

Nr. 47 De Cao Gemeenten beschouwd

Door mr. S.H.A.M. Dassen & mr. drs. L.H. Janssen¹

1. Inleiding

De inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) staat voor de deur. Met ingang van 1 januari 2020 krijgt het overgrote deel van de ambtenaren te maken met het civiele arbeidsrecht. De Wnra gaat uit van nieuwe cao's, maar heeft desalniettemin bepalingen die voorzien in de situatie dat een cao niet tijdig tot stand komt. Met het verstrijken van de tijd wordt steeds meer de noodzaak gevoeld om te komen tot een cao in de sectoren waar nu nog een rechtspositieregeling geldt.

Op 22 november 2018 hebben het College voor Arbeidszaken van de VNG en de vakbonden het concept van de Cao Gemeenten gepresenteerd. Daarbij is als uitgangspunt gekozen dat er sprake is van een technische een-op-een omzetting van de CAR/UWO in de Cao Gemeenten en dat de rechten en plichten inhoudelijk niet zouden wijzigen. De Cao Gemeenten bevat dus dezelfde bepalingen als de CAR/UWO, maar is aangepast aan het vanaf 1 januari 2020 geldende recht. Daarnaast is de Cao Gemeenten ten opzichte van de CAR/UWO gemoderniseerd voor wat betreft de indeling en taalgebruik en wordt dubbeling met wet- en regelgeving zo veel mogelijk voorkomen.²

De VNG heeft haar leden de gelegenheid geboden om op het concept te reageren. Uit de ledenbrief van 4 maart 2019 blijkt dat de ledenraadpleging reacties van 275 gemeenten heeft opgeleverd. 199 gemeenten hebben met het concept van de Cao Gemeenten ingestemd, en 76 gemeenten niet. Ook hebben er 57 aangesloten organisaties gereageerd. 40 organisaties hebben een positieve adviserende stem geven, en 17 organisaties hebben negatief geadviseerd.

De VNG en de vakbonden hebben de afspraken bekrachtigd. Dit betekent dat de nieuwe Cao Gemeenten vanaf 1 januari 2020 zal gelden. Overigens kan de inhoud van de cao nog wijzigen. Over verschillende heikele punten dient nog onderhandeld te worden tussen de VNG en de vakbonden. Zo is er nog geen overeenstemming bereikt ten aanzien van de onderwerpen loon, verlof en vitaliteit. Op 13 april 2019 werd duidelijk dat de onderhandelingen voorsnog zijn vastgelopen.

In dit artikel wordt de Cao Gemeenten beschouwd. Uiteraard wordt ingegaan op de inhoud van de cao, maar ook wat er (nog) niet is geregeld komt aan bod. Meer specifiek worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen besproken:

- 1) Eenzijdige functiewijziging.
- 2) Ontslag op andere gronden.
- 3) Ontslag wegens disfunctioneren.
- 4) 35%-minners.
- 5) Lokale regelingen & lokaal overleg.
- 6) Disciplinaire maatregelen.
- 7) Cao-ontslagcommissie.
- 8) Geschillencommissie.

1) Eenzijdige functiewijziging

In artikel 2:1A, lid 1 CAR/UWO staat dat de aanstelling geschiedt in algemene dienst van de gemeente. Deze bepaling, of een civielrechtelijk equivalent daarvan, keert niet terug in de Cao Gemeenten. De bepaling is

1 Mr. S.H.A.M. (Sanne) Dassen en mr. drs. L.H. (Luc) Janssen zijn werkzaam bij Capra Advocaten.

2 Wat betreft het streven om dubbeling zo veel mogelijk te voorkomen, wordt opgemerkt dat artikel 5.6 van de Cao Gemeenten, dat gaat over het recht om tijdens werktijd te kolven of borstvoeding te geven, overbodig is, omdat dit al in artikel 4:8 van de Arbeidstijdenwet is geregeld.

komen te vervallen vanwege strijd met artikel 7:610, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW), zo blijkt uit de bij de Cao Gemeenten gevoegde transponeringstabel.

De vraag rijst waarom artikel 2:1A CAR/UWO in strijd is met artikel 7:610, lid 1 BW. Logischerwijs past de CAR/UWO-bepaling niet in het stelsel van het civiele arbeidsrecht, omdat wordt gesproken over een aanstelling. Indien het woord 'aanstelling' echter wordt vervangen door het woord 'arbeidsovereenkomst', is het de vraag of er nog steeds strijdigheid met het BW is.

Zonder al te zeer uit te willen weiden over de vraag wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst – zie de criteria in artikel 7:610, lid 1 BW – wordt opgemerkt dat niet valt in te zien waarom een werknemer geen arbeidsovereenkomst in algemene dienst zou kunnen aangaan. Ook in dat geval zal immers sprake zijn van arbeid, loon en een gezagsverhouding. Eventueel kan betoogd worden dat een dergelijke bepaling niet strookt met de uitgangspunten van het civiele arbeidsrecht, of dat de bepaling niets toevoegt aan wat al in BW is geregeld, maar van strijd met artikel 7:610, lid 1 BW lijkt geen sprake te zijn.

De waarde van de aanstelling in algemene dienst van de gemeente is onder het huidige ambtenarenrecht beperkt. Veeleer is artikel 2:1B CAR/UWO van belang. In het eerste lid van die bepaling is geregeld dat de ambtenaar, nadat hij is gehoord, verplicht is om in het belang van de dienst een andere passende functie te aanvaarden. Een passende functie is een functie die de ambtenaar redelijkerwijs in verband met zijn persoonlijkheid, zijn omstandigheden en de voor hem bestaande vooruitzichten kan worden opgedragen. Ook deze bepaling keert, blijkens de transponeringstabel vanwege strijd met artikel 7:610, lid 1 BW, niet terug in de Cao Gemeenten.

Om het wegvallen van artikel 2:1B CAR/UWO enigszins op te vangen, zouden overheidswerkgevers kunnen overwegen om een eenzijdig wijzigingsbeding op te nemen in individuele arbeidsovereenkomsten. Dat geldt in ieder geval voor toekomstig personeel. Veel gemeenten kiezen er namelijk voor om het huidige personeel geen arbeidsovereenkomst aan te bieden, omdat de aanstelling per 1 januari 2020 van rechtswege wijzigt in een arbeidsovereenkomst en er geen garantie is dat voor die tijd met alle werknemers overeenstemming wordt bereikt over de inhoud van de arbeidsovereenkomst.

Het eenzijdig wijzigingsbeding is geregeld in artikel 7:613 BW. Op grond van die bepaling kan een werkgever een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Dit betekent niet – evenmin als bij toepassing van artikel 2:1B CAR/UWO – dat een werknemer vogelvrij is. De bevoegdheid om een functie eenzijdig te wijzigen heeft werkgever alleen als hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Opgemerkt wordt dat uit jurisprudentie blijkt dat artikel 7:613 BW veeleer ziet op collectieve dan op individuele wijzigingen.³

Indien een eenzijdig wijzigingsbeding ontbreekt dan is een werknemer in beginsel niet gehouden om voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover zal tussen hen overeenstemming moeten worden bereikt, waarbij artikel 7:611 BW van belang kan zijn. In die bepaling staat dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als goed werkgever en werknemer te gedragen.⁴

³ Hoge Raad 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

⁴ Parket bij de Hoge Raad 18 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BO9570 (*Monsieurs/Wegener*). Het gaat het bereik van dit artikel te buiten om een uitvoerige uiteenzetting te geven over de civielrechtelijke mogelijkheden om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Verwezen wordt naar S.F.H. Jellinghaus & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Hoofdstuk 7: Wijziging van de arbeidsovereenkomst, Den Haag: Sdu 2019.

2) Ontslag op andere gronden

Passende regeling

Voor de ambtenaar die op grond van artikel 8:8 CAR/UWO wordt ontslagen vanwege een verstoorde arbeidsverhouding, dient de werkgever ingevolge artikel 10d:4 CAR/UWO een passende regeling te treffen. In artikel 10d:4, lid 3 CAR/UWO is bepaald dat bij de vaststelling van de regeling de inhoud van de paragraaf over de aanvullende uitkering wordt betrokken, voor zover dit redelijk en billijk is. Voorts wordt een (garantie op een) WW-uitkering toegekend. Uit jurisprudentie blijkt dat ook een (garantie op een) na-wettelijke uitkering kan worden toegekend, althans als het ontslag is gelegen in de werksfeer en niet grotendeels te wijten is aan de betrokken ambtenaar.⁵ Voor het treffen van een additionele vergoeding (het 'plusje') is in het algemeen slechts aanleiding indien de werkgever een overwegend aandeel heeft gehad in het ontstaan en voortbestaan van de situatie die tot ontslag heeft geleid.⁶ Overigens kunnen eventueel ook andere faciliteiten bij wijze van passende regeling aan de werknemer worden toegekend.

De passende regeling van artikel 10d:4 CAR/UWO keert niet terug in de Cao Gemeenten. Uit de transposeeringswet blijkt dat artikel 10d:4 CAR/UWO is vervallen, omdat het eerste lid van deze bepaling in strijd wordt geacht met artikel 7:669, lid 3 onder g BW en artikel 7:670b BW. Het tweede en derde lid zouden geen toegevoegde waarde hebben. Bij dit standpunt kunnen vraagtekens worden geplaatst. De ambtenaar die na 1 januari 2020 wordt ontslagen wegens een verstoorte arbeidsverhouding maakt immers geen aanspraak op een passende regeling, terwijl een vergelijkbare faciliteit ontbreekt in het BW. Wel heeft hij in beginsel recht op een WW-uitkering, maar niet op een WW-garantie. Daarnaast zal hij, mits is voldaan aan de voorwaarden, in aanmerking komen voor een transitievergoeding.

De Cao Gemeenten is voor een werknemer die wordt ontslagen vanwege een verstoorte arbeidsverhouding dus een evidente achteruitgang ten opzichte van de CAR/UWO. Wellicht zou de Cao Gemeenten op dit punt moeten worden aangepast, mede gelet op het opvallende verschil met de situatie bij disfunctioneren (zie hierna).

Transitievergoeding

Op 16 april 2019 is het wetsvoorstel voor de Aanpassingswet Wnra als hamerstuk door de Eerste Kamer afgedaan.⁷ In de Aanpassingswet Wnra worden enkele aspecten van de (nieuwe) Ambtenarenwet 2017 nader uitgewerkt. De invoerings- en aanpassingswetgeving is technisch van aard.⁸

Betrokken partijen, waaronder de VNG, hebben op het wetsvoorstel kunnen reageren. Mede naar aanleiding daarvan is het wetsvoorstel aangepast en zijn enkele onduidelijkheden opgehelderd. Zo ook de vraag of de tijdsduur van een ambtelijk dienstverband op grond van eerdere aanstellingen al dan niet zou worden meegerekend bij de bepaling van de hoogte van de transitievergoeding. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend, waarbij wordt opgemerkt dat het de bedoeling van de Wnra is dat ambtenaren zoveel mogelijk dezelfde rechten en plichten krijgen als werknemers in de private sector en dat het dan ook onlogisch en onrechtvaardig zou zijn als de diensttijd op basis van een aanstelling niet zou worden meegerekend. Om onzekerheid ten aanzien van dit punt te voorkomen is artikel 14 van de Ambtenarenwet 2017 geherformuleerd.

Overigens is in dit verband ook de vraag beantwoord of ambtenaren – naast de transitievergoeding – hun recht op bovenwettelijke uitkeringen behouden. Ook het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Het recht op bovenwettelijke uitkeringen is, net zoals bijvoorbeeld het salaris, een materiële arbeidsvoor-

⁵ Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 29 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:216.

⁶ Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep, 31 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2990.

⁷ *Handelingen II* 2018-2019, 35 073, nr. 26, item 6. Op 28 maart 2019 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen (*Handelingen II* 2018-2019, 35 073, nr. 68, item 3).

⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35073, 3.

waarde. De Wnra regelt de materiële arbeidsvoorwaarden niet. Die worden bij cao of individuele arbeidsovereenkomst geregeld.⁹

Billijke vergoeding

Na 1 januari 2020 kan een vanwege een verstoorde arbeidsverhouding ontslagen ambtenaar eventueel, naast de transitievergoeding en een WW-uitkering, aanspraak maken op een billijke vergoeding.¹⁰ Een rechter zou die kunnen toekennen als de werknemer kan aantonen dat zijn ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan.¹¹

De toekomst zal uitwijzen of een ambtenaar die vóór 1 januari 2020 aanspraak maakte op een additionele vergoeding ('het plusje'), ná 1 januari 2020 aanspraak kan maken op een billijke vergoeding. Dat is waarschijnlijk niet zonder meer het geval. De werkgever die *'een overwegend aandeel heeft gehad in het ontstaan en voortbestaan van de situatie die tot ontslag heeft geleid'*, handelt namelijk niet zonder meer *'ernstig verwijtbaar'*.

3) Ontslag wegens disfunctioneren

Anders dan de ambtenaar die wordt ontslagen wegens een verstoorde arbeidsverhouding, maakt de disfunctionerende ambtenaar na 1 januari 2020 wél aanspraak op bovenwettelijke uitkeringen, naast de transitievergoeding.

De ambtenaar die op grond van artikel 8:6 CAR/UWO wordt ontslagen wegens disfunctioneren komt in beginsel in aanmerking voor een WW-uitkering en een reparatie-uitkering. Op grond van artikel 10d:25 CAR/UWO heeft hij voorts recht op een aanvullende uitkering en, als het ontslag is gelegen in omstandigheden binnen de werksfeer, ook op een na-wettelijke uitkering. De ambtenaar die na 1 januari 2020 vanwege disfunctioneren wordt ontslagen, behoudt deze aanspraken op grond van hoofdstuk 10 van de Cao Gemeenten. Daarnaast maakt hij na 1 januari 2020 aanspraak op een transitievergoeding en eventueel op een billijke vergoeding. Ook het re-integratiebudget van maximaal € 7.500,- is in de Cao Gemeenten gehandhaafd.

Herplaatsingsonderzoek

Niet alleen ten aanzien van de ontslagvergoedingen heeft de Cao Gemeenten een stapeling van aanspraken tot gevolg. Hetzelfde geldt voor het herplaatsingsonderzoek. In het civiele arbeidsrecht geldt dat de werkgever ingevolge artikel 7:669, lid 1 BW voorafgaand aan het ontbindingsverzoek dient te onderzoeken of de werknemer binnen een redelijke termijn is te herplaatsen in een andere passende functie. De duur van de redelijke termijn is in artikel 10 van de Ontslagregeling bepaald op een termijn gelijk aan de wettelijke opzegtermijn van artikel 7:672 BW.

Op grond van artikel 10d:6 CAR/UWO heeft de disfunctionerende ambtenaar recht op een re-integratiefase die, afhankelijk van de duur van het dienstverband, maximaal 12 maanden duurt. In de Cao Gemeenten is de re-integratiefase gehandhaafd door deze om te zetten naar een verlengde opzegtermijn. Op grond van artikel 9.15 van de Cao Gemeenten geldt bij de opzegging van het dienstverband wegens disfunctioneren een opzegtermijn (lees: re-integratiefase) van maximaal 12 maanden. In artikel 9.16 van de Cao Gemeenten is bepaald hoe deze re-integratiefase moet worden ingekleed en welke verplichtingen voor de werkgever en de werknemer gelden.

⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35073, 5.*

¹⁰ Artikel 7:671b, lid 8 onder c BW.

¹¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3.*

Vanwege strijdigheid met artikel 7:671b BW is er in de Cao Gemeenten geen equivalent opgenomen van artikel 10d:7 CAR/UWO. In het eerste lid van deze bepaling staat dat de re-integratiefase eindigt indien de werknemer een andere functie binnen of buiten de gemeente aanvaardt. Op grond van het tweede lid eindigt de re-integratiefase en gaat het ontslag per direct in als de werknemer zich tijdens de re-integratiefase niet houdt aan de afspraken uit het re-integratieplan. Ook artikel 10d:8 CAR/UWO, waarin is bepaald dat de re-integratiefase wordt verlengd indien de werkgever zich tijdens de re-integratiefase niet houdt aan de afspraken uit het re-integratieplan, is vanwege strijdigheid met artikel 7:671b BW komen te vervallen. Wat na 1 januari 2020 de consequenties zijn indien een van de partijen zich niet aan de afspraken uit het re-integratieplan houdt, is niet op voorhand duidelijk.

De re-integratiefase start nadat de rechter de ontbinding heeft uitgesproken. De rechter zal bij het bepalen van de ingangsdatum van het ontslag rekening moeten houden met de opzegtermijn (lees: re-integratiefase). Feitelijk betekent dit dat er twee keer een herplaatsingsonderzoek dient plaats te vinden, namelijk voorafgaand aan het ontbindingsverzoek op grond van artikel 7:669, lid 1 BW, en na de rechterlijke uitspraak over de ontbinding op grond van artikel 9.15 Cao Gemeenten. Het valt sterk te betwijfelen of een dergelijke cumulatie beoogd en gewenst is.

4) 35%-minners

Op grond van artikel 8:5, lid 2 CAR/UWO geldt voor alle gedeeltelijk arbeidsongeschikte ambtenaren een ontslagverbod tijdens het derde ziektejaar. Conform artikel 7:3, lid 4 CAR/UWO heeft de ambtenaar na twee jaar arbeidsongeschiktheid tot het einde van het dienstverband recht op doorbetaling van 70% van het salaris. In artikel 7:16, lid 3 CAR/UWO staat dat een ambtenaar die minder dan 35% arbeidsongeschikt is, in het derde ziektejaar definitief herplaatst kan worden als hij met de passende arbeid zijn volledige restverdiencapaciteit kan benutten.

Artikel 7:16 CAR/UWO komt in zijn geheel niet terug in de Cao Gemeenten. De bepaling is komen te vervallen vanwege een dubbeling met artikel 7:629a BW en, voor wat betreft het eerste lid, artikel 7:658a BW. Uit de transponeringstabel bij Cao Gemeenten blijkt dat het derde, vierde en vijfde lid van artikel 7:16 CAR/UWO zijn komen te vervallen vanwege strijd met artikel 7:610 BW.

In artikel 7.5 van de Cao Gemeenten wordt enkel het derde ziektejaar geregeld voor de werknemer die 35% of meer, maar minder dan 80% arbeidsongeschikt is. In afwijking van artikel 7:670, lid 1 onder a BW duurt het ontslagverbod in dat geval geen twee, maar drie jaar. Voor de werknemer die minder dan 35% arbeidsongeschikt is, is in de Cao Gemeenten niets geregeld. Voor hem geldt dus geen derde ziektejaar.

Op zichzelf is het te begrijpen dat artikel 7:16, lid 3 CAR/UWO niet (in een aangepaste vorm) in de Cao Gemeente terugkomt. Een bepaling die ziet op definitieve herplaatsing, vanwege de omstandigheid dat een werknemer arbeidsongeschikt is, zonder dat hij daarmee heeft ingestemd, is immers in strijd met de uitgangspunten van het civiele arbeidsrecht.

Dat werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn nu een uitgebreidere ontslagbescherming hebben, is niet in strijd met het BW. Voor hen is de Cao Gemeenten een evidente achteruitgang voor wat betreft hun rechtsbescherming. Het zou onzes inziens logisch zijn als in de Cao Gemeenten een bepaling wordt opgenomen om de ontslagbescherming voor 35%-minners met een derde ziektejaar uit te breiden.

5) Lokale regelingen & lokaal overleg

Vervallen lokale regelingen

Het is de bedoeling dat met ingang van 1 januari 2020 de huidige rechtspositieregelingen worden vervangen door cao's. Voor het geval dat niet zou lukken, bevat artikel 17, lid 3 van de Ambtenarenwet 2017 over-

gangsrecht. Conform die bepaling vervallen de vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, voor zover en voor zolang op 1 januari 2020 geen cao is gesloten waarbij een overheidswerkgever partij is.

De vraag rijst of op grond van die bepaling ook de lokale regelingen per 1 januari 2020 komen te vervallen. Onzes inziens is dat niet het geval, omdat zulks niet strookt met de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever. In dat verband is met name de zinsnede ‘voor zover en voor zolang’ van belang. Uit de Aanwijzingen voor de regelgeving blijkt dat de uitdrukking ‘voor zover’ in een wettelijk voorschrift slechts wordt gebruikt in de betekenis van ‘in de mate dat’. Lokale regelingen vervallen dus pas ‘in de mate dat en voor zolang’ de cao voor die regelingen in de plaats komt. De consequentie van deze uitleg is dan ook dat lokale regelingen niet vervallen als die betrekking hebben op een onderwerp dat niet voorkomt in de Cao Gemeenten, tenzij in de cao bewust is gekozen voor het laten vervallen van een bepaald onderwerp.

Lokaal overleg

Met de inwerkingtreding van de Wnra vervalt het Georganiseerd Overleg. In plaats daarvan is in hoofdstuk 12 van de Cao Gemeenten geregeld dat er ten aanzien van verschillende onderwerpen lokaal overleg dient plaats te vinden tussen de werkgever en de vakbonden.

In artikel 12.2, lid 1 van de Cao Gemeenten is bepaald dat de gemeentelijke werkgever een regeling ten aanzien van een aantal specifieke onderwerpen pas mag invoeren, wijzigen of intrekken nadat daarover met de vakbonden overeenstemming is bereikt. Het lokaal overleg betreft ook afspraken over een sociaal statuut of een sociaal plan. Op grond van artikel 12.2, lid 2 van de Cao Gemeenten kunnen de werkgever en de vakbonden in het lokaal overleg ook andere onderwerpen bespreken die van wederzijds belang zijn.

In artikel 12.2, lid 6 van de Cao Gemeenten staat dat de afspraken die worden gemaakt in het lokaal overleg één geheel vormen met de cao.¹² Kennelijk is beoogd om afspraken in het lokaal overleg aan te merken als cao-bepalingen. Dat is mogelijk, maar dergelijke afspraken krijgen pas de status van cao-bepalingen als deze worden aangemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Ook indien afspraken zijn aan te merken als een aanvulling op een cao geldt die verplichting.¹³ Overigens betekent het nalaten van de aanmeldverplichting niet zonder meer dat individuele werknemers niet gebonden zijn aan dergelijke afspraken. Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat dergelijke afspraken weliswaar niet konden worden gekwalificeerd als cao, maar dat de binding aan zulke afspraken wel kon worden bewerkstelligd op grond van het cao-recht.¹⁴

6) Disciplinaire maatregelen

In de Cao Gemeenten ontbreekt een hoofdstuk over disciplinaire maatregelen. Het volledige tuchtregime zoals dat is opgenomen in hoofdstuk 16 van de CAR/UWO is komen te vervallen. Dat is opvallend, omdat de Cao Gemeenten een technische omzetting van de CAR/UWO had moeten zijn.

Ten aanzien van dit onderwerp is inhoudelijk overleg gevoerd tussen de VNG en de vakbonden. In de ledenbrief van 4 maart 2019 verklaart de VNG de afwezigheid van een hoofdstuk over disciplinaire maatregelen. Van de negen disciplinaire maatregelen in hoofdstuk 16 van de CAR/UWO zouden er slechts een beperkt aantal niet in strijd zijn met het BW, te weten de schriftelijke berisping, het uitblijven van salarisverhoging en de schorsing zonder loondoorbetaling. Omdat het voor de toepassing van deze maatregelen niet nodig is dat de cao daarvoor een rechtsgrond geeft, hebben de VNG en de vakbonden besloten om geen disciplinaire maatregelen in de Cao Gemeenten op te nemen.

12 Vgl. artikel 1.4, lid 4 Cao Nederlandse Universiteiten.

13 Hoge Raad 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5319.

14 Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:646.

De afweging van de cao-partijen bevreemdt. De mogelijkheden om disciplinaire maatregelen op te leggen op grond van de wet zijn beperkt. Alleen de boete als disciplinaire maatregel wordt in het BW uitgewerkt (artikel 7:650 BW en artikel 7:651 BW).

Dat betekent niet dat er geen andere maatregelen opgelegd zouden kunnen worden. Het toepassen van een sanctie kan eventueel worden gebaseerd op het instructierecht van de werkgever (artikel 7:660 BW). Daarbij kan gedacht worden aan een overplaatsing zonder loonsverlaging. Geoorloofd als tuchtmaatregel, zonder dat daarover iets is geregeld in de arbeidsovereenkomst of cao, is de berisping. Ook het intrekken van faciliteiten en emolumenten waarop contractueel geen aanspraak bestaat is in het algemeen geoorloofd, evenals het niet verlenen van een onverplichte periodieke verhoging.¹⁵ In de gevallen waarin sprake is van zodanig ernstig verwijtbaar handelen door de werknemer dat ontslag op staande voet gerechtvaardigd zou zijn, kan de werkgever kiezen voor een lichtere disciplinaire maatregel.

Ook kan een werknemer bij wijze van disciplinaire straf worden geschorst. Dat gaat evenwel gepaard met loondoorbetaling. Een schorsing zonder loondoorbetaling dient schriftelijk overeengekomen te worden en kan alleen worden opgelegd in de eerste zes maanden van een dienstverband (artikel 7:628, lid 5 BW).¹⁶ Het is de vraag of, ondanks dat zulks niet is overeengekomen, het in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht dat een geschorste werknemer aanspraak maakt op loondoorbetaling.¹⁷ Hoewel voor dit standpunt steun kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid, blijkt uit jurisprudentie dat een schorsing in de risicosfeer van de werkgever ligt.¹⁸ Ook als de werkgever gegronde redenen heeft om tot schorsing over te gaan en de werknemer aanleiding heeft gegeven tot de maatregel, valt de schorsing in de risicosfeer van de werkgever en moet het loon worden doorbetaald.¹⁹

Overigens is in het verleden eens een poging ondernomen om het BW aan te vullen op het gebied van disciplinaire maatregelen. Het wetsvoorstel dat daartoe strekte is uiteindelijk ingetrokken, omdat het toen geldende recht en de nadere invulling daarvan in cao's naar de mening van de Tweede Kamer bevredigend werkte.²⁰

Dat het tuchtrecht uit de Cao Gemeenten is gehouden, is met name merkwaardig omdat in de Ambtenarenwet 2017 in meerdere bepalingen het belang van integriteit bij de overheid wordt benadrukt. Zo dient een overheidswerkgever op grond van artikel 4, lid 1 Ambtenarenwet 2017 een integriteitsbeleid te voeren dat is gericht op het bevorderen van goed ambtelijk handelen en dat in ieder geval aandacht besteedt aan het bevorderen van integriteitsbewustzijn en aan het voorkomen van misbruik van bevoegdheden, belangenverstrengeling en discriminatie. Van overheidswerkgevers wordt verlangd dat er duidelijkheid wordt geboden over de geldende normen en dat strikt wordt toegezien op de toepassing en de handhaving daarvan.²¹ Logischerwijs mag in aanvulling daarop evenzo worden verwacht dat duidelijk wordt gemaakt wat de consequenties kunnen zijn bij een integriteitsschending.

15 W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Hoofdstuk 13: Disciplinaire maatregelen, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

16 In artikel 7:628, lid 7 BW staat dat bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan de periode, bedoeld in lid 5, voor bij die overeenkomst of regeling te bepalen functies kan worden verlengd, mits de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben.

17 Hoge Raad 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1026, m.nt. P.A. Stein (*Chicopee/Van Gerwen*).

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, E.

19 Hoge Raad 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Vissers*). Zie ook Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209.

20 *Kamerstukken II* 1995/96, 23974, 16.

21 J.J. Blanken, 'De ambtelijke kernwaarden en integriteit', *TAR* 2018/18 (p. 18-34).

Op grond van artikel 6, lid 1 Ambtenarenwet 2017 is de ambtenaar gehouden de bij of krachtens de wet op hem rustende en uit zijn functie voortvloeiende verplichtingen te vervullen en zich ook overigens te gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt. Het is evenwel de vraag hoe een overtreding van deze norm gesanctioneerd kan worden zonder dat er sprake is van een sanctieregime. Daarnaast is het koffiedik kijken of en in hoeverre de civiele rechter invulling geeft aan de norm van goed ambtenaarschap. Een beroep op deze open norm zal waarschijnlijk onvoldoende zijn om een ontslag op staande voet te doen standhouden. De arbeidsrechtelijke jurisprudentie lijkt namelijk wat betreft de kenbaarheid en duidelijkheid van regels strenger te zijn dan die van de Centrale Raad van Beroep.

Samengevat kan geconcludeerd worden dat de Cao Gemeenten ten onrechte geen hoofdstuk over disciplinaire maatregelen bevat. Dat was namelijk wel mogelijk geweest. Er zijn overigens tal van cao's die een uitgebreid sanctieregime kennen.²² Het is daarom voorstelbaar dat gemeenten zelf een lokaal tuchtregime vaststellen.²³ Dat heeft als voordeel dat er een helder sluitstuk is voor wat betreft het integriteitsbeleid. Het is dan immers voor eenieder duidelijk welke sancties er kunnen volgen bij niet naleving van de regels. Aan de andere kant rust op de werkgever een zwaardere motiveringsplicht bij de toepassing van een disciplinaire maatregel. De werkgever zal immers (in een gerechtelijke procedure) moeten kunnen uitleggen waarom is gekozen voor bijvoorbeeld de vermindering van loon met twee periodieke verhogingen en niet voor het onthouden van de jaarlijkse verhoging.

7) Cao-ontslagcommissie

Wat ook niet in de Cao Gemeenten staat, maar wel van belang is, is dat de VNG en de vakbonden hebben afgesproken dat er een tijdelijke cao-ontslagcommissie wordt ingesteld voor de periode van 1 januari 2020 tot 1 januari 2024.²⁴ De uitwerking van deze afspraak wordt uiterlijk op 1 juni 2019 verwacht. De Cao Gemeenten zal op dit punt moeten worden aangepast.

Op grond van artikel 7:671a, lid 2 BW kan bij cao een ontslagcommissie worden ingesteld, die in plaats van het UWV bevoegd is om toestemming te verlenen voor ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. De noodzaak voor het instellen van een cao-ontslagcommissie vloeit voort uit de omstandigheid dat er werknemers zijn die vóór 1 januari 2020 boventallig zijn verklaard en, indien het VWNW-traject vruchteloos is gebleken, na 1 januari 2020 worden ontslagen.

Voor een ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden is normaliter toestemming van het UWV vereist. Bij de toetsing van de ontslagaanvraag hanteert het UWV eigen regels, zoals die zijn opgenomen in de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels. Die regels zullen in de meeste gevallen niet stroken met de criteria die ten grondslag hebben gelegen aan een boventalligverklaring vóór 1 januari 2020. De regels omtrent boventalligheid zijn op dit moment in elke gemeente afzonderlijk vastgesteld in een, met de vakbonden overeengekomen, sociaal statuut of sociaal plan, waarin het door het UWV gehanteerde afspiegelingsbeginsel in veel gevallen niet leidend is.

Door een cao-ontslagcommissie in te stellen wordt voorkomen dat een werknemer op grond van de geldende regels vóór 1 januari 2020 terecht boventallig is verklaard en een twee jaar durend Van werk naar werk-traject heeft doorlopen, maar vanwege de toepasselijkheid van de regels die UWV hanteert, na 1 januari 2020 niet ontslagen zou kunnen worden. Overigens wordt de cao-ontslagcommissie voor een zodanige periode ingesteld, dat de cao-ontslagcommissie ook ontslagverzoeken zal toetsen voor werknemers die na 1 januari 2020 boventallig worden verklaard. De werking van de cao-ontslagcommissie zal worden geëvalueerd, waarna de VNG en de vakbonden besluiten of er al dan niet na 1 januari 2024 nog behoefte is aan een dergelijke cao-ontslagcommissie.

22 Vgl. artikel 10.1 Cao voor de sociale werkvoorziening en artikel 11.2 Cao universitair medische centra.

23 In de vorm van een reglement op grond van artikel 7:660 BW.

24 Ledenbrief VNG d.d. 4 maart 2019, TAZ/U201900129, Lbr. 19/008.

8) Geschillencommissie

Met de inwerkingtreding van de Wnra wordt een streep gehaald door de bezwarenprocedure. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de rechtsbescherming van de ambtenaar, die zich na 1 januari 2020 in de meeste gevallen genoodzaakt zal zien om een geschil voor te leggen aan de civiele rechter. Overigens hebben de cao-partijen afgesproken dat wordt bevorderd om geschillen zoveel mogelijk in de prejudiciële fase op te lossen. Daarnaast blijkt uit de LOGA-brief van 5 maart 2019 dat aan de Cao Gemeenten een artikel over geschilbeslechting zal worden toegevoegd. In artikel 11.5, lid 3 van de Cao Gemeenten zal alsnog de verplichting voor de werkgever worden opgenomen om een geschillencommissie in te stellen voor de behandeling van geschillen met betrekking tot de individuele toepassing van een functiewaarderingssysteem, afspraken in het kader van een Van werk naar werk-traject en de individuele toepassing van bepalingen in een sociaal plan.

Een algemene geschillenregeling en -commissie ontbreekt in de Cao Gemeenten. Eventueel kan de werkgever wel beslissen om de bevoegdheid van de geschillencommissie te verruimen naar geschillen over andere onderwerpen. Onderwerpen die zich daarvoor lenen zijn onder andere beoordelingen en disciplinaire maatregelen.

Door het instellen van een geschillencommissie wordt de zeeffunctie van de bezwarenprocedure deels gehandhaafd. Voorkomen wordt immers dat partijen, nadat zij in onderling overleg niet tot een oplossing voor een geschil zijn gekomen, direct naar de rechter moeten stappen. Op dit moment biedt de bezwarenprocedure voor werknemers een (procedureel) laagdrempelige en kosteloze manier om beslissingen die ingrijpen in hun rechtspositie te laten beoordelen. Dat gebeurt vaak door een onafhankelijke externe bezwarencommissie. Voor de overheidswerkgever biedt de bezwarenprocedure de mogelijkheid om het eigen handelen kritisch te beschouwen en eventueel te heroverwegen. Foutieve of gebrekkige besluitvorming kan op die manier in een vroeg stadium worden gesignaleerd en hersteld. Het uitbreiden van de bevoegdheid van de geschillencommissie, als compensatie voor het verdwijnen van de bezwarenprocedure, is dan ook het overwegen waard.

2. Tot slot

Geconcludeerd kan worden dat de Cao Gemeenten op verschillende punten geen een-op-een omzetting van de CAR/UWO is. De keuzes van de VNG en de vakbonden doen, bijvoorbeeld wat betreft het vervallen van de passende regeling bij een ontslag vanwege een verstoorde arbeidsverhouding en het vervallen van het gehele hoofdstuk over disciplinaire maatregelen, de wenkbrauwen fronsen. Het is dan ook niet erg verwonderlijk dat lang niet alle gemeenten de Cao Gemeenten met luid applaus hebben ontvangen. Dat klemmt temeer omdat over enkele heikele onderwerpen, zoals de verhoging van het salaris en de uniformering van het verlof, nog onderhandeld moet worden. Of daarover voor 1 januari 2020 een akkoord wordt bereikt, moet worden afgewacht.