mitsdien niet ontvankelijk is. De wens van partijen om het geschil aan de Commissie ter beoordeling voor te leggen vermag in dit oordeel geen verandering te brengen, aangezien de wetgever uitputtend heeft geregeld in welke gevallen de weg naar de Commissie voor geschillen openstaat.'³²

Onder omstandigheden kan het schoolbestuur niet-ontvankelijk zijn in zijn beroep op de geschillencommissie. Dat kan het gevolg zijn van het feit dat het schoolbestuur de termijn waarbinnen het beroep dient in te stellen laat verlopen.³³ Niet-ontvankelijkheid kan ook het gevolg zijn van het feit dat er in het geheel geen medezeggenschapsbevoegdheid is of omdat slechts sprake is van een adviesbevoegdheid. Dat beroep wordt ingesteld, terwijl het besluit reeds definitief genomen (en eventueel zelfs uitgevoerd) is, staat daarentegen niet in de weg aan de ontvankelijkheid.³⁴

Omdat de WMO niet overduidelijk is waar het gaat om de formulering van de medezeggenschapsaangelegenheden is nog wel eens twijfel mogelijk over de ontvankelijkheid.³⁵ Zo kan, ook al is duidelijk dat de MR een instemmingsbevoegdheid heeft terzake van 'besluiten tot fusie', niettemin de vraag rijzen of een concreet besluit 'slechts' een intentieverklaring om tot fusie over te gaan is, dan wel het 'echte' besluit tot fusie. In het eerste geval bestaat geen instemmingsbevoegdheid, in het tweede geval wel. Ontvankelijkheidsproblemen ontstaan ook wanneer twee medezeggenschapsaangelegenheden inhoudelijk tegen elkaar aanleunen en wanneer de MR met betrekking tot de ene aangelegenheid een adviesbevoegdheid heeft (een eventueel geschil hoort dan niet bij de geschillencommissie thuis) en met betrekking tot een andere aangelegenheid een instemmingsbevoegdheid (zodat de geschillencommissie wel competent is).³⁶

31 In het licht van de problemen die m.n. de MR heeft om een beroep op de burgerlijke rechter te doen, moet dat betreurd worden. Vgl. voor een voorbeeld van een bindend advies over een niet tot de competentie van de geschillencommissie behorend (interpretatie)geschil: Gc NPCS, 17-6-1987, MidS J4010.

32 Beslissing B.88/28.

33 Vgl. Gc NPCS 9-11-1990, nr 90/132. Vgl. par. 2.4 i.v.m. de termijn-eis.

34 Vgl. Gc hto, 29-11-1985, nr HTO, LABO, NO, HEAO/6.

35 Vgl. over de afgrenzingsproblemen i.v.m. de art. 7-aangelegenheden: hoofdstuk X, par. 3.6.2. Afgrenzingsproblemen ontstaan ook i.v.m. de competentieverdeling tussen het collectief overleg met werknemersorganisaties en de medezeggenschap van de MR. Vgl. 8 lid 1 WMO en (i.v.m. art. 63 lid 1 WHBO waar zich soortgelijke problemen kunnen voordoen) Gc ao hbo, 3-11-1987, nr HBO 87.1. Vgl. over de competentieverdeling: hoofdstuk VII, par. 5.3; par. 6.4.7 e.v.

36 Vgl. i.v.m. het openbaar onderwijs: LGC 24-6-1987, G 261 en 2-9-1987, G 279: valt een besluit onder twee aangelegenheden dan is de meer specifieke (bijv. de organisatie van de school, de

De wetgever heeft het de betrokkenen in dit opzicht niet gemakkelijk gemaakt. Valt de beslissing betreffende de plaats van vestiging van de gefuseerde school bijvoorbeeld onder de aangelegenheid 'besluit tot fusie' of de aangelegenheid 'gevolgen van de fusie'? Uit een beslissing van de Geschillencommissie NPCS van 31 mei 1985³⁷ blijkt dat het desbetreffende schoolbestuur er van uit ging dat sprake was van een gevolg van de fusie; het vroeg daarom instemming aan de MR. Toen deze de gevraagde instemming onthield, stelde het schoolbestuur beroep in, om aldaar te vernemen dat volgens de geschillencommissie de plaats van vestiging onder de aangelegenheid 'besluit tot fusie' viel. Terzake van die aangelegenheid had de MR slechts een adviesbevoegdheid. Het schoolbestuur werd dan ook niet-ontvankelijk verklaard. In een geval als dit kan de geschillencommissie strikt genomen niet toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil. Door partijen zal dat als onbevredigend worden ervaren. Zo zal te verklaren zijn dat de geschillencommissie toch enkele overwegingen ten overvloede wijdde aan het geschil.

In het algemeen acht ik het een goede zaak dat een geschillencommissie bij twijfels ten aanzien van bevoegdheid dan wel ontvankelijkheid het geschil inhoudelijk behandelt. Omwille van de verhoudingen binnen de school zal ook het schoolbestuur vaak meer gebaat zijn bij een inhoudelijke uitspraak in het geschil dan bij een niet-ontvankelijkverklaring. Een goed voorbeeld levert op de beslissing van de Geschillencommissie ao vo van 2 april 1987: het schoolbestuur betwist dat sprake is van een instemmingsbevoegdheid, maar legt niettemin het geschil voor aan de geschillencommissie, met het oog namelijk op het werkklimaat en het onderling vertrouwen binnen de school.³⁸

Stellig zullen ook MR's geprobeerd hebben om een beroep te doen op de geschillencommissie. Jurisprudentie terzake is mij niet bekend. Nadere informatie door de geschillencommissies zal tot het intrekken van de – bij voorbaat kansloze – beroepen hebben geleid.

2.3.3 Voorgenomen wijzigingen

De beperkte competentie van de geschillencommissie wordt in de praktijk als een groot bezwaar ervaren. In geval van interpretatiegeschillen blijkt geen reële mogelijkheid te bestaan om het geschil aan een derde-instantie voor te leggen.³⁹ Daarnaast bestaat de indruk dat de adviesbevoegdheid te lijden heeft onder het gemis aan rechtsbescherming: nu een van het advies van de MR afwijkend besluit niet aan de geschillencommissie ter toetsing kan worden voorgelegd, is er onvoldoende vertrouwen dat het advies serieus wordt geno-

— ouderparticipatie) van toepassing en niet de meer algemene (bijv. het schoolwerkplan, waarin de besluiten betreffende organisatie en ouderparticipatie worden vastgelegd).

³⁷ Vgl. MidS J4010.

³⁸ Vgl. MidS J4010.

³⁹ In het pc onderwijs (voor zover georganiseerd in de NPCS) moet rekening worden gehouden met het bestaan van een eigen commissie voor geschillen, die interpretatieproblemen beslecht.

Vgl. par. 3.2.

men.⁴⁰ In de derde plaats zien veel MR's het als een gemis dat zij zich niet tot de geschillencommissie kunnen wenden in het geval van een geschil in verband met de instemmingsbevoegdheid.⁴¹ Het is daarom interessant om na te gaan in hoeverre de voorgenomen wijziging van de WMO mede betrekking heeft op de bevoegdheid van de geschillencommissie.

In haar Eindrapport heeft de Toetsingscommissie de aanbeveling gedaan om de MR de mogelijkheid te geven om, als het bestuur nalatig blijft, na enige tijd zelf het geschil aan de geschillencommissie voor te leggen.⁴² Aan dit voorstel kleven praktische bezwaren: hoe lang moet de termijn zijn?; wanneer gaat hij in? Belangrijker is dat een dergelijke beroepsmogelijkheid in het geheel niet past binnen het – door de Toetsingscommissie niet ter discussie gestelde – uitgangspunt van de wetgever inzake de instemmingsbevoegdheid. Het is daarom begrijpelijk dat deze aanbeveling van de Toetsingscommissie – gezien het Concept – niet wordt overgenomen door de Staatssecretaris.⁴³

Een tweede aanbeveling van de Toetsingscommissie luidt om de MR de mogelijkheid te bieden om een beroep te doen op de geschillencommissie in geval van interpretatieproblemen.⁴⁴ Een dergelijke beroepsmogelijkheid zou niet onwelkom zijn. Toch vergoedt zij het ontbreken van de mogelijkheid van een algemene nakomingsactie maar zeer ten dele. Mocht blijken dat de interpretatie van het schoolbestuur onjuist is, zodat – kennelijk – de wet niet wordt (of dreigt te worden) nageleefd, staat de MR qua rechtsbescherming nog steeds met lege handen. Niet de interpretatiegeschillen zijn het wezenlijke probleem, maar de geschillen in verband met de vraag of de wet wel wordt nageleefd. Het is daarom te betreuren dat – gezien het Concept, zoals het aan de onderwijsorganisaties is voorgelegd – niet wordt overwogen om een mogelijkheid tot het instellen van een nakomingsactie in de WMO op te nemen.⁴⁵

Evenzeer is het te betreuren dat – gezien het Concept – de WMO niet zal worden gewijzigd waar het gaat om de adviesbevoegdheid van de MR. In par. 2.1 bleek dat de WMO geen beroepsgang vergelijkbaar met die in art. 26 WOR kent, omdat de wetgever een dergelijke mogelijkheid te kostbaar en te

40 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.6.4 en 3.7.

41 Dit bezwaar is vrijwel onmiddellijk na het invoeren van de WMO gesignaleerd, m.n. i.v.m. de reglementsgeschillen die toen in grote getale rezen; vgl. Toetsingscommissie (1985), 42. Gezien het belang van een snelle vaststelling van het reglement is begrijpelijk dat in dat kader werd aangedrongen op een beroepsmogelijkheid voor de MR. Art. 10 lid 2 verplicht het schoolbestuur tenslotte om het geschil aanhangig te maken. Zoals hierna zal blijken ligt dat in het kader van de 'normale' procedure anders.

42 Vgl. (1987a), 27-28. Vgl. daarover: Timmer (1987), 143-144.

43 Het is voorstelbaar dat de MR een recht van initiatief krijgt. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.8.2. In dat geval is een eigen beroepsmogelijkheid voor de MR, bijvoorbeeld leidend tot een marginale toetsing van het besluit om het advies niet over te nemen, heel goed voorstelbaar.

44 Vgl. (1987a), 29.

45 Dat wil niet zeggen dat op dit moment in het geheel geen mogelijkheid zou bestaan om de naleving van de WMO af te dwingen. De MR kan zich tot de burgerlijke rechter wenden. Dan ontstaan echter andere problemen, eveneens het gevolg van de summierheid van de WMO. Vgl. par. 3.1.

omslachtig vond. De Toetsingscommissie komt, ruim vijf jaar later, niet verder dan de – niet eenstemmige – aanbeveling om de geschillencommissie de mogelijkheid te geven om (desgevraagd) te bemiddelen als een geschil ontstaat over de uitoefening van de adviesbevoegdheid.⁴⁶ In het Concept worden in het geheel geen voorstellen gedaan inzake de rechtsbescherming terzake van geschillen in verband met de adviesbevoegdheid van de MR.

Ik meen dat dat te betreuren is. De aangelegenheden met betrekking waar-toe een adviesbevoegdheid bestaat zijn vrijwel zonder uitzondering belangrijke aangelegenheden. Dat geldt op dit moment; dat geldt zeker ook als de voorstellen terzake van de bevoegdheidsverdeling in het Concept worden overgenomen.⁴⁷ De verhoudingen binnen de school zijn daarnaast zodanig dat een schoolbestuur zich gehouden moet achten om een advies van werknemers en/of ouders en leerlingen zeer serieus te nemen. In dat kader dient de mogelijkheid te bestaan om als het schoolbestuur dat onverhoopt niet zou doen, een derde-instantie in te schakelen.⁴⁸ Het is echter vooral om de preventieve werking dat een dergelijke mogelijkheid in mijn ogen dient te bestaan. Zij kan ertoe bijdragen dat een advies steeds serieus in overweging wordt genomen en dat ook serieus wordt gemotiveerd waarom – eventueel – het advies niet wordt overgenomen.

In de toelichting op het Concept wordt in verband met het ontbreken van voorstellen terzake gewezen op de vrees voor 'een aanzuigende werking op het aantal geschillen' en wordt er de voorkeur aan gegeven dat 'men eerder probeert geschillen op de school zelf op te lossen'.⁴⁹ Dat zijn argumenten die tien jaar geleden wellicht enig hout sneden, omdat toen nog onduidelijk was hoe de medezeggenschap in het onderwijs zou gaan functioneren. Op dit moment kan een dergelijke argumentatie niet langer overtuigen. De wetgever zou mijns inziens art. 26 WOR tot uitgangspunt moeten nemen bij het creëren van een beroepsmogelijkheid voor de MR ingeval het schoolbestuur een advies niet overneemt.⁵⁰

2.4 DE PROCEDURE

De WMO zwijgt waar het gaat om de procedure voor de geschillencommissie.

46 Vgl. (1987b), 31-32.

47 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.6.4 en 3.6.5.

48 Vgl. over de mogelijkheden die op dit moment bestaan: par. 3.2.

49 Vgl. de concept-MVT, 3.

50 Uit een persbericht d.d. 28-6-1991 (nr 107) van (o.a.) het Ministerie van Onderwijs kan worden opgemaakt dat het Concept naar aanleiding van het overleg met de onderwijsorganisaties zal worden bijgesteld, in die zin dat zowel een beroepsmogelijkheid in geval van het niet-overnemen van een advies en als in geval van een interpretatiegeschil zal worden geopend. De precieze uitwerking moet worden afgewacht en een algemene nakomingsactie wordt door de beide wijzingen niet overbodig gemaakt, maar in elk geval lijkt sprake te zijn van een stap in de goede richting.

De reglementen van de diverse geschillencommissies bevatten hier de nodige voorzieningen.⁵¹

Uit deze reglementen blijkt dat de procedure voor de geschillencommissie in veel opzichten lijkt op de in hoofdstuk IX, par. 2.4 geschetste procedure voor de commissie van beroep.⁵² De procedure neemt een aanvang doordat het schoolbestuur een geschrift indient bij de geschillencommissie.⁵³ Sommige reglementen bevatten in dit verband een termijn. Een termijn van dertig dagen nadat de weigering van de instemming het schoolbestuur schriftelijk heeft bereikt is gebruikelijk. In een aantal reglementen wordt bepaald dat de niet-ontvankelijkverklaring wegens een termijnoverschrijding achterwege blijft, indien het schoolbestuur aantoont dat het de voorziening in beroep heeft aangevraagd zo spoedig mogelijk als dit redelijkerwijs verlangd kon worden. Het merendeel van de reglementen bevat een aanduiding van de door het schoolbestuur te verstrekken informatie en van de over te leggen stukken. Nadat het schoolbestuur het beroep aanhangig heeft gemaakt, wordt de MR in de gelegenheid gesteld om zijn standpunt kenbaar te maken. Ook de MR is daarbij over het algemeen aan een termijn gebonden.

Aldus is aan de schriftelijke fase van de procedure een einde gekomen. In de regel zal het geschil vervolgens tijdens een zitting mondeling worden behandeld. Tijdens de zitting kunnen partijen het woord voeren en kunnen getuigen en deskundigen worden gehoord. Voor dat laatste is in de regel de instemming van de geschillencommissie vereist. Na de zitting volgt de beslissing van de geschillencommissie. De reglementen binden de geschillencommissies daarbij over het algemeen aan een termijn. Gebruikelijk zijn termijnen van zes tot tien weken.

Tot zo ver de punten waarvan gezegd kan worden dat de procedures voor de geschillencommissie en voor de commissie van beroep overeenstemmen. Er zijn ook belangrijke verschillen. Die verschillen hangen in de eerste plaats samen met de bevoegdheid van de geschillencommissie om te bemiddelen.⁵⁴ Die bevoegdheid is van invloed op de procedure als zodanig. Zo bevatten sommige reglementen uitdrukkelijke bepalingen terzake van het moment waarop bemiddeld kan worden, de bevoegdheid daartoe en de in geval van een

51 En niet in het medezeggenschapsreglement van de afzonderlijke school, zoals art. 11 aanhef en sub f WMO abusievelijk vermeldt. Art. 11 is een overblijfsel van een 'eerdere' versie van de geschillenregeling, per school en ad hoc. Toen voor de huidige opzet werd gekozen, zijn de artt. 9 en 10 gewijzigd. Inderhaast is blijkbaar vergeten om ook art. 11 aan te passen. In het in het Concept voorgestelde art. 11-nieuw verdwijnt het huidige sub f.

52 Soms is dat het geval tot in de kleinste details, omdat bepalingen in het reglement voor de geschillencommissie letterlijk zijn overgenomen uit de regeling in titel III RPBO. Dat is bijvoorbeeld met de reglementen voor de geschillencommissies in het rk onderwijs het geval. Nadere informatie over de procedure voor de geschillencommissie bevat: Medezeggenschap in de school, onderdelen D en G.

53 Vgl. Gc ao hbo, 22-5-1986 (MidS J 4010-1) over de vraag of het ingediende geschrift wel een verweerschrift is.

54 Vgl. art. 10 lid 1 tweede volzin WMO. Mijn indruk is dat de geschillencommissies vaak - en met succes - bemiddelen.

bemiddelingspoging door alle betrokkenen in acht te nemen termijnen. In de reglementen van de Geschillencommissies ao wordt de secretaris van de geschillencommissie uitdrukkelijk bevoegd verklaard om te bemiddelen in geval nog geen zitting heeft plaats gevonden. Tijdens of na de zitting is uitsluitend de geschillencommissie bevoegd om een bemiddelingsvoorstel te doen. De bemiddelingspoging zal onherroepelijk leiden tot een verlenging van de duur van de procedure; het reglement bevat in verband hiermee een aantal termijnvoorschriften. Andere reglementen bevatten geen verwijzing naar de bevoegdheid van de geschillencommissie om te bemiddelen. Niettemin zal in dat geval de bevoegdheid daartoe bestaan. Wel zal bij gebreke aan uitdrukkelijke bepalingen moeten worden aangenomen dat uitsluitend de geschillencommissie als geheel mag bemiddelen.

De bevoegdheid tot bemiddelen is ook van invloed op de opstelling van de geschillencommissie. Om te kunnen bemiddelen zal de geschillencommissie zich over het algemeen vergaand op de hoogte moeten stellen van de verschillende aspecten van de aangelegenheid waarop het geschil betrekking heeft. Dat geldt met name ook voor de meer beleidsmatige kanten van de zaak, omdat een zuiver juridische benadering in de regel niet geschikt zal zijn om partijen tot overeenstemming te laten geraken. Daarom is het niet verwonderlijk dat de reglementen voor de geschillencommissies ao bepalen dat (de secretaris van) de geschillencommissie al voorafgaand aan de zitting de nodige informatie kan inwinnen bij partijen en anderen. Beide partijen worden hiervan – uiteraard, met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor – op de hoogte gesteld.

Ook om een andere reden mag de geschillencommissie actiever zijn dan de commissie van beroep, moet zij dat zelfs zijn. Dat is het geval omdat de geschillencommissie een vergaande beslissingsbevoegdheid geeft. Sluitstuk van de procedure is namelijk een inhoudelijke en voor partijen bindende beslissing. In par. 2.6 zal ik daar nader op in gaan. In dit verband is relevant erop te wijzen dat een beslissing, waarin de geschillencommissie zelf vaststelt hoe het schoolbestuur dient te handelen, alleen mogelijk is als de geschillencommissie zich uiterst actief opstelt. Doet zij dat niet, dan beschikt zij niet over voldoende gegevens om op verantwoorde wijze haar werk te doen. Eventueel zal zij zich zelfs niet kunnen beperken tot het geschil zoals partijen haar dat voorleggen.⁵⁵

Realisering van de voorstellen in het Concept zal niet of nauwelijks verandering brengen in het voorgaande. Nieuw is uitsluitend de aan het schoolbestuur op te leggen verplichting om, indien een beroep wordt gedaan op de geschillencommissie, een 'uitdrukkelijke afweging van de belangen en argumenten die door de raad (...) naar voren zijn gebracht in het kader van de

55. Vgl. op dit laatste punt: hoofdstuk IX, par. 2.4.2, waar i.v.m. de commissie van beroep wordt verdedigd dat deze de omgrenzing van het geschil wel aan partijen dient over te laten.

onthouding van instemming' over te leggen.⁵⁶ De bevoegdheid tot bemiddelen blijft – terecht – bewaard.⁵⁷

2.5 DE TOETSING

2.5.1 De toetsingsmaatstaf

In par. 2.1 wees ik er op dat de wetgever de geschillencommissie onder andere tot terughoudendheid wilde dwingen door haar te verplichten tot een terughoudende toetsing.⁵⁸ De tekst van art. 10 WMO bevestigt dat. Op grond van lid 1 dient de geschillencommissie te beoordelen 'of het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen (...) in redelijkheid tot zijn voorstel had kunnen komen'. Een vergelijkbare formulering is terug te vinden met betrekking tot de weigering om in te stemmen door de MR: de geschillencommissie dient te toetsen 'of de raad in redelijkheid zijn instemming aan het voorstel van het bevoegd gezag heeft onthouden'. De beide formules klinken bekend in de oren. Toch geven zij aanleiding tot meer problemen dan op het eerste oog wellicht lijkt.

In ieder geval is duidelijk dat de wetgever niet heeft bedoeld dat de geschillencommissie, als haar een geschil over een bepaalde zaak wordt voorgelegd, een eigen oordeel geeft over die zaak. De bedoeling is dat de commissie zich beperkt tot een marginale toetsing. Beter is het nog om in dit verband van willekeurstoetsing te spreken, want daarmee wordt niet alleen aangegeven hoe getoetst wordt, maar ook wat.⁵⁹ Getoetst wordt namelijk, ook door de geschillencommissie, of schoolbestuur en MR op de juiste manier alle belangen hebben afgewogen, voordat ze tot hun voorstel of tot het weigeren van instemming kwamen. Daarop wijst uitdrukkelijk de passage 'bij afweging van alle belangen' in art. 10 lid 1 WMO.⁶⁰

De formuleringen met betrekking tot schoolbestuur ('in redelijkheid tot zijn voorstel had kunnen komen') en MR ('in redelijkheid zijn instemming (...) heeft onthouden') stemmen niet precies overeen. In verband met het schoolbestuur wordt inderdaad de veelgebruikte willekeur-formule gehanteerd. De zinsnede met betrekking tot de MR doet eerder aan de (ruimere) redelijk-

⁵⁶ Vgl. daarnaast nt 51, over het schrappen van het huidige sub f.

⁵⁷ Vgl. art. 10 lid 3-nieuw.

⁵⁸ Ik wijs er op dat niet is uitgesloten dat de geschillencommissie in het geheel niet aan de toetsing toekomt, namelijk in het geval dat de commissie besluit om te bemiddelen en de bemiddelingspoging slaagt. Het resultaat van de bemiddelingspoging zou eventueel in een beslissing van de geschillencommissie kunnen worden vastgelegd. Dat is zinvol, alleen al omdat het niet-naleven van een beslissing van een geschillencommissie door het schoolbestuur het schenden van een bekostigingsvoorwaarde oplevert, terwijl het schenden van een zuiver onderlinge afspraak de Minister in beginsel niet aangaat. Het vastleggen in een beslissing biedt daarnaast de mogelijkheid van een nakomingsactie voor de burgerlijke rechter. Vgl. par. 3.3.

⁵⁹ Vgl. Van der Grinten (1969), 122-123: marginale toetsing zegt iets over de wijze van toetsing, niets over het 'waaraan'.

⁶⁰ Uitdrukkelijke overwegingen op dit punt bevat LGC 5-3-1986, nr 173 (verkort aangehaald door Cluitmans-Souren (1991), 32-33).

heidstoets in art. 57 lid 7 AAW denken.⁶¹ Ik ga er van uit dat aan dit verschil in terminologie geen waarde behoort te worden gehecht: ook ten aanzien van de beslissing van de raad behoort op willekeur te worden getoetst. Voor een andere opvatting biedt de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten. De bedoeling van het in dit verband van belang zijnde amendement was juist om schoolbestuur en MR in een zo veel mogelijk gelijke positie te plaatsen.⁶² Een andere opvatting zou de geschillencommissie ook voor grote problemen plaatsen: terzake van één aangelegenheid zou de geschillencommissie op twee verschillende wijzen moeten toetsen.

Het toetsingscriterium in art. 10 WMO is opvallend te noemen, niet door wat er staat, maar juist door wat ontbreekt. In art. 10 lid 1 WMO is namelijk uitsluitend de willekeurstoets terug te vinden. De in de administratieve rechtspraak gebruikelijke 'andere' criteria (strijd met de wet, détournement de pouvoir en strijd met (overige) beginselen van behoorlijk bestuur) ontbreken. Toch kan het niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat, als er wettelijke normen zijn, schoolbestuur of MR in strijd daarmee kunnen handelen of beslissen. Datzelfde geldt voor de inhoud van het medezeggenschapsreglement. Ook in die gevallen moet de geschillencommissie kunnen ingrijpen.

Dat kan ook, want in het geval dat in strijd met bepaalde wettelijke of reglementaire bepalingen wordt gehandeld, kan geredeneerd worden dat het schoolbestuur of de MR niet in redelijkheid tot hun beslissing hebben kunnen komen. Het belang van het handelen in overeenstemming met de wet heeft blijkbaar niet zwaar genoeg gewogen. Zo wordt het criterium 'strijd met de wet' geïncorporeerd in het willekeurscriterium.

Dat het criterium 'strijd met de wet' als het ware wordt ingebouwd in het verbod van willekeur, is wellicht niet de meest voor de hand liggende oplossing, geheel ongebruikelijk zij niet, juist niet waar het gaat om de medezeggenschap. Art 26 lid 1 WOR biedt de OR de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer, met name wanneer een advies niet wordt opgevolgd. Op grond van lid 4 van hetzelfde artikel dient de Ondernemingskamer na te gaan 'of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen (...) in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen'. Ook de Ondernemingskamer gaat in dat (willekeur)-verband na of het handelen van de ondernemer in overeenstemming is met de wet. Zo gaat de Ondernemingskamer in een beschikking van 25 februari 1982 in op de stelling van de OR van de omroepvereniging AVRO dat de ondernemer in strijd heeft gehandeld met art. 25 WOR. De Ondernemingskamer overweegt in dat verband als volgt:

'Bij de beschouwing van deze stelling stelt de OK voorop dat – nu blijkens het vorenoverwogene de inhoudelijke bezwaren van de OR tegen het aangevochten besluit moeten worden verworpen – de formele bezwaren van de OR slechts dan de conclusie kunnen rechtvaardigen dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake

61 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.5.1, met verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

62 Vgl. par. 2.5.2.

ke is, indien bij de besluitvorming aan wezenlijke in de WOR gewaarborgde belangen van de OR is tekort gedaan.⁶³

Deze beschikking maakt duidelijk dat de toetsing op strijd met de wet 'over de band van het willekeursbeginsel' een andere is dan een rechtstreekse toetsing op strijd met de wet. De indirecte weg leidt tot een meer afstandelijke toetsing, waarbij niet iedere strijdigheid met de wet bij voorbaat funest is voor het aangevallen besluit. Van der Heijden constateert naar aanleiding van de zojuist aangehaalde jurisprudentie als volgt:

'De heersende leer van de ondernemingskamer is thans derhalve dat niet iedere schending van een wettelijk voorschrift in art. 25 WOR betekent dat het door de ondernemingsraad aangevochten besluit kennelijk onredelijk is. Strijd met een algemeen verbindend voorschrift valt niet zonder meer (binnen?, W.B.) het willekeurbegrip.'⁶⁴

Of deze conclusie in het algemeen opgaat, is mijns inziens de vraag. De beslissing inzake de AVRO heeft betrekking op de in art. 25 WOR vervatte procedurevoorschriften. Dat in verband met die voorschriften wordt nagegaan of wezenlijke belangen van de OR zijn geschaad is voorstelbaar; het moet niet zo zijn dat de minste of geringste rimpel in de procedure tot ingrijpen van de Ondernemingskamer leidt. Deze redelijk soepele opstelling sluit ook aan op de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur zoals die elders verricht wordt. Ook in dat kader wordt een procedurefout wel door de vingers gezien als geen wezenlijke belangen zijn geschaad.⁶⁵ Als de procedure wettelijk is vastgelegd hoeft, dat niet anders te zijn. Zou het besluit van de ondernemer echter in strijd zijn met een wetsbepaling van meer inhoudelijk aard, dan zou ik menen dat deze strijdigheid met de wet zonder meer tot een negatief uitvallende toetsing dient te leiden.⁶⁶

Deze conclusies aan de hand van de WOR zijn ook relevant voor de toetsing door de geschillencommissie. Als het voorgenomen besluit van het schoolbestuur of de weigering om in te stemmen van de MR in strijd is met wettelijke of reglementaire procedure- of motiveringseisen, dan is denkbaar dat de geschillencommissie afweegt of de schending ernstig genoeg is om tot een negatief oordeel te komen.⁶⁷ Is daarentegen sprake van strijd met een (dwingende)

63 Beschikking gepubliceerd in: Geersing/Van der Heijden (1985a), nr 57.

64 Vgl. (1984a), 1387. Vgl. ook van dezelfde auteur: (1990), 82 e.v.

65 Vgl. bijv. hoofdstuk IX, par. 2.5.11, i.v.m. de commissie van beroep.

66 Een van de in art. 25 lid 1 WOR genoemde (voorgenomen) besluiten zou in strijd met de wet kunnen zijn. Zou de OR niet om deze reden negatief adviseren (de vereiste juridische kennis is wellicht niet aanwezig) en zou de Ondernemingskamer vervolgens uit eigen beweging tot de conclusie komen dat sprake is van strijd met de wet, dan zou de Ondernemingskamer op grond van art. 48 WBRv (de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden) tot een negatief oordeel moeten komen.

67 Vgl. Ge hto, 29-11-1985, nr HTO, LABO, NO, HEAO/6: de commissie constateert dat het schoolbestuur heeft toegezegd de MR voortaan beter te zullen informeren en voegt daaraan

materiële wettelijke of reglementaire bepaling, dan dient dit gebrek in de procedure voor de geschillencommissie aan de orde te komen en dient de toetsing van het besluit ook zonder meer negatief uit te vallen.

Eenzelfde redenering als ten aanzien van de strijd met de wet is denkbaar voor de 'overige' beginselen van behoorlijk bestuur, *détournement de pouvoir* daaronder begrepen. Zo zal het te toetsen besluit bijvoorbeeld recht moeten doen aan gewekte verwachtingen en gemaakte afspraken. Is dat niet het geval, dan mag de geschillencommissie ingrijpen, ook weer met de redenering dat wie gewekt vertrouwen niet honoreert, niet alle belangen juist afweegt en dus willekeurig handelt. Dat aan de 'overige' beginselen van behoorlijk bestuur niet rechtstreeks wordt getoetst, maar via het verbod van willekeur, betekent ook hier dat de geschillencommissie de ruimte heeft om tot een zekere afweging te komen. Verwacht mag worden dat de toetsing minder snel tot een voor het te toetsen besluit negatief resultaat zal leiden.⁶⁸ Of dat op zijn plaats is, is opnieuw de vraag. In ieder geval is een toetsing aan alle 'beginselen' via het verbod van willekeur beter dan wanneer het verbod van *détournement de pouvoir*, het vertrouwens- en het gelijkheidsbeginsel in het geheel niet aan de orde zouden komen. De geschillencommissie heeft zo wat meer armslag bij de toetsing, zonder de terughoudendheid in gevaar te brengen.

2.5.2 *Het toetsingsobject*

Tot zover het toetsingscriterium. Ik heb in het midden gelaten wat precies getoetst wordt. In abstracto is denkbaar dat de geschillencommissie het voorgenomen besluit van het schoolbestuur toetst. Denkbaar is ook dat juist de weigering om in te stemmen door de MR wordt getoetst.

Het wetsvoorstel zoals dat bij de Tweede Kamer werd ingediend, ging uit van de toetsing van het voorgenomen besluit van het schoolbestuur. De geschillencommissie diende te beoordelen of het schoolbestuur in redelijkheid tot zijn voorstel kon komen.⁶⁹ In de Tweede Kamer werd er vervolgens van verschillende zijden op gewezen dat dat een vorm van toetsing zou zijn, die, door haar eenzijdigheid, de MR te zeer in een achtergestelde positie zou plaatsen.⁷⁰ Daarom is uiteindelijk bij amendement de tekst van art. 10 lid 1 WMO gewijzigd.⁷¹ In lid 1 van art. 10 WMO is nu namelijk een zinsnede terug te

— toe 'dat een – onverhoopt – geschil tussen het bevoegd gezag en de MR met betrekking tot het definitieve fusiebesluit mede in het licht van deze toezeggingen zal worden beoordeeld.' Het schoolbestuur krijgt aldus de wacht aangezegd: slechte informatieverstrekking, in strijd met art. 5 lid 5 WMO, zal meteen tot een negatief oordeel leiden.

68 Ook hier biedt art. 26 WOR aanknopingspunten. Vgl. HR 7-7-1982, NJ 1983, 35. Vgl. daarover: Van der Heijden, (1984a), 1388-1389, (1990), 82 e.v.; Bartman/Dorresteyn (1985), 669 e.v.

69 Vgl. TK 1980/1981, 16606 nr 2, art. 9.

70 Vgl. het VV, TK 1980-1981, 16606, nr 5, 20 en het EV, TK 1980-1981, 16606, nr 9, 5.

71 Vgl. de felle kritiek van het kamerlid Van Kemenade, Hand. TK 1980-1981, 4979-4980 op de oorspronkelijk in het wetsvoorstel opgenomen enkelvoudige marginale toetsing van het bestuursbesluit. Vgl. ook de vragen die al in het VV (p. 20) van de zijde van het CDA werden gesteld, namelijk of de (toen nog) voorgestelde enkelvoudige marginale toetsing van het be-

vinden, waaruit blijkt dat de geschillencommissie zowel beoordeelt of het schoolbestuur in redelijkheid tot zijn voorstel heeft kunnen komen, als beoordeelt of de MR in redelijkheid zijn instemming aan het voorstel van het schoolbestuur heeft onthouden. Op die manier heeft de wetgever willen bereiken dat het schoolbestuur en de MR voor de geschillencommissie een zoveel mogelijk gelijkwaardige positie zouden innemen.

Met die bedoeling kan ik het geheel eens zijn.⁷² Het gekozen middel is echter niet alleen ongebruikelijk, maar ook problematisch, omdat een dubbele marginale toetsing op de keper beschouwd een heel onlogische en onpraktische vorm van toetsing is.

Zij is onlogisch, omdat normaal voor marginale toetsing gekozen wordt om een bepaalde instantie een zekere mate van beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid te laten.⁷³ Bij een enkelvoudige marginale toetsing wordt dat inderdaad bereikt, want de voorstellen van het schoolbestuur krijgen in wezen het voordeel van de twijfel. Zo bezien wordt door de dubbele marginale toetsing als het ware beide partijen in het geschil het voordeel van de twijfel gegeven, hetgeen uiteraard alleen al logisch gezien een onmogelijkheid is. Op zichzelf is het begrijpelijk dat in de Tweede Kamer bezwaren bestonden tegen een enkelvoudige marginale toetsing, uitsluitend van het voorstel van het schoolbestuur, en dat de voorkeur werd gegeven aan een vorm van toetsing waarin de bezwaren van de MR wat meer gewicht zouden kunnen hebben. Maar dan had beter gekozen kunnen worden voor een normale, volle toetsing, zoals die in het kader van art. 26 lid 4 WOR wordt verricht⁷⁴, en niet voor een dubbele marginale toetsing, want die is als theoretisch concept bepaald minder geslaagd te noemen.

De toetsing is ook onpraktisch, omdat de geschillencommissie nu in wezen twee afzonderlijke toetsingen moet verrichten, van het voorstel van het schoolbestuur én van de beslissing van de MR. De commissie kan er daarbij niet bij voorbaat van verzekerd zijn, dat zij na getoetst te hebben meteen tot een uiteindelijk oordeel kan komen. Het is immers heel goed mogelijk dat de geschillencommissie tot de conclusie komt dat zowel schoolbestuur als MR in redelijkheid tot hun standpunt konden komen.⁷⁵ Dat ligt in de gevallen waar

sluit van het schoolbestuur niet te beperkt was en of niet meer voor de hand lag dat werd geoordeeld lettend op de standpunten van alle partijen. Gezien deze vragen is het niet verwonderlijk dat het desbetreffende amendement van de kamerleden Van Kemenade en Worrell (TK 1980-1981, nr. 37) niet op grote bezwaren stuitte in de Tweede Kamer.

⁷² Vgl. par. 2.5.4 over de bezwaren tegen een enkelvoudige marginale toetsing, uitsluitend van het voorgenomen besluit van het schoolbestuur.

⁷³ Vgl. over het onderscheid: W. Duk, (1988), 156 e.v.

⁷⁴ Vgl. par. 2.5.4.

⁷⁵ De tegenovergestelde situatie (beide standpunten onredelijk) zal zich minder vaak voordoen, maar is niet geheel onvoorstelbaar: de geschillencommissie zou bijvoorbeeld van oordeel kunnen zijn dat zowel voorstel als besluit onzorgvuldig zijn voorbereid, of slecht gemotiveerd. In een dergelijke situatie heeft de verplichting een inhoudelijke en bindende uitspraak te doen (vgl. par. 2.6) extra nadelige consequenties voor schoolbestuur en MR. Op basis van een —blijkbaar— kennelijk onredelijk voorstel en eenzelfde beslissing van de MR, dient de geschil-

het hier om gaat voor de hand. Het geschil betreft een typische beleidsbeslissing, waarbij er goede argumenten vóór een bepaalde beslissing zijn, maar ook goede argumenten tégen. Uiteindelijk gaat het dan om een afweging voor de voors en de tegens.

Bij een enkelvoudige marginale toetsing van het voorgenomen besluit van het schoolbestuur is in beginsel de afweging van het schoolbestuur doorslaggevend, hoe redelijk verder ook de bezwaren van de MR mogen zijn (uiteraard tenzij bepaalde grenzen zijn overschreden). Maar bij de dubbele marginale toetsing in art. 10 lid 1 WMO is dat niet zo eenvoudig. In dat geval is denkbaar dat wat beide partijen in het geschil willen niet kennelijk onredelijk is. De geschillencommissie verkeert dan in een moeilijke positie, want het is niet zonder meer duidelijk hoe de uiteindelijke beslissing dient te luiden. Uiteraard zou de geschillencommissie dan voor zichzelf nog eens alle voors en tegens van het voorgenomen besluit kunnen afwegen, maar dat was niet de bedoeling van de wetgever. Die wilde immers dat de geschillencommissie slechts zou beoordelen of schoolbestuur en MR in redelijkheid tot hún oordeel konden komen. Toch zal de geschillencommissie uiteindelijk een beslissing moeten nemen. Zij zal daarom, zonder nog terughoudend te kunnen zijn, een geheel eigen keuze moeten maken uit de twee tegengestelde standpunten van schoolbestuur en MR.

Die keuze zou in het voordeel van het schoolbestuur kunnen uitvallen, bijvoorbeeld met het argument dat het toch de bedoeling van de wetgever is geweest dat het schoolbestuur de uiteindelijke verantwoordelijke zou blijven voor de gang van zaken binnen de school.⁷⁶ Zeker zo goede, zo niet betere argumenten zijn mijns inziens aan te voeren vóór de opvatting dat de keuze uiteindelijk de in het voordeel van de MR dient uit te vallen. Een instemmingsbevoegdheid wordt tenslotte toegekend omdat sprake is van een aangelegenheid die voor de werknemers (en de ouders en leerlingen) van groot belang is. Het kan dan niet de bedoeling zijn dat het schoolbestuur beslissingen neemt over een aangelegenheid waarbij de geledingen binnen de school blijkbaar sterk betrokken zijn, tegen de zin van die geledingen in, als die daar op zichzelf redelijke bezwaren tegen hebben. Hiervan uitgaande zou dus de redelijke weigering voor gaan, vóór het redelijke voorstel. Ook dit is misschien niet de ideale oplossing⁷⁷, maar zo blijft in de toetsingsfase wel de door de wetgever beoogde gelijkwaardigheid van schoolbestuur en MR (de reden om de dubbele marginale toetsing in te voeren!) zo veel mogelijk bewaard. Een automatische keuze voor het schoolbestuur doet die gelijkwaardigheid teniet en is daar-

lencommissie een bindende inhoudelijke beslissing te geven over – bijvoorbeeld – een fusie. Dat het hier niet alleen om een theoretische mogelijkheid gaat, blijkt uit een – in par. 2.5.4 aan te halen – uitspraak van de LGC (24-5-1984, LGC-uitspraken 1984, nr 7).

⁷⁶ Vgl. in deze zin uitdrukkelijk de Nota n.a.v. het EV, 7.

⁷⁷ Dat is m.n. niet het geval, omdat de geschillencommissie hoe dan ook een bindende uitspraak moet doen. Vgl. par. 2.6.

om in elk geval in strijd met de bedoelingen van de wetgever.⁷⁸

Een dergelijke automatische keuze voor het standpunt van het schoolbestuur, zou zelfs een negatieve weerslag kunnen hebben op de instemmingsbevoegdheid van de MR. In wezen doet het (afzonderlijk te toetsen) standpunt van de MR er dan namelijk niet veel meer toe. Wanneer het standpunt van het schoolbestuur (marginaal getoetst) niet kennelijk onredelijk is, vindt het schoolbestuur de geschillencommissie aan zijn kant. Dat is (meteen) het geval als het standpunt van de MR onredelijk is, maar (uiteindelijk) ook wanneer het standpunt van de MR op zichzelf bezien niet onredelijk is. En als de geschillencommissie uitsluitend mag toetsen op willekeur (eventueel 'opgevuld' met de andere rechtmatigheidscriteria), dan heeft het in een eerdere fase voor de MR geen zin om andere dan op willekeur (c.q. rechtmatigheid) gebaseerde bezwaren naar voren te brengen, omdat de geschillencommissie toch alleen rechtmatigheidsbezwaren mag honoreren. Anders gezegd: een uitsluitend op willekeur althans rechtmatigheid toetsende geschillencommissie 'reducert' ook de MR tot een op willekeur of rechtmatigheid toetsende instantie. Een kwaadwillend schoolbestuur zou daar zelfs op kunnen speculeren. Het zou in het overleg met de MR, die het voorstel van het schoolbestuur in volle omvang mag toetsen, niet tot het uiterste kunnen gaan om tot een compromis te komen, om dan vervolgens het zó uitgelokte geschil voor te leggen aan de geschillencommissie. Die toetst, anders dan de MR, uitsluitend marginaal, hetgeen zonder meer in het voordeel is van het standpunt van het schoolbestuur.⁷⁹

Al met al is de dubbele marginale toetsing in art 10 lid 1 WMO duidelijk een potentiële bron van problemen.

2.5.3 De jurisprudentie

Na alle theoretische problemen is het goed om te na te gaan hoe de geschillencommissies in de praktijk te werk gaan bij het toetsen van het voorgenomen besluit van het schoolbestuur en van de weigering om in te stemmen door de MR. Ik stel daarbij voorop dat dat uitsluitend aan de hand van de beslissingen van de geschillencommissies moeilijk voor de volle honderd procent is na te gaan. Een geschillencommissie kan op de meest vergaande wijze toetsen en haar beslissing vervolgens zeer 'marginaal' formuleren. Niettemin is het mogelijk om enkele opvallende punten in de jurisprudentie van de diverse geschillencommissies aan te wijzen.

Waar het gaat om de gehanteerde toetsingsmaatstaven sluit de jurisprudentie van de diverse geschillencommissies over het algemeen aan op de hiervoor getrokken conclusie, dat in het kader van de in art. 10 WMO opgenomen

⁷⁸ Interessant is in dit verband de vergelijking met de (in par. 2.5.4 te beschrijven) wijze waarop de Minister van Sociale Zaken te werk gaat bij de toetsing in het kader van art. 27 WOR. In dat kader is in geen geval sprake van een automatische keuze voor het standpunt van de ondernemer.

⁷⁹ Ik kom op dit punt terug in par. 2.5.4.

willekeurstoets tevens getoetst dient te worden aan wet, medezeggenschapsreglement en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In een enkel geval wijdt een geschillencommissie uitdrukkelijk overwegingen aan dit onderwerp. Dat doet de Geschillencommissie ao hbo bijvoorbeeld als volgt:

'(...) de Commissie moet onderzoeken of partijen niet op willekeurige wijze tot hun beslissing zijn gekomen, met andere woorden of zij niet kennelijk onredelijk hebben gehandeld. Daartoe dient nagegaan te worden of alle belangen zijn meegewogen (...). In algemene zin zullen tot deze belangen gerekend dienen te worden het belang van het handelen in overeenstemming met de wet en het reglement en met de beginselen van behoorlijk bestuur zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.'⁸⁰

Andere geschillencommissies wijden geen uitdrukkelijke overwegingen aan de te hanteren toetsingsmaatstaven. Niettemin blijken ook deze geschillencommissies in het kader van de willekeurstoets na te gaan of het bestuursbesluit en het besluit van de MR zorgvuldig zijn voorbereid en deugdelijk zijn gemotiveerd. Is dat niet het geval, dan is dat in veel gevallen een reden om meteen tot het oordeel te komen dat het besluit niet in redelijkheid kon worden genomen. Zo overweegt de Geschillencommissie rk vwo en avo in een beslissing van 14 oktober 1988 als volgt:

'Dienaangaande overweegt de Commissie dat de voorbereidingen om tot de voorgenomen fusie te komen, blijkens de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting, nogal wat onduidelijkheden laten bestaan. (...) De Commissie is daarom van oordeel dat het bevoegd gezag niet in redelijkheid tot zijn fusiebesluit, zoals geformuleerd, is kunnen komen en dat de onthouding door de M.R. van zijn instemming redelijk is te achten, een en ander zolang dat besluit niet grondiger is voorbereid en op grond van die voorbereidingen aangewezen lijkt.'⁸¹

In andere gevallen wordt de nadruk gelegd op de toetsing van de inhoudelijke aspecten van het besluit. Zo overweegt de Geschillencommissie ao hbo in een beslissing van 22 mei 1986 als volgt:

'De commissie is van oordeel dat nu de procedurele gebreken nog hersteld kunnen worden, deze bij de toetsing van het bestuursvoorstel niet het meeste gewicht in de schaal moeten leggen. De redelijkheid van de inhoud van het voorstel geeft in dit geval de doorslag.'⁸²

Waar het gaat om het object van de toetsing, zowel het voorgenomen bestuursbesluit als het besluit om instemming te weigeren, lopen de beslissingen

⁸⁰ Beslissing van 11-9-1986, HBO 86.5.

⁸¹ Beslissing A 43. Vgl. ook: Gc ao vo, 26-2-1987, VO 86.5; Gc NPCS 14-3-1989, MidS J4010. Vgl. daarnaast de jurisprudentie vermeld door Cluitmans-Souren (1991), 33-34.

⁸² Beslissing HBO 86.1. Vgl. ook: Gc NPCS 16-11-1988 (MidS J4010) en de jurisprudentie aangehaald door Cluitmans-Souren (1991), 34.

van de diverse geschillencommissies nogal uiteen. Iedere geschillencommissie heeft wel een eigen oplossing gevonden voor de problemen van de 'dubbele marginale toetsing'.

Een aantal van deze oplossingen staat naar mijn mening op gespannen voet met art. 10 WMO. Zo is in veel uitspraken van geschillencommissies in het rooms-katholiek onderwijs de volgende overweging terug te vinden:

'De Commissie gaat er van uit dat het bevoegd gezag dat een besluit neemt als hiervoor onder 1 vermeld, in beginsel geacht kan worden in redelijkheid te handelen, wanneer het daartoe strekkende besluit gedragen wordt door een zorgvuldige afweging van alle daarbij betrokken belangen met in achtneming van alle daarvoor geldende regels, terwijl het onthouden van instemming aan een aldus tot stand gekomen besluit door de M.R. in beginsel niet redelijk is te achten.'⁸³

Met andere woorden: valt de toetsing van het bestuursbesluit positief uit, dan is – daarom – het besluit van de MR in beginsel niet redelijk. In de woorden 'in beginsel' ligt weliswaar een uitzonderingsmogelijkheid besloten, maar ook niet meer dan dat: de weegschaal hangt hier uit evenwicht, in het voordeel van het schoolbestuur. Dat is in strijd met de tekst van de wet, die uitgaat van een gelijkwaardige toetsing van beide besluiten. Deze aanpak is daarnaast in strijd met de achtergrond van de dubbele marginale toetsing. Die was een zo gelijkwaardig mogelijke positie van schoolbestuur en MR.

In andere beslissingen wordt in het dictum van de beslissing weliswaar uitdrukkelijk overwogen dat het schoolbestuur (al dan niet) in redelijkheid tot zijn voorgenomen besluit is kunnen komen en daarnaast dat de MR (al dan niet) in redelijkheid tot zijn weigering om in te stemmen is kunnen komen, maar dat dictum volgt op rechtsoverwegingen waarin de argumenten van schoolbestuur en MR tegen elkaar worden afgewogen, zonder dat uitdrukkelijk het ene dan wel het andere besluit voorwerp van toetsing is. Hier wordt op zijn minst de indruk gewekt dat de geschillencommissie zich op basis van de stellingen van partijen een eigen oordeel over de zaak vormt, welk oordeel vervolgens, conform de wet, 'marginaal' geformuleerd in het dictum wordt weergegeven. In een beslissing van de Geschillencommissie r.k. bso Noord-Nederland (waarin de hiervoor geciteerde standaardoverweging niet is aan te treffen) volgt na een dergelijke afweging van argumenten over en weer zelfs de volgende conclusie:

'Op grond van het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat de door de MR aangevoerde argumenten zwaarder wegen dan de door het bevoegd gezag voorgedragen belangen'.⁸⁴

Van een marginale toetsing, enkel of dubbel, is hier geen sprake meer. Niettemin heeft deze aanpak mijn voorkeur boven de wijze van toetsing door andere

⁸³ Gcrk vwo en avo, 28-9-1988, nr A 41.

⁸⁴ Beslissing van 4-11-1988, nr A 88/5.

rooms-katholieke geschillencommissies. Er mag dan wel geen sprake zijn van een marginale toetsing, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever verkeren schoolbestuur en MR wel in een gelijkwaardige positie.

In weer andere beslissingen wordt gezien de rechtsoverwegingen alleen het bestuursbesluit getoetst, terwijl daar vervolgens in het dictum van de beslissing tevens een conclusie ten aanzien van het standpunt van de MR aan wordt verbonden. Zo overweegt en oordeelt de Geschillencommissie hbo in een beslissing van 11 november 1988 als volgt:

'De commissie oordeelt dat het bevoegd gezag dan ook niet in redelijkheid tot zijn voorgenomen besluit heeft kunnen komen zonder daarbij tevens het mlo de zekerheid te verschaffen dat de middelen aanwezig zijn die nodig zijn om het tweede en derde jaar medisch mlo de propaedeutische te laten volgen. (...) Op grond van bovenstaande overwegingen spreekt de commissie uit dat het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn voorstel (...) heeft kunnen komen, en dat de MR in redelijkheid zijn instemming aan dit voorstel heeft onthouden.'⁸⁵

De onredelijkheid van het bestuursbesluit brengt kennelijk automatisch de redelijkheid van het besluit van de MR met zich mee. In dit geval, waarin het oordeel 'onredelijk' luidt, is dat geen al te groot bezwaar. In het omgedraaide geval, als het oordeel ten aanzien van het bestuursbesluit 'niet onredelijk' zou luiden, zou de MR grotendeels buitenspel zijn gezet.

Een volgende variatie op het thema 'dubbele marginale toetsing' is deze:

'in het licht van het vorenstaande is de Commissie van oordeel dat de MR geen argumenten heeft aangevoerd op grond waarvan zij zou moeten concluderen dat het bevoegd gezag niet in redelijkheid tot zijn voorstel ten deze heeft kunnen komen.'⁸⁶

Kennelijk is de (niet on)-redelijkheid van het bestuursbesluit uitgangspunt en rust op de MR de bewijslast van de onredelijkheid. Deze wijze van toetsing doet geen recht aan de wet, de tekst noch de geest.

Er zijn ook beslissingen waarin min of meer duidelijk de letter van de wet wordt nageleefd doordat zowel het besluit van het schoolbestuur als het besluit van de MR getoetst wordt. In de regel leidt die toetsing – begrijpelijk – tot het oordeel dat de een wel en de ander niet in redelijkheid tot zijn oordeel is kunnen komen. Er zijn echter ook beslissingen waarin de dubbele toetsing de geschillencommissie leidt tot het oordeel dat beide partijen in redelijkheid tot hun besluit konden komen. Tot die conclusie kwam bijvoorbeeld de Geschil-

85 Beslissing nr HBO/15-A.

86 Gc rk bso Noord-Ned., 30-9-1988, nr A 88/4.

lencommissie NPCS in een beslissing van 31 mei 1985.⁸⁷ Ook het tegenovergestelde is niet ondenkbaar, namelijk de conclusie dat beide partijen niet in redelijkheid tot hun besluit hebben kunnen komen. Jurisprudentie terzake van de geschillencommissies in het bijzonder onderwijs is mij niet bekend. Een uitspraak van de landelijke geschillencommissie voor het openbaar onderwijs in het kader van de procedure in art. 10 lid 2 (betreffende het reglement, waarin van een enkelvoudige toetsing, uitsluitend van het standpunt van het schoolbestuur sprake is) illustreert dat niet ondenkbaar is dat een geschillencommissie tot het oordeel komt dat beide partijen niet in redelijkheid tot hun besluit konden komen. De geschillencommissie overweegt als volgt:

‘Gelet op het vorenstaande moet geconcludeerd worden dat de naar voren gebrachte argumenten van het bevoegd gezag de redelijkheid van het gedane voorstel niet ondersteunen. Nu ook het beroep van de VMR op de noodzaak de aan gelegenheid onder i onder het instemmingsrecht te brengen, gezien de inhoudelijke koppeling met het schoolwerkplan, faalt, doet de situatie zich voor dat geen van beide partijen kan steunen op argumenten ter verdediging van het ingenomen standpunt. Ambtshalve acht de commissie het juist uiteindelijk toch het voorstel van het bevoegd gezag als niet onredelijk aan te merken.’⁸⁸

Als in het kader van een enkelvoudige marginale toetsing al een beslissing als deze mogelijk is, dan is dat in het kader van een serieus verrichte dubbele marginale toetsing zeer zeker het geval. In zoverre maakt ook deze uitspraak, waarin de geschillencommissie met zoveel woorden ambtshalve in de zaak voorziet, duidelijk dat de dubbele marginale toetsing tot resultaten kan leiden die haaks staan op het uitgangspunt ‘terughoudendheid uit respect voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur’.⁸⁹

2.5.4 De toetsing getoetst

In het Concept wordt, in overeenstemming met de aanbevelingen van de Toetsingscommissie, voorgesteld om de dubbele willekeurstoets te laten vallen. Bedoeling is dat zij, conform de eerste versie van het oorspronkelijk wetsont-

87 MidS J4010. Het betrof hier overigens uitsluitend overwegingen ten overvloede, omdat de geschillencommissie het beroep niet-ontvankelijk achtte. De beslissing laat niettemin zien tot welke gevolgen de dubbele marginale toetsing kan leiden. LGC, 18-5-1988 (MidS J4010) komt eveneens tot de conclusie dat beide partijen in redelijkheid tot hun besluit hebben kunnen komen. De geschillencommissie besluit vervolgens, op grond van de wetsgeschiedenis, voor het standpunt van het schoolbestuur. Zoals ik in par. 2.5.2 heb uiteengezet, zijn er m.i. zeker zo goede redenen om in een dergelijk geval juist voor het standpunt van de MR te kiezen. Gc ao hbo, 1-11-1990, nr MH 90.3 beslist, na geconcludeerd te hebben dat de standpunten van beide partijen niet onredelijk zijn, op basis van de omstandigheden van het concrete geval en komt tot een tussenoplossing, waarbij beide partijen ‘veren moeten laten’. De gekozen oplossing is zeker acceptabel, maar houdt uiteraard geen enkele relatie meer met het uitgangspunt ‘terughoudendheid’.

88 Beslissing van 24-5-1984, LGC-uitspraken 1984, nr 7.

89 Aan de ambtshalve beslissing was niet te ontkomen; in de volgende paragraaf zal blijken dat de WMO de commissie verplicht om een bindende (inhoudelijke) beslissing te doen.

werp, wordt vervangen door een enkelvoudige willekeurstoets, uitsluitend van het voorgenomen besluit van het schoolbestuur.⁹⁰ Of dat een vooruitgang is, moet in het licht van het voorgaande betwijfeld worden.

Ik stel voorop dat het terecht is dat de dubbele marginale toetsing lijkt te gaan verdwijnen. Zij is in theorie niet te verdedigen en blijkt in de praktijk niet tot goede resultaten te leiden. Integendeel, zij geeft tal van geschillencommissies aanleiding tot een wijze van toetsen die in elk geval in strijd is met de bedoeling van de wetgever, vaak zelfs in strijd met de letter van de wet.

Het is echter te betreuren dat de voorgenomen wetwijziging niet gebruikt wordt om de bedoeling van de wetgever op een betere wijze in de WMO neer te leggen. Bedoeling was, als gezegd, om schoolbestuur en MR waar het gaat om de toetsing in een zo gelijk mogelijke uitgangspositie te plaatsen. Daarvan is in geval van een marginale toetsing van alleen het voorstel van het schoolbestuur geen sprake. In zoverre is de dubbele marginale toetsing van dit moment zelfs verre te verkiezen. Van een mogelijke negatieve weerslag op de instemmingsbevoegdheid van de MR is op dit moment namelijk alleen sprake indien de geschillencommissie, als zij beide besluiten niet-onredelijk acht, automatisch kiest voor het schoolbestuur. Zoals hiervoor bleek, hoeft de geschillencommissie dat allerminst te doen. Wordt, zoals dat de bedoeling is, de dubbele toetsing omgezet in een enkelvoudige, dan biedt de procedure voor de geschillencommissie het schoolbestuur van begin af aan de beste kansen. Om die reden, en daarnaast omdat hoe dan ook alleen op rechtmatigheid getoetst wordt, kan de beoogde wijziging niet anders dan negatieve gevolgen hebben voor de positie van de MR, zowel tijdens de procedure als in de fase daarvoor.

De Staatssecretaris heeft kennelijk hoge verwachtingen van de in art. 10 lid 2-nieuw aan het schoolbestuur op te leggen verplichting om, indien een beroep wordt gedaan op de geschillencommissie, een 'uitdrukkelijke' afweging van de belangen en argumenten die door de raad (...) naar voren zijn gebracht in het kader van de onthouding van instemming' over te leggen.⁹¹ Ook zonder dat dat gebeurt, mag er vanuit worden gegaan dat de belangen en argumenten van de MR tijdens de procedure voor de geschillencommissie naar voren worden gebracht, schriftelijk dan wel mondeling.⁹² De bepaling voegt dus weinig of niets toe. In geen geval compenseert deze verplichting de hiervoor geschetste nade-

90 Vgl. art. 10 lid 3-nieuw. Dezelfde toetsing vindt plaats als de MR niet accoord zou gaan met een voorstel van het schoolbestuur om het passieve kiesrecht te beperken i.v.m. de bescherming van grondslag en doelstellingen. Vgl. art. 10 lid 4-nieuw. Vgl. i.v.m. de Toetsingscommissie: (1987a), 28-29. Vgl. daarnaast (1987b), 48: de Toetsingscommissie blijft voorstander van een wettelijke vastlegging van een enkelvoudige marginale toetsing, maar wil tegelijkertijd dat in de MvT wordt vast gelegd dat 'zowel de zienswijze van het bevoegd gezag als de door de MR naar voren gebrachte belangen en argumenten worden getoetst'. Erg consequent is dat niet.

91 Vgl. de concept-MvT, 14. De aanbeveling van de Toetsingscommissie (1987a, 28-29) luidde om voor te schrijven dat het schoolbestuur alvorens het tot een (voorgenomen) besluit komt, alle belangen uitdrukkelijk en deugdelijk dient af te wegen alvorens een geschil aanhangig te maken. De strekking van de aanbeveling is dezelfde: de geschillencommissie volledig bekend te maken met het standpunt van de MR.

92 Vgl. par. 2.4, i.v.m. de procedure.

len van de marginale toetsing van uitsluitend het standpunt van het schoolbestuur.

Deze verslechtering van de positie van de MR moet des te meer betreurd worden, nu uit de WOR blijkt dat een deugdelijk alternatief aanwezig is. Op grond van art. 27 lid 4 WOR dient de kantonrechter na te gaan 'of de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is, of (dat) het voorgenomen besluit van de ondernemer geveerd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen'. In de memorie van toelichting wordt over dit toetsingscriterium het volgende gezegd:

'Daarbij worden eerst de argumenten van de ondernemer voor zijn voorgenomen besluit en de argumenten van de ondernemingsraad om zijn instemming hieraan te onthouden, inhoudelijk tegen elkaar afgewogen. Wegen de argumenten van beide partijen even zwaar, dan onthoudt de Minister zijn goedkeuring aan het voorgenomen besluit, tenzij de ondernemer kan aantonen dat er zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen zijn die tot goedkeuring van het voorgenomen besluit noodzaken.'⁹³

Kortom: er is sprake van een volle toetsing, waarbij als de belangen even veel gewicht blijken te hebben, de positie van de OR een iets sterkere is. Op een dergelijke wijze zouden mijns inziens ook de geschillencommissies dienen te toetsen. Zij zouden zich dan in wezen niet opstellen als een rechter, maar als een 'MR in tweede instantie'. Op die wijze wordt het beste aangesloten bij het karakter van de instemmingsbevoegdheid. De bevoegdheid van de MR om zowel om rechtmatigheids- als om doelmatigheidsredenen instemming te onthouden, zou dan namelijk rechtstreeks aansluiten op de eveneens 'onbegrensde' toetsingsbevoegdheid van de geschillencommissie.⁹⁴ Wat door de volle toetsing aan terughoudendheid verloren gaat (beter: lijkt te gaan), kan door een andere regeling van aard en opzet van de beslissing weer 'teruggewonnen' worden. Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug.

93 Vgl. TK 1987-1988, 20583 nr 3, 27. Het citaat beschrijft de wijze van toetsing door de bedrijfscommissie die tot voor kort geschillen i.v.m. het onthouden van instemming beslechtte. De kantonrechter zou zich in de ogen van de Minister echter op dezelfde wijze moeten opstellen. In de literatuur is wel verdedigd dat de bedrijfscommissies de weigering om in te stemmen door de OR op rechtmatigheid toetsten. Vgl. Van der Heijden (1989b), 9. Op basis van de jurisprudentie zou ik eerder het standpunt van de Minister willen onderschrijven. Vgl. bijv. het Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 28-5-1984, opgenomen in Geersing/Van der Heijden (1985b), nr 46. Vgl. m.n. de overweging weergegeven op p. 245 onderaan.

94 Op dezelfde wijze sluit ook de uitsluitend marginale toetsing door de Ondernemingskamer aan op de - terughoudende - adviesbevoegdheid van de OR. Vgl. daarover: De Leede (1984), 28-29.

2.6 DE BESLISSING

2.6.1 *Uitgangspunt en werkelijkheid*

Na de toetsing zal de geschillencommissie tot een beslissing moeten komen. Op dat deel van de procedure heeft de laatste zin van art. 10 lid 1 WMO betrekking.

Ter vergelijking: in de administratieve rechtspraak is het over het algemeen gebruikelijk dat de rechter volstaat met het uitspreken van de rechtmatigheid of de onrechtmatigheid van het getoetste besluit, om het vervolgens al dan niet te vernietigen.⁹⁵ Datzelfde bleek in hoofdstuk IX het geval te zijn in verband met de commissies van beroep.⁹⁶ Ook in de WOR is dat niet veel anders. De Ondernemingskamer verklaart het beroep al dan niet gegrond. De 'extra' voorzieningen betreffen uitsluitend het – onbevoegd – genomen besluit van de ondernemer; zij lopen inhoudelijk niet vooruit op een eventueel nieuw besluit.⁹⁷

Iets dergelijks zou – naar verwachting – ook voor de geschillencommissie moeten gelden. Een simpele rechtmatig- dan wel onrechtmatigverklaring sluit namelijk rechtstreeks aan op de beoogde terughoudendheid van de geschillencommissie en meer in het bijzonder op de hiervoor behandelde slagboomtheorie. Daarvan uitgaande dient de beslissing van de geschillencommissie namelijk zo veel mogelijk het duplicaat te zijn van de beslissing van de MR. De regeling zou zo moeten luiden dat, als de geschillencommissie accoord gaat met het voorgenomen besluit, het schoolbestuur kan beslissen om tot definitieve besluitvorming over te gaan dan wel om besluitvorming alsnog achterwege te laten. Ook als de geschillencommissie in voor het schoolbestuur negatieve zin beslist, zou het zo moeten zijn dat het aan het schoolbestuur is om te beslissen wat het wil: geen besluit nemen of zijn voorstel aanpassen en opnieuw met de MR overleggen.⁹⁸ Voor de MR is een dergelijke regeling gunstig, want hij wordt zo opnieuw bij het overleg betrokken, maar zeker ook voor het schoolbestuur, want dat heeft zo nog steeds het initiatief in handen.

Het is daarom ook niet verwonderlijk dat art. 10 lid 1 WMO op het moment van indiening bij de Tweede Kamer geheel aansloot op de slagboomtheorie. De laatste zin van lid 1 luidde toen: 'De uitspraak van de geschillencommissie treedt in de plaats van de instemming dan wel de onthouding van instemming van de MR'. Pas in de Tweede Kamer is deze zin bij amendement vervangen door de huidige. In art. 10 lid 1 laatste volzin WMO wordt nu bepaald dat de geschillencommissie 'in elk geval een, al dan niet gewijzigd voorstel (doet) dat bindend is voor het bevoegd gezag en de raad'.

95 Vgl. bijv. art. 99 lid 1 WRvSt. Eventuele 'extra' voorzieningen hangen in de regel nauw samen met de vernietiging als zodanig.

96 Vgl. par. 2.6.

97 Vgl. art. 26 lid 5 WOR.

98 Vgl. de MvT, 24. Vgl. daarnaast de Nota n.a.v. het EV, 8.

2.6.2 De wettekst

Deze zin levert – haast woord voor woord – de nodige vragen op.⁹⁹ Bij de zinsnede 'in elk geval' zal ik niet te lang stilstaan. Daarmee zullen, ondanks de ruime formulering, alleen die gevallen bedoeld zijn waarin niet wordt bemiddeld of waarin die bemiddelingspoging niet is geslaagd.

De volgende vraag die dan rijst is wat met het 'al dan niet gewijzigde voorstel' wordt bedoeld. Uitgaande van de slagboomtheorie zou het als gezegd voldoende zijn als de geschillencommissie zou uitspreken dat zij uiteindelijk wel of juist niet accoord gaat met het voorstel van het schoolbestuur. Verder zou zij, inhoudelijk gezien, niet op de zaak behoeven in te gaan. Maar het woord 'voorstel' in de laatste zin van lid 1 slaat duidelijk terug op het oorspronkelijke voorstel van het schoolbestuur, zodat de geschillencommissie blijkbaar toch zelf tot een inhoudelijke uitspraak moet komen.

In dit verband kunnen zich twee situaties voordoen: óf de geschillencommissie is het uiteindelijk eens met het voorstel van het schoolbestuur, óf zij is het uiteindelijk eens met de MR die weigerde in te stemmen. Ik zal allereerst op de eerste mogelijkheid ingaan.

Als de geschillencommissie achter het voorstel van het schoolbestuur staat, dan zal het de bedoeling zijn dat de geschillencommissie een 'niet gewijzigd' voorstel doet, met andere woorden: dat zij het voorstel van het schoolbestuur nog eens herhaalt. Eigenlijk is dat overbodig, maar qua inhoud van het voorstel en dus qua inhoud van de beslissing van de geschillencommissie zijn er dan geen problemen. Wel rijst meteen de volgende vraag, namelijk wat met het woord 'bindend' wordt bedoeld. Als de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur in stand moet blijven, dan zou goedkeuring door de geschillencommissie uitsluitend moeten betekenen dat het schoolbestuur zijn voorstel mag uitvoeren, maar niet dat het daartoe verplicht is. Zo zou, door de slagboomwerking van de goedkeuring, de beleidsvrijheid van het schoolbestuur behouden blijven. In de wet staat echter dat het voorstel bindend is voor het schoolbestuur. Het schoolbestuur is dus blijkbaar verplicht om – bijvoorbeeld – te fuseren.

De tweede mogelijkheid die zich bij het formuleren van de beslissing kan voordoen is dat de geschillencommissie het uiteindelijk eens is met de MR die weigerde in te stemmen. Ook dan zal de geschillencommissie een inhoudelijk voorstel moeten doen. Dat kan geen herhaling van het oorspronkelijke voorstel van het schoolbestuur zijn; daar is de geschillencommissie het in elk geval niet mee eens. De geschillencommissie zal dus, in de termen van de wet, een 'gewijzigd voorstel' moeten doen. Hoe dat voorstel dient te luiden, wordt niet duidelijk uit de WMO en de parlementaire geschiedenis. De geschillencom-

⁹⁹ Vgl. over de voorgeschiedenis van het amendement dat deze wijziging aanbracht de vragen van de PvdA in het EV (p. 5): kennelijk bestond de indruk dat de uitkomst van de procedure voor het schoolbestuur te vrijblijvend was. Vgl. daarnaast Hand. TK 1980-1981, 4979-4980, 4993 en 5001 (waar blijkt dat CDA, VVD en PvdA het er over eens waren dat in de wet moest worden vastgelegd dat de geschillencommissie een bindende uitspraak doet).

missie dient dit probleem zelf op te lossen. Dat zou kunnen door aan te sluiten bij alternatieve voorstellen die de MR heeft aangedragen. Het is echter niet gezegd dat die alternatieven inderdaad zijn aangedragen, en als dat al zo is, dan behoeft de geschillencommissie het met die alternatieven niet per se eens te zijn. In dat geval zal de geschillencommissie zelf een nieuw voorstel moeten formuleren. Bij een simpele ja-neen-beslissing levert dat weinig problemen op, maar als het gaat om een complexe aangelegenheid, bijvoorbeeld om het aanstellings- en ontslagbeleid, dan wordt dit veel moeilijker, en dan gaat het om veel meer dan de willekeurs- althans rechtmatigheidstoetsing waartoe de geschillencommissie zich in de ogen van de wetgever zou moeten beperken.

In een dergelijke situatie, als de geschillencommissie niet accoord gaat met wat het schoolbestuur voorstelt, zal zij dus zeer omzichtig te werk moeten gaan. Eventueel zou zij zelfs kunnen overwegen om alsnog te bemiddelen of om de zaak te schorsen, om te bezien of partijen het niet eens kunnen worden, of om ze de gelegenheid te geven bepaalde gebreken te herstellen. Dat lijkt met name de aangewezen weg als er een 'formeel' gebrek kleeft aan het voorstel van het schoolbestuur (een ontbrekende motivering bijvoorbeeld). Zou de geschillencommissie ook in dat geval een bindende, inhoudelijke uitspraak willen doen, dan komt dat neer op het herstellen van het geconstateerde formele gebrek en het vervolgens in volle omvang inhoudelijk beslissen ter zake van de aan de orde zijnde aangelegenheid. Dat lijkt voor geen van de betrokkenen (commissie, schoolbestuur, MR) een aantrekkelijke oplossing. En los daarvan: het is in strijd met de oorspronkelijke en nooit uitdrukkelijk verlaten bedoelingen van de wetgever. In elk geval zal de geschillencommissie zich zeer uitgebreid moeten laten informeren over de situatie binnen de school, om tot een zo verantwoord mogelijke beslissing te kunnen komen. En dat des te nadrukkelijker, omdat ook hier het gewijzigde voorstel bindend is voor het schoolbestuur.

Als het om een simpele ja-neen-beslissing gaat, is die gebondenheid niet zo'n probleem. Als het schoolbestuur bijvoorbeeld wil fuseren en de MR en vervolgens ook de geschillencommissie zijn het daar niet mee eens, dan zou het gewijzigde voorstel moeten luiden: 'stelt voor om niet te fuseren'. Taalkundig is dat wat vreemd, maar dat is toch al het geval met het woord 'voorstel' als benaming voor een beslissing van de geschillencommissie.¹⁰⁰ Ten aanzien van de bindendheid zijn er bij zo'n ja-neen-beslissing in elk geval geen problemen. Heel anders wordt dat bij complexe aangelegenheden, en die zijn veruit in de meerderheid. Daar wordt het schoolbestuur verplicht om bijvoorbeeld een aanstellings- en ontslagbeleid vast te stellen, dat totaal kan afwijken van wat het zelf oorspronkelijk wilde.

Door deze combinatie van enerzijds een eventueel door de geschillencommissie zelf te formuleren voorstel en anderzijds de verplichting om dat voorstel op te volgen is, al met al, de beleidsvrijheid van het schoolbestuur wel definitief achter de horizon verdwenen. De geschillenregeling in art. 10 lid 1 WMO

100 Het bindende voorstel is net zo min een 'voorstel' als het bindend advies een 'advies' is.

valt dus per saldo erg ongunstig uit voor het schoolbestuur en zijn 'uiteindelijke verantwoordelijkheid'. Ook de MR heeft weinig reden om tevreden te zijn, want ook de geledingen in de MR kan het overkomen dat zij zich moeten neerleggen bij een beslissing van een buitenstaander, waarmee zij het wellicht in het geheel niet eens zijn. En ook de geschillencommissie tenslotte is door de wetgever in een moeilijk parket gebracht. Eerst moet zij op een ten dele omslachtige manier terughoudend toetsen; vervolgens kan het zijn dat die terughoudendheid geheel overboord moet, namelijk als de geschillencommissie haar beslissing moet formuleren. Dan kan het zijn dat zij bindende en zeer ingrijpende beslissingen moet nemen over de gang van zaken in een bepaalde school, terwijl zij in wezen heel ver af staat van wat er in die school gebeurt. Kortom: er is, zoals reeds in par. 2.1. werd opgemerkt, voldoende reden voor terughoudendheid door de geschillencommissie. Ook de wetgever was daar gezien zijn uitgangspunt van doordrongen. Maar in de uiteindelijk tot stand gebrachte WMO is daar weinig of niets van terug te vinden.

2.6.3 De praktijk

Ook hier, in verband met de beslissing van de geschillencommissie, is het goed om na alle theoretische problemen na te gaan hoe de geschillencommissies in de praktijk te werk gaan.

De beslissingen van de geschillencommissies hebben over het algemeen het karakter van eindbeslissingen, waarin een definitieve en bindende uitspraak wordt gedaan over het voorgenomen besluit en de weigering om in te stemmen. Een enkele keer gaat aan de eindbeslissing een tussenbeslissing vooraf. Die kan bedoeld zijn om de zaak enige tijd aan te houden¹⁰¹ of om partijen op te dragen (?) om nadere informatie te verschaffen.¹⁰² Opvallend – in positieve zin – is de tussenbeslissing van de Geschillencommissie rk vwo en avo van 18 september 1987. De beslissing luidt als volgt:

'draagt partijen op: 1. het overleg te openen over (...) en daarbij te betrekken de vakorganisaties; 2. van het resultaat van dit overleg vóór 1 december a.s. schriftelijk verslag uit te brengen onder overlegging van de bevindingen van de vakorganisaties. De Commissie zal zo spoedig mogelijk daarna een definitieve uitspraak doen, al dan niet na het opnieuw horen van partijen.'¹⁰³

Gezien de verstrekkende beslissingsbevoegdheid van de geschillencommissie getuigt het gebruik van een tussenuitspraak op deze wijze van een verstandig terughoudende opstelling.

De (eind)beslissingen zijn in de regel inhoudelijk van aard. Dat wil zeggen: de geschillencommissie spreekt niet alleen uit dat het schoolbestuur en de MR

¹⁰¹ Vgl. Gc rk Imbo, 22-7-1988, nr L 28.

¹⁰² Vgl. Gc rk vwo avo, 17-6-1988, A 41, waarin de geschillencommissie een tweetal vragen formuleert en het schoolbestuur opdraagt om binnen een bepaalde termijn deze vragen te beantwoorden.

¹⁰³ Nr A 39.

- al dan niet - in redelijkheid tot hun oordeel konden komen. Na dat oordeel volgt een beslissing over de aangelegenheid die schoolbestuur en MR verdeeld hield.¹⁰⁴

Kan de geschillencommissie zich met het voorstel van het schoolbestuur verenigen, dan volgt veelal een beslissing waarin het voorgenomen besluit van het schoolbestuur wordt herhaald.¹⁰⁵ Omdat de geschillencommissie qua inhoud niets toevoegt aan het besluit van het schoolbestuur, levert een dergelijke inhoudelijke beslissing naar verwachting weinig problemen op. Is de toetsing negatief uitgevallen voor het voorstel van het schoolbestuur, dan dient de geschillencommissie zelfstandig tot een nieuw voorstel te komen. Hiervoor constateerde ik dat dit een nogal vergaande bevoegdheid is, waarvan de geschillencommissie met de nodige voorzichtigheid gebruik dient te maken. Van enige aarzeling bij het uitoefenen van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien, is over het algemeen echter weinig te merken in de beslissingen. Op basis van soms meer, soms minder uitgebreide feitelijke en rechtsoverwegingen volgen verstrekkende beslissingen. Een goed voorbeeld is de volgende beslissing:

'6.1. Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat het bevoegd gezag bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen voorstellen dat de 4-jarige leerlingen van de basisschool (...) 12 uur per week naar school gaan. De MR heeft in redelijkheid zijn instemming aan dit voorstel onthouden.

6.2. De Commissie stelt bindend voor dat het bevoegd gezag de lesurenbeperking ten laste laat komen van de 4-jarige, 5-jarige en eventueel 6-jarige leerlingen, in de kleuterbouw, van de basisschool (...), waarbij het bevoegd gezag voor het schooljaar 1988/1989 dient te voorzien in een overgangsregeling voor de 5-jarige en 6-jarige leerlingen, in de kleuterbouw.'¹⁰⁶

Dat een inhoudelijke eindbeslissing wordt gegeven, is overigens niet steeds het geval; sommige 'bindende voorstellen' zijn in wezen niet anders dan een simpele onthouding van instemming. Dat geldt bijvoorbeeld voor de volgende beslissing:

'De commissie stelt bindend voor dat het schoolbestuur nog geen uitvoering geeft aan de fusie (...).'¹⁰⁷

104 In sommige gevallen gaat de geschillencommissie er kennelijk van uit dat zij partijen voldoende duidelijk maakt wat de bedoeling is door uit te spreken dat - bijvoorbeeld - de ene partij wel in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen en de andere partij niet. Vgl. bijv. Gc rk vwo avo, 27-4-1988, nr A 39: 'De Commissie spreekt als haar oordeel uit dat de personeelsgeleding van de M.R. (...) geacht kan worden in redelijkheid de instemming te hebben onthouden aan de door het bestuur voorgenomen overstapregeling.'

105 Vgl. bijv. Gc rk bo, 13-11-1986, MidS J 4010.

106 Gc rk bo Noord-Ned., 4-11-1988, A 88/5.

107 Gc NPCS, 25-8-1986, MidS J4010.

In de woorden 'nog geen uitvoering geeft' ligt een grote mate van vrijheid voor schoolbestuur en MR besloten. Zij kunnen in eerste instantie weer zo veel mogelijk zelf proberen om tot overeenstemming te komen. In andere beslissingen wordt de betrokkenen zelfs uitdrukkelijk de opdracht gegeven om opnieuw in overleg te treden. Dat gebeurt bijvoorbeeld in de volgende beslissing:

'De Commissie stelt bindend voor het hiervoor bedoelde principe besluit tot fusie. De Commissie beslist dat het voorgenomen besluit tot regeling van de gevolgen voor het personeel opnieuw voorwerp van beraad zal zijn tussen het bevoegd gezag en de M.R.'¹⁰⁸

Een enkele keer is te zien dat ook de geschillencommissie zelf blijkbaar vindt dat enige voorzichtigheid op zijn plaats is. Heel duidelijk is dat het geval in de beslissing (die in wezen weer een tussenbeslissing is) van de Geschillencommissie hbo van 11 november 1988, waarin de geschillencommissie het probleem van de vergaande beslissingsbevoegdheid op inventieve wijze oplost:

'Art. 10 lid 3 juncto lid 1, slotzin, van de WMO bepaalt dat de commissie een, al dan niet gewijzigd voorstel behoort te doen dat bindend is voor het bevoegd gezag en de MR. De commissie is voornemens het hierna in 5.4 geformuleerde voorstel te doen. Aangezien dit voorstel geen voorwerp van discussie heeft gevormd in de onderhavige procedure bestaat echter de kans dat de commissie een de partijen bindend voorstel zou doen, dat in de praktijk niet uitvoerbaar zou zijn of onoverkomelijke bezwaren oplevert. De commissie geeft partijen daarom de gelegenheid binnen drie weken na de dagtekening van de beslissing schriftelijk hun bezwaren tegen de voorgenomen beslissing van de commissie kenbaar te maken.'¹⁰⁹

Beslissingen als deze zijn zeldzaam. Dat kán betekenen dat in vrijwel alle andere gevallen de geschillencommissies over voldoende gegevens hebben beschikt om zelfstandig tot een verantwoorde beslissing te komen – zeker is dat niet.

2.6.4 De toekomst

De conclusie uit het voorgaande moet mijns inziens zijn dat de verplichting om een bindende inhoudelijke beslissing te geven niet alleen in theorie moeilijk te verdedigen is, maar dat de jurisprudentie laat zien dat die verplichting ook in de praktijk problematisch is. Uitsluitend op basis van de beslissingen van de geschillencommissies zijn weinig definitieve conclusies te trekken. Daarvoor zou het nodig te zijn te weten hoe de inhoudelijke beslissingen binnen de school zijn 'gevallen'. Op dat punt zijn geen gegevens beschikbaar. Niettemin: een uitspraak als die van de Geschillencommissie hbo, onmiddellijk hiervoor aangehaald, toont mijns inziens overduidelijk aan dat de wetgever er verkeerd aan heeft gedaan door de geschillencommissie de bevoegdheid te geven tot

¹⁰⁸ Ge rk Imbo, 28-8-1988, L 28.

¹⁰⁹ Beslissing nr HBO/15-B.

meer dan de beslissing 'verleent instemming' dan wel 'verleent geen instemming'.

In het eerste geval zou het aan het schoolbestuur zijn om te beslissen of het het voornemen wil realiseren dan wel van het nemen van een besluit wil afzien. In het tweede geval zou het schoolbestuur 'terug bij af' zijn. Het zou eventueel in overleg kunnen treden met de MR over een alternatief voorstel. De geschillencommissie zou in deze opzet precies dat doen, waarvoor zij ook bedoeld is: zij zou impasses doorbreken, knopen doorhakken, zonder de (mede) zeggenschap van de direct betrokkenen in de school al te zeer aan te tasten. Als op de in par. 2.5.4 verdedigde volle toetsing door de geschillencommissie een inhoudelijke en bindende beslissing zou volgen, dan zou die volle toetsing een risico voor de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het schoolbestuur (en ook voor de medezeggenschap van de MR) kunnen inhouden. Uitgaande van de hier verdedigde beperkte strekking van de beslissing van de geschillencommissie bestaat dat risico niet.

In het Concept wordt voorgesteld om in de WMO vast te leggen dat de uitspraak van de commissie (...) bindend (is) voor het bevoegd gezag en de raad.¹¹⁰ De betekenis van die zin is volstrekt onduidelijk.

De bepaling laat in de eerste plaats in het midden welke inhoud de beslissing dient te hebben. Gezien de voorgestelde wijziging in de toetsing ligt voor de hand dat de geschillencommissie volstaat met uit te spreken dat het schoolbestuur – al dan niet – in redelijkheid tot zijn voorstel is gekomen. Als dat de bedoeling is, dan zou de bepaling duidelijker geformuleerd moeten worden.

Uitgaande van die bedoeling is vervolgens onduidelijk wat de bindendheid van de beslissing nog kan betekenen. De bedoeling zou kunnen zijn om vast te leggen dat het schoolbestuur in geval van een positieve beslissing verplicht is om het voorgenomen besluit in een definitief besluit om te zetten en dat vervolgens uit te voeren. Als dat inderdaad de bedoeling is, dan zou de bepaling ook in dit opzicht duidelijker geformuleerd moeten worden. Ook een deugdelijke toelichting zou in dat geval op haar plaats zijn, want een dergelijke verplichting staat haaks op het (ook in het Concept niet verlaten) uitgangspunt van de noodzaak om de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur te bewaren.¹¹¹

Wellicht wordt bedoeld dat de beslissing van de geschillencommissie bindend is in die zin dat het schoolbestuur in geval van een negatieve beslissing dient af te zien van besluitvorming. Die gebondenheid moet echter bezien

110 De Toetsingscommissie heeft aanbevolen om in de WMO uitdrukkelijk vast te leggen dat het schoolbestuur gehouden is om overeenkomstig de beslissing van de geschillencommissie te besluiten. Vgl. (1987a), 29. Ook hier wordt – zonder noodzaak – afgeweken van het uitgangspunt van het behoud van de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur. Frappant is dat het tweede tussenrapport een zeer heldere en juiste uiteenzetting bevat ten aanzien van de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever en de weerslag daarvan in de wetgeving. Vgl. (1985), 37-38.

111 De concept-MvT (p. 15) volstaat met te vermelden dat in geval van een voor het schoolbestuur positieve beslissing het 'voorstel gehandhaafd kan blijven'.

worden in het licht van het bekostigingsvoorwaardenkarakter van art. 10-nieuw WMO. Overtreding van de bepaling kan hoogstens leiden tot sancties in de sfeer van de bekostiging. Veel belangrijker zou zijn dat de wetgever zou waarborgen dat de MR over rechtsbeschermingsmogelijkheden beschikt in geval het schoolbestuur de negatieve beslissing van de geschillencommissie zou negeren; dergelijke mogelijkheden kan art. 10 WMO als bekostigingsvoorwaarden niet bieden.¹¹² De bepaling gaat daarnaast te ver, in die zin dat zij het schoolbestuur verplicht om iedere beslissing van de geschillencommissie als bindend te beschouwen.¹¹³

Ook is onduidelijk waarom de MR in de bepaling vermeld wordt. Van enige noodzaak om de MR aan de beslissing van de geschillencommissie te binden lijkt op het eerste oog geen sprake. Hoe de beslissing ook uitvalt, uitgaande van de slagboomtheorie is het uitsluitend aan het schoolbestuur om te besluiten hoe de verdere gang van zaken is. Bij een positieve beslissing kan het schoolbestuur overgaan tot definitieve besluitvorming, zonder de MR daar verder in te kennen. In geval van een negatieve beslissing zal het van besluitvorming moeten afzien. Ook dan heeft de MR daar verder geen bemoeienis mee, tenzij het schoolbestuur de MR een aangepast voorstel zou willen voorleggen. In dat geval is echter van een geheel nieuwe procedure sprake en kan van enige gebondenheid aan de beslissing van de geschillencommissie, die de vorige 'instemmingsprocedure' beëindigde, geen sprake zijn.

Kortom: de in het Concept voorgestelde slotzin dient geschrapt te worden en vervangen te worden door de oorspronkelijke slotzin van art. 10 lid 1 in de ontwerp-WMO: 'De uitspraak van de geschillencommissie treedt in de plaats van de instemming dan wel de onthouding van instemming van de MR'.

3 De burgerlijke rechter

3.1 EEN TWEELIEDIGE TAAK

De burgerlijke rechter heeft in verband met de medezeggenschap in het bijzonder onderwijs een tweeledige taak. Hij beslecht 'in eerste instantie' de geschillen die niet aan de geschillencommissie zijn voorgelegd, omdat dat niet kan dan wel omdat dat niet hoeft (korte gedingen met name). Deze taak komt aan de orde in par. 3.2. Daarnaast beslecht hij 'in tweede instantie' de geschillen ten aanzien waarvan de geschillencommissie reeds een beslissing heeft gegeven, maar die daardoor niet zijn beëindigd, bijvoorbeeld omdat de beslissing niet wordt nagekomen, dan wel omdat de beslissing inhoudelijke bezwaren oproept. Deze taak komt aan de orde in par. 3.3. In beide gevallen beperk ik mij tot de rechtsbeschermingsmogelijkheden die rechtstreeks rele-

¹¹² De gebondenheid ten opzichte van de MR kan gebaseerd worden op het bindend advieskarakter van de procedure. Vgl. par. 2.2. Vgl. ook par. 3.3.

¹¹³ Vgl. par. 3.3.

vant zijn voor de MR dan wel de individuele werknemer.¹¹⁴

In verband met het beroep op de burgerlijke rechter doen zich twee complicaties voor, onafhankelijk van het moment waarop deze wordt ingeschakeld.

Dat is in de eerste plaats de complicatie van het bekostigingsvoorwaarden-karakter van de medezeggenschapsbepalingen. In hoofdstuk VI, par. 5.3 heb ik erop gewezen dat de bepalingen in de WMO bekostigingsvoorwaarden zijn, die als zodanig uitsluitend 'werken' in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en overheid. Voor de MR en de individuele werknemers heeft dat tot gevolg dat zij aan de WMO geen rechtstreekse aanspraak op medezeggenschap kunnen ontlenen. In dezelfde paragraaf in hoofdstuk VI heb ik enkele wegen aangewezen waarlangs de werknemers eventueel toch rechtstreeks kunnen afdwingen dat het schoolbestuur zijn medezeggenschapsverplichtingen (met name op grond van het medezeggenschapsreglement) nakomt. In de eerste plaats wees ik op de mogelijkheid om een 'medezeggenschapsovereenkomst' te construeren tussen schoolbestuur en werknemers c.q. MR. In de tweede plaats heb ik gewezen op de mogelijkheid van een onrechtmatige daadsactie, gebaseerd op de stelling dat het schoolbestuur dat de WMO niet naleeft, onzorgvuldig handelt ten opzichte van de MR en de individuele werknemers, omdat het het vertrouwen schendt dat het de bekostigingsvoorwaarden (waaronder de WMO) zal naleven zo lang het bekostiging ontvangt. In het vorige hoofdstuk heb ik daarnaast gewezen op de mogelijkheden die het rechtspersonenrecht eventueel biedt, er van uitgaande dat het medezeggenschapsreglement deel uitmaakt van de regelingen van de rechtspersoon die de school in stand houdt.¹¹⁵

Deze laatste weg om toegang te krijgen tot de burgerlijke rechter zal ik verder buiten beschouwing laten. De in het Concept voorgestelde verandering in het rechtskarakter van het medezeggenschapsreglement verhindert dat het reglement nog langer wordt gezien als een regeling in het kader van de rechtspersoon die de school in stand houdt.¹¹⁶ Ook het fundament voor de wanprestatieactie wordt wellicht wat minder sterk.¹¹⁷ Niettemin lijken zowel deze actie als de onrechtmatige daadsactie een geëigende ingang voor een procedure voor de burgerlijke rechter.¹¹⁸

In de tweede plaats is er de kwestie van de procesbevoegdheid van de MR. Hier ligt een groter probleem, dat tot op heden vooral in het kader van kort geding-procedures aan het licht is getreden, maar dat zich ook kan voordoen in

114 Vgl. over de rechtsbeschermingsmogelijkheden via andere kanalen dan de burgerlijke rechter: Beurskens (1989b), 183 e.v.

115 Vgl. par. 3.3.1.

116 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.3.3. De (mogelijke) vernietiging is ook slechts in een beperkt aantal gevallen van nut.

117 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.3.3.

118 Al deze complicaties zouden uiteraard vermeden worden als de WMO 'normale' wettelijke bepalingen zou bevatten, die doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en MR. Vgl. hoofdstuk X, par. 3.3.3.

het kader van een 'normale' procedure voor de burgerlijke rechter.

De MR heeft niet als zodanig rechtspersoonlijkheid. Evenmin kan de MR gezien worden als een orgaan van de vereniging of stichting die de school in stand houdt.¹¹⁹ Dat betekent dat de MR niet in staat is om als zodanig een civiele procedure te voeren. De MR is met andere woorden niet procesbevoegd. Voor de OR geldt in beginsel hetzelfde: ook de OR zou niet in staat zijn om zelf een beroep aanhangig te maken bij bijvoorbeeld de Ondernemingskamer, ware het niet dat de wetgever de OR uitdrukkelijk procesbevoegd heeft gemaakt. Ten aanzien van de MR is een dergelijk 'bevoegd maken' achterwege gebleven. Gevolg is dat de MR die zich tot de burgerlijke rechter wendt strikt genomen niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Een tweede gevolg van het ontbreken van uitdrukkelijke wettelijke bepalingen is dat geschillen niet, zoals dat in verband met de WOR het geval is, aan de Kantonrechter kunnen worden voorgelegd, maar dat de normale regels voor de absolute competentie gelden. Gevolg daarvan is dat veelal de Rechtbank de bevoegde rechter zal zijn.

De (nog schaarse) jurisprudentie is overigens verdeeld op dit punt. In een aantal vonnissen in kort geding wordt van de ontvankelijkheid geen probleem gemaakt. In een vonnis van de President van de Rechtbank Den Bosch van 20 juni 1986, dat een einde maakte aan een procedure waarin de eisers zowel 'pro se' als in de hoedanigheid van voorzitter en secretaris van de MR optraden, komt de ontvankelijkheid in het geheel niet aan de orde.¹²⁰ In de procedure, beëindigd door een vonnis van de President van de Rechtbank Utrecht van 2 augustus 1988, treden (onder andere) de leden van de MR uitsluitend onder eigen naam op.¹²¹ De President overweegt in verband daarmee:

'Eisers 1 tot en met 6 vormen te zamen de MR van de Mavo. De overige eisers zijn leerkrachten of behoren tot het niet-onderwijzend personeel van de Mavo.'

Kennelijk staat daarmee de ontvankelijkheid vast. De zaak wordt daarna in ieder geval inhoudelijk afgedaan. In twee meer recente vonnissen in kort geding, waarin (uitsluitend) de MR als eiser optrad, komt de ontvankelijkheidsvraag opnieuw in het geheel niet aan de orde.¹²²

De President van de Rechtbank Den Haag, oordelend in een kort geding dat door de MR van een openbare school was aangespannen, is een andere opvatting toegedaan. De vordering werd ingesteld door 'de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging de MR van de openbare school voor voortgezet onderwijs (...) te Zoetermeer, gevestigd te Zoetermeer' en (kennelijk) een viertal leden van de MR onder eigen naam. De President verklaart eisers niet

119 Ik ga er van uit dat voor de MR hetzelfde geldt als voor de OR. Vgl. over de OR: Rood, art. 2 aant. 2, met verwijzingen naar jurisprudentie en overige literatuur.

120 Het vonnis is gepubliceerd in: Schoolbestuur, 8-1986, 17 e.v.

121 NTOR (1989), 46 e.v. (m.n. W.A.G.M.V.); MidS K3010-1 e.v.

122 Vgl. Pres. Rb Breda, 1-11-1989 (MidS K 3010); Pres. Rb Roermond, 8-7-1991, KG 89/1991.

ontvankelijk, overwegende:

Eisers stellen daartoe, dat gedaagde onrechtmatig handelt, doordien zij (...). Wat er nu zij van de wederzijdse standpunten, de eisers zijn in hun vordering niet ontvankelijk. De eiseres sub 1, omdat de MR niet is een vereniging/rechtspersoon, die in rechte kan optreden en de overige eisers, omdat zij bij hun vordering niet een concreet (eigen) belang hebben, dat artikel 1401 boek 4 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te beschermen.¹²³

De uitspraak heeft als gezegd betrekking op het openbaar onderwijs; dat lijkt echter niet van doorslaggevend belang. Uitspraken als deze zijn ook met betrekking tot het bijzonder onderwijs denkbaar en – gegeven de huidige wetgeving – verdedigbaar.

Tenslotte wijs ik er op dat de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak in een geschil tussen het bevoegd gezag en de MR van een openbare school als volgt heeft overwogen:

Van de zijde van verweerders sub 1 en sub 2 is ter zitting in verband met het bepaalde in artikel 7 van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen twijfel uitgesproken over de vraag of een MR, zoals verzoeker, een rechtspersoon is. Voor zover verweerders hiermede hebben beoogd te stellen, dat verzoeker om die reden niet zou kunnen worden ontvangen (...) kunnen wij voorts nog niet meegaan met deze stellingname. Gelet op de in de Wet medezeggenschap onderwijs geregelde status van verzoeker, alsmede in aanmerking genomen de in die wet vervatte bepalingen omtrent zijn samenstelling en het krachtens die wet in het medezeggenschapsreglement bepaalde omtrent de organisatie van verzoeker, gaan wij er voorshands vanuit, dat verzoeker voor de toepassing van artikel 7 van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen als rechtspersoon kan worden aangemerkt.¹²⁴

Het verschil met de civiele jurisprudentie (althans de theorie) is wellicht nog te begrijpen als er van uit wordt gegaan dat de Afdeling Rechtspraak een eigen invulling geeft aan het begrip 'rechtspersoon', zodat aan de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak geen consequenties dienen te worden

123 Vonnis van 31-7-1986 (MidS K3010-1) In een vonnis van (eveneens) de President van de Rechtbank Den Haag van 26-1-1989 (KG 1989, 80) wordt in verband met de procesbevoegdheid van een dienstcommissie ex. art. 123 ARAR overwogen dat deze, niet zijnde een natuurlijk of een rechtspersoon, in beginsel niet procesbevoegd is. De President acht de dienstcommissie niettemin ontvankelijk, omdat 'de dienstcommissie bij de gewone rechter moet kunnen opkomen tegen inbreuken op haar bevoegdheden.' De vraag rijst waarom deze oplossing (geen rechtspersoonlijkheid, toch procesbevoegdheid) niet ook ten aanzien van de MR is gevolgd; wellicht (hopelijk) zal dat in de toekomst inderdaad het geval zijn.

124 Uitspraak van 20-6-1985, R.251/85, Ten Berge/Stroink, beroepsrecht, 528. Ook de Afdeling ziet de MR als rechtspersoon. Vgl. ARvS, 29-10-1986, Gem.st. 6834, nr 6. Vgl. ook Vz AGvBst RvSt, 23-10-1989, MidS K 2110, waarin eveneens rechtspersoonlijkheid wordt aangenomen.

verbonden voor de procesbevoegdheid van een 'bijzondere' MR.¹²⁵

Erg bevredigend is de situatie waar het gaat om de procesbevoegdheid van de MR op dit moment al met al niet. Er is geen enkele reden om de MR niet in staat te stellen om als zodanig te procederen voor de burgerlijke rechter.¹²⁶ Het is daarom te betreuren dat uit het Concept niet blijkt dat wordt overwogen de WMO op dit punt te wijzigen. Dat zou eenvoudig kunnen, door een bepaling op te nemen, die buiten twijfel stelt dat de MR procesbevoegd is, in algemene zin, of eventueel alleen in procedures tegen het schoolbestuur en voor zover dat nodig is voor de uitoefening van zijn taak. In dat verband zou overigens tevens een regeling moeten worden getroffen in verband met de proceskosten. In de hiervoor aangehaalde vonnissen in kort geding worden de eisers (één uitzondering daargelaten) in het ongelijk gesteld en vervolgens in de proceskosten veroordeeld. In één geval wint de MR, maar worden de proceskosten vervolgens gecompenseerd. Beide situaties lijken onwenselijk. Het lijkt redelijker dat eventuele proceskosten in eerste instantie ten laste van het schoolbestuur komen. Eventueel – afhankelijk van de aard van het geschil en de uitkomst – zou de overheid deze vervolgens in de sfeer van de bekostiging voor haar rekening moeten nemen.¹²⁷

3.2 DE BURGERLIJKE RECHTER IN EERSTE INSTANTIE

Slechts een zeer beperkt deel van de eventuele geschillen betreffende de medezeggenschap die tussen het schoolbestuur en de MR of de individuele werknemer rijzen, kan aan de geschillencommissie worden voorgelegd. Waar dat mogelijk is, kan alleen het schoolbestuur een beroep doen op de geschillencommissie. Dat betekent dat de MR en de werknemer in alle gevallen zijn aangewezen op de burgerlijke rechter.¹²⁸ Ik denk daarbij aan geschillen in verband met het recht op informatie, in verband met een (vermeende) benadeling uit hoofde van het lidmaatschap van de MR en in verband met een niet opgevolgd advies. In al deze gevallen vormt het bestaan van de geschillencommissie geen belemmering voor een beroep op de burgerlijke rechter. Ontvankelijkheidsproblemen zullen zich daarom naar verwachting niet voordoen. In het protestants-christelijk onderwijs treedt de geschillencommissie van de NPCS op in geval van interpretatieproblemen. In verband met deze geschillen

¹²⁵ Vgl. Nicolai (1988), 183 e.v. en m.n. 186.

¹²⁶ Wanneer een instemmingsbevoegdheid is toegekend aan de geleding werknemers (vgl. hoofdstuk X, par. 3.8.3), dan treedt in procedures voor de geschillencommissie deze geleding en niet de MR als geheel als verweerder op. Ook de processuele status van een 'geleding' in een eventuele civiele procedure zou daarom geregeld moeten worden. Datzelfde geldt voor de gemeenschappelijke MR (vgl. hoofdstuk X, par. 3.10).

¹²⁷ Vgl. i.v.m. de WOR: Van der Heijden (1989b), 10.

¹²⁸ In geval van een berisping, schorsing of ontslag kan eventueel de commissie van beroep bevoegd zijn. Ik kom daar hierna op terug.

zou de burgerlijke rechter het beroep dus eventueel wel niet-ontvankelijk moeten verklaren.¹²⁹

De grondslag van de actie zal niet steeds dezelfde kunnen zijn. Voor de individuele werknemer zal in de regel gelden dat het geschil wel verband houdt met de medezeggenschap, maar dat het kan worden 'uitgevochten' op basis van de individuele arbeidsovereenkomst. De MR is aangewezen op een algemeen-privaatrechtelijke actie uit wanprestatie of onrechtmatige daad. Een dergelijke actie zou kunnen leiden tot een gebod (bijvoorbeeld tot het verschaffen van informatie) of een verbod (bijvoorbeeld van het uitvoering geven aan een besluit dat is genomen zonder dat instemming is gevraagd of verkregen).

Een drietal categorieën potentiële geschillen verdient nadere aandacht. Dat is in de eerste plaats de nakomingsactie. De werknemers en de MR kunnen er belang bij hebben dat het schoolbestuur via de rechter wordt gedwongen om de wet na te leven. Op basis van de stelling dat het niet naleven een onrechtmatige daad (of wanprestatie) oplevert, lijkt dat mogelijk. Het gemis van een bepaling als art. 37 WOR wordt zo grotendeels goed gemaakt.¹³⁰ In dit kader kan eventueel ook een geschil aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd dat betrekking heeft op de instemmingsbevoegdheid van de MR, zo lang het maar niet gaat om een geschil dat valt onder de competentie van de geschillencommissie. Ik wijs op het geval dat een MR meent dat ten onrechte geen instemming wordt gevraagd; het in par. 3.1 aangehaalde kort geding voor de President van de Rechtbank Utrecht had op een dergelijk geschil betrekking. Ook interpretatiegeschillen kunnen op deze wijze aan de rechter worden voorgelegd, namelijk door te stellen dat de wet op het punt waarop het geschil betrekking heeft niet wordt nageleefd. Om tot een uitspraak te komen zal de rechter eerst de wet moeten interpreteren; vervolgens kan hij op de vordering als zodanig ingaan. Over deze laatste mogelijkheid beschikt alleen de burgerlijke rechter. Dat maakt het aantrekkelijk om een interpretatieprobleem in de vorm van een nakomingsactie aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Of dat ook in het protestants-christelijk onderwijs kan, is de vraag. Ik zou menen van wel, omdat de nakomingsactie een veel verdere strekking heeft dan het enkele verzoek om een interpretatiegeschil te beslechten. Het alternatief is het instellen van twee procedures, voor de NPCS-geschillencommissie en vervolgens (eventueel) voor de burgerlijke rechter.

In de tweede plaats rijst de vraag of het mogelijk is om een beroep te doen op de burgerlijke rechter in het geval een advies niet wordt opgevolgd. Uit het feit dat de wetgever bewust geen uitdrukkelijke beroepsgang heeft gecreëerd, mag mijns inziens niet worden afgeleid dat in het geheel geen rechtsbeschermingsmogelijkheden bestaan. Een actie uit onrechtmatige daad, gebaseerd op de stelling dat het niet opvolgen van het advies een onrechtmatige daad op-

¹²⁹ Vgl. de tekst van het NPCS-reglement, zoals die blijkt uit Pres. Rb Utrecht, aangehaald in par. 3.1. Vgl. over de NPCS-geschillencommissie: hoofdstuk IX, par. 3.1.

¹³⁰ De problemen rond de grondslag van de vordering en de procesbevoegdheid blijven uiteraard overeind.

levert, lijkt zonder meer mogelijk. Kans op succes lijkt er echter alleen te zijn in zeer extreme gevallen, namelijk als het besluit om het advies niet op te volgen aperte willekeur oplevert.¹³¹

In de derde plaats behoeven aandacht de geschillen in verband met het bepaalde in art. 5 lid 9 WMO: 'Het bevoegd gezag draagt er zorg voor, dat de leden van de raad niet uit hoofde van hun lidmaatschap van de raad worden benadeeld in hun positie met betrekking tot de school'. Andere bepalingen die betrekking hebben op het tegengaan van eventuele nadelige gevolgen van het uitoefenen van medezeggenschap bevat de WMO niet. Met name ontbreekt de uitgebreide ontslagbescherming zoals art. 21 WOR die biedt.¹³² Consequentie daarvan is dat de werknemer zich tot de commissie van beroep zal moeten wenden indien hij van mening zou zijn dat het onthouden van promotie, een disciplinaire maatregel, een schorsing of een ontslag verband houdt met het lidmaatschap van de MR.¹³³ Voor zover de (vermeende) benadeling op andere wijze blijkt, is een actie voor de burgerlijke rechter mogelijk, gebaseerd op art. 1638z BW c.q. op grond van wanprestatie.¹³⁴

Jurisprudentie waarin de rol van de burgerlijke rechter 'in eerste instantie' aan de orde komt is schaars. Tot nu toe zijn in dat kader uitsluitend kort geding-procedures gevoerd. Die mogelijkheid bestaat zonder meer (de problemen van de procesbevoegdheid verder buiten beschouwing latend). De WMO noch de diverse reglementen van de geschillencommissies voorzien namelijk in een procedure voor spoedeisende geschillen. Die kunnen zich ook in verband met het uitoefenen van medezeggenschap zeer wel voordoen. Rijst inderdaad een dergelijk spoedeisend geschil, dan kan het in beginsel aan de President in kort geding worden voorgelegd, met name op basis van onrechtmatige daad, eventueel op basis van wanprestatie.

3.3 DE BURGERLIJKE RECHTER IN TWEEDE INSTANTIE

Het geschil dat het gevolg is van het onthouden van instemming door de MR behoort tot de competentie van de geschillencommissie. Het moet daarom onmogelijk worden geacht dat een schoolbestuur aan de geschillencommissie voorbij gaat en zich rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wendt. Dat is het gevolg van het bindend advieskarakter van de beroepsgang naar de geschillencommissie.¹³⁵

De positie van de MR is gecompliceerder. Consequentie van de slagboom-

131 Instructief in dit verband is: Pres. Rb Amsterdam 29-11-1988, KG 1989, 4.

132 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.9.1.

133 In dat geval zal in de regel geen beroep openstaan op de burgerlijke rechter. Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.3; par. 3.2.4.

134 Vgl. over de bescherming tegen benadeling: hoofdstuk X, par. 3.9.1.

135 Vgl. par. 2.2 i.v.m. hoofdstuk IX, par. 3.2.4, waar i.v.m. de commissie van beroep op de consequenties van die kwalificatie wordt ingegaan. In par. 4.3.3 kom ik op deze kwestie terug i.v.m. het bepaalde in art. 17 Gw.

theorie zou moeten zijn dat het schoolbestuur zo veel mogelijk het initiatief houdt met betrekking tot de besluitvorming. Dat betekent dat het op zijn minst de vraag is, of de MR zich tot de burgerlijke rechter kan wenden met de vordering dat het schoolbestuur veroordeeld wordt tot het instellen van beroep bij de geschillencommissie. Een beroep op de burgerlijke rechter na het moment waarop de geschillencommissie een beslissing heeft gegeven is daarentegen wel mogelijk. Dat zou bijvoorbeeld zin kunnen hebben indien het schoolbestuur de (negatieve) beslissing niet naleeft.¹³⁶ Een beroep op de rechter zou ook zin kunnen hebben in het geval onoverkomelijke bezwaren bestaan tegen de beslissing van de geschillencommissie; dat geldt zowel voor de MR als het schoolbestuur.

Zoals ik in par. 2.2 heb uiteengezet, kan de beslissing van de geschillencommissie het beste gezien worden als een bindend advies. Dat betekent dat de burgerlijke rechter partijen in beginsel aan de beslissing zal houden, tenzij er qua inhoud of wijze van totstandkomen onoverkomelijke bezwaren tegen de beslissing bestaan. De rechter dient zich dus te beperken tot een zeer marginale toetsing.¹³⁷ In de WMO wordt weliswaar bepaald dat de beslissing bindend is voor het schoolbestuur en de MR. Net als in verband met de beslissing van de commissie van beroep, meen ik dat moet worden aangenomen dat deze gebondenheid niet bestaat, wanneer de beslissing van de geschillencommissie qua inhoud of wijze van totstandkoming niet aan de te stellen eisen voldoet.¹³⁸ Een beroep op de burgerlijke rechter is daarom mogelijkheid en mag niet tot het intrekken van de bekostiging leiden.

Tenslotte wijs ik er op dat medezeggenschapsgeschillen in veel gevallen betrekking hebben op voorgenomen besluiten van het schoolbestuur. Met name voor de MR en de individuele werknemers is dat van belang. Zou de geschillenregeling in het kader van de WMO namelijk niet tot een voor hen bevreemdend resultaat leiden, dan is heel wel mogelijk dat nieuwe rechtsbeschermingsmogelijkheden ontstaan op het moment dat het definitieve besluit wordt genomen en uitgevoerd. Dat in het kader van een fusiebesluit de geschillencommissie uitdrukkelijk accoord gaat met een door het schoolbestuur voorgestelde regeling van de personele gevolgen van de fusie, wil bijvoorbeeld niet zeggen dat vervolgens alle werknemers individueel door deze regeling gebonden worden. Hun rechten en plichten worden door de beslissing van de geschillencommissie niet rechtstreeks beïnvloed. Ontstaan er in het kader van de uitvoering van het bestuursbesluit geschillen, dan kunnen deze aan de commissie van beroep of de kantonrechter worden voorgelegd. Deze rechtsbescher-

136 Vgl. in dit verband: Pres. Rb Roermond, 8-7-1991, KG 89/1991.

137 Dat doet bijvoorbeeld de President van de Rechtbank Den Bosch in het in par. 3.1 aangehaalde vonnis in kort geding. Vgl. over de opstelling van de burgerlijke rechter ten opzichte van een bindend advies: hoofdstuk IX, par. 3.3.2, i.v.m. de commissie van beroep. Van een echte hoger beroepsmogelijkheid is dus geen sprake. Dat kan als een bezwaar worden gezien. Vgl. par. 4.5.1.

138 Vgl. i.v.m. de commissie van beroep: hoofdstuk IX, par. 3.3.8. Basis voor deze conclusie is art. 17 Gw. Vgl. in verband daarmee par. 4.3.3 hierna.

mingsmogelijkheden kunnen de niet-optimale rechtsbescherming in de WMO compenseren, maar dat uiteraard slechts ten dele. De rechtsbescherming door commissie van beroep en kantonrechter heeft uitsluitend betrekking op de gevolgen van het besluit; het principiële besluit (bijvoorbeeld tot fusie) is reeds genomen.

4 Medezeggenschap en grondrechten (2)

4.1. VOORAF

Hierna zal ik de rechtsbescherming in het kader van de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs benaderen vanuit het perspectief van de relevante grondrechten. In par. 4.2 komt de relatie tussen de grondrechten en de rechtsbescherming in het kader van de WMO in meer algemene zin aan de orde. Vervolgens zal ik in par. 4.3 stilstaan bij de voors en tegens van de huidige regeling. In dezelfde zin komen in par. 4.4 de voorstellen in het Concept aan de orde. In de par. 4.5 en 4.6 zal ik ingaan op de vraag of en zo ja, op welke wijze verbeteringen in de opzet van de rechtsbescherming denkbaar zijn.

4.2 DE GRONDRECHTEN

4.2.1 *De sociaal-rechtelijke grondrechten*

Tussen medezeggenschap en rechtsbescherming bestaat een wat tweeslachtige verhouding. In verband met de WOR is dat al langer duidelijk. Enerzijds biedt zij diverse mogelijkheden om de rechter in te schakelen. De wetgever acht een dergelijk uitgebreid stelsel van rechtsbeschermingsmogelijkheden kennelijk noodzakelijk. Sedert de eerste wettelijke regeling uit 1950 is het stelsel steeds verder uitgebouwd, zo zeer dat onlangs een vereenvoudiging noodzakelijk was.¹³⁹ Anderzijds wordt in de praktijk van al de geboden rechtsbeschermingsmogelijkheden – relatief gezien – weinig gebruik gemaakt. Er is blijkbaar een grote mate van drempelvrees, met name bij de OR's en de individuele werknemers. Dat is ook wel begrijpelijk: het voeren van een procedure eist deskundigheid, kost veel tijd en energie, komt wellicht de verhoudingen in de onderneming niet ten goede etc.¹⁴⁰

Dat in de praktijk weinig van de bestaande rechtsbeschermingsmogelijk-

¹³⁹ Vgl. de Wet van 1-2-1990, S. 91.

¹⁴⁰ Vgl. in dit verband G. van den Heuvel (1983), 75. Weerstanden tegen het voeren van procedures zullen er ook in het onderwijs zijn. In het ITS-onderzoek speelt de rechtsbescherming in elk geval geen rol van betekenis. Vgl. Smit c.s. (1987), 100, 112. Anderzijds bestaat de indruk dat die weerstanden in redelijk veel gevallen overwonnen zijn en dat er i.v.m. de toepassing van de WMO op vrij ruime schaal daadwerkelijk geprocedeerd wordt. Dat zou te maken kunnen hebben met het feit dat op dit moment in het onderwijs grote belangen op het

heden gebruik wordt gemaakt, is in wezen niet van belang. Het lijkt vanzelfsprekend dat op zijn minst de mogelijkheid bestaat om rechten die 'materieel' worden toegekend ook 'formeel' af te dwingen. Daarnaast moet bedacht worden dat de rechtsbeschermingsmogelijkheden voor een belangrijk deel hun betekenis ontleenen aan de preventieve werking die uitgaat van een dreigende beroepszaak.

Zo bezien dient een wettelijke regeling van de rechtsbescherming op medezeggenschapsgebied in elk geval aan twee eisen te voldoen: zij dient alomvattend te zijn, in die zin dat ten aanzien van alle materiële medezeggenschapsrechten de mogelijkheid bestaat om ze te handhaven; die mogelijkheden dienen deugdelijk van kwaliteit te zijn, omdat de preventieve werking anders gering zal zijn.

Ook in verband met de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs dient in principe aan deze eisen voldaan te worden; dat uitgangspunt zal ik hierna hanteren bij de beoordeling van de rechtsbeschermingsmogelijkheden op basis van de WMO. Meer in het bijzonder zal ik daarbij letten op de rechtsbeschermingsmogelijkheden die de WOR biedt, waarbij ik mij op het standpunt zal stellen dat een minder deugdelijke regeling dan in de WOR uitsluitend aanvaardbaar is als daar (met name) gezien het onderwijsgrondrecht deugdelijke redenen voor zijn. Zo niet, dan is sprake van een aantasting van art. 19 lid 2 Gw.¹⁴¹ Een meer specifieke ingang bij de beoordeling van de deugdelijkheid van de rechtsbeschermingsmogelijkheden op basis van de WMO biedt art. 17 Gw, het 'ius de non evocando'. Dat grondrecht zal in par. 4.2.3 aan de orde komen.

4.2.2 *Het onderwijsgrondrecht*

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat het onderwijsgrondrecht de wetgever in verband met de WMO heeft geleid tot het maken van aantal fundamentele keuzes: voor een regeling die zowel op openbaar als bijzonder onderwijs van toepassing is, voor een regeling die slechts basisbepalingen en garanties bevat, voor een regeling die werknemers en ouders en leerlingen in één orgaan medezeggenschap geeft en voor een eigen regeling voor het onderwijs.

Die vier keuzes heb ik bij de evaluatie van het materiële medezeggenschapsrecht tot uitgangspunt genomen.¹⁴² In het kader van de rechtsbescherming is er van die vier met name één relevant: de beslissing van de wetgever om niet meer dan basisbepalingen vast te stellen.¹⁴³ Zij heeft ertoe geleid dat ook de regeling van de procedure voor de geschillencommissie grotendeels aan de

— spel staan, als gevolg van het grote aantal fusies en reorganisaties. De werknemers zouden in verband daarmee wel eens zeer gemotiveerd kunnen zijn om het onderste uit de kan te halen.

141 Vgl. i.v.m. deze benadering: hoofdstuk III, par. 3.4; vgl. specifiek i.v.m. de medezeggenschap: hoofdstuk X, par. 4.2.1.

142 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.1.

143 De gelijke behandeling van openbaar en bijzonder onderwijs komt kort aan de orde in par. 4.6. Het zou interessant zijn om te weten of de samenstelling van de MR (werknemers én ouders/leerlingen) van invloed is op het gebruik van de rechtsbeschermingsmogelijkheden

direct betrokkenen is overgelaten; ik wees daar reeds op in par. 2.1. Waar de wetgever is opgetreden, is dat met de bedoeling om de geschillencommissie tot terughoudendheid te verplichten. Ook dat is gebeurd, zo bleek in par. 2.1, met het oog op het onderwijsgrondrecht. De wetgever wilde bewerkstelligen dat het schoolbestuur ten opzichte van de geschillencommissie de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' ten aanzien van de gang van zaken binnen de school zou behouden.

Ten aanzien van andere karakteristieke kenmerken van de rechtsbescherming op basis van de WMO – de geschillenbeslechting in eigen kring en de beperkte competentie van de geschillencommissie – werd in par. 2.1 geconstateerd dat zij geen verband houden met het onderwijsgrondrecht. Dat is weer wel het geval met het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO-bepalingen inzake de geschillenregeling.

4.3 DE HUIDIGE REGELING

4.3.1 *Alomvattend?*

Vergeleken met de WOR biedt de WMO bijzonder weinig rechtsbeschermingsmogelijkheden aan MR en werknemer. Dat is in het voorgaande duidelijk gebleken. Met name ontbreken een beroepsmogelijkheid voor het geval het schoolbestuur een advies van de MR niet overneemt en de mogelijkheid om de nakoming van de WMO af te dwingen.¹⁴⁴ Dat de mogelijkheid bestaat om op basis van een 'algemene' wanprestatie- of onrechtmatige daadsactie een beroep te doen op de burgerlijke rechter doet daar niet aan af. Met name het ontbreken van een beroepsmogelijkheid in verband met de adviesbevoegdheid kan een dergelijke actie moeilijk vervangen, omdat specifieke bepalingen inzake de toetsing en de beslissing – zoals in art. 26 WOR – ontbreken. Aan de waarde van die mogelijkheid wordt verder afbreuk gedaan door het ontbreken van een regeling inzake de procesbevoegdheid en de proceskosten. Daarnaast levert het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de WMO problemen op.¹⁴⁵

Het aldus geconstateerde gebrek aan voldoende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de WMO moet betreurd worden, juist omdat het om een medezeggenschapsregeling voor het onderwijs gaat. Wettelijk gegarandeerde medezeggenschap in het onderwijs is een relatief nieuw verschijnsel. De hierdoor veroorzaakte weerstanden, twijfels en onzekerheden kunnen gemakkelijk tot geschillen leiden. Als dan vervolgens geen mogelijkheid bestaat om die geschillen, desnoods via een buitenstaander, tot een oplossing te brengen, dan kan dat tal van nadelige gevolgen hebben. De 'sterkere' (in veel gevallen het schoolbestuur) zal in de regel 'winnen'. De indruk kan ontstaan dat de WMO

door de MR. Informatie op dat punt ontbreekt. De keuze voor een afzonderlijke regeling voor het onderwijs komt aan de orde in par. 4.5.

144 Vgl. par. 2.3.3; hoofdstuk X, par. 3.7.

145 Vgl. par. 3.1; hoofdstuk VI, par. 5.3.

op papier veel rechten geeft, maar dat die rechten in de praktijk weinig voorstellen. Dat geldt met name voor de adviesbevoegdheid, waar op dit moment van een preventieve werking van de rechtsbescherming geen sprake is. Uiteindelijk kan zo het functioneren van de WMO als geheel ondergraven worden.

Er is aldus alle reden voor de wetgever om juist in verband met de medezeggenschap in het onderwijs voor voldoende rechtsbeschermingsmogelijkheden te zorgen. Argumenten om dat niet te doen ontbreken. In par. 2.1 bleek dat het onderwijsgrondrecht niet in het geding is. Daar bleek tevens dat de vrees voor een grote hoeveelheid procedures en de daarmee gemoeide tijd en kosten de wetgever in 1981 weerhielden van het bieden van meer omvattende rechtsbeschermingsmogelijkheden.

Gezien de grote hoeveelheid reglementsgeschillen die verwacht konden worden – en die juist door de opzet van de WMO werden uitgelokt – was dat op dat moment in wezen een vreemd argument. Maar ook afgezien daarvan: in 1981 was in verband met de WOR al voldoende ervaring opgedaan om te kunnen verwachten dat de hoeveelheid procedures binnen de perken zou blijven. De vrees voor praktische problemen had de wetgever in 1981 niet hoeven te weerhouden van het opnemen van zo veel mogelijk alomvattende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de WMO.¹⁴⁶

4.3.2 *Deugdelijk?*

Voor de rechtsbeschermingsmogelijkheid die de huidige WMO wel bevat, in geval de MR de vereiste instemming onthoudt, valt de vergelijking met de WOR evenmin gunstig uit.

De opzet van de toetsing is zowel in theorie als gezien de praktijk zeer aanvechtbaar.¹⁴⁷ De vergaande beslissingsbevoegdheid van de geschillencommissie doet geen recht aan het – op zichzelf gezien juiste – oorspronkelijke uitgangspunt van de wetgever dat de geschillenregeling er niet toe zou moeten leiden dat de geschillencommissie het schoolbestuur het initiatief uit handen neemt.¹⁴⁸ De conclusie moet dan ook zijn dat de huidige opzet van de geschillenregeling in strijd komt met de vrijheid van onderwijs in de zin zoals zij door de wetgever zelf werd opgevat in 1980. Ook de MR kan zich tekort gedaan voelen door de huidige regeling van de geschillencommissie. De vergaande beslissingsbevoegdheid van de geschillencommissie beperkt de MR in zijn mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de gang van zaken binnen de school.

De geschillencommissies tenslotte hebben evenmin reden tot tevredenheid. In veel opzichten worden zij door de wetgever voor een onnodig moeilijke taak gesteld. De geschillencommissies zijn weliswaar geen direct belangheb-

146 Dat de betrokkenen ook zelf de rechtsbeschermingsmogelijkheden zouden kunnen uitbreiden, doet daar niet aan af. Vgl. hoofdstuk X, par. 4.3.3.

147 Vgl. par. 2.5.

148 Vgl. par. 2.1.; par. 2.6.

benden in deze. Niettemin is het het vermelden waard dat de geschillencommissies niet tevreden zijn met de huidige regeling en wijzigingen voorstaan die betekenen dat zij een meer terughoudende positie kunnen innemen.¹⁴⁹

Kortom: de regeling van de beroepsgang voor het schoolbestuur in geval de MR instemming onthoudt dient verbeterd te worden, en wel in die zin dat de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' van het schoolbestuur hersteld wordt; daarnaast dienen de negatieve invloeden van de toetsing en de beslissing door de geschillencommissie op de medezeggenschap van de MR teniet gedaan te worden. In par. 2.5 en par. 2.6 is gebleken dat dat mogelijk is, met name door de geschillencommissie (voor zover bemiddeling niet meer op haar plaats is) de bevoegdheid te geven tot een volle toetsing, gevolgd door een beslissing die slechts het verlenen dan wel onthouden van instemming betekent.

4.3.3 Art. 17 Gw

Geschillen tussen schoolbestuur en MR dienen, gezien art. 120 Gw en art. 2 RO, in beginsel door de burgerlijke rechter beslecht te worden. Geschillenbeslechting door een andere instantie dan de burgerlijke rechter is mogelijk, op voorwaarde dat de beslechting van het geschil door die ander op vrijwillige basis geschiedt. Dat kan worden afgeleid uit art. 17 Gw.¹⁵⁰

In verband met de WMO ontstaan weinig problemen in verband met art. 17 Gw, omdat het overgrote deel van de geschillen tussen schoolbestuur en MR zonder meer door de burgerlijke rechter beslecht wordt.¹⁵¹ Wel rijst de vraag in hoeverre de procedure voor de geschillencommissie zich verdraagt met het bepaalde in art. 17 Gw.¹⁵² Met name de vereiste vrijwilligheid levert problemen op. Het schoolbestuur wordt tenslotte verplicht tot het creëren van de beroepsmogelijkheid op de geschillencommissie; indien het beroep wil instellen, is het verplicht zich te wenden tot de geschillencommissie; in de derde plaats wordt het verplicht zich te onderwerpen aan de beslissing van de geschillencommissie. Dat alles gebeurt weliswaar op grond van bekostigingsvoorwaarden, maar daarom niet minder bindend.¹⁵³

In par. 3.3 concludeerde ik reeds dat in elk geval moet worden aangenomen dat het schoolbestuur zich na het doorlopen van de procedure van de geschillencommissie tot de burgerlijke rechter kan wenden als het onoverkomelijke bezwaren heeft tegen de beslissing van de geschillencommissie; de bepaling dat het schoolbestuur de beslissing van de geschillencommissie als bindend dient te aanvaarden doet daar niet aan af. Een andere opvatting levert een beperking van het 'ius de non evocando' op – en dat zonder noodzaak, want de overheid noch de MR hebben er een reëel belang bij dat het schoolbestuur

149 Ik ontleen deze informatie aan het Jaarverslag 1988 van de Stichting Commissies voor Geschillen Algemeen Onderwijs (Woerden 1989).

150 Vgl. Akkermans (1988).

151 Vgl. par. 3.2.

152 Vgl. in dit verband: hoofdstuk IX, par. 4.3.9, i.v.m. de commissie van beroep.

153 Vgl. opnieuw hoofdstuk IX, par. 4.3.9.

wordt gebonden aan een beslissing van de geschillencommissie die naar vorm of inhoud duidelijk niet aan de te stellen eisen voldoet.¹⁵⁴

De verplichting om zelf een beroepsmogelijkheid op de geschillencommissie in het leven te roepen en om in geval van een geschil beroep in te stellen bij de geschillencommissie vormen eveneens een beperking van het 'ius de non evocando'.

Op het eerste oog lijkt het schoolbestuur er echter goed aan te doen die beperking als 'het minste kwaad' te aanvaarden. Uitgaande van de huidige wetgeving zou een rechtstreeks beroep op de burgerlijke rechter, met voorbijgaan aan de geschillencommissie, namelijk weinig zin hebben. Bij gebreke aan uitdrukkelijke bepalingen terzake, zou de burgerlijke rechter niet de vereiste instemming kunnen verlenen. Wellicht zou denkbaar zijn dat de rechter na gaat of het schoolbestuur in staat moet worden gesteld om ondanks het ontbreken van instemming tot besluitvorming over te gaan. Een positieve beslissing zou alleen in extreme gevallen verwacht mogen worden, met name als aan het besluit tot onthouden van instemming inhoudelijk of procedureel ernstige gebreken zouden kleven.¹⁵⁵ In de huidige procedure voor de geschillencommissie neemt het schoolbestuur een veel sterkere plaats in.

Het zou echter onjuist zijn om met deze conclusie te volstaan. De beperking van art. 17 Gw blijft een feit. Om daaraan te ontkomen zou de wetgever de verplichting tot het instellen van de geschillencommissies en tot het instellen van beroep achterwege kunnen laten. Zouden schoolbestuur en MR (althans de organisaties van schoolbesturen en werknemers) zelf een beroepsmogelijkheid in het leven roepen, dan zou aan het vereiste 'vrijwilligheid' grotendeels zijn voldaan.¹⁵⁶ Met het oog op de belangen van de MR lijkt een oplossing langs deze weg echter niet de juiste. Zeker als de regeling in art. 10 WMO verbeterd zou worden, heeft ook de MR er duidelijk belang bij dat het schoolbestuur – als het beroep instelt – dat doet bij de geschillencommissie. Daarvan uitgaande dient de regelgeving niet aan de direct betrokkenen te worden overgelaten. Ik verwijs op dit punt naar het gestelde in par. 4.3.3 in het vorige hoofdstuk, waar werd geconcludeerd dat de regelgeving op het gebied van de medezeggenschap een taak is van de overheid.

Een en ander leidt tot de conclusie dat een volledige en deugdelijke regeling van de rechtsbescherming bij wet de voorkeur verdient, maar op een zodanige wijze dat art. 17 Gw niet (zonder grond) beperkt wordt.¹⁵⁷

154 Vgl. op dit punt ook hoofdstuk IX, par. 3.3.8, i.v.m. de commissie van beroep.

155 Een dergelijke actie zou eventueel denkbaar zijn (ook op dit moment) in kort geding, voorafgaand aan het beroep op de geschillencommissie.

156 De (huidige) overheersende rol voor de werknemersorganisaties en de dienovereenkomstig beperkte rol voor de MR's zou een probleem kunnen vormen. Vakbond en MR kunnen tenslotte niet vereenzelvigd worden. Om die reden lijkt het gewenst de MR's meer te betrekken bij het opzetten van de geschillenregeling.

157 Dezelfde conclusie werd in het vorige hoofdstuk getrokken i.v.m. de materieel-rechtelijke bepalingen. Vgl. par. 3.3.3.

4.4 HET CONCEPT

Bij het doen van voorstellen tot wijziging van de WMO volgt de Staatssecretaris grotendeels de aanbevelingen van de Toetsingscommissie; dat is in het vorige hoofdstuk op verschillende plaatsen gebleken. Een uitzondering maakt de Staatssecretaris – met zoveel woorden – voor de aanbevelingen in verband met de rechtsbescherming.¹⁵⁸ Dat betekent dat met name de aanbeveling om de geschillencommissie een bemiddelingsbevoegdheid te geven in geval een geschil over het niet opvolgen van een advies en de aanbeveling om een beroepsmogelijkheid te openen voor interpretatiegeschillen niet worden overgenomen. Het overnemen van deze twee aanbevelingen zou tot een verbetering van de opzet van de rechtsbescherming hebben geleid. In het licht van het voorgaande zou dat geen voldoende verbetering zijn geweest – maar niettemin een verbetering.¹⁵⁹

Dat het Concept geen voorstellen voor een verruiming van de omvang van de rechtsbeschermingsmogelijkheden in de WMO bevat, wordt ook niet gecompenseerd door voorstellen (bijvoorbeeld in verband met de procesbevoegdheid) die het beroep door de MR op de burgerlijke rechter buiten de WMO om zouden vergemakkelijken.¹⁶⁰ Tegen het concept kunnen dan ook precies dezelfde bezwaren worden aangevoerd als tegen de huidige regeling.¹⁶¹

Ten aanzien van de procedure voor de geschillencommissie bevat het Concept het voorstel om de dubbele marginale toetsing te vervangen door een enkelvoudige toetsing, uitsluitend van het voorstel van het bevoegd gezag. Om de in par. 2.5.4 uiteengezette redenen meen ik dat realisering van dat voorstel een duidelijke verslechtering van de positie van de MR tot gevolg zal hebben.¹⁶² De Staatssecretaris had er in mijn ogen beter aan gedaan een volle toetsing voor te stellen, conform de oorspronkelijke bedoeling achter de dubbele marginale toetsing.

Als geheel moet de conclusie dan ook zijn dat de voorstellen in het Concept niet de dringend vereiste verbetering van de rechtsbeschermingsmogelijkheden in verband met de WMO naderbij brengen.¹⁶³

¹⁵⁸ Vgl. de concept-MvT, 2.

¹⁵⁹ Vgl. ook par. 2.3.3 en hoofdstuk X, par. 3.7.

¹⁶⁰ Vgl. par. 3.1.

¹⁶¹ Vgl. par. 4.3.1.

¹⁶² Dat geldt ook voor het bepaalde in art. 10 lid 3-nieuw: ook ter zake van geschillen over de beperking van het passieve kiesrecht wordt volstaan met een marginale toetsing van het voorstel van het bevoegd gezag. De opvattingen van de werknemers en ouders en leerlingen verdwijnen daardoor duidelijk naar de achtergrond. Op deze wijze wordt het contrast met art. 18 WMO (vgl. hoofdstuk X, par. 3.11.3) nog verder vergroot.

¹⁶³ Vgl. echter nt 50.

4.5 VOORSTELLEN VOOR VERBETERING

4.5.1 *Alternatief 1: verbetering van de huidige regeling*

Die verbetering kan voor een belangrijk deel bewerkstelligd worden door de huidige regeling ingrijpend uit te breiden en aan te passen, daarbij de regeling in de WOR tot uitgangspunt nemend. Zou dat gebeuren, en zou de WMO gelijktijdig ook materieel-rechtelijk worden verbeterd, dan is op zichzelf bezien sprake van rechtsbeschermingsmogelijkheden van een voldoende omvang en kwaliteit.

Een bezwaar van de regeling is en blijft het ontbreken van een hoger beroepsmogelijkheid. Dat bezwaar tegen de huidige regeling is in het voorgaande nog niet aan de orde gekomen. Uitgaande van de kwalificatie als bindend advies bestaat weliswaar de mogelijkheid om de beslissing van de geschillencommissie aan de burgerlijke rechter ter toetsing voor te leggen, het blijft echter bij een zeer marginale toets. De enige instantie die zich daadwerkelijk buigt over alle aspecten van het geschil tussen schoolbestuur en MR is de geschillencommissie.¹⁶⁴

In verband met de op dit moment ontbrekende mogelijkheid van hoger beroep beveelt de Toetsingscommissie aan om de mogelijkheid te bieden dat uitspraken van geschillencommissies door belanghebbenden voor vernietiging worden voorgedragen in geval van (vermeende) strijd met het recht, ernstig vormverzuim daaronder begrepen. De Toetsingscommissie doet deze aanbeveling met name met het oog op het 'algemene belang' van de uniformiteit van de uitspraken. Een eventuele vernietiging zou (mede) daarom geen consequenties moeten hebben voor de individuele betrokkenen.¹⁶⁵

Dat deze aanbeveling in het Concept niet wordt overgenomen, lijkt terecht. Het is bijvoorbeeld onduidelijk aan wie de bevoegdheid tot vernietigen zou moeten worden opgedragen: zou dat een aparte instantie zijn, dan betekent de vernietigingsmogelijkheid dat weer een nieuwe 'commissie' wordt toegevoegd aan de toch al lange lijst van geschillenbeslechtters in het onderwijs; zou dat de burgerlijke rechter zijn, dan is de instantie wel 'bekend', maar de inhoud van de taak dermate nieuw en afwijkend dat om die reden weinig enthousiasme op zijn plaats is. Uitgaande van de kwalificatie als bindend advies brengt de vernietigingsmogelijkheid in wezen ook niets nieuws, want juist in geval van 'strijd met het recht' mag verwacht worden dat de burgerlijke rechter op verzoek van de MR dan wel het schoolbestuur verklaart dat het beroep op de beslissing door de ander in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁶ Dat is weliswaar niet hetzelfde als een vernietiging, maar het effect is vergelijkbaar (en de effecten zijn – terecht – voor de betrokkenen merkbaar). Een 'echte' hoger beroepsmogelijkheid, waarover ook de OR beschikt in art. 27-geschillen, verdient verre de voorkeur, niet vanwege de eenheid in de

164 Vgl. in dit verband ook hoofdstuk IX, par. 4.3.4, i.v.m. de commissie van beroep.

165 Vgl. (1987a), 30-31.

166 Vgl. hoofdstuk IX, par. 3.3.2, i.v.m. de commissie van beroep.

rechtstoepassing, maar omdat zij in staat stelt om het geschil opnieuw in volle omvang aan de orde te stellen.¹⁶⁷

4.5.2 Alternatief 2: de WOR

Om die reden zou het een voordeel zijn als de rechtsbescherming in geval van een geschil als gevolg van het onthouden van instemming zou zijn opgedragen aan de burgerlijke rechter. Aldus zou ook recht worden gedaan aan het bepaalde in art. 17 Gw.

Maar ook meer in het algemeen ligt voor de hand om de burgerlijke rechter in te schakelen. Ik herinner aan de conclusie die in par. 4.5 van het vorige hoofdstuk werd getrokken, namelijk dat het de voorkeur verdient om de WOR, op enkele punten aangepast, op het bijzonder onderwijs van toepassing te verklaren. Zou dat gebeuren, dan is er geen noodzaak om ook op het punt van de rechtsbescherming speciale voorzieningen te treffen. Met name is er geen reden om de rechtsbescherming niet aan de burgerlijke rechter op te dragen.

De Toetsingscommissie ziet dat anders. Zij heeft een duidelijke voorkeur voor het handhaven van de huidige situatie.¹⁶⁸ Met name twee in verband daarmee aangevoerde argumenten verdienen nadere aandacht.¹⁶⁹ Naar het oordeel van de Toetsingscommissie dient de geschillencommissie gehandhaafd te blijven omdat het naast juridische zaken ook om onderwijsinhoudelijke en schoolorganisatorische zaken gaat. Het tweede argument om de geschillencommissies te behouden is dat in verband met bepaalde geschillen de identiteit van de school een rol kan spelen, in welk verband de Toetsingscommissie wijst op het feit dat het bijzonder onderwijs in ontslagzaken – om dezelfde redenen – commissies van beroep kent.

Beide bezwaren zijn mijns inziens niet steekhoudend. Inderdaad is denkbaar dat in verband met de medezeggenschap geschillen ontstaan over richtinggevoelige kwesties. In par. 2.1 heb ik erop gewezen dat die mogelijkheid geen rol heeft gespeeld bij de beslissing om geschillencommissies in te stellen. Net als in verband met commissies van beroep rijst daarnaast de vraag of de mogelijkheid dat een geschil verband houdt met de richting van de school betekent dat de burgerlijke rechter gediskwalificeerd is als geschillenbeslechter. Ik meen – ook hier – van niet.¹⁷⁰

Het argument van de vereiste specifieke deskundigheid lijkt dan al sterker. Toch is het vraag of dat argument de burgerlijke rechter ongeschikt maakt als geschillenbeslechter. Een vergelijking met de WOR laat zien dat in dat kader de bevoegdheid tot het beslechten van talloze niet of nauwelijks juridische

167 Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.3.4.

168 Vgl. (1987a), 26-27.

169 Dat enige vorm van geschillenbeslechting nodig is (eerste argument), is niet een argument om die per se aan de geschillencommissie op te dragen. Dat het gaat om geschillen over voorgenomen besluiten en niet over definitief genomen besluiten (tweede argument) is evenmin overtuigend; vgl. de rol van de kantonrechter in het kader van art. 27 WOR.

170 Vgl. i.v.m. de commissie van beroep; hoofdstuk IX, par. 4.4.3.

geschillen juist is weggehaald bij de bedrijfscommissie en is opgedragen aan de kantonrechter. Daar kan tegenin worden gebracht dat de kantonrechter in de regel niet eerder beslist dan nadat de bedrijfscommissie de kans heeft gekregen om te bemiddelen en dat de kantonrechter op het moment dat hij beslist op de hoogte is van het advies van de bedrijfscommissie aan partijen. De bedrijfscommissie blijft aldus een belangrijke rol spelen. In wezen is sprake van een tussenoplossing, waarbij de beslissing is opgedragen aan de overheidsrechter, maar waarbij deze, als de bemiddelingspoging geen succes heeft, kan profiteren van de kennis en ervaring van een inhoudelijk deskundig te achten instantie.¹⁷¹ Deze wettelijke regeling maakt duidelijk dat het in wezen niet gaat om een 'of-of'-situatie, maar dat een zinnige combinatie van overheidsrecht-spraak en specifieke deskundigheid denkbaar is.

Dat geldt ook voor het bijzonder onderwijs. Voorstelbaar is tenslotte dat de rol van de bedrijfscommissies in verband met het bijzonder onderwijs wordt vervuld door de huidige geschillencommissie. Dat zou betekenen dat de kantonrechter beslist op basis van het advies van de geschillencommissie (en uitsluitend indien de bemiddelingspoging door de geschillencommissie niet slaagt). Zo kan gebruik worden gemaakt van de specifieke deskundigheid van de geschillencommissies, ook in verband met eventuele richtinggevoelige conflicten. Mogelijk wordt het geschil zelfs opgelost door bemiddeling van de geschillencommissie. Lukt dat niet, dan kunnen beide partijen in het geschil vervolgens profiteren van een procesgang die aan kwaliteit weinig of niets te wensen overlaat.

Uitgaande van toepasselijkheid van de WOR rijst de vraag op welke wijze het geschil beslecht moet worden dat ontstaat in geval het schoolbestuur afwijkt van een advies van de MR. De OR kan zich in dat geval tot de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam wenden. Dat heeft zonder twijfel te maken met de specifieke deskundigheid van de Ondernemingskamer. In het kader van de WMO zou de rol van de Ondernemingskamer kunnen worden vervuld door de eveneens specifiek deskundig te achten geschillencommissie, op voorwaarde dat voor een deugdelijke wettelijke regeling van de procesgang wordt gezorgd.

4.6 TOT SLOT

Deze oplossing ligt uiteraard voor de hand als gekozen wordt voor de zo veel mogelijk integrale toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs. Maar ook als de WMO als afzonderlijke wettelijke regeling van de medezeggenschap in openbaar en bijzonder onderwijs bewaard blijft, verdient deze opzet (waarbij de WMO de vereiste bepalingen dient te bevatten) sterk de voorkeur boven het handhaven van de geschillencommissies als eerste en enige geschillenbeslechtters.

171 Vgl. Kroes (1990).

De keuze voor de burgerlijke rechter betekent in beide gevallen uiteraard wel dat openbaar en bijzonder onderwijs qua rechtsbescherming niet langer in de pas lopen. Van groot belang lijkt dat niet. Ook op dit moment zijn er al verschillen, met name waar het gaat om de mogelijkheden om rechtsbescherming te zoeken buiten de geschillencommissie om.¹⁷² De loskoppeling van openbaar en bijzonder onderwijs betekent daarnaast dat ook voor het openbaar onderwijs gezocht kan worden voor een zo passend mogelijke opzet van de rechtsbescherming. De huidige opzet voldoet, gezien de kritiek vanuit het openbaar onderwijs, namelijk allerminst.¹⁷³

¹⁷² Vgl. Beurskens (1989b).

¹⁷³ Vgl. ook hoofdstuk X, par. 4.2.3.

Hoofdstuk XII – Conclusies

1 Inleiding

In hoofdstuk I heb ik na een korte inleiding de vijf vragen geformuleerd die ik in deze studie wilde beantwoorden.¹ Dat waren de volgende vragen.

- a Hoe is op dit moment de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs?
- b Op welke wijze is de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs gezien vanuit historisch perspectief tot stand gekomen?
- c In welke opzichten verschilt de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs van die van de werknemers in de (overige) private sector?
- d In hoeverre is de huidige sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs het resultaat van een afweging waarin de belangen van schoolbestuur en werknemer, naast andere daarvoor in aanmerking komende belangen, het gewicht hebben gekregen dat deze belangen binnen de huidige Nederlandse samenleving toekomt?
- e Is het, in het licht van het antwoord op de vraag onder d, nodig en mogelijk om in de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs veranderingen aan te brengen die bewerkstelligen dat zoveel als mogelijk recht wordt gedaan aan alle bij de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs betrokken belangen.

Met deze vragen als uitgangspunt zal ik hierna een aantal afsluitende conclusies formuleren ten aanzien van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

In par. 2 zullen de vragen a, b en c centraal staan. In deze paragraaf zal ik een korte recapitulatie geven van de huidige sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs, waarbij ik met name de aandacht zal richten op de onder b en c geschetste invalshoeken: de historische dimensie en de vergelijking met de situatie elders in de private sector.

1 Daarnaast was sprake van een verderstrekkende doelstelling. Deze doelstelling komt aan de orde in par. 4.6.

Vervolgens zal ik in par. 3 naar aanleiding van de vraag onder d een aantal conclusies trekken ten aanzien van de mate waarin de huidige regeling van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs recht doet aan de belangen van schoolbestuur en werknemer en aan de overige bij de arbeidsverhoudingen in het bijzonder onderwijs betrokken belangen.

In par. 4 zal tenslotte de vraag onder e centraal staan. In deze paragraaf zal ik een kort overzicht geven van de voorstellen voor verandering die in de voorgaande hoofdstukken werden geformuleerd.

2 Recapitulatie

2.1 UITGANGSPUNT

Uitgangspunt bij de beschrijving van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs moet zijn dat zij werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, gesloten met een rechtspersoon naar privaatrecht, die op geen enkele wijze deel uitmaakt van de openbare dienst.² Deze arbeidsovereenkomst wordt in principe beheerst door het BW en de overige sociaal-rechtelijke wetgeving wier toepasselijkheid afhangt van het bestaan van een arbeidsovereenkomst.³ De beslechting van geschillen tussen schoolbestuur en werknemers is in principe de taak van de burgerlijke rechter.⁴

Het is niet nodig om al te lang stil te staan bij de principes die in dit verband een rol spelen. De werknemers in het bijzonder onderwijs nemen geen andere positie in dan de werknemers elders in de private sector. Dat wil zeggen dat de toepasselijke sociaal-rechtelijke wetgeving de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer wil reguleren, daarbij rekening houdend met de in veel opzichten ongelijke positie waarin het schoolbestuur — als werkgever — en de werknemer verkeren.⁵

2.2 UITZONDERINGEN: DE PRINCIPES

Interessanter zijn de principes die hebben geleid tot de op onderdelen afwijkende regeling van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Het zijn de twee kanten van het onderwijsgrondrecht die hier met name van invloed zijn: de vrijheid van onderwijs en de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven.

De vrijheid van onderwijs wordt over het algemeen onderscheiden in de

² Vgl. hoofdstuk IV, waar ook de uitzonderingen (geen rechtspersoon naar privaatrecht, geen arbeidsovereenkomst) aan de orde komen.

³ Vgl. hoofdstuk V, par. 2, par. 4.

⁴ Vgl. hoofdstuk IX, par. 1, par. 3; hoofdstuk XI, par. 3.

⁵ Vgl. hoofdstuk III, par. 4.1; hoofdstuk IX, par. 2.4.2.

vrijheid van richting, de vrijheid van oprichting en de vrijheid van inrichting. In rechtspositioneel opzicht is de invloed aanwijsbaar van de vrijheid van richting en van de vrijheid van inrichting.⁶ Daarnaast hebben een rol gespeeld de opvatting dat de overheid alleen een taak heeft ten aanzien van het bijzonder onderwijs indien de deugdelijkheid van het onderwijs in het geding is (dat haar althans grote terughoudendheid past als dat niet het geval is)⁷ en de opvatting dat de overheid de positie van de schoolbesturen als dragers van het onderwijsgrondrecht dient te respecteren en er ook op toe dient te zien dat de andere bij de school betrokkenen (waaronder met name de werknemers) datzelfde doen.⁸ Anderzijds is de rechtspositie van de werknemers beïnvloed door de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs en door de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven.⁹ Een zeker zo sterke invloed heeft in verband daarmee het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs.¹⁰

De invloed van deze principes is niet steeds dezelfde. In een aantal gevallen hebben zij geleid tot overheidsop treden dat naar zijn inhoud afwijkt van hetgeen elders in de private sector gebruikelijk is (vgl. par. 2.4). Zeker zo opvallend is echter de invloed op de mate van overheidsingrijpen op rechtspositioneel gebied. In sommige gevallen is sprake van grote terughoudendheid (vgl. par. 2.5), in ander verband valt juist de overheersende positie van de overheid op (par. 2.6). Tenslotte valt op dat veel overheidsop treden is gegoten in een typische vorm, die van de bekostigingsvoorwaarde (par. 2.7).

2.3 UITZONDERINGEN: NAAR INHOUD AFWIJKENDE BEPALINGEN

Naar hun inhoud afwijkende rechtspositionele bepalingen kunnen worden aangetroffen op alle drie de gebieden die in deze studie centraal staan: het ontslagrecht, het recht inzake het collectief overleg en het medezeggenschapsrecht.

In verband met het ontslagrecht is het meest opvallende voorbeeld de uitzonderingspositie die voor het bijzonder onderwijs gecreëerd lijkt te gaan worden in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Beoogd wordt binnen het bijzonder onderwijs het maken van onderscheid op ruimere schaal toe te laten, dan elders in de samenleving. Dat gebeurt met name met het oog op de vrijheid van richting; tevens wordt een speciaal belang gehecht aan de positie van het schoolbestuur.¹¹ Met (aanstelling en) ontslag hangen samen de bepalingen inzake de bekwaamheid en zedelijkheid van de met onderwijs be-

6 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.2, par. 2.4.4.

7 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.2.

8 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.7; hoofdstuk X, par. 2.5; hoofdstuk XI, par. 2.1.

9 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5.

10 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.8.4, hoofdstuk VII, par. 4.1; hoofdstuk IX, par. 2.1; hoofdstuk X, par. 2.1.

11 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6.

laste werknemers; zij houden verband met de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs.¹²

Ook de wettelijke regeling van het IGO, het georganiseerd overleg binnen de afzonderlijke instellingen voor middelbaar en hoger beroepsonderwijs, kent bepalingen die naar hun inhoud zijn beïnvloed door het onderwijsgrondrecht. Ik wijs op de bepalingen die de mogelijkheid bieden om de overlegpartners aan werknemerszijde te selecteren met het oog op hun (godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke) signatuur.¹³ Hier is de vrijheid van richting duidelijk van invloed, in combinatie met de opvatting dat de positie van het schoolbestuur gerespecteerd dient te worden. Dat laatste principe heeft ook geleid tot een sterk afwijkende opzet van het IGO als geheel, zij het dat in dat verband ook het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs van invloed is geweest.¹⁴

Speciale, door het onderwijsgrondrecht beïnvloede bepalingen bevat tenslotte de Wet medezeggenschap onderwijs (WMO). Dát het bijzonder onderwijs een wettelijke regeling van de medezeggenschap van de werknemers kent, heeft een sociaal-rechtelijke oorsprong.¹⁵ Een relatie tussen medezeggenschap en de deugdelijkheid van het onderwijs werd daarentegen bewust niet gelegd.¹⁶ De inhoud van de regeling is echter wel sterk beïnvloed door het onderwijsgrondrecht en met name door de vrijheid van onderwijs. Ik wijs op de algehele ontheffingsmogelijkheid in art. 18 WMO.¹⁷ Hier is heel duidelijk de vrijheid van richting van invloed geweest. In dezelfde sfeer, zij het iets ruimer van opzet, ligt de mogelijkheid om het passieve kiesrecht van de werknemers (en ouders en leerlingen) te beperken ter bescherming van de grondslag en doelstellingen van de school.¹⁸ Op de achtergrond speelt ook hier de vrijheid van richting een rol; de bescherming daarvan geschiedt echter op indirecte wijze, namelijk door te voorkomen dat de positie van het schoolbestuur in gevaar komt doordat de medezeggenschapsraad (MR) op ongewenste wijze gebruik maakt van zijn rechten. De opvatting dat het schoolbestuur als zodanig (en niet namens de ouders en leerlingen) drager is van de vrijheid van onderwijs heeft er tenslotte toe geleid dat zowel de werknemers als de ouders en leerlingen via één raad medezeggenschap hebben.¹⁹

2.4 UITZONDERINGEN: WEINIG OVERHEIDSOPTREDEN

Zeker zo kenmerkend voor de invloed van het onderwijsgrondrecht als de inhoudelijk door het onderwijsgrondrecht beïnvloede bepalingen is de mate

12 Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.1; hoofdstuk VIII, par. 3.2.2.

13 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.3.

14 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.5 e.v.

15 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5.

16 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5.

17 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.11.3.

18 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.2.5.

19 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.5, par. 4.4.

van overheidsbemoeienis met de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs.

In een aantal gevallen is sprake van een grote mate van terughoudendheid, zeker als een vergelijking wordt gemaakt met de situatie elders in de private sector. Dat geldt bijvoorbeeld voor de WMO, die uitsluitend 'basisbepalingen en garanties' bevat.²⁰ Op dit punt moet de terughoudendheid vooral in verband worden gebracht met de vrijheid van inrichting en met de opvatting dat de wetgever de vrijheid van het schoolbestuur als drager van het onderwijsgrondrecht niet nodeloos dient te beperken.²¹

Als gevolg van de terughoudendheid van de wetgever kent het bijzonder onderwijs, vergeleken met de (overige) private sector, een bijzonder summie-re medezeggenschapsregeling, die de verantwoordelijkheid voor de vereiste regelgeving voor een belangrijk deel bij de direct betrokkenen – schoolbestuur en MR – legt. Naar is gebleken zijn de betrokkenen niet bereid dan wel in staat geweest om deze verantwoordelijkheid volledig waar te maken.²² Het gevolg daarvan is dat de medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs door duidelijk minder regels wordt beheerst dan de medezeggenschap van de werknemers elders in de private sector op basis van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).²³

Ook het ontslagrecht wordt gekenmerkt door een grote mate van terughoudendheid van de zijde van de overheid.²⁴ Hier is het vooral de vrijheid van richting die daaraan ten grondslag ligt, meer in het bijzonder het principe dat de overheid zich niet (althans zo min mogelijk) dient in te laten met de mogelijkheid door de richting van de school beïnvloede ontslagen in het bijzonder onderwijs.²⁵ Onderwijswetgeving op ontslaggebied ontbreekt dan ook vrijwel volledig. En waar wettelijke bepalingen zijn vastgesteld, zijn deze inhoudelijk gezien erg terughoudend. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bepalingen die de verplichting bevatten om de ontslaggronden in de akte van benoeming vast te leggen. Het opleggen van deze verplichting is ingegeven door sociaal-rechtelijke motieven, daarnaast door de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs; zij laat de vrijheid van het bijzonder onderwijs echter onverlet, omdat de wettelijke bepalingen zich niet uitlaten over aard en inhoud van de ontslaggronden.²⁶

Dit alles betekent dat ook in verband met het ontslagrecht de verantwoordelijkheid voor de vereiste regelgeving voor een belangrijk deel bij de direct betrokkenen – in dit geval vooral de organisaties van schoolbesturen en werknemers – is gelegd. In het voorgaande is gebleken dat de direct betrokkenen

20 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.1, par. 2.5, par. 4.3.

21 Vgl. hoofdstuk X, par. 2.1.

22 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.3.3.

23 Vgl. ook par. 3.4.9 hierna.

24 Dat geldt ook voor de aanstelling, een onderwerp dat in de voorgaande hoofdstukken niet afzonderlijk aan de orde is geweest. Vgl. wel hoofdstuk III, par. 2.8.2.

25 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.1; hoofdstuk IX, par. 2.1.

26 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.2.4.

deze verantwoordelijkheid hebben 'waargemaakt', met name door aansluiting te zoeken bij het ambtenarenontslagrecht.²⁷

Het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs laat zien dat niet alleen van de wetgever terughoudendheid wordt gevraagd. Datzelfde geldt voor het bestuur. Het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen (BBA) is niet van toepassing op het bijzonder onderwijs; heersende leer is dat dat verband houdt met de vrijheid van onderwijs. De Regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening (de RDA, die niet tot de overheid behoort, maar wel een overheidsbevoegdheid uitoefent) zou zich niet dienen te bemoeien met de mogelijk richtinggevoelige ontslagen in het bijzonder onderwijs.²⁸

Tenslotte laat het ontslagrecht zien dat ook van de burgerlijke rechter terughoudendheid wordt gevraagd. Een belangrijk deel van de ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer wordt beslecht door commissies van beroep en niet door de burgerlijke rechter. Het bestaan van de commissies van beroep vindt weliswaar ten dele zijn grond in de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs, in het principe van de rechtspositionele gelijkheid en, in verband daarmee, in de sociaal-rechtelijke wens om de werknemers in het bijzonder onderwijs een deugdelijke ontslagbescherming te bieden.²⁹ De wijze waarop een en ander is uitgewerkt, is echter duidelijk beïnvloed door de vrijheid van richting.³⁰

2.5 UITZONDERINGEN: VEEL OVERHEIDSOPTREDEN

De wetgeving die de overheid invloed geeft op de (financiële) arbeidsvoorwaarden in de private sector is niet of nauwelijks van toepassing op het bijzonder onderwijs.³¹ Dat houdt geen verband met de vrijheid van onderwijs; van terughoudendheid van de overheid ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs is (de zojuist genoemde uitzonderingen in verband met de vrijheid van richting daargelaten) juist geen sprake. De wetgeving is niet van toepassing, omdat de overheidsinvloed niet afhankelijk is van de mogelijkheden tot ingrijpen die de Wet op de loonvorming (LW) en de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS) bieden. Het is de overheid zelf die over de arbeidsvoorwaarden in het onderwijs georganiseerd overleg voert met de organisaties van overheids- en onderwijspersoneel en die de resultaten van dat overleg door middel van bekostigingsvoorwaarden (feitelijk) dwingend oplegt aan de schoolbesturen en werknemers in het bijzonder onderwijs.

27 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.3.3; par. 3.3.4; par. 4.2.3.

28 Vgl. hoofdstuk V, par. 3.2.

29 Vgl. hoofdstuk IX, par. 2.1.

30 I.v.m. de medezeggenschap en het collectief overleg zijn eveneens speciale 'geschillenbeslechts' in het leven geroepen, hier grotendeels zonder de principiële achtergrond die de commissies van beroep kenmerkt. Vgl. m.n. hoofdstuk XI, par. 2.1.

31 Vgl. hoofdstuk V, par. 5.

De overheersende rol van de overheid op het gebied van de arbeidsvoorwaarden houdt verband met de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven en met het principe van de rechtspositionele gelijkheid. Met name dat laatste is van groot belang. De achtergrond van de rechtspositionele gelijkheid is de gedachte dat het ongewenst is dat openbaar en bijzonder onderwijs elkaar concurrentie aandoen door betere arbeidsvoorwaarden te bieden, eventueel zelfs beter dan mogelijk is op grond van de van rijkswege ter beschikking gestelde gelden. Die gedachte, maar ook de grote hoeveelheid geld die met de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs gemoeid is (met alle verbanden van dien voor de overheidszorg voor het algemeen sociaal-economisch belang) hebben geleid tot de overheersende rol voor de overheid op arbeidsvoorwaardengebied.³² De arbeidsvoorwaarden van de werknemers in het bijzonder onderwijs hebben daardoor een sterk 'ambtelijk' karakter.

Op dit moment doet de overheid in verband met de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs in verschillende opzichten een stapje terug. Dat houdt geen verband met het onderwijsgrondrecht. Het zijn de inmiddels gebleken bezwaren van de sterk centrale opzet van de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs (de geringe beheersbaarheid van de kosten, de grote hoeveelheid 'bureaucratie') die tot deze veranderingen leiden. Van deze veranderingen kan zelfs gezegd worden dat zij het principe van de rechtspositionele gelijkheid op zijn minst sterk relativeren.³³

2.6 UITZONDERINGEN: NAAR VORM EN WERKING AFWIJKENDE BEPALINGEN

Een verschijnsel dat nagenoeg alle overheidsoptreden in verband met de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs kenmerkt is de vorm waarin het optreden wordt gegoten: die van tot het schoolbestuur gerichte bekostigingsvoorwaarden. Kenmerkend daarvoor is dat hun naleving niet rechtstreeks kan worden afgedwongen door de overheid; kenmerkend is tevens dat zij niet rechtstreeks doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer.³⁴

De achtergrond daarvan is de vrijheid van onderwijs, in die zin dat de wetgever het schoolbestuur de vrijheid wil laten om – weliswaar op straffe van het verlies van de bekostiging, maar niettemin – te kiezen voor het behoud van de eigen vrijheid boven de gebondenheid aan de onderwijswetgeving. Een uitzondering is alleen gemaakt voor de bepalingen die verband houden met de bekwaamheid en zedelijkheid van het onderwijzend personeel, bepalingen die in de ogen van de wetgever kennelijk dermate belangrijk zijn in verband met

32 Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.1.

33 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5.3 e.v.; hoofdstuk VII, par. 4.3.

34 Vgl. hoofdstuk VI, par. 4, par. 5.

de deugdelijkheid van het onderwijs, dat zij dwingend aan alle bijzondere scholen kunnen worden opgelegd – bekostigd of niet.³⁵

Vergeleken met de gang van zaken elders in de private sector is deze vormgeving van het overheidsoptreden vrij uniek. Gebruikelijk is tenslotte dat de sociaal-rechtelijke wetgeving rechtstreeks – en in veel gevallen dwingend – doorwerkt in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer en dat de werknemer de naleving van deze bepalingen rechtstreeks, desnoods tot voor de rechter, kan afdwingen.

2.7. TOT SLOT

Het overzicht in de voorgaande paragrafen maakt duidelijk dat het onderwijsgrondrecht in verschillende opzichten een ingrijpende invloed heeft op de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs. Bij een vergelijking met de rechtspositie van de werknemers elders in de private sector valt op dat de juridische grondslag weliswaar dezelfde is (de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst), maar dat op die basis een sterk op het ambtenarenrecht gelijkend stelsel van rechtspositionele bepalingen tot stand is gebracht, door de direct betrokkenen zelf (het ontslagrecht) dan wel door de overheid (de overige individuele aspecten van de rechtspositie). Op het gebied van de medezeggenschap is het meest karakteristieke kenmerk de beknoptheid van de regeling.

De aan het onderwijsgrondrecht ontleende principes op rechtspositioneel gebied zijn voor een deel bijzonder oud. Dat de overheidszorg voor de deugdelijkheid van het onderwijs en de vrijheid van onderwijs (en met name de vrijheid van richting) rechtspositionele consequenties kunnen hebben, werd al in de vorige eeuw duidelijk.³⁶ Het principe van de rechtspositionele gelijkheid en de aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven dateren uit de eerste decennia van deze eeuw.³⁷ Tegen de achtergrond van schoolstrijd en verzuiling is dit alles geheel begrijpelijk. Onderscheid op basis van godsdienstige en politieke opvattingen bijvoorbeeld was als het ware een grondtrek van de samenleving.³⁸

In voorgaande hoofdstukken is genoegzaam gebleken dat, met name sedert de jaren zestig, het nodige is veranderd in de samenleving als geheel, maar ook in het bijzonder onderwijs. Veel minder dan voorheen wordt een verband gelegd tussen de godsdienst dan wel levensbeschouwing en onderwijs.³⁹ Het is opmerkelijk dat met name een principe als de vrijheid van richting als gevolg daarvan niet aan belang heeft ingeboet. De gang van zaken rond de AWGB

35 Vgl. hoofdstuk VI, par. 3.1; hoofdstuk VIII, par. 3.2.2.

36 Vgl. hoofdstuk II, par. 2.2.1, par. 2.2.5; hoofdstuk III, par. 2.4.

37 Vgl. hoofdstuk II, par. 2.3.1; hoofdstuk III, par. 2.5, par. 2.8.4.

38 Vgl. hoofdstuk II, par. 3.

39 Vgl. hoofdstuk II, par. 4, par. 5.

maakt dat duidelijk.⁴⁰ Opmerkelijk is eveneens dat juist sedert de jaren zestig aan het onderwijsgrondrecht nieuwe aanspraken op overheidsonthouding worden ontleend, althans aanspraken die met nieuwe kracht en vasthoudendheid worden verdedigd. Dat geldt voor de aanspraak op vrijheid van inrichting, voor de opvatting dat overheidsoptreden uitsluitend mogelijkheid is indien de deugdelijkheid van het onderwijs in het geding is en voor de opvatting dat het schoolbestuur als zodanig drager is van de vrijheid van onderwijs.⁴¹ In het voorgaande is gebleken dat de wetgever, bijvoorbeeld in verband met de medezeggenschap en de gelijke behandeling, bereid is om deze 'nieuwe' aanspraken te honoreren, door er rechtspositionele consequenties aan te verbinden ten aanzien van het gehele bijzonder onderwijs.⁴²

3 Evaluatie

3.1 UITGANGSPUNT

Doet huidige regeling van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs recht aan de belangen van de werknemers, van de schoolbesturen en van andere belanghebbenden (waarbij met name gedacht moet worden aan de overheid – in verschillende gedaanten – en daarnaast aan de ouders en de leerlingen)? Die vraag zal in deze paragraaf centraal staan. Ik zal er daarbij met name naar streven om de conclusies die in de voorgaande hoofdstukken op onderdelen werden getrokken met elkaar in verband te brengen.

Ik stel daarbij voorop, zoals ook al eerder in deze studie gebeurde, dat een afweging van belangen onvermijdelijk is, met andere woorden: dat noch de met het onderwijsgrondrecht verband houdende belangen steeds zwaarder wegen dan de belangen van de werknemers, noch het omgekeerde.⁴³ Bij de aldus noodzakelijke belangenafweging werd in de voorgaande hoofdstukken tot uitgangspunt genomen het principe dat de werknemers in het bijzonder onderwijs recht hebben op een sociaal-rechtelijke positie die gelijk dan wel gelijkwaardig is aan die van de werknemers elders in de private sector, terwijl een aantoonbaar slechtere rechtspositie uitsluitend aanvaardbaar is indien daarvoor (met name gezien het onderwijsgrondrecht) deugdelijke redenen zijn.⁴⁴ In verband met deze benaderingswijze werd al eerder opgemerkt dat zij er als het ware toe leidt dat de bewijslast aan de zijde van het onderwijsgrondrecht wordt gelegd, maar dat zij de overheid (wetgever, rechter) niet ontslaat van de verplichting om in ieder concreet geval zo open en eerlijk mogelijk een

40 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6 e.v.

41 Vgl. hoofdstuk III, par. 5.2.2.

42 Ik wijs op de IGO-regeling, de AWGB en de WMO.

43 Vgl. hoofdstuk III, par. 4.3, par. 4.5.

44 Vgl. hoofdstuk III, par. 3.4.

afweging van de betrokken belangen te maken.⁴⁵

In een enkel geval laat de belangenafweging inderdaad weinig of niets te wensen over (vgl. par. 3.2). In een veel groter aantal gevallen zijn er echter redenen om vraagtekens te zetten bij de wijze waarop bij de regeling van de rechtspositie van de werknemers rekening is gehouden met de belangen van alle betrokkenen (vgl. par. 3.3).

3.2 POSITIEF

Optimaal zou zijn het geval waarin alle relevante (en geen andere) principes op evenwichtige wijze in een concrete regeling van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs worden vertaald, terwijl die regeling vervolgens in de praktijk tot de beoogde resultaten blijkt te leiden.

Een voorbeeld daarvan is het bepaalde in art. 18 WMO.⁴⁶ Een volledige ontheffing van de verplichting om de WMO na te leven gaat bijzonder ver. De ontheffing kan echter op haar plaats zijn als de godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke opvattingen die binnen de school tot uitgangspunt worden genomen zich inderdaad verzetten tegen (enige, dan wel door de overheid opgelegde) medezeggenschap. Uitsluitend op die gevallen, waarin de vrijheid van richting in het geding is, is art. 18 WMO dan ook van toepassing. De gekozen oplossing – een volledige ontheffing – stelt de wetgever in staat om voor alle andere gevallen een ‘normale’, volledige regeling tot stand te brengen.⁴⁷ Ontheffing is uitsluitend mogelijk indien de overgrote meerderheid van de werknemers (en de ouders en de leerlingen) daarmee accoord gaat. Het is aldus niet alleen het schoolbestuur dat beslist over de noodzaak om een ontheffing aan te vragen. Op deze wijze wordt recht gedaan aan de grote betrokkenheid van de belangen van alle betrokkenen; tevens wordt uitgesloten dat een ontheffing wordt aangevraagd op basis van godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke opvattingen die in de praktijk voor de direct betrokkenen geen wezenlijke betekenis meer hebben. De noodzaak om een eenmaal verkregen ontheffing te behouden, wordt periodiek heroverwogen. Aldus wordt rekening gehouden met het feit dat de richting van de school, voor zover die in de praktijk blijkt, niet een onveranderlijk gegeven is. Verzoeken om ontheffing worden getoetst door de overheid, terwijl het schoolbestuur anderzijds deugdelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden worden geboden. In de praktijk blijkt dat slechts zelden gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die art. 18 WMO biedt; waar dat gebeurt, is dat geheel terecht.

⁴⁵ Vgl. hoofdstuk III, par. 5.2.7.

⁴⁶ Vgl. hoofdstuk X, par. 3.11.3.

⁴⁷ I.v.m. de WMO is – om andere redenen – van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Vgl. de par. 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4 en 3.4.9 hierna.

3.3 NEGATIEF

3.3.1 Algemeen

Andere gevallen, waarin de principes, de wettelijke uitwerking en de praktijk 'kloppen', ben ik niet tegengekomen. Dat wil niet zeggen dat de wettelijke regeling dan wel de wijze waarop zij in de praktijk wordt gehanteerd in alle opzichten een negatief oordeel verdient – wel dat steeds opnieuw in een of ander opzicht de belangenafweging niet optimaal blijkt te zijn.

Dat is ten dele het geval omdat de wetgever dan wel de direct betrokkenen zich hebben gebaseerd op principes die aanvechtbaar zijn (par. 3.4.2). In een aantal opzichten is de afweging verkeerd uitgevallen (vgl. par. 3.4.3) en is, in verband daarmee, te weinig onderscheid gemaakt binnen de kring van het bijzonder onderwijs en ten dele ook binnen de kring van de betrokken werknemers (vgl. par. 3.4.4). Een punt van kritiek is ook dat in sommige opzichten zonder noodzaak te vergaande consequenties zijn verbonden aan een bepaald principe (par. 3.4.5). In een enkel geval is het gekozen middel niet geëigend om het gestelde doel te bereiken (par. 3.4.6). In een aantal gevallen is sprake van inconsequenties (vgl. par. 3.4.7). In de sfeer van de rechtsbescherming valt op, ten dele in verband daarmee, dat een te groot wantrouwen bestaat tegen de burgerlijke rechter als beslechter van godsdienstig dan wel levensbeschouwelijk getinte geschillen (vgl. par. 3.4.8). Tenslotte kan gesignaleerd worden dat de direct betrokkenen (schoolbesturen, werknemers en hun organisaties) hun verantwoordelijkheden, vooral waar het gaat om het opstellen van nadere regels, niet waarmaken (vgl. par. 3.4.9).

3.3.2 Principes

In hoofdstuk III werd geconcludeerd dat zowel de vrijheid van inrichting, als de opvatting dat de overheid uitsluitend mag optreden indien de deugdelijkheid van het onderwijs in enge zin in het geding is, alsook de opvatting dat het schoolbestuur als zodanig drager is van het onderwijsgrondrecht en – enkel om die reden – aanspraak kan maken op respect voor zijn positie, geen zelfstandige aanspraken op overheidsonthouding geven.⁴⁸

Dat betekent dat overal waar aan deze principes rechtspositionele consequenties zijn verbonden, dat ten onrechte is gebeurd. In verband met de medezeggenschap is dat het geval ten aanzien van twee van de drie hiervoor genoemde principes. Ten aanzien van de WMO werd dan ook in hoofdstuk X de conclusie getrokken dat de wetgever zich ten onrechte heeft beperkt tot het opstellen van een wettelijke regeling die slechts basisbepalingen en garanties bevat en evenzeer ten onrechte de werknemers en de ouders en leerlingen in één raad medezeggenschap heeft gegeven.⁴⁹

De opvatting dat indien de deugdelijkheid van het onderwijs niet in het geding is, de wetgever uiterst terughoudend dient te zijn, heeft wel een rol

48 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.4.4, par. 2.6.5, par. 2.7.9.

49 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.3.

gespeeld bij het totstandkomen van de WMO, maar de wetgever is kennelijk teruggeschrokken voor de uiterste consequentie van die opvatting, namelijk dat hij bij het vaststellen van de WMO-als-bekostigingsvoorwaarde de vrijheid van richting niet in acht behoefde te nemen.⁵⁰

3.3.3 Afweging

In een aantal gevallen heeft de wetgever terecht geconstateerd dat een bepaald met het onderwijsgrondrecht samenhangend principe in het geding is, maar blijkt uit de uiteindelijk tot stand gebrachte wettelijke regeling dat een verkeerde afweging is gemaakt met de rechtspositionele belangen van de werknemers.

Ik wijs op de volgende in de voorgaande hoofdstukken geconstateerde voorbeelden. In de wettelijke regeling van het IGO is niet alleen de in par. 2.4 genoemde mogelijkheid om de overlegpartners op basis van godsdienstige dan wel levensbeschouwelijke gronden te selecteren opgenomen, tevens wijkt de gehele opzet van het overleg, inclusief de geschillenregeling, zonder noodzaak af van de opzet van het georganiseerd overleg zoals dat elders (door de overheid) gevoerd wordt.⁵¹ Ik wijs daarnaast op de onjuiste en overbodige mogelijkheid om het passieve kiesrecht in verband met de MR te beperken.⁵²

In verband met de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs laat de overheid haar eigen belangen te zwaar wegen, ten koste van de werknemersorganisaties, maar vooral van de schoolbesturen en hun recht op collectief overleg. Het algemeen sociaal-economisch belang, de zorg voor de deugdelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs en de rechtspositionele gelijkheid met het oog op de belangen van het openbaar onderwijs rechtvaardigen een zekere mate van overheidsinvloed op de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs. De huidige opzet van het collectief overleg kent de overheid echter een te vergaande mate invloed toe.⁵³

3.3.4 Onderscheid

In sommige gevallen hangt de conclusie dat de betrokken belangen verkeerd worden afgewogen samen met het feit dat het bijzonder onderwijs te zeer over één kam wordt geschoren. Met name wordt ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat het algemeen-bijzonder onderwijs (in de regel) geen richting kent en derhalve ook geen aanspraak kan maken op vrijheid van richting.⁵⁴

Dat betekent dat alle overheidsingrijpen op die grond misplaatst is voor zover het mede van toepassing is op het algemeen-bijzonder onderwijs. Hetzelfde geldt uiteraard voor de overheidsonthouding die verband houdt met de

50 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.6.5; hoofdstuk X, par. 2.5.

51 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.5.

52 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.2.5.

53 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.3, par. 7.4.

54 Vgl. hoofdstuk II, par. 2.4.6.

vrijheid van richting. Om deze reden werd in hoofdstuk VII kritiek uitgeoefend op de opzet van het IGO⁵⁵, in hoofdstuk VIII op de AWGB⁵⁶, in hoofdstuk IX op de verplichting om commissies van beroep in te stellen⁵⁷ en in hoofdstuk X op het te ruime toepassingsgebied van art. 4 lid 11 WMO.⁵⁸

Ook ten aanzien van de scholen die niet of nog slechts zeer ten dele confessioneel dan wel levensbeschouwelijk zijn, verbindt de wetgever in een aantal gevallen te vergaande consequenties aan de vrijheid van richting. Deze scholen dient uiteraard de vrijheid te worden gelaten om precies zo veel – of weinig – confessioneel of levensbeschouwelijk te zijn als de direct betrokken zelf noodzakelijk achten. Het is echter niet juist als de wetgever op voorhand rechtspositieele consequenties verbindt aan de vrijheid van richting, als die richting in de praktijk niet of nauwelijks haar weerslag vindt in het aanstellingsbeleid, de toelating van de leerlingen en de inhoud van het onderwijs. Ik wijs in dit verband opnieuw op de AWGB en op de mogelijkheid om het passieve kiesrecht te beperken op grond van art. 4 lid 11 WMO.⁵⁹

In verband met de AWGB werd in hoofdstuk VIII ook gewezen op de omstandigheid dat ten onrechte geen onderscheid wordt gemaakt tussen de werknemers binnen de bijzondere school op basis van de functie die zij vervullen.⁶⁰

3.3.5 Consequenties

Op één punt lijkt de wetgever de oorspronkelijke achtergrond van een op zichzelf bezien relevant en juist principe uit het oog te zijn verloren. Ik doel op het principe van de rechtspositieele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs. De oudste voorbeelden van de consequenties die de wetgever heeft verbonden aan het principe laten zien dat het om essentiële verschillen in rechtspositie ging, ten voordele van het openbaar onderwijs, waardoor het openbaar onderwijs een betere positie innam op de arbeidsmarkt dan het bijzonder onderwijs. Die constatering leidde in 1905 tot de toepasselijk verklaring van de ambtelijke pensioenwetgeving op het bijzonder onderwijs en tot de invoering van de commissies van beroep.⁶¹

In de afgelopen decennia is de rechtspositieele gelijkheid echter meer beoefend als 'l'art pour l'art' dan als middel om te bevorderen dat openbaar en bijzonder onderwijs gelijke ontwikkelingsmogelijkheden hebben. Zij werd tot principe verheven en tot in de kleinste details verwezenlijkt. Op sommige punten werd zelfs uit het oog verloren dat openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs in juridisch opzicht een geheel verschillende (eenzijdig-publiek-rechtelijke respectievelijk tweezijdig-privaatrechtelijke) grondslag hebben. Twee voorbeelden zijn: de IGO-regeling, die er ten onrechte van uit gaat dat

55 Vgl. par. 7.4.5.

56 Vgl. par. 4.4.7.

57 Vgl. par. 4.4.2.

58 Vgl. par. 3.2.5.

59 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.8; hoofdstuk X, par. 3.2.5.

60 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.8.

61 Vgl. hoofdstuk II, par. 2.2.5; hoofdstuk IV, par. 2.3; hoofdstuk IX, par. 2.1.

ook in het bijzonder onderwijs de arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden vastgesteld⁶²; de medezeggenschapsregeling in de WMO, die in het openbaar onderwijs een wijze van geschillenbeslechting brengt die haaks staat op hetgeen elders binnen de overheid gebruikelijk is.⁶³

De afgelopen jaren heeft het principe van de rechtspositionele gelijkheid een belangrijk deel van zijn scherpte verloren, met name in het hoger beroeps-onderwijs, in samenhang met de invoering van een gewijzigde opzet van de financiering.⁶⁴ Wellicht is dat een eerste aanwijzing dat wordt teruggekeerd naar de oorsprong: eenheid in rechtspositie is vereist waar een verschil openbaar dan wel bijzonder onderwijs in een aanwijsbaar slechtere positie op de arbeidsmarkt zou plaatsen; verschillen zijn aanvaardbaar waar dat niet het geval is; zij zijn onvermijdelijk indien en voorzover zij het gevolg zijn van het verschil in juridische grondslag van openbaar en bijzonder onderwijs.

3.3.6 *Effectiviteit*

Als middel om de vrijheid van het bijzonder onderwijs ten opzichte van de overheid extra te benadrukken is het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving volkomen ineffectief. De feitelijke noodzaak om subsidie te ontvangen en te blijven ontvangen is dermate groot, dan vrijwel geen enkel schoolbestuur inderdaad in vrijheid de keuze kan maken tussen het accepteren van de subsidie (en de daaraan verbonden voorwaarden) en het afstand doen van de subsidie (met als gevolg dat de gebondenheid aan de bekostigingsvoorwaarden een einde neemt).⁶⁵

Dat betekent dat het bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden ten aanzien van het bijzonder onderwijs geen verschil maakt of het optreden is gegoten in de vorm van 'normale' wettelijke bepalingen dan wel bekostigingsvoorwaarden. Die conclusie werd dan ook getrokken aan het slot van hoofdstuk VI en in daarop volgende hoofdstukken tot uitgangspunt genomen.⁶⁶

3.3.7 *Consistentie*

Een punt van kritiek dat afzonderlijk genoemd verdient te worden is het gebrek aan consistentie in het optreden van de wetgever. Een sprekend voorbeeld vormt de AWGB wanneer zij wordt vergeleken met het hiervoor behandelde art. 18 WMO. Anders dan in de WMO wordt in verband met de AWGB (bijvoorbeeld) de positie van het schoolbestuur vrijwel kritiekloos vooropgesteld, is de regeling ook op het algemeen-bijzonder onderwijs van toepassing en wordt toetsing door de rechter vrijwel onmogelijk geacht.⁶⁷ Dit zijn

62 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.9.

63 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.2.3, hoofdstuk XI, par. 4.6.

64 Vgl. hoofdstuk III, par. 2.5.4; hoofdstuk VII, par. 4.3.

65 Vgl. hoofdstuk VI, par. 5.1.

66 Vgl. hoofdstuk VI, par. 6.2; hoofdstuk VIII, par. 4.2.4.

67 Vgl. hoofdstuk VII, par. 4.4.6, par. 4.4.9; hoofdstuk X, par. 3.11.3.

onverklaarbare (en niet alleen daarom) onterechte verschillen.

Een ander voorbeeld in de sfeer van de gelijke behandeling vormt het grote contrast tussen de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, waar voor op zijn minst begrijpelijke bezwaren vanuit orthodox-protestantse kring geen begrip bestond, en de AWGB die – als gezegd – het gehele bijzonder onderwijs op een bijzonder ruimhartige wijze uitzondert van de hoofdregel.⁶⁸

3.3.8 *Wantrouwen*

In aansluiting op het voorgaande wijs ik erop dat de commissies van beroep in de gangbare opvatting nog steeds hun bestaansrecht ontleen aan de opvatting dat het ongewenst is dat de burgerlijke rechter zich inlaat met de beslechting van ontslaggeschillen tussen schoolbestuur en werknemer, omdat deze mogelijk verband houden met de richting van de school.⁶⁹ Daar staat tegenover dat een belangrijk deel van deze ontslaggeschillen niettemin door de burgerlijke rechter beslecht wordt en dat zowel de wetgever als de direct betrokkenen mogelijkheden om daaraan een einde te maken onbenut laten.⁷⁰ Daar staat tevens tegenover dat talloze geschillen buiten de sfeer van het ontslag, maar eveneens (mogelijk) verband houdend met de richting van de school, zonder bezwaar door de burgerlijke rechter worden beslecht. Alleen al om deze redenen kunnen vraagtekens worden gezet bij de opvatting dat de commissies van beroep per se vereist zijn met het oog op de vrijheid van richting.

Maar ook meer principiële rijst de vraag waarom de burgerlijke rechter niet in staat zou zijn om op gepaste wijze rekening te houden met eventuele levensbeschouwelijke aspecten van een geschil tussen schoolbestuur en werknemer. Mijns inziens is hij daartoe zonder twiifel in staat. In hoofdstuk IX werd dan ook geconstateerd dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de vrijheid van richting in gevaar komt indien de beslechting van ontslaggeschillen volledig aan de burgerlijke rechter zou worden overgelaten. Eenzelfde conclusie werd getrokken ten aanzien van de RDA.⁷¹

3.3.9 *Eigen verantwoordelijkheid*

Als gevolg van de vrijheid van onderwijs legt de overheid de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van grote delen van het (materiële) ontslagrecht en medezeggenschapsrecht bij de direct betrokkenen. Ten aanzien van het ontslagrecht kan in dat verband worden geconstateerd dat de organisaties van schoolbesturen en werknemers heel wel in staat zijn om die verantwoordelijkheid te dragen.⁷² Ten aanzien van het medezeggenschapsrecht blijken dezelfde organisaties daartoe niet in staat zijn. In hoofdstuk X werd in verband daarmee geconstateerd dat het medezeggenschapsrecht zich ook niet of nauwelijks

68 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.6, par. 4.4.7.

69 Vgl. hoofdstuk XI, par. 2.1.6.

70 Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.2.2.

71 Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.4.3.

72 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 3.3.3, par. 4.3.4.

leent voor 'eigen' regelgeving.⁷³ Het gebrek aan voldoende garanties voor daadwerkelijke medezeggenschap is om die reden vooral terug te voeren tot een verkeerde afweging door de wetgever, die beter zelf – met inachtneming van de terechte aanspraken op basis van de vrijheid van onderwijs – een volledige medezeggenschapsregeling had kunnen vaststellen.⁷⁴

Mede in verband met de vrijheid van onderwijs is ook een deel van de 'recht-spraak' overgelaten aan de direct betrokkenen. Zoals hiervoor werd geconstateerd, vormt de vrijheid van onderwijs geen reden om dat per se te doen. Daar staat tegenover dat de kwaliteit van de geschillenbeslechting in eigen kring over het algemeen weinig te wensen overlaat. De hoofdstukken VII, IX en XI bevatten weliswaar de nodige kritiek, maar die is voor een belangrijk deel terug te voeren op onduidelijkheden en andere gebreken in de regelgeving.⁷⁵ Met name in verband met de regeling in art. 10 WMO kan worden geconstateerd dat deze de geschillencommissies ex art. 9 WMO voor onmogelijke taken stelt, zodat niet hoeft te verbazen dat de jurisprudentie niet aan de te stellen eisen voldoet. Dat is in het nadeel van de MR, maar ook van het schoolbestuur. De positie van het schoolbestuur is zelfs dermate sterk in het geding, dat sprake is van een aantasting van de vrijheid van onderwijs, zoals die althans door de wetgever zelf wordt opgevat.

In verband met de rol van de onderwijsorganisaties binnen het bijzonder onderwijs wijs ik er tenslotte op dat aan werknemerszijde een te belangrijke rol wordt gespeeld door de vier ambtenarencentrales, ten nadele van de aangesloten onderwijsvakbonden, van eventuele niet bij een centrale aangesloten onderwijsvakbonden én van de werknemers in het bijzonder onderwijs.⁷⁶

3.4 TOT SLOT

Het voorgaande maakt duidelijk dat er aan de huidige regeling van de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs de nodige bezwaren kleven. Dat geldt met name wanneer deze regeling wordt gezien vanuit het standpunt van de werknemers. Het verdient voorts opmerking dat op twee belangrijke punten onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de schoolbesturen. Dat geldt in de eerste plaats voor de huidige opzet van het collectief overleg, in verband met het principe van de rechtspositionele gelijkheid (vgl. de par. 3.4.3 en 3.4.5). Het is opvallend dat het onderwijsgrondrecht hier nauwelijks bescherming biedt – het sociaal recht daarentegen wel.⁷⁷ In de tweede plaats zijn er de zojuist geconstateerde ge-

73 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.3.3.

74 Vgl. hoofdstuk VII, par. 6.2.6; hoofdstuk IX, par. 4; hoofdstuk XI, par. 4.

75 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.

76 Vgl. hoofdstuk VII, par. 5.2.2, par. 5.3.3, par. 6.2.3. Vgl. daarnaast de par. 6.3.1-6.3.2, waar wordt ingegaan op juridische complicaties van het optreden van de centrales i.v.m. de cao.

77 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7. Ook op andere punten werd in de voorgaande hoofdstukken geconstateerd dat bepaalde aanspraken op het onderwijsgrondrecht worden gebaseerd, terwijl

breken in de opzet van de geschillenregeling in de WMO. Uitgaande van de heersende leer is hier sprake van een aantasting van de vrijheid van onderwijs. Een vergelijking met de WOR laat zien dat de huidige regeling in art. 10 WMO evenmin in overeenstemming is met de relevante sociaal-rechtelijke principes. Tenslotte wijs ik erop dat in verband met de wettelijke regeling van de medezeggenschap werd geconcludeerd dat onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van de ouders en de leerlingen.⁷⁸

4 Voorstellen voor verandering

4.1 VOORAF

In deze paragraaf zal ik een kort overzicht geven van de voorstellen voor verandering die in de voorgaande hoofdstukken werden geformuleerd, ten aanzien van het collectief overleg (par. 4.3), ten aanzien van het ontslag (par. 4.4) en ten aanzien van de medezeggenschap (par. 4.5). Daaraan voorafgaand zal ik in par. 4.2 stilstaan bij het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving. In par. 4.6 tenslotte zal ik terugkomen op de in hoofdstuk I geformuleerde 'verderstrekkende doelstelling' van het onderzoek naar de sociaal-rechtelijke positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs: het ontsluiten van het recht betreffende de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs vanuit een sociaal-rechtelijke invalshoek en het integreren van dat recht in het sociaal recht in het algemeen.

4.2 BEKOSTIGINGSVOORWAARDEN

De bekostigingsvoorwaarden werden in het voorgaande ineffectief genoemd, omdat zij niet in staat zijn om in de rechtsrelatie tussen schoolbestuur en overheid de beoogde (extra) vrijheid te bieden. Daar staat tegenover dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter van de rechtspositionele bepalingen in de onderwijswetgeving veel problemen oplevert in de relatie tussen schoolbestuur en werknemer. Dat is in de voorgaande hoofdstukken genoegzaam geble-

← zij evengoed, zo niet beter, op de principes die aan het sociaal recht ten grondslag liggen gebaseerd kunnen worden. Ik verwijs naar hoofdstuk IV, par. 3.3.2, 3.3.3 ('functionele zelfstandigheid' in plaats van vrijheid van onderwijs als basis voor de aanspraak van de werknemers op een zekere mate van vrijheid ten opzichte van schoolbestuur en ouders); hoofdstuk X, par. 4.4.6 (het medezeggenschapsrecht en het rechtspersonenrecht in plaats van de opvatting dat de schoolbesturen als zodanig dragers van de vrijheid van onderwijs zijn als basis voor een zekere mate van vrijheid van het schoolbestuur – als bestuur van de rechtspersoon – ten opzichte van de ouders). Vgl. op dit laatste punt ook: par. 4.5 hierna.

78 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.4.

ken.⁷⁹ Een en ander vormt reden genoeg om de conclusie te trekken dat het bekostigingsvoorwaardenkarakter moet worden afgeschaft.

Eventueel zou in art. 23 Gw uitdrukkelijk kunnen worden vastgelegd dat wetgeving op andere terreinen dan genoemd in art. 23 lid 2 Gw uitsluitend van toepassing is op die scholen die bekostigd worden. In de onderwijswetten zou niet langer verschil moeten worden gemaakt tussen het karakter van de bepalingen voor openbaar en bijzonder onderwijs (wat niet wil zeggen dat de inhoud ook hetzelfde moet zijn).⁸⁰ Dat zou in grote lijnen neerkomen op het veranderen van kopjes en enkele wettelijke bepalingen die op dit moment uitdrukkelijk het karakter van de bepalingen regelen. Ook de huidige bekostigingshoofdstukken zouden in beginsel ongewijzigd kunnen blijven. Eventueel zouden zij kunnen worden aangevuld met de bepaling dat een bekostigde school te allen tijde de bekostiging kan opzeggen en dan niet verder gebonden is aan andere bepalingen dan op basis van art. 23 lid 2 Gw.

In verband met de rechtspositionele bepalingen in het RPBO zou in iedere (formele) onderwijswet een bepaling moeten worden opgenomen die de verhouding tussen onderwijsrecht en arbeidsrecht regelt; het beste lijkt mij in dat verband uit te gaan van een verhouding van *lex specialis* en *lex generalis*. Gezien de hierna weer te geven voorstellen, die erop neerkomen dat de onderwijswetgever zich minder dan op dit moment inlaat met wetgeving op rechtspositioneel gebied, hoeven op dit punt geen problemen verwacht te worden.

Deze veranderingen vormen geen aantasting van de vrijheid van onderwijs. Het schoolbestuur dat niet gebonden wil worden door de onderwijswetgeving vraagt geen bekostiging aan; de bekostigde school die niet langer gebonden wil zijn, doet afstand van het recht op bekostiging en wordt niet langer gebonden door de onderwijswetgeving (behoudens de wetgeving op basis van art. 23 lid 2 Gw). Aldus wordt, zonder de op art. 23 lid 5 en 7 gebaseerde bepalingen het karakter van bekostigingsvoorwaarden te geven, juridisch gezien hetzelfde bereikt als op dit moment met de bekostigingsvoorwaarden: het schoolbestuur kan zich op ieder moment (nagenoeg geheel) onttrekken aan de invloed van de wetgever.⁸¹ Tevens, en veel belangrijker, is dat een aantal problemen in de relatie tussen schoolbestuur en werknemers wordt vermeden. Bovendien wordt een belangrijke verbetering aangebracht op het punt van de helderheid en de duidelijkheid van de onderwijswetgeving.

Deze verandering maakt geen einde aan de talloze verschillen van opvatting over de vraag naar aard en strekking van de vrijheid van onderwijs en de

79. Vgl. in eerste instantie: hoofdstuk VI, par. 5.2 e.v. Vgl. vervolgens: hoofdstuk VII, par. 4.4.1, 5.2.7, 6.2.1; hoofdstuk VIII, par. 3.2.2, 3.9.10, 4.2.4, 4.3.2; hoofdstuk IX, par. 2.2, 4.2.4; hoofdstuk X, par. 2.5, 3.1, 3.3; hoofdstuk XI, par. 2.2, par. 3.1.

80. Vgl. par. 3.3.5.

81. De praktijk zou uiteraard eveneens dezelfde zijn, want het aantal schoolbesturen waarvoor er een reële keuzemogelijkheid bestaat tussen bekostiging onder wettelijke voorwaarden en vrijheid 'op eigen kosten' is en blijft erg klein.

aanspraak op bekostiging naar gelijke maatstaven.⁸² De nadruk komt wel helemaal daar te liggen waar hij hoort te liggen: op de vraag welk overheidsingrijpen, in welke juridische vorm dan ook, zich inhoudelijk verdraagt met de vrijheid van onderwijs.

4.3 COLLECTIEF OVERLEG

De voorstellen voor verandering inzake het collectief overleg die in hoofdstuk VII werden geformuleerd, hebben als basis het recht op collectief overleg van de schoolbesturen en hun organisaties en van de werknemersorganisaties. Dat grondrecht zou zo veel mogelijk tot zijn recht moeten komen.⁸³

In verband daarmee dient dan ook het collectief overleg tussen de organisaties van schoolbesturen en werknemers vooropgesteld te worden. Door het afschaffen van de huidige IGO-regeling (in het middelbaar en hoger beroeps-onderwijs) zou de overheid het overleg in eerste instantie geheel vrijlaten. Wel zou een uitdrukkelijke overlegverplichting voor het schoolbestuur in de wet moeten worden opgenomen, met name om te waarborgen dat de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder onderwijs, net als in het openbaar onderwijs, na c.q. door collectief overleg tot stand komen. Daarnaast zou een voorziening kunnen worden getroffen voor de gevallen dat de richting van een concrete school in gevaar zou kunnen komen door de verplichting tot het voeren van overleg. Dat zou een regeling in de zin van het huidige art. IV-C9 RPBO kunnen zijn. Eventueel zou ook gedacht kunnen worden aan een ontheffingsmogelijkheid analoog aan die in art. 18 WMO. Als dat is gebeurd, dan mag er mijns inziens van uit worden gegaan dat de richting van de school voldoende beschermd wordt en dat andere, verdergaande waarborgen voor de vrijheid van onderwijs onnodig zijn. Tenslotte zou overwogen kunnen worden om een mogelijkheid te creëren dat schoolbestuur en werknemersorganisaties een met de huidige Advies- en arbitragecommissie vergelijkbare instantie om advies kunnen vragen en desnoods, met instemming van beide zijden, om een arbitrale uitspraak.⁸⁴

Door aldus terug te treden, neemt de overheid vrijwel alle beperkingen van het recht op collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs weg. Doorslaggevende bezwaren tegen een dergelijk grote terughoudendheid van de zijde van de overheid bestaan mijns inziens niet. De overheidsbekostiging, noch de

82 Anderzijds: ook uitgaande van de opvatting dat met 'bekostigingsvoorwaarden' in art. 23 lid 7 Gw een afzonderlijke categorie onderwijswetgeving wordt bedoeld (vgl. hoofdstuk III, par. 2.6) lijkt er geen bezwaar tegen te bestaan dat deze (inhoudelijke) bekostigingsvoorwaarden de vorm c.q. werking van normale wettelijke voorschriften wordt gegeven, die (waar relevant) doorwerken in de rechtsverhouding tussen schoolbestuur en werknemer. Het 'normale karakter' is op dit moment zelfs al grotendeels een feit, omdat de bekostigingsbepalingen in strikte zin in de regel algemeen verbindende voorschriften zijn.

83 Vgl. in verband daarmee; hoofdstuk VII, par. 7.2.

84 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.5.1, par. 7.5.2.

zorg voor deugdelijk onderwijs, noch het principe van de rechtspositionele gelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs noodzaken tot meer ingrijpen in het collectief overleg binnen het bijzonder onderwijs. De bekostiging als zodanig biedt voldoende mogelijkheden om het overheidsbelang c.q. het onderwijsbelang veilig te stellen.

Ook ten aanzien van het overleg dat op centraal niveau wordt gevoerd zijn veranderingen noodzakelijk – en mogelijk. Vanuit het perspectief van de werknemersorganisaties is het experimentele stelsel dat op dit moment in het georganiseerd overleg wordt gehanteerd, een bevredigende overlegregeling. In verband met de schoolbesturen en hun recht op collectief overleg zou gestreefd moeten worden naar een opzet waarbij de overheid uitdrukkelijk (mede) namens de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs het overleg met de werknemersorganisaties voert. Daarnaast zou de omvang van het overleg dat door de overheid wordt gevoerd moeten worden teruggedrongen. Zo zou de besluitvorming over alle rechtspositionele aangelegenheden die niet van belang zijn in verband met het principe van de rechtspositionele gelijkheid geheel overgelaten moeten worden aan de schoolbesturen in overleg met de werknemersorganisaties. In verband daarmee zou het RPBO sterk in omvang teruggebracht moeten worden.⁸⁵

Realisering van deze voorstellen zou leiden tot een grotere ruimte voor overleg binnen het bijzonder onderwijs dan op dit moment. De wijze waarop het overleg wordt ingericht, zou door de betrokkenen zelf kunnen worden bepaald. Het ligt wellicht voor de hand om er van uit te gaan dat de betrokkenen zullen kiezen voor collectief overleg; aan werknemerszijde door de representatieve onderwijsvakbonden, gericht op het afsluiten van cao's, per onderwijstype en/of per zuil. Ook de inhoud van het overleg zou in veel opzichten door de overlegpartners zelf kunnen worden bepaald. De vrijheid op dit punt zou echter niet onbeperkt zijn – en dat met reden. Vanuit het gezichtspunt dat de rechtspositie van de werknemers in openbaar en bijzonder onderwijs op zijn minst gelijkwaardig moet zijn, dienen bepaalde aangelegenheden hoe dan ook in de Centrale dan wel Bijzondere Commissie aan de orde te komen. Daarnaast zal de omvang van de overheidsbekostiging grenzen stellen aan de vrijheid van de direct betrokkenen; ook dat is te rechtvaardigen met het oog op het principe van de rechtspositionele gelijkheid en daarnaast met het oog op de overheidszorg voor het algemeen sociaal-economisch belang. In het uiterste geval is een rechtstreeks ingrijpen op grond van de Wet op de loonvorming denkbaar, vooropgesteld althans dat deze op het gehele bijzonder onderwijs van toepassing wordt verklaard.⁸⁶

85 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.5.3.

86 Vgl. hoofdstuk VII, par. 7.5.4.

4.4 ONTSLAG

Uitgangspunt bij het formuleren van voorstellen tot wijziging van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs was dat art. 17 Gw zich (om verschillende redenen) verzet tegen het opleggen van een verplichting aan de schoolbesturen in het bijzonder onderwijs tot het instellen van commissies van beroep.⁸⁷ Een tweede uitgangspunt was dat de wettelijke bepalingen inzake de commissies van beroep (tezamen met de verplichting om de ontslaggronden in de akte van benoeming op te nemen) de minimale bijdrage van de overheid aan de kwaliteit van het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs vormen – gegeven het feit dat het BBA niet van toepassing is.⁸⁸

Een derde uitgangspunt was de conclusie dat de vrijheid van richting zich niet verzet tegen een grotere rol voor de RDA en de burgerlijke rechter bij de toetsing van de ontslagen in het bijzonder onderwijs.⁸⁹ Tenslotte werd tot uitgangspunt genomen dat het huidige ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs, ondanks alle te constateren gebreken, als geheel genomen niet onderdoet voor het, eveneens niet zonder gebreken zijnde reguliere ontslagrecht voor de private sector, terwijl de overheid dan wel de direct betrokkenen de mogelijkheid hebben om het huidige ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs te verbeteren.⁹⁰

Een en ander heeft geleid tot het voorstel om het BBA in beginsel van toepassing te laten zijn op het bijzonder onderwijs, maar om de direct betrokkenen (schoolbesturen en werknemers gezamenlijk) vervolgens een keuzemogelijkheid te bieden. In de onderwijswetten zou het schoolbestuur de mogelijkheid moeten worden geboden om een ontheffing te verkrijgen van de toepassing van het BBA. Die mogelijkheid zou voor alle schoolbesturen moeten bestaan, confessioneel en algemeen-bijzonder, bekostigd of niet.

Voorwaarde voor het verlenen van de ontheffing zou moeten zijn dat een gekwalificeerde meerderheid van de werknemers accoord gaat met het aanvragen van de ontheffing. Een schoolbestuur dat op grond van argumenten ontleend aan de richting van de school bezwaren heeft tegen de bemoeienis van de RDA en de burgerlijke rechter en dat om die reden een ontheffing wil verkrijgen, zou in dat geval niets in de weg worden gelegd, mits de werknemers (in overgrote meerderheid) het standpunt van het schoolbestuur delen.

Voorwaarde zou tevens moeten zijn dat schoolbestuur en werknemers overeenstemming hebben bereikt over het openen van een beroepsmogelijkheid op de commissie van beroep. Die beroepsmogelijkheid zou dan wel op deugdelijke wijze geregeld moeten zijn.⁹¹

⁸⁷ Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.3.9, par. 4.4.2.

⁸⁸ Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.4.1.

⁸⁹ Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.4.3.

⁹⁰ Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.4.3.

⁹¹ Vgl. hoofdstuk IX, par. 4.4.4.

In de hier geschetste opzet wordt de schoolbesturen en werknemers in het bijzonder onderwijs de vrijheid gelaten om (binnen bepaalde grenzen) zelf te beslissen over de opzet van de rechtsbescherming in geval van ontslag. Tevens wordt de direct betrokkenen de kans geboden om de ontslagbescherming verder uit te bouwen en toe te spitsen op de eigen behoeften. Bezwaren op basis van de vrijheid van richting tegen de betrokkenheid van de RDA en de overheidsrechter bij de ontslagen in het bijzonder onderwijs vormen weliswaar niet de reden om deze openingen te bieden; in de gekozen opzet kan niettemin aan deze bezwaren tegemoet worden gekomen, zonder dat de werknemers daar nadelen van ondervinden. Aldus lijkt op passende wijze een evenwicht bereikt tussen de aanspraken die overheid, schoolbesturen en werknemers aan het onderwijsgrondrecht en aan de sociaal-rechtelijke grondrechten kunnen ontlenen.

Tenslotte is van belang om erop te wijzen dat in verband met de AWGB werd geconstateerd dat het ontwerp in zijn huidige vorm niet aanvaardbaar is, omdat het ten dele berust op onjuiste principes terwijl het in andere opzichten berust op een onjuiste afweging van belangen, waardoor het invoeren van de AWGB als geheel een verslechtering van de positie van de werknemers in het bijzonder onderwijs zou betekenen.⁹²

4.5 MEDEZEGGENSCHAP

In verband met medezeggenschap van de werknemers in het bijzonder onderwijs werd in hoofdstuk X geconstateerd dat de wetgever ten onrechte heeft gekozen voor een regeling die zowel op openbaar als bijzonder onderwijs van toepassing is, voor een regeling die slechts basisbepalingen en garanties bevat en voor een regeling die werknemers en ouders en leerlingen in één orgaan medezeggenschap geeft.⁹³ Bij het doen van voorstellen voor veranderingen werd dan ook uitgegaan van (uitsluitend) de werknemers in (uitsluitend) het bijzonder onderwijs.⁹⁴ Tevens werd uitgegaan van de opvatting dat de vrijheid van onderwijs zich niet verzet tegen een volledige regeling van de medezeggenschap van de werknemers.⁹⁵

Een en ander heeft geleid tot het voorstel om het bijzonder onderwijs in

92 Vgl. hoofdstuk VIII, par. 4.4.9.

93 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.2.5, par. 4.3.4, par. 4.4.5.

94 Ten aanzien van de werknemers in het openbaar onderwijs en ten aanzien van de ouders en de leerlingen in openbaar en bijzonder onderwijs werd geconstateerd dat oplossingen denkbaar zijn die (min of meer) gelijk zijn aan die voor de werknemers in het bijzonder onderwijs. I.v.m. de ouders en leerlingen in het bijzonder onderwijs werd daarnaast een voorstel gedaan, waarbij de invloed op de gang van zaken in de school rechtstreeks verzekerd wordt via het schoolbestuur. Bij het doen van dat voorstel werd tot uitgangspunt genomen de opvatting dat de ouders en leerlingen de (uiteindelijke) dragers van het onderwijsgrondrecht zijn. Vgl. hoofdstuk X, par. 4.4.6, par. 4.6; hoofdstuk XI, par. 4.6.

95 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.2.5., par. 4.5.1.

beginsel onder de werkingssfeer van de WOR te brengen, op voorwaarde dat, bijvoorbeeld bij AMvB, de regeling wordt toegeschreven op de situatie in het bijzonder onderwijs. Dat is in elk geval nodig om de huidige ontheffingsmogelijkheid in art. 18 WMO te behouden.⁹⁶ Ook in de sfeer van de rechtsbescherming zou de WOR gevolgd kunnen worden, met dien verstande dat de huidige geschillencommissies de taak van de bedrijfscommissies en de Ondernemingskamer op zich nemen.⁹⁷

Toepasselijkheid van de WOR op het bijzonder onderwijs zou het schoolbestuur confronteren met een MR die beschikt over meer uitgebreide, preciezer omschreven en beter afdwingbare medezeggenschapsrechten dan op dit moment. Daartegen bestaat geen bezwaar. Het uitgangspunt van de wetgever bij het vaststellen van de WMO, namelijk dat het schoolbestuur de 'uiteindelijke verantwoordelijkheid' zou moeten behouden ten aanzien van de gang van zaken in de school, zou namelijk ook op basis van de WOR verwezenlijkt worden. In dat verband is met name van belang om erop te wijzen dat de regeling van de bevoegdheden van MR en OR in essentie overeenstemt, terwijl de rechtsbeschermingsmogelijkheden in de WOR het uitgangspunt zelfs beter tot hun recht zouden laten komen.⁹⁸

4.6 TOT SLOT: INTEGRATIE IN HET SOCIAAL RECHT

In hoofdstuk I werd als 'verdergaande doelstelling' van het onderhavige onderzoek genoemd: het ontsluiten van het recht betreffende de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs vanuit een sociaal-rechtelijke invalshoek en het integreren van dat recht in het sociaal recht in het algemeen.

Die doelstelling zou al zijn verwezenlijkt, indien in het voorgaande de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs zou zijn beschreven en van commentaar voorzien op basis van (de principes die ten grondslag liggen aan) het reguliere sociaal recht voor de private sector. Dat resultaat zou zelfs het maximaal haalbare zijn geweest, indien zou zijn komen vast te staan dat de principes die ten grondslag liggen aan de huidige regeling van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs geen andere conclusie toelaten dan dat het eigene dat die rechtspositie kenmerkt wenselijk of zelfs noodzakelijk is, met name met het oog op het onderwijsgrondrecht en de daarmee gemoeide belangen.

Dat het behoud van het eigene om die reden wenselijk of zelfs noodzakelijk is, is echter allerm minst komen vast te staan. Integendeel, aan de huidige 'eigen' regeling van de rechtspositie van de werknemers in het bijzonder onderwijs kleven veel bezwaren, die op passende wijze kunnen worden verholpen door

96 Vgl. hoofdstuk X, par. 4.5.2.

97 Vgl. hoofdstuk XI, par. 4.5.2.

98 Vgl. hoofdstuk X, par. 3.5 e.v. Vgl. i.v.m. de geschillenregeling par. 3.3.9 hiervoor. (Figuurlijk gesproken uiteraard.)

meer dan op dit moment aansluiting te zoeken bij het reguliere sociaal recht. Dat betekent dat in verschillende opzichten een daadwerkelijk integratie van het sociaal recht voor het bijzonder onderwijs in het sociaal recht voor de private sector in het algemeen op haar plaats is. De rode draad in de hiervoor geschetste voorstellen voor verandering sluit daarop aan: toepasselijkheid van het reguliere sociaal recht op het bijzonder onderwijs, tenzij er goede redenen zijn om een uitzonderingspositie te creëren.

Summary

The Dutch educational system is characterised by the division between state schools and private schools. The private schools which comprise more than two thirds of the total number of schools are maintained by nongovernmental trusts and associations. The private schools, or rather their governing boards being the governing boards of the legal persons that maintain the schools, can claim a certain amount of freedom from the government. This freedom of education has been constitutionally provided for since 1848. Its main purpose is to guarantee that schools can offer teaching without interference by the government on the basis of specific religious or philosophical convictions. Since 1917 private schools have been able to claim subsidies from the government on the basis of similar criteria as are applied to state schools: state schools in this respect meaning schools which are directly founded, maintained and financed by the government.

This study concerns the legal position of employees in private education and, more specifically, the private primary, special, and secondary education as well as higher vocational education. Academic education is not treated here.

The reason for giving special attention to the legal position of employees in private education lies, firstly, in the fact that both aspects of the basic right to education (freedom and subsidies) exert a great influence upon the legal position, as a result of which great differences occur with the legal position of employees elsewhere in the private sector. This is particularly the case for the protection against dismissal, employees' participation and the collective negotiation on employment conditions. A second reason to pay attention to the legal position of employees in private education is the fact that it is true that the exceptional position of private education in this respect for a long time has been self-evident against the background of the 'pillarisation' of Dutch society, but that this self-evidence has largely withered away as a result of the developments since the sixties; developments which have considerably decreased the role of religion in society. For this reason it has become less urgent to underline the religious or philosophical identity of private education and to attach consequences to this identity in respect of the legal position of the employees.

The purpose of this study is the disclosure of the law with respect to the legal position of employees in private education from a labour law viewpoint and the integration of this law into labour law in general. For the achievement of this purpose the legal position of employees is described, the establishment of this legal position is studied from a historical viewpoint and a study is made whether there are, and if so, which are the differences in legal position between employees in private education and employees elsewhere in the private sector. Furthermore, it is examined to what extent the existent law pays justice to, in particular, the interests of the employee and the school board. Finally, it is examined whether it is necessary and possible, in view of the interests of the school board and the employee, to bring about changes in the legal position of the employees in private education.

Chapter II deals with the developments private education has gone through since 1795. Special attention is given to the period of the school struggle (between the protagonists of public education and those of private education) (1820-1917), the period of pillarisation of Dutch society (1920-1960) and the period of 'depillarisation' (1960-today). The conclusion is that private education in the last century and the first six decades of this century was evidently part of the pillarised Dutch society, that private education still looks pillarised, but that developments in society as a whole have eroded the pillarised system also with regard to private education.

The third chapter is devoted to those basic rights which concern the legal position of employees in private education. In this context the basic right to education is examined. An analysis of this basic right to education leads to the conclusion that the right to education consists of a number of aspects, each of which (can) influence the legal position of employees in private education.

Based on historical and legal arguments the conclusion with respect to freedom of education is, that freedom of denomination (defined as 'the freedom to express a religious and philosophical conviction on man and society in education') is the essence of freedom of education and that this, in principle, entails the inviolable right to governmental noninterference. The same goes, yet exclusively because and as far as there is a connection with the school's denomination, for the freedom of organisation (defined as 'the freedom concerning the internal organisation of the school') and for the freedom of appointment (and dismissal) as guaranteed in art. 23, par. 6 of the Dutch Constitution. Further historical and legal arguments show that, in the recent past, an independent claim to governmental noninterference with regard to the freedom of organisation outside the area of denomination, has, wrongfully, been based on – and recognized by legislation – the view that governmental interference is only allowed if the quality of education is at issue and on the view that school boards are, as such, responsible for the freedom of education. The school board's freedom should, consequently, be respected as much as possible by government, employees and parents. With regard to the freedom of educa-

tion, it is finally concluded that, since the nature of freedom of education is strongly determined by freedom of denomination, there are doubts about the legitimacy of the claim to governmental noninterference by schools, the teaching of which is not, or not any longer, explicitly and visibly based on religious or (otherwise) ideological principles.

As regards the right to subsidies on similar criteria as state education, the conclusion is that this furthers freedom of education, because it provides the private schools with sufficient financial means to realise – within the legal boundaries – their own views about the nature and contents of education. The principle of equal legal position in state and private education has a similar meaning. From the beginning of this century, this principle has been accepted by the legislator as well as by school governing boards and employees (and their organisations) of private schools. Unlike the principle of equal subsidising, the principle of equal legal positions also protects the interests of state education, because not only does it protect the private school boards from unwanted competition in the field of employment conditions, but also the state school boards. Finally it is indicated that the claim to subsidies on similar criteria and the principle of equal legal positions have resulted in a strongly dominant position of the government regarding the regulation of employment conditions for employees in private education and that this position has been brought up for discussion more and more often during the last few years. As a result the equal subsidies for secondary and higher vocational education have been regulated in a different, more general way; the changes in the manner of subsidising have also caused the principle of equal legal position to be considerably put into perspective.

Secondly, chapter III deals with the 'basic social rights', the basic rights from which the employees in private education (and their organisations) derive protection of their interests. In this respect it is found that international law offers specific leads for the right to collective negotiation, but that these leads are missing on national as well as international level when it comes to employment protection and employees' participation. In this context it is pointed out that art. 19, par. 2 of the Constitution seems to be of minor significance, because of its nature of social basic right and its inconsequential contents. The next conclusion is, however, that this is not consequential, when a connection is made between art. 19, par. 2 of the Constitution and article 1 of the Constitution, the latter dictating government to treat equal cases equally. Starting from there it follows that the government is obliged to regulate the legal position of employees in private education in a way equal or similar to the regulation of the legal position of employees elsewhere in the private sector, unless the right to education in particular justifies a regulation of lesser quality.

Finally, chapter III pays attention to the horizontal effect of the right to education and of the basic social rights. Attention is also paid to the issue of the restriction of basic rights and conflicting basic rights. In respect to these three doctrines it appears that they do not necessarily lead to final conclusions, but that much, if not all, depends on the case at issue and on the basic rights or

interests at issue.

The fourth chapter examines the nature of the legal relationship between school governing board and employee.

First of all the question arises whether employees in private education are civil servants. Based on an examination of the relevant legal rules it is concluded that this is not the case, because they are not employed in 'public service'. There is only one exception: employees in private education are civil servants in the sense of the 'Algemene burgerlijke pensioenwet' (Civil Servants Pensions Act). This part of the law concerning civil servants being applicable to private education can be explained, particularly in historical perspective, from the principle of the equal legal position of public and private education. Being a civil servant in the sense of the Civil Servants Pensions Act is an exception to the rule and does not alter the conclusion that the legal relationship between school board and employee is not a unilateral employment relation established by the government and directly ruled by public law.

This conclusion is followed by the question whether the legal relation between school governing board and employee is an employment contract in the sense of article 1637a of the Civil Code. Article 1637a of the Civil Code contains four criteria which have to be met before there is an employment contract: 'employment', 'wages', 'time' and 'authority'. The authority criterion requires most attention, because this criterion in particular is decisive to answer the question whether or not there is an employment agreement. The concept of 'authority' means that the employee's duties have not yet been defined at the time the agreement was concluded and that the employer is authorised to, one-sidedly, specify the duties.

Tested against that criterion the conclusion regarding employees in primary, special and secondary private education is that (bar a few exceptions) we are dealing with 'authority'; as the school board is, indeed, authorised to give a more detailed outline of the duties. On account of the fact that it rarely happens that school boards execute authority on the employees and their duties, chiefly because of their lack of qualities to do so, it is concluded that school boards should show a great deal of restraint with regard to the actual execution of authority.

The management of the secondary and higher vocational schools does not usually lie in the hands of the boards, but with the employees who together form the central management or the board of directors. Therefore it is these employees and not the school boards who are authorised to specify their own duties and those of the (other) employees. This means that we cannot speak of a authority relationship in the sense of article 1637a of the Civil Code – and consequently not of an employment agreement.

Because of its consequences, this conclusion is considered to be hardly acceptable and gives rise to a more profound examination of the question on the basis of what criteria the question of the existence or non-existence of an employment contract should be answered. The conclusion is, firstly, that the time

requirement can in many cases take over the role of the authority requirement, in a sense that the existence of an employment agreement is assumed when the employee (on payment of wages) spends the time he has available for work, completely or considerably, working for someone else during a longer period of time. Secondly, it is concluded that the criteria in article 1637a Civil Code are, in a way, relative and that the crucial question is whether the legal consequences of the qualification according to objective standards are relevant. Going from there, the conclusion is, that in secondary and higher vocational education the existence of an employment contract has to be assumed, too, because the time requirement has, as a rule, been met and because the consequences of the qualification as employment contract are also appropriate.

Based on the findings in chapter IV, the fifth chapter examines whether the labour law legislation for the private sector is applicable to private education.

With respect to the Civil Code, the conclusion is that the Civil Code is entirely applicable to the employment contract between school board and employee. The 'Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen' (Special decree on labour relations), being the basis for the preventative reviewing of dismissals by the 'Regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening' (Regional Director for Employment Policy), appears, however, for the greater part not to apply. As it turns out opinions about the backgrounds of this being so, differ. The 'Hoge Raad' (Supreme Court of the Netherlands) finds a connection with the freedom of education. With regard to this opinion it is concluded that this may be true from a historical point of view, but that at the moment its consequences can (for no apparent reason) work out very badly for people employed in the non-subsidised part of private education. Therefore an alternative viewpoint is supported, viz. that the non-applicability of the BBA has to do with the strong government influence on the employment conditions in the state-financed private education. This viewpoint is not only obvious when placed in historical perspective, but it also leads to the conclusion that the BBA is applicable to the non-subsidised part of private education, where the applicability of the BBA is required, because the employees in question lack the special protection against dismissal by the committees of appeal.

Other than the BBA the 'Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag' (minimum wages and minimum holiday allowance Act) and the 'Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen' (Act on the equal treatment of men and women) are entirely applicable to private education. The same goes for the legislation concerning the collective agreements, even though the practical relevance of this part of regular labour law is of minor importance, since in the greater part of private education no collective agreements are concluded. Against this background, the (almost entire) non-applicability of that part of legislation which provides state influence on the employment conditions in the private sector, is understandable.

Finally the 'Wet op de ondernemingsraden' (Act on the works councils) proves to be (virtually) non-applicable to private education, which makes

SUMMARY

sense now that the education legislation has its own regulations for employees' participation in private education.

The sixth chapter focuses on the question whether, and if so, in what way the legal position provisions in the legislation concerning education are applicable to private education. The reason for giving special attention to this question is the conclusion that the provisions in the legislation concerning education in general are 'rules' for public education as well as 'financing conditions' for private education.

On the basis of the Constitution, the legislation concerning education, case-law and educational law literature the conclusion is drawn that the financing conditions for the legal position differ in two aspects from the rules for public education and labour law for the private sector, as dealt with in chapter V: (1) the financing conditions are not directly applicable to the legal relation between the school board and the employee; they are exclusively relevant in the relationship between the state and the state-financed school board; (2) observing the conditions cannot be enforced, neither by the employer, nor by the state: the only sanction on nonobservance is the withdrawal of subsidies by the state.

The background of the nature of the financing conditions appears to be freedom of education: in giving the educational legislation the form of financing conditions, the state leaves the school board (at least legally speaking) the choice between, on the one hand, accepting the subsidies along with the conditions, and, on the other hand, not (or not any longer) claiming subsidies, which puts an end to being tied to the financing conditions. The fact that financing conditions for the legal position as such do not affect the relationship between school board and employee follows from that: consequently the school board also keeps its freedom with respect to the employee.

After giving brief attention to the question how the financing conditions can be fitted in into the greater complex of state decrees, it is examined what consequences the nature of the financing conditions have for school board and employees.

A first conclusion in this context is that the school boards, as a rule, cannot do without state subsidies, so that the freedom, which, at first, seems to be offered by the nature of the financing conditions to the school board in its relation to the state, on further consideration, does not exist. A second conclusion is that the state compels the school board to incorporate those financing conditions concerning the legal position of the individual employees into the legal relation with these employees, which means that the school board loses its freedom of acting in its relation with the employees. With regard to the employees it is, furthermore, concluded that the nature of the financing conditions for the legal position provisions results in the necessity of making all sorts of complicated constructions in order to realise that the provisions are applicable to the legal relation with the school board; that the lack of possibilities to enforce direct observance of, particularly, the provisions for employees' participation is a

major drawback; and that the legislator, with respect to the provisions concerning collective negotiation, has not created much clarity with regard to the nature of these provisions.

All this leads to the conclusion that the nature of the financing conditions does not offer the apparently expected advantages with respect to the relation between school board and government, whereas it causes a lot of problems with respect to the relation between school board and employee. Taking this into account it is, secondly, concluded that the legislator would be wiser to give the financing conditions the nature of 'normal' legal provisions, meant for the subsidised school boards and their employees. Until then, the third conclusion reads, the nature of financing conditions should be ignored in those cases in which it causes difficulties, without the freedom of education being at issue (as with regard to the provisions regulating the negotiations between the Education Secretary and the organisations of civil servants and educational staff. Finally it is concluded that, seeing that the freedom to accept or not accept the financing conditions is actually lacking, it would be unfair to consider government intervention in the form of financing conditions more acceptable than intervention in the form of 'normal' legal provisions; decisive for the answer to the question which government intervention is in conformity with the freedom of education is solely the nature of the intervention.

The seventh chapter deals with the collective negotiations on the establishment of labour conditions of employees in private education. It is observed that the labour conditions are established partly in employment contracts and collective wage agreements, which are negotiated by (organisations of) school boards and employees. These negotiations usually only concern the subject of 'appointment and dismissal'. With regard to other subjects the labour conditions of employees in private education are established by the government (and more in particular by the Education Secretary). Before establishing the labour conditions the Secretary enters into joint consultation with organisations of civil servants and educational staff. For private education the establishment mainly takes place in the form of financial conditions. In secondary and higher vocational education 'joint consultation' also takes place within the separate institutes of (state and) private education; this consultation takes on a different form, to the detriment of the organisations of employees.

This scheme of collective negotiation just mentioned is largely due to the principle of equality of legal position and, more particularly, to the view that it is up to the government to guarantee this equality. Furthermore, the fact that the government pays for the costs of the labour conditions in private education is, albeit slightly less, relevant. The fact that only in secondary and higher vocational education joint consultation is held within the separate institutes can be explained from the increase of powers of the respective schoolboards as regards the legal position of employees, and also from the change in the way that the subsidies are organised. This different form of consultation is a consequence of the freedom of education.

At the end of the chapter the relationship between the collective negotiations on labour conditions of employees in private education and the basic right to collective negotiation is studied; this right is laid down, for school boards and organisations of employees alike, in the European Social Charter and some ILO-conventions. The conclusion is drawn that the way in which the joint consultation with the Secretary of Education presently takes place constitutes a serious and unjustifiable breach of the right to collective negotiation of, in particular, the school boards acting as employers in private education, whereas the way the joint consultation takes place within the separate institutes of secondary and higher vocational education constitutes an equally serious and unjustifiable breach of the right to collective negotiation of the organisations of employees.

The former leads to the conclusion that the collective negotiation on labour conditions of employees in private education should as much as possible take place within private education itself, in a way which is in principle decided by the parties concerned themselves. Furthermore, the proposal is put forward as much as possible to involve the school boards acting as employers in education in the consultations which are held by the Education Secretary with the organisations of civil servants and education staff.

Chapters VIII and IX deal with the law governing dismissal in private education:

Based on an analysis of the law governing dismissal elsewhere in the private sector and where government is concerned it is observed that it is true that the law governing dismissal in private education is based on the Civil Code, but that on this basis a system of protection against dismissal is created which is very similar to the one in force in the law on civil servants. The latter is characterised by a closed system of grounds for dismissal, whilst an often active appeal committee reviews decisions of dismissal against the relevant legislation, the contract concerned and 'the general principles of proper administration'; a negative judgement of the committee leads to the restoration of the appointment.

This tendency to follow the law on civil servants is partly due to the subsidy conditions which are set by the government, but is mostly due to choices made by the parties concerned with private education themselves. In chapter VIII as well as in chapter IX it appears that the law governing dismissal according to the Civil Code does not fully match the law governing dismissal in respect of private education as laid down in employment contracts and collective agreements on conditions of employment; this situation is mainly due to the provision of art. 1639o of the Civil Code which gives an in principle unlimited power of dismissal to the employer, but is also due to the fact that the order by the appeal committee to restore the appointment is a poor match to the prohibitions on dismissal and the provisions on irregular terminations of contract in the Civil Code.

Chapter VIII is concluded with a paragraph which is concerned with the

specific subject of the relationship between the freedom of denomination and the principle of equality c.q. the prohibition on discrimination of art. 1 of the Dutch Constitution. It is observed that the school boards in denominational-private education generally put high demands on their employees with respect to the denomination of the school and that the failure to meet those demands often leads to dismissal. However, it is also observed that the dismissals are accompanied by many guarantees as a result of the far-reaching review of the appeal committee. Subsequently it is observed that the legislator by introducing the Act on the equal treatment of men and women has barred specific demands on the basis of the denomination of the school, thereby undoubtedly restricting the freedom of denomination of specific school boards. With regard to the bill on a general act on equal treatment which has recently been introduced into the Second Chamber of Parliament it is, however, observed that it pays great respect to the freedom of education. This happens to such a far-reaching extent that the conclusion is drawn that the introduction of the Act in its present form would mean a deterioration of the legal position of employees in private education which can find no justification at all.

At the end of chapter VIII and subsequently in chapter IX the question is raised if the law governing dismissal in private education is in accordance with the requirements which flow from the relevant basic rights.

With respect to the basic right concerning education it is observed that the government indeed is reserved, mainly due to the fact that the 'Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen (BBA)' (Special decree on labour relations) is not applicable to private education. On the other hand it appears that the government does exert influence on dismissals in private education: directly (through the prohibitions on dismissal in the Civil Code and the Act on the equal treatment of men and women) and indirectly (through subsidies, for example). This influence is, on the one hand, greater than one would expect on the basis of the freedom of appointment and dismissal of art. 23, par. 6 of the Dutch Constitution; on the other hand this influence meets few objections, because the (freedom of) denomination is not at stake.

With regard to the position of the employees in private education it is firstly observed that the present law governing dismissal in private education does not, in spite of shortcomings, fall short of the general law governing dismissal in the private sector, which also has shortcomings. A fundamental objection remains the situation that the government obliges the school boards to set up appeal committees without being obliged to do so by the basic right of education, as a result of which the 'ius de non evocando' ex art. 17 of the Dutch Constitution is unnecessarily restricted. In this respect the conclusion is drawn that the view according to which the review of dismissals within private education by the Regional director on the provision of employment or by the civil courts constitutes a danger for the freedom of education of the school boards has to be rejected, because both are very well able, where it is appropriate, to maintain the necessary reservation with regard to denominational or philosophical aspects of dismissal disputes.

The former has led to the conclusion to make the BBA in principle applicable to private education, whereby the parties directly concerned (school boards and employees alike) would be given a possibility to choose, in the sense that the schoolboard is given the possibility to acquire an exemption from the applicability of the BBA, provided the employees agree and sound provision is made for the possibility to appeal to the appeal committee. The background to this freedom of choice is the observation that the system of protection against dismissal through the appeal committees can be improved to such an extent that a better protection against dismissal can be provided for than is possible on the basis of the BBA and the Civil Code. It does not seem justified to take away from school boards and employees the possibility to choose for that option if they jointly wish to do so.

Chapters X and XI deal with the participation of employees in private education on the basis of the 'Wet medezeggenschap onderwijs' (Act on participation in education).

It is observed that the Act is based on the basic assumption that the rank of employees as well as parents and pupils participate through a council of participation, in which both ranks occupy half of the seats. The choice for such a system is connected with the freedom of education and particularly with the view of the legislator that the school boards as such, and not the parents, are the bearers of the freedom of education. It appears, too, that the Act only comprises so-called 'basic provisions and guarantees', as a result of which a considerable responsibility lies upon the school board and the council of participation to establish the required provision on participation. This conciseness of the Act is related to the basic right to education as well, more in particular with the freedom of organisation and with the view that the legislator has to pay respect to the position of the school board. In a number of respects the basic right to education (and more particularly the freedom of denomination) has urged the legislator to act. This, for instance, is true for art. 18 WMO, that offers a possibility of complete exemption in case the denomination of the school – also in the opinion of employees and parents – opposes the applicability of the Act on participation in education. Finally, also connected with the basic right to education (particularly with the principle of equality of legal position) is the decision to make the Act applicable to state as well as private education.

Because of these fundamental choices the Act on participation in education differs clearly from the 'Wet op de ondernemingsraden' (Act on the works councils), which regulates participation of employees elsewhere in the private sector, a difference which is largely to the detriment of the employees in private education. That is not only true from the point of view of substantive law, but also for the possibilities of legal protection. With respect to this latter point the Act on participation in Education lingers far behind the possibilities which are offered by the Act on the works councils. This lack of legal protection is due, not so much to the basic right to education, but to the fear for many costly

and time-consuming procedures. In chapter IX it appears that the only provision in the field of legal protection which is offered by the Act on participation in education is so badly conceived that, taking the views of the legislator as a starting-point, one can speak of a breach of the freedom of education.

A discussion of various arguments of the legislator to establish a different, and as is shown worse, regulation on participation for employees in private education than is provided by the Act on the works councils leads to the conclusion that none of these arguments is valid.

This conclusion leads to the proposal to in principle bring private education under the sphere of influence of the Act on the works councils, provided that, for instance by governmental decree, the provisions are adapted to the situation in private education, among other things in connection with the existing possibility of exemption in art. 18 of the Act on participation in education; this latter possibility is necessary with a view to the freedom of denomination of some school boards. Also in the area of legal protection the Act on the works councils should be followed, with this reservation that the existing dispute committees take over the tasks of the industrial tribunals and the 'Ondernemingskamer'. With regard to the parents a proposal is made to establish a separate council or, alternatively, to give the parents an immediate influence on the school board. This last solution is to be preferred, because it fits in with the view – not shared by the legislator as shown – that the parents are the bearers of the freedom of education and not the school boards.

Finally, chapter XII contains a short summary of the most important findings in the earlier chapters. At the end of the chapter it is concluded that the principles which underlie the present regulation of the legal position of employees in private education do not urge for the preservation of the characteristic features of this regulation and that the present regulation of the legal position of employees in private education has many drawbacks which can be put right in an appropriate way by explicitly seeking more alliance with regular labour law, unless it would appear that there are good reasons to create an exceptional provision for private education on the basis of the basic right to education.

Lijst van geraadpleegde literatuur

- Aartsen, J.W. van, Kringenrechtspraak voor leerkrachten in het bijzonder onderwijs, Bestuurswetenschappen 1978, pp. 221-224
- Advies inzake medezeggenschap in het onderwijs, Advies inzake medezeggenschap in het onderwijs uitgebracht aan de minister van Sociale Zaken alsmede aan de minister van Onderwijs en Wetenschappen en de minister van Landbouw en Visserij, SER-Publikatie nr 20, Den Haag, 1980
- Advies herziening ontslagrecht, Advies inzake herziening van het ontslagrecht, SER-Publikatie nr 12, Den Haag 1988
- Ahlers, B., Inspraak bij de vaststelling van arbeidsvoorwaarden, in: Ambtenarenrecht en Arbeidsrecht, Een vergelijking, Den Haag, 1982, pp. 33-46
- Akkermans, P.W.C., W.A. Luiten, Rechtsbescherming voor leerkrachten in het lager onderwijs, TvO 1979, pp. 31-34, 50-53
- Akkermans, P.W.C., Onderwijs als constitutioneel probleem, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1980
- Akkermans, P.W.C., Vrijheid van richting: een interpretatie, in: Onderwijsrecht 1, z.p., 1983, pp. 23-70
- Akkermans, P.W.C., De kwetsbare Grondwet, Inaugurele rede Rotterdam 1984, Zwolle 1985
- Akkermans, P.W.C., Medezeggenschap van ouders en de invloed van de maatschappij, in: Vrijheid van onderwijs: nu en morgen, Verslag van een studiedag van de Onderwijsraad op 3 juni 1986 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. dr. I.A. Diepenhorst als algemeen voorzitter van de Onderwijsraad, Zwolle, 1987, pp. 9-18
- Akkermans, P.W.C. (red.), De Grondwet, Een artikelsgewijs commentaar, Zwolle, 1987
- Akkermans, P.W.C., D. Mentink, Deugdelijk onderwijsbeleid, Preadvies voor de Vereniging voor onderwijsrecht 1987, z.p., 1987
- Akkermans, P.W.C., Het 'ius de non evocando' ofwel art. 17 Gw, in: Overheidsrechter gepasseerd, EUR-bundel, H.J. Snijders e.a. (red.), Arnhem, 1988, pp. 359-367
- Akkermans, P.W.C., C.J. Bax, L.F.M. Verhey, Grondrechten, Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland, Groningen/Heerlen, 1988
- Akkermans, P.W.C., Art. 23 Grondwet en mythevorming, in: Zorg voor on-

- derwijs, Beschouwingen over de juridische grondslagen van het Nederlandse stelsel van onderwijsvoorzieningen, P.W.C. Akkermans (red.), Den Haag, 1989a, pp. 17-35
- Akkermans, P.W.C., Deugdelijkheidseisen, in: Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989, NTOR 1989b, pp. 130-136
- Akkermans, P.W.C., De internationale dimensie van het Nederlandse onderwijsrecht, NTOR 1989c, pp. 61-70
- Albeda, W., Christendemocratie en de ideologie van de verzorgingsstaat, in: Beleid en Maatschappij 1982, pp. 58-64
- Alkema, E.A., Schakelbepalingen, Enige beschouwingen over samenhang en werking van de rechten van de mens, Inaugurele rede Universiteit van Amsterdam 1981, Deventer, 1981
- Alkema, E.A., De internationale sociale rechten en het Nederlandse recht, in: Het Europees Sociaal Handvest, Nijmegen, 1982, pp. 34-56
- Asscher-Vonk, I.P., Toegang tot de dienstbetrekking, Alphen aan den Rijn, 1989
- Backx, H.A.M., De nieuwe onderwijswetgeving: kwaliteit door autonomie, in: Recht doen door wetgeving, Opstellen over wetgevingsvraagstukken, aangeboden aan mr. E.M.H. Hirsch Ballin, Zwolle 1990, pp. 109-120
- Bakels, H.L., Het arbeidsovereenkomstenrecht en het algemene overeenkomstenrecht, SMA 1983, pp. 136-144
- Bakels, H.L., m.m.v. I.P. Asscher-Vonk, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, Deventer, 1990
- Banning, W., Hedendaagse sociale bewegingen, Achtergronden en beginnelen, Deventer, 1964
- Bartman, S.M., A.F.M. Dorresteyn, Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer, NJB 1985, pp. 669-675
- Belinfante, A.D., De vier rechtsvormen van de overheidssubsidie, Bestuurswetenschappen 1968, pp. 7-16
- Berg, J.Th.J. van den, Ontzuiling en hervazuiling, in: Aan de gelovigen overgeleverd, Opstellen over democratie, regering en parlement, Alphen aan den Rijn, 1982, pp. 56-69
- Berg, J.Th.J. van den, Socialisme, verzuiling en ontzuiling, in: Socialisme en Democratie 1985, pp. 164-169
- Bergamin, R.J.B., Het voorontwerp van een wet gelijke behandeling: rammelende behoedzaamheid, NJB 1982, pp. 367-378
- Berge, J.B.J.M. ten, M.C. Burkens, P.J.J. van Buuren, De Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle, 1987
- Berge, J.B.J.M. ten, F.A.M. Stroink (red.), Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, losblad., Alphen aan den Rijn
- Berge, J.B.J.M. ten, A.Q.C. Tak, Nederlands administratief procesrecht, deel I, Zwolle, 1983
- Berk, C.J.G. van den, De ontslagbescherming van artikel 21 Wet op de ondernemingsraden, SMA 1990, pp. 340-349

- Betten, L., Regering gaat overstag na de ILO missie, SMA 1984, pp. 489-495
- Betten, L., Het Europees Sociaal Handvest: Europa's stiefkind, NJCM-bulletin 1988, pp. 438-450
- Betten, L., EG-handvest van sociale grondrechten: een hol vat?, SMA 1990a, pp. 119-128
- Betten, L., Het Community Charter inzake fundamentele sociale rechten: een verwarrende sinterklaassurprise, NJCM-bulletin 1990b, pp. 3-29
- Beurskens, W.J.J., Medezeggenschap in het onderwijs en de terughoudendheid van de wetgever, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1984, pp. 104-131
- Beurskens, W.J.J., Het Eindrapport-eerste deel van de Toetsingscommissie WMO, School en Wet 1987, pp. 90-93, 120-124
- Beurskens, W.J.J., Het rechtskarakter van de 'bekostigingsvoorwaarden' voor het bijzonder onderwijs, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1988, pp. 317-332, 368-381
- Beurskens, W.J.J., W.W. Timmer, Het Eindrapport-tweede deel van de Toetsingscommissie WMO, School en Wet 1988, pp. 46-50, 69-73, 111-114
- Beurskens, W.J.J., De rechtspositie van de werknemers in het onderwijs, in: Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989, NTOR 1989a, pp. 83-98
- Beurskens, W.J.J., Medezeggenschap en rechtsbescherming, School en Wet 1989b, pp. 175-187
- Biesheuvel, M.B.W., Horizontale werking van grondrechten, NJCM-bulletin 1981, pp. 147-169, 205-225
- Biesheuvel, M.B.W., Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang', in: Burgerlijk recht en grondrechten, preadviezen voor de Vereniging voor burgerlijk recht 1986, Lelystad, 1986, pp. 41-63
- Bijtel, L. van de, W. 10450 (1919)
- Blom, J.C.H., Onderzoek naar verzuiling in Nederland. Status questionis en wenselijke ontwikkeling, in: 'Broeders sluit u aan', Aspecten van verzuiling in zeven Hollandse gemeenten, J.C.H. Blom, C.J. Misser (red.), z.p., 1985, pp. 10-29
- Boef-van der Meulen, S., S.J. Bouhuijs, Vrijheid van onderwijs en bevoegd gezag, machtsblokkades op de weg naar vrijheid van onderwijs, in: Vrijheid van onderwijs, Marges in het onderwijs in maatschappelijk perspectief, L. Box e.a. (red.), Nijmegen, 1977, pp. 111-121
- Boef-van der Meulen, S., J.A. van Kemenade, Onderwijs en levensbeschouwing, in: Onderwijs: Bestel en beleid 2, Onderwijs en samenleving A, J.A. van Kemenade e.a. (red.) Groningen, 1986, pp. 233-287
- Boer, M.M. den, Grondwettelijke grondrechten geïnterpreteerd, in: Gegeven de Grondwet, CZW-bundel, Deventer, 1988, pp. 63-79
- Bois-Reymond, M. du, e.a., Onderwijzersleven, Nijmegen, 1981
- Boom, C.E.M. van den, De ontslagpraktijk van het arbeidsbureau, Deventer, 1985
- Boot, G., Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd, SR 1991, pp. 40-49

- Borghouts, H.C.J.L., P.A.G. Cammaert, J.H. Sikkes, Medezeggenschap bij de overheid, Deventer, 1982
- Borghouts, H., M. Veldstra, Regeling van geschillen bij het arbeidsvoorwaardenoverleg bij de overheid en de regeling van collectieve acties van het overheidspersoneel, SMA 1983, pp. 693-705.
- Bosmans, J., Staatskundige vormgeving in Nederland, deel II, De tijd na 1940, Assen/Maastricht, 1990
- Brekelmans, F.H.J.G., Nieuwe schoenen voor de medezeggenschap? — schets voor een medezeggenschapsstructuur in de jaren negentig, NTOR 1989, pp. 19-31
- Brekelmans, F.H.J.G., Artikel 8 Wet medezeggenschap onderwijs, School en Wet 1990, pp. 112-114.
- Brenninkmeijer, A.F.M., Het ius de non evocando (artikel 1.16), in: Grondrechten, Jeukens-bundel, A.K. Koekkoek e.a. (red.), Nijmegen, 1982, pp. 346-366
- Brenninkmeijer, A.F.M., Ambtenarenontslagrecht, De Gemeentestem 1988, pp. 429-435
- Brink, M., Een 'recht' op collectief onderhandelen?, SMA 1988, 184-197
- Bruggen, J. van, G. van Rienen, A. van Wieringen, Overheid en onderwijs: een aarzelende verbintenis rond 1800, in: Vrijheid van onderwijs, Marges in het onderwijs in maatschappelijk perspectief, L. Box e.a. (red.), Nijmegen, 1977, pp. 37-48
- Bruggen, W.G.C. van der, Medezeggenschap in de non-profitsector, Alphen aan den Rijn, 1981
- Brunt, L., Over gereformeerden en kleine luyden, Sociologische Gids 1972, pp. 49-58
- Burg, F.H. van der, Is het wenselijk dat de overheid maatregelen neemt tot ordening en publikatie van bestaande subsidievoorwaarden?, Preadvies NJV 1977, pp. 5-57
- Burg, F.H. van der, Grondwetsinterpretatie en horizontale werking van grondrechten, TvO 1982, 63-66
- Burg, F.H. van der, Juridische aspecten van verzuiling en ontzuiling, Gemeentestem 1984, pp. 301-306
- Burg, F.H. van der, G.J.M. Cartigny en G. Overkleef-Verburg, Rechtsbescherming tegen de overheid, Nijmegen, 1985
- Burg, F.H. van der, Een nieuw materieel wetsbegrip, Bestuur en norm, Crinice Le Roy-bundel, J.G. Steenbeek e.a. (red.), Deventer, 1986, pp. 57-72
- Burkens, M.C., Beperking van grondrechten, Deventer, 1971
- Burkens, M.C., Grondrechten in een nieuwe grondwet, NJB 1976, pp. 701-716
- Burkens, M.C., Werkgelegenheid en de Grondwet, Preadvies voor de Vereniging voor arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1979
- Burkens, M.C., Vrijheid van onderwijs als sociaal grondrecht, in: Vrijheid van onderwijs: nu en morgen, Verslag van een studiedag van de Onderwijsraad op 3 juni 1986 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. dr. I.A.

- Diepenhorst als algemeen voorzitter van de Onderwijsraad, Zwolle, 1987, pp. 1-8
- Burkens, M.C., Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, Handboeken staats- en bestuursrecht deel II, Zwolle, 1989
- Buuren, P.J.J. van, H. Bolt, M. Scheltema, Kroonberoep en AROB-beroep, Deventer, 1981
- Cluitmans-Souren, A.M.A.G.H., De toetsing door de geschillencommissie - artikel 10 van de Wet medezeggenschap onderwijs en de praktijk, NTOR 1991, pp. 28-35
- Coehorst, P.J.M.G., Het spanningsveld tussen de beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst, in: Goed en Trouw, Van der Grinten-bundel, Zwolle, 1984, pp. 341-353
- Coehorst, P.J.M.G., L.J.M. de Leede, H.O. Thunnissen, Algemene Inleiding, in: C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle, 1988, pp. 1-22
- Cohen, M.J., Kwaliteitscriteria voor onderwijswetgeving in formele zin, in: Zorg voor onderwijs, Beschouwingen over de juridische grondslagen van het Nederlandse stelsel van onderwijsvoorzieningen, P.W.C. Akkermans (red.), Den Haag, 1989, pp. 75-96
- Coomans, F., Grondrechtenverdragen en het recht op onderwijs, in: Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989, NTOR 1989, pp. 14-22
- Coomans F. Grondrechtenverdragen en het recht op onderwijs, in: Jaarboek onderwijsrecht 1990, NTOR, 1990, pp. 17-21
- Crijns, F.C.L.M., De herziening van artikel 208 van de Grondwet. Het loon van de angst?, in: Grondrechten, Jeukens-bundel, A.K. Koekkoek e.a. (red.), Nijmegen, 1982, pp. 439-505
- Crijns, F.C.L.M., Het wetsontwerp tot wijziging van artikel 23 van de grondwet. NJB 1985, pp. 1201-1208
- Daalder, H., Politisering en Lijdelijkheid in de Nederlandse politiek, Assen, 1974
- Daalder, H., Politicologen, sociologen, historici en de verzuiling, Bijdragen en Mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden, 1985, pp. 52-64
- Deetman, W.J., De Structuurnota en de vrijheid van onderwijs, TvO 1976, pp. 263-268
- Dekker, G., Godsdienst en levensbeschouwing: positie en perspectief, in: Op de grens van twee eeuwen, Positie en perspectief van Nederland in het zicht van het jaar 2000, S.W. Couwenberg (red.), Kampen, 1989, pp. 17-29
- Dekker-Van Bijsterveld, S.C. den, De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten, Zwolle, 1988

- Delden, R. van, Typen van conflictbeslechting in het privaatrecht door anderen dan de burgerlijke rechter, in: Overheidsrechter gepasseerd, EUR-bundel, H.J. Snijders e.a. (red.), Arnhem, 1988, pp. 23-30
- Dienske, J.S., Buitengewoon arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1965
- Dijk, P.L., J. Schepel, 'Dient de wet voorzieningen te bevatten ten aanzien van de zeggenschap van medewerkers en/of gebruikers in bestuurlijke organen van verenigingen en stichtingen?', Preadvies NJV 1981, Zwolle, 1981
- Dirix, E., Grondrechten en overeenkomsten, in: De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen, K. Rimanque, coörd., Antwerpen, 1982, pp. 35-91
- Dodde, N.L., Nederlandse onderwijspolitiek 1945-1983, in: Onderwijsbeleid in Nederland, Leuven/Amersfoort, 1984, pp. 17-37
- Dodde, N.L., Geschiedenis van het onderwijs, in: Onderwijs: Bestel en beleid 3, Onderwijs in ontwikkeling, J.A. van Kemenade e.a. (red.), Groningen, 1987, pp. 25-98
- Donner, A.M., Nederlands Bestuursrecht I, Algemeen Deel, Alphen aan de Rijn, 1962, 1987a
- Donner, A.M., Grondrechten als constitutionele rechten, in: Speculum Lan-gemeijer, Zwolle, 1973, pp. 15-28
- Donner, A.M., Vrijheid van onderwijs als staatkundig grondrecht. Gelijkstel-ling en gelijkmaking, in: Vrijheid van onderwijs: nu en morgen, Verslag van een studiedag van de Onderwijsraad op 3 juni 1986 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. dr. I.A. Diepenhorst als algemeen voorzitter van de Onderwijsraad, Zwolle, 1987b, pp. 27-32
- Donner, J., De vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs, Zwol-le, 1978
- Doorn, J.A.A. van, Verzuiling: een eigentijds systeem van sociale controle, Sociologische Gids 1956, pp. 41-49
- Doorn, J.A.A. van, De emancipatie der Nederlandse Rooms Katholieken in de sociologische literatuur, Sociologische Gids 1958, pp. 194-204
- Doorn, J.A.A. van, Schets van de Nederlandse politieke traditie, in: J.W. de Beus e.a., De ideologische driehoek, Nederlandse politiek in historisch perspectief, Meppel, 1989a, pp. 11-60
- Doorn, J.A.A. van, De onvermijdelijke presentie van de confessionelen, in: J.W. de Beus e.a., De ideologische driehoek, Nederlandse politiek in historisch perspectief, Meppel, 1989b, pp. 112-146
- Doornbos, K., De verzorgingsstructuur van het onderwijs, in: Onderwijs: be-stel en beleid I, Onderwijs in hoofdlijnen, J.A. van Kemenade e.a. (red.), Groningen, 1986, pp. 244-358
- Driessen, M.J.A.C., De WAGGS in strijd met internationale arbeidsnormen, Sociaal Recht 1989, pp. 196-201.
- Drijber, B.J., EG-recht en onderwijs, Jaarboek onderwijsrecht 1990, NTOR 1990, pp. 22-28

- Drion, H., Civielrechtelijke werking van de grondrechten, NJB 1969, pp. 585-594
- Drop, H., Algemene inleiding onderwijsrecht, Zwolle, 1985
- Drop, H., Vrijheid van inrichting. Vogelvrij?, in: Onderwijsrecht: actueler dan ooit, verslag van het Lustrumcongres Stichting Bijzondere Leerstoelen Onderwijsrecht op 30 september 1987, Deventer, 1987, pp. 13-28
- Dubbink, C.W., 25 jaar rechtspraak van de Hoge Raad, NJB 1982, pp. 16-18
- Dubelaar, J.M.V., De verhouding bestuur-schoolleiding en het rechtspersonenrecht, School en Wet 1991, pp. 18-22
- Duffhues, T., A. Felling, J. Roes, Bewegende patronen, een analyse van het landelijk netwerk van katholieke organisaties en bestuurders 1945-1980, Baarn, 1985
- Duk, R.A.A., Over de kwaliteit van (de toetsing van) het ontslag, SMA 1985, pp. 413-419
- Duk, R.A.A., De Hoge Raad en fondsenbepalingen, SMA 1988, pp. 198-205
- Duk, W., Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis 1988, pp. 156-169
- Dunné, J.M. van, In de ban van het bindend advies/Het bindend advies in de ban?, Overheidsrechter gepasseerd, EUR-bundel, H.J. Snijders e.a. (red.), Arnhem, 1988, pp. 45-58
- Elders, J.L.M., Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een integratieve benadering', in: Burgerlijk recht en grondrechten, Preadviezen voor de Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1986, pp. 7-40
- Ellemers, J.E., Pillarization as a proces of modernization, Acta Politica 1984, pp. 129-144
- Esch, W. van, Schoolbesturen en de vrijheid van onderwijs, Bestuurlijke en organisatorische factoren van invloed op de benutting van beleidsruimte door bijzondere schoolbesturen, Nijmegen, 1988
- Fase, W.J.P.M., Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, terugblik en perspectief, een onderzoek naar een aantal juridische, institutionele en materiële aspecten van de arbeidsvoorwaardenvorming, mede met het oog op de vorming van een toekomstig arbeidsvoorwaardenbeleid, Alphen aan den Rijn, 1980
- Fase, W.J.P.M., De botsing tussen de contracts- en vakverenigingsvrijheid, Enige beschouwingen over het c.a.o.-recht, Deventer, 1981
- Fase, W.J.P.M., C.a.o.-recht, schets van het recht met betrekking tot c.a.o.'s, verbindendverklaring van bepalingen ervan en aanverwante regelingen, Alphen aan den Rijn, 1982a
- Fase, W.J.P.M., Waarheen met de directeur van het GAB?, SMA 1982b, pp. 697-702
- Fase, W.J.P.M., De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, pp. 346-370
- Fase, W.J.P.M., De contractsvrijheid van sociale partners, in: Economische orde en beleid, De Pous-bundel, Deventer, 1985, pp. 85-104

- Fase, W.J.P.M., Collectief arbeidsrecht na vijftig jaar, in: Vijftig jaar sociaal recht in Leiden, Deventer, 1986, pp. 19-45
- Fase, W.J.P.M., De juridische ondersteuning van het cao-overleg, SMA 1987a, pp. 682-689
- Fase, W.J.P.M., Het cao-recht en onderhandelende partijen, vrijheid of gebondenheid?, in: Schetsen voor Bakels, Deventer, 1987b, pp. 47-60
- Fase, W.J.P.M., Het ontslagrecht herzien, SMA 1990, pp. 255-259
- Fortuyn, W.S.P., De Commissie-Albeda: katalysator van nieuwe arbeidsverhoudingen bij de overheid, SMA 1987, pp. 227-240
- Frenkel, B.S., A.T.J.M. Jacobs, E. Nieuwstraten-Driessen, De structuur van het c.a.o.-overleg, Een verkenning van de wijze waarop sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg functioneren, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1980
- Frenkel, B.S., De trendvolgers, SMA 1983, pp. 646-650
- Frenkel, B.S., A.T.J.M. Jacobs, Sociaal Bestuursrecht, deel 1 Arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1986
- Funke, A.P., Artikel 1639w BW blijft de gemoederen bezig houden, WPNR 1985, pp. 700-701
- Galen, A.G. van, H.Th.J.F. van Maarseveen, Beginselen van administratief procesrecht, Preadvies, kritiek, antwoorden en vraagpunten, Preadvies VAR 1978, Alphen aan den Rijn 1981
- Geersing, B., P.F. van der Heijden, Rechtspraak medezeggenschapsrecht 1971-1981, Alphen aan den Rijn, 1982
- Geersing, B., P.F. van der Heijden, Rechtspraak Medezeggenschapsrecht 1981-1982, Deventer, 1985a
- Geersing, B., P.F. van der Heijden, Rechtspraak Medezeggenschapsrecht 1984, Deventer, 1985b
- Gielen, W.J.G.M., De openbare school en de vrijheid van onderwijs, Socialisme en Democratie 1977, pp. 505-516
- Gijzen, J.A. van, Het juridisch kader in geval van het maken van nadere afspraken met de ondernemingsraad, TVVS 1983, pp. 321-326
- Gisolf, R.C., De ambtenarenrechter versus de civiele rechter, in: Ambtenarenrecht en Arbeidsrecht, Een vergelijking, Den Haag, 1982, pp. 62-73
- Goddijn, W., Katholieke minderheid en protestantse dominant, Assen, 1957
- Goes, M.H.M. van der, R. Korporaal, Het arbeidsreglement in de praktijk, SMA 198, pp. 562-567
- Graaf, F. de, M.J.O.M. de Haas, Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk, NJB 1984, pp. 1353-1357
- Grinten, W.C.L. van der, Marginale Toetsing, in: Op de grenzen van komend recht, Beekhuis-bundel, Deventer, 1969, pp. 109-123
- Grinten, W.C.L. van der, De inwerking van publiekrecht en dwingend privaatrecht op de arbeidsovereenkomst, SMA 1972, pp. 618-627
- Grinten, W.C.L. van der, Particuliere rechtspraak, in: Rechtspleging, KUN-bundel, Deventer, 1974, pp. 57-70

- Grinten, W.C.L. van der, Discriminatie en burgerlijk recht, Afscheidsrede Nijmegen 1984, Zwolle, 1984
- Grinten, W.C.L. van der, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen aan den Rijn, 1990
- Groen, Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, diss. Nijmegen 1989, Heerlen, z.j.
- Groot, C. de, De advies- en arbitragecommissie en het recht, SMA 1988, pp. 270-283
- Guasco, R.A.F. de, e.a., Het sociaal verzekeringsrecht in Nederland, Alphen aan den Rijn, 1979
- Haan, P. de, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1, Deventer, 1986a
- Haan, P. de, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 2, Deventer, 1986b
- Haardt, W.L., Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970, Bundel Honderd Jaar Rechtsleven, Zwolle, 1970, pp. 137-151
- Haersolte, Van, De Overheidssubsidie, Inleidende beschouwingen, Preadvies VAR XLIV (1961), pp. 5-27
- Hart, J.J.M. de, Levensbeschouwelijke en politieke praktijken van Nederlandse middelbare scholieren, Kampen, 1990
- Hartkamp, A.S., Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle, 1989⁸
- Heek, F. van, Het geboorte-niveau der Nederlandse Rooms-Katholieken, Leiden, 1954
- Heek, F. van, Wat brengt de zuil aan het wankelen?, Sociologische Gids 1973, 148-150
- Heemskerk, W.H. Bindend advies en arbitrage, in: Een goede procesorde, Haardt-bundel, Deventer, 1983, pp. 225-238
- Heemskerk, W.H., Bindend advies of arbitrage, Tijdschrift voor consumentenrecht 1986, pp. 188-191
- Heemskerk, W.H., W. Hugenholz, Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Den Haag 1988
- Heijden, P.F. van der, Overzicht rechtspraak in arbeidszaken (II), SMA 1983, pp. 109-117
- Heijden, P.F. van der, Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, NJB 1984a, pp. 1385-1390
- Heijden, P.F. van der, de WOR herbezocht, SMA 1984b, pp. 576-593
- Heijden, P.F. van der, Een eerlijk proces in het sociaal recht?, Deventer, 1984c
- Heijden, P.F. van der, Het ontslagrecht op de snijtafel, Geschriften van de Vereniging voor arbeidsrecht nr. 12, Alphen aan den Rijn, 1987a
- Heijden, P.F. van der, De clausula rebus sic stantibus in het (nieuw) burgerlijk

- recht en art. 1639w BW, in: Schetsen voor Bakels, Deventer, 1987b, pp. 83-91
- Heijden, P.F. van der, Grondrechten in de onderneming, Inaugurale rede, Groningen 1988, Deventer, 1988
- Heijden, P.F. van der, De ILO en de WAGGS, tweede bedrijf, SMA 1989a, pp. 399-402
- Heijden, P.F. van der, Een nieuwe geschillenregeling in de WOR, TVVS 1989b pp. 5-11
- Heijden, P.F. van der, De Ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer, SR 1990, pp. 81-85
- Heijden, P.F. van der (red.), I.P. Asscher-Vonk, M.M. Olbers, T. van Peijpe, De arbeidsovereenkomst in het NBW, Deventer, 1991
- Heijden, P.F. van der, De definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 610 Boek 7 NBW, in: P.F. van der Heijden (red.), De arbeidsovereenkomst in het NBW, Deventer, 1991, pp. 41-55
- Heijden, P.F. van der, De ondernemingsraad, losbl. ed., Deventer
- Heijmans, A.M.J., De Raad van State en de vrijheid van onderwijs, NTOR 1989, pp. 71-84, 120-137
- Hekkelman, G., De positie van de arbeiders, bedoeld in artikel 14 van de wet op de c.a.o., SMA 1979, pp. 215-229
- Hendriks, De emancipatie van de Gereformeerden, sociologische bijdrage tot de verklaring van enige kenmerken van het huidige gereformeerde volksdeel, Alphen aan den Rijn, 1971
- Heringa, A.W., T. Zwart, Grondrechtenkroniek, NJB 1985, pp. 636-647
- Heringa, A.W., Sociale grondrechten, Hun plaats in de gereedheidskist van de rechter, Den Haag, 1989
- Hermans, H.L.C., A. Postma, ed., Onderwijs en Grondwet, Verslag van een studiemiddag over wetsontwerp 19032, Tilburg, 1986
- Hermans, H.L.C., Onderwijsvrijheid en weigering toelating leerlingen, School en Wet 1988, pp. 118-122
- Heuvel, G. van den, Industrieel burgerschap als uitnodiging, Een onderzoek naar de betekenis van medezeggenschapsrecht in de praktijk, Zwolle, 1983
- Heuvel, L.H. van den, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, Deventer, 1983
- Heuvel, L.H. van den, Sancties in het ontslagrecht, in: Schetsen voor Bakels, Deventer, 1987, pp. 93-104
- Hirsch Ballin, E.M.H., Vrouwen op het recht, Alphen aan den Rijn, 1982
- Hirsch Ballin, E.M.H., Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, in: Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Preadvies VAR 1988a, Alphen aan den Rijn, pp. 13-71
- Hirsch Ballin, E.M.H., Artikel 1 van de grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: Gelijkheid en recht, C.W. Maris (red.), Deventer/Zwolle, 1988b, pp. 127-156
- Hoeven, J. van der, Botsing van grondrechten, KNAW-rede 1983, opgeno-

- men in: Staatsrecht en bestuursrecht, Opstellen van Mr. J. van der Hoeven, Zwolle, 1984, pp. 109-132
- Hoeven, J. van der, De grondwettige vrijheid van onderwijs tussen de andere vrijheden, in: Vrijheid van onderwijs: nu en morgen, Verslag van een studiedag van de Onderwijsraad op 3 juni 1986 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. dr. I.A. Diepenhorst als algemeen voorzitter van de Onderwijsraad, Zwolle, 1987, pp. 19-25
- Hoeven, J. van der, De plaats van de grondwet in het constitutionele recht, Aangevulde heruitgave van het academisch proefschrift, Zwolle, 1988
- Hoeven, J. van der, Onderwijs en discriminatie – de artikelen 1 en 23 Grondwet, NTOR 1989, pp. 4-18
- Hoffmans, A., De kennelijk onredelijke beëindiging: stilstand of dynamiek?, SR 1991, pp. 45-49
- Holst, G.B.J. van der, Verschillen in rechtsgang, in: Ambtenarenrecht en arbeidsrecht, Een vergelijking, Den Haag, 1982, pp. 47-61
- Holtkamp, A., Religieuzen in het onderwijs, School en Besturen 1986, pp. 8-10
- Horst, Th.A.M. van der, e.a. (red.), Handleiding tot het ambtenarenrecht, losbl. ed., Alphen aan den Rijn
- Huart, F.J.A., Grondwetsherziening 1917 en 1922, Arnhem, 1925
- Idenburg, Ph.J., Schets van het Nederlandse schoolwezen, Groningen, 1964
- Ingelse, P., SER-compromis aanvaardbaar Art. 1639w BW zonder hoger beroep strijdig met artikelen 6 EVRM en 14 BUPO, in: A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht, Geschriften van de Vereniging voor arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1989, pp. 59-76
- Inzicht, Een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden, Den Haag, 1990
- Jacobs, A.T.J.M., Grenzen aan de regelingsmacht der CAO-partijen, Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer, 1982, pp. 23-71
- Jacobs, A.T.J.M., De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht, Preadvies voor de Vereniging voor arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1985
- Jacobs, A.T.J.M., Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief, Alphen aan den Rijn, 1986a
- Jacobs, A.T.J.M., Onderzoek, verzoening, bemiddeling en arbitrage in arbeidsconflicten, in: Blinde vlekken in het sociaal recht, Frenkel-bundel, L. Bots e.a. (red.), Deventer, 1986b, pp. 268-288
- Jager, E.A.M. de, C. de Raadt, Delegatie en mandatering in een schoolorganisatie, School en Wet 1986, pp. 178-181
- Jaspers, A.Ph.C.M., Annotatie bij uitspraken van de Advies- en Arbitragecommissie, TAR 1985, pp. 451-454
- Jeukens, H.J.M., Burgerlijke openbare dienst, z.p., 1959
- Jong, E.P. de, 'Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen

- ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?', Preadvies NJV 1982, pp. 9-124
- Jong, E.P. de, Vijftig jaar ambtenarenrecht, in: Vijftig jaar sociaal recht in Leiden, Deventer, 1986, pp. 47-57
- Jong, E.P. de, c.s., De arbeidsovereenkomst, losbl. ed., Deventer
- Jong, E.P. de, M.G. Rood (red.), Zakboek arbeidsrecht, losbl. ed., Deventer
- Jong Edz., Fr. de, Verzuiling in historisch perspectief, Socialisme en democratie, 1957, pp. 2-10
- Jonge, J. de, Motivatie voor protestants-christelijk onderwijs, in: Vrijheid van onderwijs, Marges in het onderwijs in maatschappelijk perspectief, L. Box e.a. (red.), Nijmegen, 1977, pp. 122-132.
- Joosten, L.M.H., Hoe bijzonder is het bijzonder onderwijs in Nederland?, in: Taak en positie van het bijzonder onderwijs in Nederland, Congres ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van de Katholieke Leergangen, Tilburg, 1977, pp. 36-44
- Jurisprudentie Katholiek Onderwijs, Civiele Zaken, uitgave van het Centraal Bureau voor het Katholieke Onderwijs, Den Haag, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988
- Jurisprudentie Katholiek Onderwijs, Civiele Zaken, uitgave van de Vereniging van Besturenorganisaties van Katholieke Onderwijsinstellingen, Den Haag, 1989
- Jurisprudentie Protestants Christelijk Onderwijs, Uitspraken van de Commissies van Beroep en van de Commissies voor Geschillen, uitgave van de Besturenraad Protestants Christelijk Onderwijs en de Nederlandse Protestants Christelijke Schoolraad, Voorburg, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989
- Kaastra, R.C., Uitbreiding bevoegdheid commissies van beroep, NTOR 1990, pp. 60-78
- Kemenade, J. van, De katholieken en hun onderwijs, Een sociologisch onderzoek naar de betekenis van katholiek onderwijs onder ouders en docenten, Meppel/Nijmegen, 1968
- Kemenade, J. van, X. Cronen, H. Hoogerheide, N. Huppes, F. Smit, J. van Staalduinen, J. Willemse, Nog niet het halve werk, onderzoek naar de beginsituatie rond de invoering van de wet medezeggenschap onderwijs op scholen in de gemeente Amsterdam, Vakgroep Onderwijskunde Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 1983
- Kessel, N. van, Achtergronden, in: Verlangd onderwijs en scholenplanning, Onderwijsrecht 6, Zwolle, 1988, pp. 5-14
- Kiewit, F.D. Het oneigenlijk gebruik van art. 1639w BW en de verandering in de omstandigheden, SMA 1982, pp. 372-380
- Kiewit, F.D., Art. 1639w BW en het werknemersbelang! Een necrologie van de ontslagbescherming?, SMA 1987, pp. 27-33
- Klifman, H., (red.), De school op weg naar ..., Eerste bundel bij de conferentie op 10 april 1989, Voorburg, 1989a

- Klifman, H., (red.), De school op weg naar..., Tweede bundel bij de conferentie op 10 april 1989, Voorburg, 1989b
- Knegt, R., A.C.J.M. Wilthagen, M.C. Fhijnbeen, C.C.M. den Ouden, L.N.A. Spiekerman, Toetsing van ontslag, De werkwijze van arbeidsbureau, kantonrechter en bedrijfsvereniging, Groningen, 1988
- Knegt, R., A.C.J.M. Wilthagen, Het ontslagrecht in rechtssociologisch perspectief, in: Herziening van het ontslagrecht, Geschriften van de vereniging voor arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1989, pp. 33-46
- Knol, H.D.M., Is een chauffeur-instructeur docent?, De Rechtskundige Adviseur en 'De Praktijkgids', november 1958, pp. 1-4
- Koekkoek, A.K., W. Konijnenbelt, Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, in: Grondrechten, Jeukens-bundel, A.K. Koekkoek e.a. (red.), Nijmegen, 1982, pp. 1-39
- Koekkoek, A.K., De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht, WPNR 1986, pp. 385-389, 405-412, 425-434
- Koekkoek, A.K., Hoe deugdelijk is kwaliteit?, Staatscourant 23-2-1989, nr 39, pp. 10-12
- Koelman, J.B.J., Kosten van de verzuijing, diss. Rotterdam 1987, z.p.z.j.
- Kok, C.A.A., Verhouding bestuur en schoolleiding in het voortgezet onderwijs nader bekeken, School en Wet 1990, pp. 69-71
- Konijnenbelt, W., H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, Culemborg, 1988
- Koning, F., Artikel 27 WOR: Een bron van mogelijke spanningen in het arbeidsvoorwaardenoverleg, in: Blinde vlekken in het sociaal recht, Frenkel-bundel, L. Bots e.a. (red.), Deventer, 1986, pp. 252-266
- Koning, F., Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer, 1987
- Koning, F., De obligatoire, diagonale en normatieve bepalingen van de cao, SMA 1988, pp. 174-183
- Kok, C.A.A., Verhouding bestuur en schoolleiding in het voortgezet onderwijs nader bekeken, School en Wet 1990, pp. 69-71
- Koopmans, T., De begrippen werkmán, arbeider en werknemer, Alphen aan den Rijn, 1962
- Koopmans, T., Contractueel stippelwerk, Inaugurele rede Leiden 1965, Alphen aan den Rijn, 1965
- Koopmans, T., Vrijheden in beweging, Voordracht Gent 1976, Leiden/Zwolle 1976
- Korteweg-Wiers, M.J.S., G.L. van der Kraan, P.M.B. Schrijvers, J.P.A.F. Vriens, Hoofddlijnen van het ambtenarenrecht, Alphen aan den Rijn/Den Haag, 1988
- Korteweg-Wiers, M.J.S., Wie heeft het voor het zeggen? - nakoming of schadevergoeding, een oude kwestie, in: Schipper, een bijzonder nummer, TAR 1990, pp. 449-456
- Kortmann, C.A.J.M., Bijzonder onderwijs en (grond)wetgeving, in: Taak en positie van het bijzonder onderwijs in Nederland, Congres ter gelegen-

- heid van het 65-jarig bestaan van de Katholieke Leergangen, Tilburg, 1977, pp. 27-35
- Kortmann, C.A.J.M., Algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten, NJB 1978, 921-924
- Kortmann, C.A.J.M., De Nederlandse Gemeente, 10 december 1982, pp. 752
- Kortmann, C.A.J.M., De grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer, 1987
- Kortmann, C.A.J.M., Constitutioneel recht, Deventer, 1990
- Kreveld, J.H. van, In hoeverre mogen en moeten bij het verlenen van subsidie voorwaarden worden gesteld?, Preadvies NJV 1977, pp. 59-148
- Kreveld, J.H. van, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, in: Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Preadvies VAR XCIX, Alphen aan den Rijn, 1988, pp. 73-237
- Kroes, C.M.J., De bedrijfscommissie als voorportaal van het kantongerecht?, SR 1990 pp. 244-252
- Kruijt J.P., Sociologische beschouwingen over zuilen en verzuiling, Socialisme en Democratie 1957, pp. 11-29
- Kruijt, J.P., W. Goddijn o.f.m., Verzuiling en ontzuiling als sociologisch proces, in: Drift en Koers, Een halve eeuw sociale verandering in Nederland, A.N.J. den Hollander e.a. (red.), Assen, 1962, pp. 227-263
- Langendonck, J. van, Het onderscheid werknemer – zelfstandige in het sociaal recht, in: Blinde vlekken in het sociaal recht, Frenkel-bundel, Deventer, 1986, pp. 9-18
- Lee, R.G., M.J. Cohen, Corresponding Systems: The Law Relating to Educational Provision in England and The Netherlands, Onderwijsrecht 8, Zwolle 1990, pp. 39-71
- Leede, L.J.M. de, J.F.M. Strijbos, Enkele begrippen uit het Sociaal recht, Deventer, 1981
- Leede, L.J.M. de, Toetsingsnormen in het collectieve arbeidsrecht, in: Goed en trouw, Van der Grinten-bundel, Zwolle, 1984, pp. 19-30
- Leede, L.J.M. de, Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, Verbintenissenrecht, Arbeidsovereenkomst (1976-1984), WPNR 1986, pp. 176-181, 197-201
- Leede, L.J.M. de, Arbeidsovereenkomst, in: C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle, 1988, pp. 185-308
- Leede, L.J.M. de, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden, Geschriften van de Vereniging voor arbeidsrecht nr. 15, Alphen aan den Rijn, 1989
- Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming, diss. Maastricht 1990
- Leune, J.M.G., Besluitvorming en machtsverhoudingen in het Nederlandse

- onderwijsbestel, in: *Onderwijs: Bestel en beleid 2, Onderwijs en samenleving* B. J. A. van Kemenade e.a. (red.), Groningen, 1987, pp. 238-427
- Lijphart, A., *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Amsterdam, 1979
- Looise, J.C., *Werknemersvertegenwoordiging op de tweesprong, Vakbeweging en vertegenwoordigend overleg in veranderende arbeidsverhoudingen*, Alphen aan den Rijn, 1989
- Loor, H.D. de, J. Peters, *Een vergelijkende sociologische analyse van de katholieke en de hervormde kerk sedert 1945*, in: *Katholiek Nederland na 1945*, Goddijn-bundel, Baarn, 1985
- Luttmer-Kat, A.M., *Ontslagbescherming van werknemers*, Deventer 1985
- Makkinga, *Bindend advies*, in: *Contractenrecht*, losbl. ed., A.R. Bloembergen, W.M. Klein (red.), Deventer
- Male, R.M. van, *Nadeelscompensatie in het ambtenarenrecht*, in: *Schipper, een bijzonder nummer*, TAR 1990, pp. 442-448
- Mannoury, *Noot onder Arbeitsgericht Darmstadt*, 26 juni 1969, SMA 1970, pp. 286-288
- Matthijssen, M.A.J.M., *De intellectuele emancipatie der katholieken, Historische en sociografische analyse van het Nederlands Katholiek middelbaar onderwijs*, Assen, 1958
- Marx, E.C.H., *De taakopvatting van besturen van instellingen*, *Volksopvoeding* nr. 17, 1968, pp. 199-213
- Medezeggenschap in de school, *jurisprudentie*, losbl. ed., F.H.J.G. Brekelmans (red.), Alphen aan den Rijn
- Meide, J.H. van der, *Ontwikkeling van toetsingsnormen in de ambtenarenrechtspraak*, NJB 1980, pp. 1053-1063
- Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem, 1924
- Memo Medezeggenschap onderwijs, Deventer 1989
- Mensink, M.H.B., *Praktijk en arbeidsrecht*, SMA 1982, pp. 254-262
- Mentink, D., *Orde in onderwijsbeleid. De wettelijke regeling van deugdelijkheidseisen als grondwettelijk probleem*, Deventer, 1989a
- Mentink, D., *De verzorgingsstructuur in het onderwijsrecht*, in: *Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989*, NTOR 1989b, pp. 137-145
- Meuwissen, D.H.M., *Grondrechten*, Utrecht/Antwerpen, 1984
- Molenaar, A.N., *Arbidsrecht, Tweede deel A, Het geldende recht*, Zwolle, 1957
- Mondt-Schouten, M.A.A., *Gedektverklaring van de nietigheid onder toekenning van schadevergoeding, Een goede mogelijkheid om een conflict definitief op te lossen*, in: *Schipper, een bijzonder nummer*, TAR 1990, pp. 457-459
- Naber, H., *Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht?*, Deventer, 1981

- Naves, H.C., Onderwijs ondersteunend personeel en het BBA: Onzekerheid troef, School en Wet 1987, pp. 8-10
- Net, B.J. van der, Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs, diss. Leiden 1977, Zwolle z.j.
- Net, B.J. van der, De commissies van beroep bij het (bijzonder) onderwijs, TvO 1978, pp. 137-141, 157-161
- Net, B.J. van der, De Commissies van Beroep Bijzonder Onderwijs door de jaren '70 naar de jaren '80, Naar het beslechten van gedragsgeschillen van breder maatschappelijk belang, TvO 1980, pp. 171-175
- Net, B.J. van der, Commissies van beroep bijzonder onderwijs en burgerlijke rechter, in: Een goede procesorde, Haardt-bundel, Deventer, 1983a, pp. 239-250
- Net, B.J. van der, Vrijheid van richting in de huidige rechtspraktijk, in: Onderwijsrecht 1, z.p., 1983b, pp. 71-113
- Net, B.J. van der, De herbevestiging van de kringenrechtspraak bijzonder onderwijs, School en Wet 1987, pp. 150-155
- Nicolai, P., De rechtspersoon in artikel 7 Wet AROB, NJB 1988, pp. 183-187
- Nicolai, P., Beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990
- Niessen, C.R., De sociale grondrechten in de nota grondwetsherziening, SMA 1974, pp. 423-430
- Niessen, C.R., 'Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?', Preadvis NJV 1982, pp. 127-239
- Nieuwenhuis, J.H., Je bekijkt het maar, noot onder HR 12 september 1986, RvdW 1986, 158, AAe 1987, pp. 99-105
- Nieuwenhuis, J.H., Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht, Bundel Recht Vooruit, Deventer, 1988, pp. 111-119
- Nolen, W., Handleiding voor arbiters, Zwolle, 1957
- Olbers, M.M., Fusie en collectief ontslag, Het SER-besluit Fusiegedragsregels, de Wet melding collectief ontslag en CAO-bepalingen, SMA 1983a, pp. 145-168
- Olbers, M.M., Opzegbepalingen in cao's, SMA 1983b, pp. 429-453
- Olbers, M.M., Arbeidsvoorwaardenregeling bij wet of cao?, in: Schetsen voor Bakels, Deventer, 1987, pp. 185-198
- Olbers, M.M., Handhaving van de cao, SMA 1988, 206-222
- Olbers, M.M., Werkgevers wil is wet?, SR 1989, pp. 160-165
- Olde Kalter, Ch.J.G., Geestelijke vrijheid en pluriformiteit als constitutionele beginselen, in: Gegeven de Grondwet, CZW-bundel, Deventer, 1988, pp. 19-36
- Oud, P.J., Staatskundige vormgeving in Nederland, deel I, 1840-1940, bewerkt en aangevuld door J. Bosmans, Assen/Maastricht, 1990
- Peijpe, T. van, Loonvorming in de collectieve sector, SMA 1986, pp. 358-374

- Peijpe, T. van, Toetsing van ontslagen bij de overheid, het bijzonder onderwijs en het grafisch bedrijf, SMA 1987, pp. 534-552, 618-627
- Peijpe, T. van, De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht, in: De arbeidsovereenkomst in het NBW, P.F. van der Heijden (red.), Deventer, 1991, pp. 11-40
- Pelkmans, A.H.W.M., Samenwerkingsscholen in ontwikkeling, De geschiedenis van de samenwerkingsschoolgedachte 1945-1983 en een onderzoek naar de ontwikkeling van de samenwerkingsscholen voor voortgezet onderwijs, Nijmegen, 1984
- Pels Rijcken, L.D., Bindend advies als middel tot beslechting van rechtsge- schillen, NJB 1986, pp. 1053-1056
- Phaff, T.W.J., Naar een nieuw ontslagrecht, Arnhem 1986
- Pieters, D., Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de lan- den van de Europese Gemeenschap, Antwerpen, 1985
- Pijnenburg, B., Katholieken en protestanten in hedendaags Nederland. Een herwaardering van de deconfessionalisering, Sociologische Gids 1984, pp. 487-506
- Poelje, G.A. van, Nederlands Bestuursrecht, Deel II, Binnenlands Bestuur, Alphen aan den Rijn, 1962
- Postma, A., De vrijheid van onderwijs bedreigd?, Inaugurele rede Vrije Uni- versiteit Amsterdam 1988, Deventer, 1988
- Postma, A., Aan welke beginselen dient onderwijswetgeving (in formele zin) te voldoen?, in: Zorg voor onderwijs, Beschouwingen over de juridische grondslagen van het Nederlandse stelsel van onderwijsvoorzieningen, P.W.C. Akkermans (red.), Den Haag, 1989, pp. 57-73
- Posthumus-van der Goot, W.H., A. de Waal e.a., Van moeder op dochter, Utrecht/Antwerpen, 1968, herdruk: Nijmegen, 1977
- Prakke, L., m.m.v. J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, Van der Pot-Don- ner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle, 1989
- Putten, J. van, Politieke stromingen, Utrecht, 1986
- Ramakers, J., H. Righart, Het katholicisme, in: De laatste tijd, Geschied- schrijving over Nederland in de 20e eeuw, P. Luykx, N. Bootsma (red.), Utrecht, 1987, pp. 99-134
- Rapport Algemene bepalingen van administratief recht, Rapport van de com- missie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Groningen, 1973/4, Alphen aan den Rijn, 1984
- Reinders, Subsidiëring van instellingen, Deventer/Zwolle, 1981
- Righart, H., De katholieke zuil in Europa, Het ontstaan van verzuiling onder katholieken in Oostenrijk, Zwitserland, België en Nederland, Meppel, 1986
- Rimanque, K., P. Peeters, De toepasselijkheid van grondrechten in de be- trekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling, in: De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen, K. Riman- que (coörd.), Antwerpen, 1982, pp. 1-33

- Röling, H.Q., Onderwijs in Nederland, in: Geschiedenis van opvoeding en onderwijs, Inleiding, Bronnen, Onderzoek, B. Kruithof e.a. (red.), Nijmegen, 1982, pp. 65-86
- Rood, M.G., Hoofddlijnen in het sociaal recht, in: NJB 1984, pp. 993-999
- Rood, M.G., Collectief ambtenarenrecht, Alphen aan den Rijn, 1989
- Rood, M.G., Wet op de Ondernemingsraden, losbl. ed., Arnhem
- Ros, A.C., Georganiseerd overleg in het HBO, Vrijheid van onderwijs versus het recht op collectief onderhandelen, scriptie RU Utrecht, 1988
- Ros, A.C., Arbeidsvoorwaardenoverleg in het hbo - vrijheid van onderwijs en het recht op collectief onderhandelen, NTOR 1990, pp. 21-30
- Ruimte voor kwaliteit, Rapport van een Commissie van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA, Deventer, 1989
- Rutgers, V.H., Nederlands bestuursrecht, Alphen aan den Rijn, 1932
- Sanders, P., Het nieuwe arbitragerecht, Deventer, 1987
- Savornin Lohman, A.F. de, Onze Constitutie, Utrecht, 1926
- Schelfhout, C.E., Het wetsontwerp van Minister Cals tot regeling van het voortgezet onderwijs, Het schoolbestuur 1959, pp. 206-210, 230-238
- Schelfhout, C.E., Beschouwingen over het bijzonder onderwijs in Nederland, in: Taak en positie van het bijzonder onderwijs in Nederland, Congres ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van de Katholieke Leergangen, Tilburg, 1977, pp. 9-26
- Schellen, J. van, Wat doet de Hoge Raad?, Deventer, 1980, pp. 15-17
- Schellen, J. van, Wat leert de Hoge Raad?, Inaugurale rede Leiden 1983, Deventer, 1983, pp. 19-21
- Schellen, J. van, Wat wil de Hoge Raad?, Bundel Recht vooruit, Deventer, 1988, pp. 139-162
- Schendelen, M.P.C.M. van, Verzuiling en restauratie in de Nederlandse politiek, Beleid en Maatschappij 1978, pp. 42-54
- Schendelen, M.P.C.M. van, bespreking van: S. Stuurman, Verzuiling, kapitalisme en patriarchaat, Acta Politica 1984, pp. 406-411
- Schipper, W.H. Het ambtenarenontslagrecht: een mistbank?, in: Blinde vlekken in het sociaal recht, Frenkel-bundel, L. Bots e.a. (red.), Deventer, 1986, pp. 113-120
- Schipper, W.H., (red.), Het Burgerlijke Ambtenarenrecht, losbl. ed., Den Haag
- Schöffers, I., Verzuiling, een specifiek Nederlands probleem, in: Sociologische Gids 1956, pp. 121-127
- School op weg naar 2000. Een bestuursfilosofie voor de negentiger jaren, De, Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen, Zoetermeer, 1988
- Schoten, F. van, H. Wansink, De nieuwe schoolstrijd, Knelpunten en conflicten in de hedendaagse onderwijspolitiek, Utrecht/Antwerpen, 1984
- Simon, H., De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht, Bouwrecht 1988, pp. 2-12

- Smets, N.J.J.M., P. Bakker, De Organisatie van de Stichting Carmelcollege, Nijmegen, 1979
- Smets, P., De zeggenschap binnen onderwijsinstellingen, Beleid en maatschappij 1980, pp. 10-17
- Smit, F., A. Pelkmans, De invoering van de Wet medezeggenschap onderwijs, Nijmegen, 1986
- Smit F., G. Reijmer, G. Vrieze, A. Ruijs, Het functioneren van de medezeggenschap in het onderwijs, Nijmegen, 1987
- Steen, S.J., Ontwikkelingen rond het bevoegd gezag, Jaarboek onderwijsrecht 1990, NTOR 1990, pp. 41-47
- Stein, P.A., Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer, 1987
- Stellinga, J.R., Kringenrechtspraak bij het bijzonder onderwijs, TvO 1977, 183-186
- Stoelinga, Th.H.J.D., Hoger onderwijs, in: Onderwijs: Bestel en beleid 3, Onderwijs in ontwikkeling, J.A. van Kemenade e.a. (red.), Groningen, 1987, pp. 367-411
- Storimans, Kwaliteitscriteria voor gedelegeerde onderwijsregelgeving, in: Zorg voor onderwijs, Beschouwingen over de juridische grondslagen van het Nederlandse stelsel van onderwijsvoorzieningen, P.W.C. Akkermans (red.), Den Haag, 1989, pp. 97-114
- Strijbos, J.F.M., Opzegging van duurovereenkomsten, Deventer, 1985
- Stuurman, S., Verzuiling, kapitalisme en patriarchaat, Aspecten van de ontwikkeling van de moderne staat in Nederland, Nijmegen, 1983
- Stuurman, S., In vrijheid vergruizeld en vergrijsd, Notities bij het verval van de katholieke zuil, Socialisme en Democratie 1986, pp. 140-145
- Thunnissen, H.O., Aanneming van werk, in: C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle, 1988, pp. 309-477
- Thurlings, J.M.G., De wankele zuil, Nijmegen/Amersfoort, 1971, 1978²
- Thurlings, J.M.G., De Ontzuiling in Nederland, in het bijzonder van het Nederlands katholicisme, Sociologische Gids 1979, pp. 470-492
- Tijbosch, G.A.J., Het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden in de onderwijswetgeving, School en Wet 1990, pp. 53-56
- Timmer, W.W., Het eindrapport van de Toetsingscommissie Wet Medezeggenschap Onderwijs, eerste deel. Een reactie, School en Wet 1987, pp. 143-145
- Timmer, W.W., Het eindrapport-tweede deel van de toetsingscommissie WMO (II), School en Wet 1988, pp. 76-78
- Toelichting Nieuw Burgerlijk Wetboek, Vierde gedeelte (Boek 7), Den Haag, 1972
- Toetsingscommissie Wet medezeggenschap onderwijs, Tussenrapport nr. 1, Den Haag, 1984
- Toetsingscommissie Wet medezeggenschap onderwijs, Tussenrapport nr. 2, Den Haag, 1985

- Toetsingscommissie Wet medezeggenschap onderwijs, Eindrapport, Eerste deel, Den Haag, 1987a
- Toetsingscommissie Wet medezeggenschap onderwijs, Eindrapport, Tweede deel, Den Haag, 1987b
- Uil, T.P. den, De toetsingsmaatstaf voor de commissies van beroep in het bijzonder onderwijs, TvO 1979, pp. 6-9
- Veenhuijs, J.B.M., Juridische aspecten van de verandering van grondslag van de school, School en Wet 1988, pp. 29-32
- Vegting, W.G., Nederlands bestuursrecht, Deel II, Bijzonder deel, Alphen aan den Rijn, 1953
- Velden, P.A.L.M. van der, De jurisprudentie over het begrip arbeidsovereenkomst van de HR vergeleken met die van de CRvB, in: SMA 1982, pp. 485-491
- Ven, F.J.H.M., van der, Evolutie in de loondienstverhouding, in: Aspecten van arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1971, pp. 249-260
- Ven, F.J.H.M. van der, Over de aard van de arbeidsovereenkomst, Afscheidsrede Tilburg 1972, in: Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, H.L. Bakels (samenst.), Deventer, 1977, pp. 245-264
- Ven, F.W.M. van der, Enige tekenen van de relatie tussen hedendaagse onderwijsproblematiek en de vermaatschappelijking van ons recht, TvO 1976, pp. 387-398
- Ven, F.W.M. van der, De rechthebbenden op het grondrecht inzake onderwijs, in: Bestuur en Meesterschap, In 't Veld-bundel, W.C.M. van Lieshout e.a. (red.), Den Haag, 1988a, pp. 73-86
- Ven, F.W.M. van der, Wie zijn volgens de GW van 1917 de dragers van het recht op de vrijheid van onderwijs, School en Wet 1988b, pp. 123-126
- Ven, F.W.M. van der, De vrijheid van richting, in: Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989, NTOR 1989, pp. 119-129
- Ven, J.J.M. van der, Het eigen karakter van het Europees Sociaal Handvest, in: Het Europees Sociaal Handvest, door J.J.M. van der Ven e.a., Nijmegen 1982, 1-17
- Verantwoordelijkheid voor onderwijs. Advies over de ontwikkeling van de onderwijswetgeving in de jaren negentig, Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, Den Haag, 1989
- Verberne, P.J., 'Hoe lang nog een dictatoriale conflictbeslechter', Bundel Overheidsrechter gepasseerd, EUR-bundel, H.J. Snijders e.a. (red.), Arnhem, 1988, pp. 111-124
- Verhoeve, J., R.M. Vos, Het beroepsrecht van de onderwijzer bij het bijzonder onderwijs en het nieuwe ontslagrecht, TvO 1956, 54-57
- Vermeulen, B.P., Ontwikkelingen inzake het grondwetsartikel, in: Jaarboek onderwijsrecht 1988-1989, NTOR 1989, pp. 53-63
- Vermeulen, B.P., Ontwikkelingen inzake het grondwetsartikel, in: Jaarboek onderwijsrecht 1990, NTOR 1990, pp. 36-40

- Vermeulen, H.A.A.G., Ontslagrecht, in: Schipper, W.H., (red.), Het Burgerlijke Ambtenarenrecht, losbl. ed., Den Haag 1989
- Versloot, A.M., Ouders en vrijheid van onderwijs, Schoolkeuze in de provincie Utrecht, De Lier, 1990
- Verwey-Jonker, H., De psychologie van de verzuiling, Socialisme en Democratie, 1957, pp. 30-39
- Verwey-Jonker, H., De emancipatiebewegingen, in: Drift en Koers, Een halve eeuw sociale verandering in Nederland, A.N.J. den Hollander e.a. (red.), Assen, 1962, pp. 105-125
- Veugelers, W.A.G.M., noot onder: Pres. Rb Utrecht, 2-8-1988, NTOR, pp. 50-51
- Veugelers, W.G.A.M., Naar dezelfde maatstaf, de financiële gelijkstelling in zijn uitwerking, NTOR 1990, pp. 186-196
- Viegen, J. van, Bestuursrechtelijke handhaving van subsidievoorwaarden, Rechts op scherp, Duk-bundel, Zwolle, 1984, pp. 429-443
- Vlies, I.C. van der, Het wetsbegrip en de algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, Den Haag 1984
- Vlies, I.C. van der, Subsidiëring, Praktijkboek Administratief Recht, N.S.J. Koeman, Deventer
- Vugt, J. van, De verzuiling van het lager onderwijs in Limburg, 1860-1940, in: Jaarboek Katholiek Documentatiecentrum 1980, Nijmegen 1980, pp. 17-60
- Waard, B.W.N. de, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratieve procesrecht, Zwolle, 1987
- Waard, B.W.N. de, Annotatie bij Centrale Raad van Beroep van 16 november 1989, TAR 1990, pp. 380-384.
- Weele, J. van de, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, Deventer, 1983
- Werkgroep herziening ontslagrecht, Internationale aspecten van het nieuwe ontslagrecht, SMA 1991, pp. 214-221.
- Wersch, P.J.M. van, Democratisering van het bestuur van non-profitinstellingen, Alphen aan den Rijn, 1979
- Wersch, P.J.M. van, Wet Democratisch functioneren zorginstellingen bij de Tweede Kamer ingediend, Stichting en Vereniging 1989, pp. 35-41
- Wezel, M.F.J. van, Nieuwe wegen voor de vrijheid van richting, Juridische grondslagen en perspectieven, Deventer, 1989
- Wiarda, G.J., Drie typen van rechtsvinding, Zwolle, 1988a
- Wiarda, G.J., De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel, in: Overheidsrechter gepasseerd, EUR-bundel, H.J. Sijnders e.a. (red.), Arnhem, 1988b, pp. 413-429
- Wijk, H.D. van, Voortgaande terugtred, Inaugurale rede Vrije Universiteit Amsterdam 1959, Alphen aan den Rijn, 1959

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

- Willemsz, T.J., A.M.L. van Wieringen, Schoolbesturen en onderwijsmanagement, in: Management van onderwijsinstellingen, A.M.L. van Wieringen, (red.), Groningen, 1986, pp. 128-140
- Willemsz, T.J., En dan: wat is de verzuiling van onderwijs nog in dit land?, School en Wet 1988, pp. 79-84
- Willemsz, T.J., Onderwijsverzuiling in de praktijk, School en Wet 1989, 107-111
- Wissen, G.J.M. van, Grondrechten, Zwolle 1989
- Wolf, H. de, De lekeleerkrachten aan de katholieke lagere school in Zuid-Limburg tussen de twee wereldoorlogen; in: Geschiedenis van opvoeding en onderwijs, Inleiding, Bronnen, Onderzoek, onder redactie van B. Kruthof e.a., Nijmegen, 1982, pp. 402-418
- Zeijen, J.P.M., Handvest van sociale grondrechten voor de Europese Gemeenschap: eerste stappen van de marathon, SR 1990, 35-36.
- Zijlstra, S.E., Vrijheid van richting in het onderwijsrecht, Deventer, 1989
- Zonderland, P. Cremers' Bouwrecht, losbl. ed., Arnhem
- Zonderland, P., De arbeidsovereenkomst, Groningen 1975
- Zoontjens, P.J.J., Bekostigingsvoorwaarden in het onderwijs, NTOR 1990, pp. 31-47

Curriculum Vitae

De auteur is geboren op 17 juli 1957 te Tegelen.

In 1975 behaalde hij het diploma Atheneum A aan het St. Thomascollege te Venlo. In 1981 behaalde hij het doctoraalexamen Nederlands recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen. Sedert 1982 is hij als universitair docent burgerlijk recht werkzaam in dienst van de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht. Vanaf 1 december 1991 is hij aldaar werkzaam als universitair hoofd-docent burgerlijk recht.