

Status en toekomst van de kringenrechtspraak

HR 9 november 2001, NJ 2001, 692, JAR 2001, 240

Kringenrechtspraak; bijzonder onderwijs; commissie van beroep; bindend advies; arbitrage; kennelijk onredelijk ontslag

1 Feiten

Een docent aan een Hogeschool raakt op 28 oktober 1995 arbeidsongeschikt. Ingevolge artikel 20 van het Besluit ziekte en arbeidsongeschiktheid voor onderwijspersoneel (BZA) kan een werknemer, indien blijkt dat hij op grond van ziekten of gebreken in een toestand is geraakt van blijvende ongeschiktheid om de aan zijn functie gestelde vereisten te voldoen, worden ontslagen wanneer wordt voldaan aan een drietal cumulatieve voorwaarden:

- a ongeschiktheid heeft onafgebroken 2 jaar geduurd; en
- b herstel binnen een periode van 6 maanden na deze 2 jaar is redelijkerwijs niet te verwachten; en
- c bij het bevoegd gezag zijn voor betrokkene geen reële herplaatsingsmogelijkheden.

Het gestelde onder a en b wordt vastgesteld door de UWV (Uitvoeringsinstituut werknemersverenigingen).

Op 5 november 1997 wordt door de voorloper van de UWV, de Uitvoeringsinstelling Sociale Zekerheid voor Overheid en Onderwijs (verder: USZO),¹ aan de Hogeschool medegedeeld dat vanwege de ziekte van een bepaalde docent redelijkerwijs niet te verwachten valt dat deze binnen 24 maanden na de eerste arbeidsongeschiktheidsdag in staat zal zijn om aan de in zijn functie van docent gestelde eisen te voldoen. Wel acht de USZO hem in staat om zijn functie elders te verrichten. Op 27 november laat de Hogeschool de docent weten dat hij door de USZO niet langer in staat wordt geacht zijn functie van docent met een volledige weektaak uit te voeren en dat zijn dienstbetrekking met ingang van 6 april 1998 wordt beëindigd.

Artikel 4.7 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaalt dat elke werkgever die een bijzondere Hogeschool instand-

¹ Deze instantie is op 1 januari 2002 opgegaan in de UWV.

houdt, aangesloten dient te zijn bij een commissie van beroep, waarbij door iedere werknemer van die werkgever die rechtsreeks in zijn belang is getroffen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit door of namens de werkgever genomen, onder andere inhoudende ontslag anders dan op eigen verzoek voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt. Artikel T-3 van de CAO voor het Hoger Beroepsonderwijs haakt aan bij dit artikel.

De betrokken docent heeft tegen de beëindiging van zijn dienstbetrekking geen beroep ingesteld bij de in artikel T-3 van de CAO bedoelde commissie van beroep, waarbij de Hogeschool is aangesloten. Wel heeft de docent bij dagvaarding van 12 juni 1998 een procedure ingesteld tegen de Hogeschool bij de Kantonrechter Breda. Bij de kantonrechter stelt de docent dat het aan hem gegeven ontslag kennelijk onredelijk is.

De docent wordt door de kantonrechter bij vonnis van 23 december 1988 niet-ontvankelijk verklaard, kort gezegd, omdat hij zich niet eerst had gewend tot de in de CAO bedoelde commissie van beroep. De docent stelt tegen dit vonnis hoger beroep in bij de Rechtbank Breda. De rechtbank bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. De rechtbank overweegt hiertoe dat de docent zijn vordering heeft ingediend zonder dat hij eerst beroep heeft ingesteld bij de in artikel T-3 van de CAO genoemde commissie van beroep. Zij voegt daaraan toe dat het woord 'kan' in artikel 4.7 lid 1 WHW niet betekent dat de werknemer die een vordering wil instellen tegen de Hogeschool de keuze heeft om dat bij de commissie van beroep te doen of bij de burgerlijke rechter. Wel betekent dit dat de werknemer de keuze heeft om wel of geen beroep in te stellen bij de commissie van beroep.

2 Oordeel

In het cassatiemiddel wordt aangevoerd dat de Rechtbank Breda ten onrechte heeft geoordeeld dat op grond van artikel 4.7 WHW (en ingevolge het naar het oordeel van de rechtbank dezelfde betekenis hebbende art. T-3 lid 1 van de CAO) een personeelslid dat wil opkomen tegen een besluit van een bijzondere instelling, inhoudende een ontslag anders dan op eigen verzoek, eerst beroep dient in te stellen bij de commissie van beroep alvorens zich tot de burgerlijke rechter te kunnen wenden.

Volgens advocaat-generaal Bakels is het inmiddels voldoende duidelijk dat uit het arrest van 31 mei 1996² volgt dat de Rechtbank de docent ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, zodat het middel terecht is voorgesteld. In het arrest van 31 mei 1996 is het rechtskarakter aan de orde van de beslissing van de commissies van beroep. De cruciale overweging uit dit arrest luidt als volgt:

2 NJ 1996, 693.

‘(...) dat de in arbeidszaken bevoegde burgerlijke rechter, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal dient te beoordelen. Dit is slechts anders indien tussen de onderwijsinstelling en de leerkracht is overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen zal gelden als een bindend advies; van het bestaan van zulk een overeenkomst zal dan echter (...) ondubbelzinnig moeten blijken.’

De Hoge Raad oordeelt dat de beslissing van de commissie van beroep in die zaak niet als een bindend advies kan worden aangemerkt, omdat uit de voorwaarden behorende bij de akte van benoeming van de ontslagen leerkracht niet blijkt van een ondubbelzinnige overeenkomst tussen partijen.

De Hoge Raad overweegt in het onderhavige arrest dat uit door hem in zijn arrest van 31 mei 1996 aanvaarde regel volgt dat de docent ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. De bekostigingsvoorwaarde ex artikel 4.7 WHW, die bepaalt dat de Hogeschool moet zijn aangesloten bij een commissie van beroep, is immers niet een ondubbelzinnige overeenkomst tussen partijen zich aan bindend advies te onderwerpen. Hetzelfde heeft volgens de Hoge Raad te gelden voor artikel T-3 van de CAO, dat op dit punt niet meer dan een herhaling van artikel 4.7 WHW bevat. Tussen de docent en de Hogeschool bestond dan ook niet de verplichting een arbeidsgeschil bij wege van bindend advies te laten beslissen door een commissie van beroep. Bij afwezigheid van die verplichting is er geen reden aan te wijzen op grond waarvan de docent gehouden zou zijn het geschil met de Hogeschool, alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden, eerst aan de commissie van beroep voor te leggen. Op basis van het bovenstaande vernietigt de Hoge Raad het vonnis van de Rechtbank Breda van 19 oktober 1999 en verwijst hij het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

3 Annotatie

Het primaire doel van deze annotatie is het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2001 te behandelen tegen de achtergrond van de discussie over het rechtskarakter van de uitspraak van de commissies van beroep. Op basis van deze onderwijswetgeving moeten schoolbesturen voor bijzonder onderwijs aangesloten zijn bij een commissie van beroep. Men noemt dit kringen-rechtspraak, omdat zij wordt uitgeoefend door mensen die afkomstig zijn uit de eigen kring.³ Voordat ik hieraan toekom, zal ik eerst enige achter-

3 A. Postma, Handboek van het Nederlands onderwijsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 344.

grondinformatie verschaffen over het ontstaan en de juridische positie van de commissies van beroep. In paragraaf 3.1 komen eerst de ontstaansgeschiedenis en de huidige positie van de commissies van beroep aan bod. In deze paragraaf blijkt onder meer dat het bestaan van de commissies van beroep tegen de achtergrond van de oorspronkelijke motieven op dit moment geen vanzelfsprekendheid meer is. Paragraaf 3.2 vormt de kern van deze annotatie. Eerst zal ik het onderscheid tussen arbitrage en bindend advies kort behandelen (par. 3.2.1). Dit onderscheid is van belang, omdat met name deze twee figuren in de literatuur zijn gebruikt voor de karakterisering van de uitspraken van de commissies van beroep. Vervolgens behandel ik de standpunten in de literatuur over het rechtskarakter van de commissies van beroep (par. 3.2.2). Hierop volgt een overzicht van de jurisprudentie over dit thema, waarbinnen de arresten van de Hoge Raad van 31 mei 1996 en 9 november 2001 inzake de status van de uitspraken van de commissies van beroep een prominente plaats innemen (par. 3.2.3). Duidelijk zal worden dat de arresten van de Hoge Raad van 31 mei 1996 en 9 november 2001 een radicale breuk vormen met de jurisprudentie van vóór deze beide uitspraken. Ik rond af met het weergeven van mijn persoonlijke visie op de toekomst van de commissies van beroep (par. 4).

3.1 Ontstaansgeschiedenis en huidige positie van de commissie van beroep

Binnen het bijzonder onderwijs opereren commissies van beroep als beslechers van arbeidsgeschillen in eigen kring. De commissies van beroep werden voor het eerst mogelijk gemaakt bij wet van 3 juni 1905.⁴ Bij de invoering van dit instituut hebben verschillende motieven een rol gespeeld.⁵ In de eerste plaats werd beoogd om de rechtspositie van personeel verbonden aan bijzondere scholen gelijk te trekken met de rechtspositie van het personeel in dienst van openbare scholen. De arbeidsbescherming van de leerkrachten in het openbaar onderwijs was uitgebreider dan die van hun collega's in het bijzonder onderwijs. Op de achtergrond zal hierbij een rol hebben gespeeld dat een verbetering van de rechtspositie van het personeel binnen het bijzonder onderwijs de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs in het geheel zou dienen. In de tweede plaats werd een eigen kringenrechtspraak wenselijk geacht om

4 Stb. 151.

5 Zie hierover onder meer B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 10 e.v., W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991, p. 434 e. v.; Postma, *Handboek van het Nederlands onderwijsrecht*, p. 344 e.v. en L.J.M. de Leede, P.F. van der Heijden & W.J.J. Beurskens, *Plaats en functie van de commissies van beroep voor het bijzonder onderwijs*, Advies aan de Minister van Onderwijs, Cultuur & Wetenschappen, januari 1996, p. 11 e.v., ongepubliceerd, maar in onderwijskringen inmiddels breed bekend.

geschillen die met de identiteit van de school te maken hebben, te kunnen voorleggen aan mensen die uit de eigen kring afkomstig zijn.

De belangrijkste bepalingen die betrekking hebben op de juridische positie van de commissies van beroep zijn opgenomen in de onderwijswetgeving. Deze wetten bevatten bepalingen inzake de samenstelling, de verkiezing en de herkomst van (de leden van) de commissies van beroep. Daarnaast bepalen deze voorschriften dat het schoolbestuur aangesloten dient te zijn bij een commissie van beroep. Tevens wordt aangegeven in welke gevallen en op welke wijze de werknemers beroep kunnen instellen bij de commissie.⁶ Voorts wordt bepaald dat het schoolbestuur zich dient te onderwerpen aan de commissie-uitspraak. Ten slotte wordt geregeld dat tijdens een behandeling van een zaak door een commissie van beroep geen verjaring loopt. Het gaat bij deze bepalingen om bekostigingsvoorwaarden en niet om algemeen verbindende voorschriften. Bekostiging is een bijzondere vorm van subsidie. Het begrip bekostiging staat voor het verstrekken van financiële middelen uit de openbare kas aan de besturen van onderwijsinstellingen, om de onderwijsinstellingen in staat te stellen bij de onderwijswet geregelde taken van onderwijs en (voor wat universiteiten betreft) onderzoek te verrichten.⁷ Wanneer het schoolbestuur een van deze verplichtingen niet naleeft, kan er een bekostigingssanctie worden getroffen.

De commissie van beroep dient de bestreden beslissing te toetsen en het resultaat van die toetsing in een beslissing aan partijen voor te leggen. Noch de wetgeving noch de parlementaire geschiedenis maakt duidelijk wat er in dit verband van de commissies van beroep wordt verwacht. Hetzelfde geldt voor de eigen reglementen van de commissies van beroep. Het is evident dat de bestreden beslissing in ieder geval aan de wet en de arbeidsovereenkomst (inclusief de daarin werkende bekostigingsvoorwaarden en CAO-bepalingen) moet worden getoetst.

- 6 Het personeel kan beroep instellen tegen een besluit 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, f) de beslissing van het bevoegd gezag ten aanzien van een personeelslid op basis waarvan op termijn vermindering van diens betrekkingsomvang kan plaatsvinden, g) de beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband, h) de aanwijzing als personeelslid boven de reguliere formatie voortvloeiend uit een algemeen verbindend voorschrift welke aanwijzing op termijn kan leiden tot ontslag, vermindering van de betrekkingsomvang of een beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband, i) de aanwijzing van een andere school of andere scholen waaraan een personeelslid met een benoeming in algemene dienst werkzaamheden zal verrichten.
- 7 B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: De Awb en de bijzondere wetgeving (preadvies voor de VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 134.

De positie van de commissies van beroep staat de laatste jaren ter discussie.⁸ 'Bijzonder onderwijs' stond in 1905 voor het overgrote deel gelijk aan rooms-katholiek en protestants-christelijk onderwijs. Op dit moment is echter een groot percentage van de bijzondere scholen niet-confessioneel. Binnen het confessioneel onderwijs komen ontslaggeschillen met een levensbeschouwelijke achtergrond nauwelijks voor. Er bestaan hierom geen praktische bezwaren meer om ontslaggeschillen aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Hieraan kan wellicht een argument worden ontleend om de commissies van beroep af te schaffen. Hiertegen kan men als principieel bezwaar inbrengen, dat het geringe percentage wel-levensbeschouwelijk getinte geschillen op die manier niet meer aan de in deze zaken gespecialiseerde kringenrechter kunnen worden voorgelegd.⁹

In januari 1996 brachten de arbeidsrechtdeskundigen L.J.M. de Leede, P.F. van der Heijden en W.J.J. Beurskens¹⁰ (verder: de Commissie-De Leede) een advies uit over de huidige positie en functie van de commissies van beroep. De Commissie-De Leede acht de regeling ten aanzien van de commissies problematisch in het licht van artikel 17 Gw.¹¹ Dit artikel bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent: het *ius de non evocando*. De Commissie-De Leede concludeert dat met name de aan het instellingbestuur opgelegde verplichting tot absolute onderwerping aan de beslissing van de commissies van beroep op een gespannen voet staat met artikel 17 Gw.

De Commissie-De Leede voert twee oplossingen aan. De eerste oplossingsrichting houdt in het uitbreiden van de taken en bevoegdheden van de commissies van beroep. De problemen rond artikel 17 Gw en de onzekerheden

8 Zie ook W.J.J. Beurskens, De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs. Het doek valt sneller dan verwacht, NJB, 1997, p. 334.

9 Hiernaast is de vraag gesteld of de commissies van beroep wel voldoende rechtsbescherming kunnen bieden tegen het ontslag van een docent aan een bijzondere school. Het komt vaak voor dat nog een beroep moet worden gedaan op de burgerlijke rechter, nadat de beroeps-gang bij de commissies van beroep is doorgelopen. Een beroep op de burgerlijke rechter kan bijvoorbeeld te maken hebben met de financiële afwikkeling van een verleend ontslag. Ook de toetsing achteraf van ontslagen door de commissies van beroep in vergelijking met de preventieve ontslagtoets van het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI) kan als een negatief aspect worden gezien. Ten slotte is de laatste jaren onder invloed van art. 6 EVRM de aandacht voor de kwaliteit van rechtsgangen buiten de overheidsrechter sterk toegenomen. Het meest vergaand zijn de bezwaren van Heemskerk. Hij bekritiseert met name het onzuiver bindend advies, waarin een beslissing wordt gegeven in een geschil tussen partijen (W.H. Heemskerk, Bindend advies en arbitrage, in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), Een goede procesorde (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 225-238). Hierover later meer.

10 De Leede, Van der Heijden & Beurskens, Plaats en functie van de commissies van beroep voor het bijzonder onderwijs, p. 11 e.v.

11 De Leede, Van der Heijden & Beurskens, p. 50 e.v.

als gevolg van de moeizame aansluiting van het eigen ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs op het BW-ontslagrecht zouden dan echter blijven bestaan. De tweede optie is het integraal overstappen op het ontslagrecht van de private sector: CWI en BW. Rekening houdend met tendensen in de richting van een eenvormigheid van het ontslagrecht van de private sector verdient deze oplossing voor de Commissie-De Leede de voorkeur.¹² Het rapport van de Commissie-De Leede is niet onbestreden gebleven.

3.2 Status uitspraak commissie van beroep

Een belangrijke element van de juridische positie van de commissie van beroep vormt het antwoord op de vraag welke status aan de uitspraak van de commissie van beroep kan worden toegekend. Dit element vormt de crux van de arresten van de Hoge Raad van 31 mei 1996 en 9 november 2001. De onderwijswetgever verschaft geen uitsluitsel over deze vraag. In verband met de werkzaamheden van de commissie van beroep is er geen sprake van op de wet berustende (overheids)rechtspraak. Essentieel voor overheidsrechtspraak is dat zij bij wet is ingesteld. Dit kan niet worden gezegd van de commissies van beroep. Deze hebben een privaatrechtelijke grondslag. In de literatuur is uitgebreid aandacht besteed aan de vraag of er dan wellicht geen sprake is van twee bekende vormen van privaatrechtelijke geschillenbeslechting: arbitrage of bindend advies. Voordat ik overga tot het weergeven van een overzicht van deze literatuur zal ik eerst een beknopte schets geven van deze beide figuren.

3.2.1 Arbitrage versus bindend advies¹³

Arbitrage kan worden omschreven als een beslechting van een geschil door arbiters krachtens een overeenkomst tussen betrokken partijen. De geschillen kunnen zowel een privaatrechtelijk als een publiekrechtelijk karakter hebben. Bij het laatste kan worden gedacht aan een geschil tussen het bevoegd gezag van een openbare school en het Rijk over de bekostiging van de school.

Voor arbitrage vatbaar zijn alle geschillen die kunnen voortvloeien uit een rechtsbetrekking tussen twee personen, zoals een overeenkomst, een

¹² De Leede, Van der Heijden & Beurskens, p. 60 e.v.

¹³ Zie over deze figuren onder meer L.A. van Ittersum, Het bindend advies (diss. Utrecht), Utrecht 1927, W.C.L. van der Grinten, Particuliere rechtspraak, in: Bundel Rechtspleging, 1974, p. 57 e.v., Heemskerk, Bindend advies en arbitrage, p. 225-238, P. Sanders, Het nieuwe arbitragerecht (serie Recht en Praktijk, nr. 45), Deventer: Kluwer 1991, tweede druk, W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Utrecht: Lemma 1994, zeventiende druk, p. 236 e.v.

onrechtmatige daad, of een andere verbintenis uit de wet. Ingevolge artikel 1020 lid 3 Rv mag de overeenkomst tot arbitrage niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Partijen kunnen naast arbitrage tevens overeenkomen dat een tussen hen gerezen geschil of in de toekomst naar aanleiding van een gesloten overeenkomst rijzende geschillen voorwerp zullen zijn van een uitspraak van een of meer derden. De uitspraak zal dan gelden als een partijen bindend advies en zal de kracht hebben van een tussen hen gesloten overeenkomst. Het bindend advies vormt op dit moment een species van het genus vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 BW.¹⁴

In de terminologie van Zonderland¹⁵ is een bindend advies ter beëindiging van een geschil waarover arbitrage mogelijk zou zijn geweest een *onzuiver bindend advies*. Van een *zuiver bindend advies* is sprake als een derde een overeenkomst aanvult of de inhoud daarvan voor de toekomst bepaalt.

3.2.2 Overzicht van de opvattingen in de literatuur

Van der Net¹⁶ concludeert in zijn proefschrift dat de procedure bij de commissies van beroep niet kan worden beschouwd als arbitrage, 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'.

Na een vergelijking van de kringenrechtspraak met de rechtspraak van de bindend adviseurs op een zevental punten komt Van der Net¹⁷ tot de conclusie dat de verschilpunten wezenlijker zijn dan de aangegeven punten van overeenkomst. Het belangrijkste van de door Van der Net gesignaleerde verschilpunten is dat de werkzaamheden van de bindend adviseurs haar grondslag vinden in een overeenkomst tussen partijen, terwijl de kringenrechtspraak haar grondslag vindt in de wet.

Volgens Van der Net behoort de commissie-uitspraak een gezag te hebben dat ten minste gelijk is aan dat van een arbitraal vonnis en groter is dan dat van een, met minder waarborgen omkleed, bindend advies. Omdat de commissierechtspraak rechtsreeks op de wet is gebaseerd indien de betrokken school bij een commissie van beroep is aangesloten, is zowel de school als de leerkracht aan de uitspraak van de commissie van beroep gebonden.

14 Zie over de vaststellingsovereenkomst nader: A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 2001.

15 P. Cremers & P. Zonderland, *Bouwrecht* (losbl.), Arnhem, deel E II, 1.

16 Van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, p. 70 e.v.

17 Van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs*, p. 74 e.v.

Beurskens¹⁸ meent dat Van der Net uit het oog verliest dat de wettelijke bepalingen betreffende de commissie van beroep bekostigingsvoorwaarden zijn, die niet kunnen dienen als een wettelijke basis voor de commissies. Hij acht een tussen het schoolbestuur en werknemer gesloten overeenkomst de enig mogelijke basis voor de bevoegdheid van de commissie, nu in artikel 17 Gw wordt bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

Naar het oordeel van Beurskens¹⁹ zijn commissies van beroep bindend adviseurs en haar beslissingen bindende adviezen. Van arbitrage is geen sprake, omdat arbitrage uitdrukkelijk als zodanig moet worden overeengekomen. Dit 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.

Kaastra stelt zich daarentegen op het standpunt dat behoudens het geval van een expliciet daartoe strekkende overeenkomst, een uitspraak van de commissie van beroep niet als een bindend advies kan worden aangemerkt.²⁰

Een belangrijk bezwaar tegen het gebruik van het (onzuiver) bindend advies (zie par. 3.2.1) is dat er sprake is van een overeenkomstconstructie die een overeenkomst fingeert waar er in werkelijkheid sprake is van een vonnis. Die fictie brengt mee dat aan de beslissing van de derde de rechtsgevolgen van een overeenkomst tussen partijen worden verbonden en niet de rechtsgevolgen van een vonnis. Hetgeen vonnis is, wordt als contract beschouwd. Toch lijkt dit bindend advies als twee druppels water op een arbitraal vonnis, al is er om welke reden dan ook een andere naam aan gegeven.²¹

Wat hier verder ook van zij, feit blijft wel dat het onzuiver bindend advies een wettelijke status heeft gekregen in titel 7.15 BW²² en dus moet worden aanvaard als een rechtsgeldige wijze van geschillenbeslechting. Blijkens de tekst van artikel 7:900 lid 1 BW binden partijen bij een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een onzekerheid of een *geschil* zich jegens elkaar aan de vaststelling daarvan, omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, bestemd om ook te gelden voorzover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Vast staat dat het potentiële werkingsgebied van arbitrage en het *onzuiver bindend advies* samenvallen. De geschillen, bedoeld in artikel 1020 lid 1 Rv, kunnen ook voorwerp van een bindend advies zijn. Welk regime

18 Beurskens, Sociaal recht en het bijzonder onderwijs, p. 442.

19 Beurskens, Sociaal recht en het bijzonder onderwijs, p. 444.

20 R.C. Kaastra, Uitbreiding bevoegdheid commissies van beroep, NTOR 1990, p. 62.

21 Heemskerk, Bindend advies en arbitrage, p. 226.

22 Met ingang van 1 september 1993 is titel 7.15 van het nieuw BW in werking getreden (Wet van 27 mei 1993, Stb. 1993, 309, nadien vernummerd in Stb. 1993, 374). Daarmee is de vaststellingsovereenkomst wettelijk geregeld.

toepasselijk is, is niet afhankelijk van de aard van de zaak, maar van de door partijen gebruikte terminologie. In dit verband is het niet juist om de vraag naar de status van de kringenrechtspraak als een kwalificatievraagstuk te benaderen, los van de keuze die de betrokken partijen zelf hebben gemaakt. Vanuit deze optiek is in de onderhavige zaak noch van arbitrage sprake noch van bindend advies. Beide vormen van geschillenbeslechting waren immers niet expliciet overeengekomen. In paragraaf 3.3.3 zal duidelijk worden dat arbitrage of bindend advies ook nog om een andere reden uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen: het in artikel 17 Gw vastgelegde *ius de non evocando*.

3.2.3 *De jurisprudentie over de status van de kringenrechtspraak*

Tot het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996 was de heersende opvatting in de jurisprudentie van de rechterlijke macht dat een uitspraak van een commissie van beroep moet worden beschouwd als een bindend advies.²³ Het bindend advies wordt gezien als een aanvulling van de inhoud van de overeenkomst tussen de bij het bindend advies betrokken partijen. De in het ongelijk gestelde partij kon gebondenheid aan het bindend advies op grond van de goede trouw alleen betwisten, wanneer dit advies, hetzij uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze waarop het tot stand is gekomen, zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is dat de wederpartij in strijd met de goede trouw handelt door haar daaraan gebonden te achten. Het een en ander kwam neer op een marginale toetsing van het bindend advies, zowel wat de wijze van totstandkomen betreft als waar het gaat om de inhoud.²⁴

Het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996

Op 31 mei 1996 wijst de Hoge Raad der Nederlanden een belangrijk arrest over de juridische status van de kringenrechtspraak. Het geschil gaat over een werknemer die op 14 november 1991 door de Vereniging Departement Eindhoven der Maatschappij tot Nut van 't Algemeen op staande voet wegens een dringende redenen (herhaalde werkweigering) is ontslagen. De werknemer gaat tegen dit besluit in beroep bij de commissie van beroep waarbij de Vereniging is aangesloten. De commissie van beroep verklaart het beroep bij beslissing van 6 januari 1992 ongegrond. Bij eindvonnis van 24 september

23 In het algemeen werd in de rechtspraak tot het arrest van 31 mei 1996 vrij gemakkelijk aangenomen dat er sprake is van een bindend advies. De rechtbank te Utrecht lijkt bijvoorbeeld zich in een vonnis uit 1994 op het standpunt te stellen dat de verwijzing in een arbeidsovereenkomst of CAO naar de onderwijswetgeving waarin de instelling of procedure van een commissie van beroep als bestedigingsvoorwaarde is opgenomen, moet worden uitgelegd als een keuze van partijen voor commissierechtspraak in de vorm van een bindend advies (Rechtbank Utrecht 9 februari 1994, Prg. 1994, 4164).

24 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Leiden 17 december 1975, AB 1976, 128; Rechtbank Amsterdam 8 maart 1977, AB 1997, 361; Kantonrechter Eindhoven 14 april 1978, AB 1979, 76.

1992 wijst de kantonrechter de vorderingen af op basis van de overweging dat de uitspraak van de commissie van beroep moet worden gezien als een 'wettelijk voorgeschreven' bindend advies, waaraan partijen zijn gebonden, tenzij zulks in strijd zou komen met de redelijkheid en billijkheid vanwege de wijze van totstandkomen dan wel de inhoud van het advies. Bij vonnis van 25 maart 1994 bevestigt de rechtbank de opvatting van de kantonrechter. In het cassatiemiddel brengt de werknemer (opnieuw) naar voren dat de beslissing van de commissie van beroep geen bindend advies inhoudt. De werknemer doet hierbij onder meer een beroep op de bij de akte van benoeming behorende 'overige voorwaarden' en op de bepalingen van de Wet op het basisonderwijs. Daarnaast verwijst de werknemer naar de parlementaire geschiedenis van de Wet op het basisonderwijs. Uit dit alles zou niet kunnen worden afgeleid dat er sprake is van een bindend advies.

Advocaat-generaal Vranken gaat in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996 wel uit van een bindend advies. De Hoge Raad volgt het oordeel van A-G Vranken niet. Volgens de Hoge Raad geeft de wetsgeschiedenis geen steun aan de opvatting dat uit de wettelijke bepalingen betreffende de commissie van beroep voortvloeit dat een leerkracht die zich wendt tot een commissie van beroep, in enig opzicht aan de beslissing van die commissie is gebonden. Wel laat de wettelijke regeling ruimte voor de mogelijkheid dat tussen het bevoegd gezag en een leerkracht wordt overeengekomen dat de uitspraak van de commissie van beroep voor beide partijen zal gelden als een bindend advies. Daartoe is volgens de Hoge Raad vereist dat van zulk een overeenkomst ondubbelzinnig blijkt. Het enkele feit dat de leerkracht zich vrijwillig wendt tot de commissie van beroep is hiertoe onvoldoende. De opvatting dat er sprake is van een bindend advies vindt volgens de Hoge Raad niet alleen geen steun in de tekst van de desbetreffende wetten en de geschiedenis van hun totstandkoming, maar kan ook hierom niet worden aanvaard, omdat zij bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet geacht kan worden voldoende rechtsbescherming te bieden aan tegen hun wil ontslagen leerkrachten in het bijzonder onderwijs. De Hoge Raad is hierom van oordeel:

'dat de in arbeidszaken bevoegde burgerlijke rechter, indien een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal dient te beoordelen. Dit is slechts anders indien tussen de onderwijsinstelling en de leerkracht is overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen zal gelden als bindend advies; van het bestaan van zulk

een overeenkomst zal dan echter, zoals hiervoor is opgemerkt, onduidelzinnig moeten blijken’.

Daarvan is volgens de Hoge Raad in de onderhavige zaak geen sprake. Beurskens²⁵ uit in diens artikel ‘De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs’ stevige kritiek op het arrest van de Hoge Raad. Volgens Beurskens is de conclusie dat de overeenkomst tussen schoolbestuur en werknemer geen vaststellingsovereenkomst is zeker niet de enige denkbare. Essentieel punt in deze is volgens hem de gebondenheid. Dat het schoolbestuur wordt gebonden door de beslissing staat volgens hem ook na het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996 niet ter discussie. Daarvan uitgaande moet volgens Beurskens tevens worden geconcludeerd tot de gebondenheid van de werknemer. Het lijkt volgens Beurskens immers niet waarschijnlijk dat beide partijen zouden hebben bedoeld dat één beding twee betekenissen heeft: voor de werknemer de mogelijkheid om beroep in te stellen, zonder aan het resultaat daarvan gebonden te worden; voor het schoolbestuur de absolute gebondenheid aan de uitkomst van het beroep. Ik vraag mij af waar Beurskens op doelt wanneer hij spreekt over één beding. Er zijn immers twee bepalingen die overigens zijn opgenomen in de onderwijswetgeving en niet zoals het woord ‘beding’ suggereert voortspuiten uit een overeenkomst. De ene bepaling schrijft bij wege van bekostigingsvoorwaarde aan het bevoegd gezag van de bijzondere school voor om zich aan de beslissing van de commissie van beroep te conformeren. Wanneer het bevoegd gezag van de bijzondere school dit verzuimt, loopt zij het risico geconfronteerd te worden met een bekostigingssanctie. De andere bepaling schrijft voor dat de werknemer beroep kan instellen tegen de beslissing van de commissie van beroep. Ook hier gaat het om een bekostigingsvoorwaarde die werkt in de relatie bevoegd gezag en het Rijk. Deze bepaling heeft dus in principe geen betekenis voor de werknemer.

Meer hout snijdt naar mijn oordeel de kritiek van Beurskens²⁶ op de overweging van de Hoge Raad dat de bindend-adviesprocedure bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet geacht kan worden voldoende rechtsbescherming te bieden aan tegen hun wil ontslagen leerkrachten in het bijzonder onderwijs. Veugelers signaleert mijns inziens terecht dat de Hoge Raad geen onderbouwing geeft van deze stelling.²⁷ Dit zou echter geen overbodige luxe zijn geweest.

De procedure bij de commissie van beroep is namelijk, zoals Beurskens terecht opmerkt, niet problematisch in het licht van de kwaliteitseisen die

25 Beurskens, *De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs*, p. 336.

26 Beurskens, *De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs*, p. 336.

27 W.G.A.M. Veugelers, *De toekomst van de Commissies van Beroep*, NTOR 1997, p. 119, i.h.b. p. 123.

voortvloeien uit artikel 6 EVRM. De processuele gang van zaken bij de commissies van beroep is deugdelijk geregeld, in de onderwijswetten, rechtspositiesbesluiten, CAO's en individuele arbeidsovereenkomsten. Ook de opzet van de procedure is deugdelijk: er zijn voldoende garanties voor deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de commissies. Hierbij dient bedacht te worden dat de ontslagbescherming van de werknemer elders in de private sector ook bij lange na niet feilloos is. Zo voldoet de procedure voor de CWI niet aan artikel 6 EVRM, waarbij wel het meeste klemt dat tegen de beslissing van de CWI geen beroep mogelijk is.²⁸ Wellicht heeft de Hoge Raad, zoals Beurskens stelt, zich bij deze overweging laten leiden door algemene bezwaren tegen geschillenbeslechting buiten de overheidsrechter om.

Het zwaartepunt in de motivering van het arrest had naar mijn oordeel moeten liggen bij artikel 17 Gw en niet bij de wetsgeschiedenis, waarin dit grondrecht slechts terloops wordt genoemd.²⁹ Artikel 17 Gw bepaalt dat niemand *tegen zijn wil* kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De tekst van artikel 17 Gw impliceert dat men met betrekking tot bepaalde rechtsverhoudingen vrijwillig afstand kan doen van het *ius de non evocando*. 'Met zijn wil', dus bij privaatrechtelijke overeenkomst, kan iemand wél worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Die mogelijkheid heeft de Grondwet overigens steeds gekend: arbitrage (zie art. 1020 e.v. Rv, art. 181 EEG-Verdrag) en prorogatie van rechtspraak (zie art. 329 Rv) vallen buiten de werking van de bepaling. Hetzelfde geldt voor bindend-adviesclausules. Gelet op de woorden 'tegen zijn wil' kan er slechts vrijwillig afstand worden gedaan van het recht op toegang tot de rechter die de wet toekent. Het is hierom terecht dat de Hoge Raad verlangt dat, *wanneer partijen kiezen voor bindend advies*, de bindend-adviesclausule ondubbelzinnig wordt overeengekomen.

De ontwikkelingen na het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996

De Commissie-De Leede heeft naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996 een vervolgadvisie uitgebracht. In het oorspronkelijk rapport hadden de deskundigen hun voorkeur uitgesproken

28 Wel is er een verkapt hoger beroep mogelijk op de kantonrechter: in geval van een verleende vergunning, via de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW en bij een geweigerd ontslag, via ontbinding ex art. 7:685 BW.

29 Volgens Van der Net is het zeer de vraag of de Hoge Raad door de sfeer van sobere, fragmentarische, historische en actuele weergave, deels meegaand met incidentele momentopnamen in de benadering van de regering, wel van een gewogen brede benadering blijk heeft kunnen geven (B.J. van der Net, Een controversieel arrest van de Hoge Raad en een verstoopt advies over de binding van de kringenrechtspraak, School en Wet, oktober 1996, p. 3).

voor een integrale overstap naar het reguliere ontslagstelsel van de private sector: CWI en BW. Hierbij werd wel opgemerkt dat aan de rechtsgang volgens de CWI ook gebreken kleven. Ook door anderen is op bezwaren gewezen.³⁰ In het vervolgrapport schrijven de deskundigen dat door het inmiddels aanvaarde wetsontwerp Flexibiliteit en zekerheid de situatie beter is geworden. Tijdens de behandeling van het wetsontwerp heeft artikel 6 EVRM geen rol van belang gespeeld. 'Noch de wetgever noch de sociale partners achten het, kennelijk, noodzakelijk om de BBA-procedure op grond van art. 6 EVRM aan een ingrijpende heroverweging te onderwerpen.'

De toekomstige inrichting van het civielrechtelijke ontslagrecht is echter nog allerminst duidelijk. De Adviescommissie Duaal ontslagrecht meent dat de preventieve ontslagtoetsing zou kunnen worden vervangen door een hoorprocedure, terwijl de werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid op basis van een toezegging van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ervan uitgaan dat de preventieve ontslagtoetsing blijft voortbestaan.³¹ Ook binnen de wetenschap bestaat er allerminst consensus over dit vraagstuk.³²

Op 9 november 2001 wijst de Hoge Raad een arrest dat een bevestiging vormt van het arrest van 31 mei 1996 (zie par. 3.1). De Hoge Raad overweegt in deze uitspraak dat uit de door de Hoge Raad in het arrest van 31 mei aanvaarde regel volgt dat eiser ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. Tussen eiser en de Hogeschool bestond namelijk geen verplichting om een arbeidsgeschil bij wege van bindend advies te laten beslissen door de commissie van beroep. Er is namelijk geen sprake van een *ondubbelzinnige overeenkomst* tussen partijen om zich te onderwerpen aan een bindend advies. De bekostigingsvoorwaarde in artikel 4.7 WHW, dat de Hogeschool aangesloten moet zijn bij een commissie van beroep, kan niet als zodanig gelden. Hetzelfde heeft volgens de Hoge Raad te gelden voor artikel T-3 van de CAO, dat op dit punt niet meer dan herhaling bevat.

'Ondubbelzinnig overeenkomen' kan naar mijn oordeel op drie manieren geschieden:

- 1 In de eerste plaats kunnen werkgever en werknemer in geval van een geschil ad hoc verklaren dat zij de uitspraak van de commissie aanmerken als een bindend advies. Zo zou de commissie van beroep vóór de zit-

30 Zie Veugelers, De toekomst van de Commissies van Beroep, p. 125.

31 Stichting van de Arbeid (STAR), Nota Flexibiliteit en zekerheid, 3 april 1996, publicatienr. 2/96.

32 Zie over dit onderwerp nader: J.J. Trap, Weg met de ontslagvergunning! Leve de repressieve toetsing, SR 1993, p. 191-192, P.F. van der Heijden, J.J.M. de Laat en C.G. Scholten, Ontslagrecht zonder ontslagvergunning, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1995, S.W. Kuip & E. Verhulp, Ontslagrecht met hoorplicht: preventieve toets ongehoord ontslag aangezegd?, SMA september 2001, p. 415-433 en L.H. van den Heuvel, Zijn wij wel klaar voor een nieuw ontslagrecht, SMA april 2002, nr. 4, p. 325 e.v.

ting van de partijen een overeenkomst kunnen vragen waarin is opgenomen dat partijen de uitspraak van de commissie beschouwen als een bindend advies. Met andere woorden de commissie neemt het beroep alleen in behandeling wanneer de partijen overeenkomen de uitspraak van de commissie als bindend te aanvaarden. Hiermee wordt voorkomen dat de commissie werk 'voor niets' doet.

- 2 In de tweede plaats kunnen partijen in de arbeidsovereenkomst de bindend-adviesclausule opnemen. In dat geval moet de werknemer worden gewezen op de clausule en moet hij deze aanvaarden. Hij kan deze clausule weigeren, maar dan wordt de arbeidsovereenkomst naar alle waarschijnlijkheid niet gesloten.
- 3 In de derde plaats kan een bindend-adviesclausule worden opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst. In de arbeidsovereenkomsten van niet-georganiseerde werknemers zal de bindend-adviesclausule moeten worden doorgecontracteerd. Dit laatste moet in de CAO uitdrukkelijk worden bedongen, omdat de betreffende regeling een arbeidsvoorwaarde is die de werkgever krachtens artikel 14 Wet CAO verplicht is door te contracteren in de arbeidsovereenkomsten van ongeorganiseerde of anders georganiseerde werknemers. Ingevolge artikel 2 lid 5a Waav worden bindend-adviesclausules in CAO's van algemeen verbindendverklaring uitgesloten.

In een overweging ten overvloede in diens conclusie bij het bovenstaande arrest merkt A-G Bakels op dat voor niet-ontvankelijkverklaring ook daarom geen aanleiding was, omdat eiser niet verlangd heeft dat zijn ontslag ongedaan zou worden gemaakt, maar hij slechts vergoeding van de schade eiste die hij als gevolg van dit ontslag heeft geleden. We begeven ons dan op het terrein van de verhouding tussen de commissies van beroep en de kantonrechter.

In sommige gevallen wordt een beroep gedaan op de burgerlijke rechter nadat de beroepsgang bij de commissie van beroep is doorgelopen. Een oorzaak hiervoor kan zijn dat een beroep op de burgerlijke rechter wordt gedaan in verband met het verzekeren van de nakoming van de beslissing van de commissie van beroep. Met name de werknemer zal hier belang bij hebben ingeval het instellingsbestuur weigert zich te houden aan de beslissing van de commissie van beroep.

Het beroep op de burgerlijke rechter kan ook de functie hebben van een 'hoger beroep' voor de werknemer dan wel het instellingsbestuur. Volgens een van de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht moeten geschillen in twee feitelijke instanties kunnen worden behandeld. Voor het arrest van 31 mei 1996 was hierbij het probleem dat, gelet op het feit dat de uitspraak van de commissie van beroep werd beschouwd als een bindend

advies, de kantonrechter zich bij de toetsing van deze uitspraak zeer terughoudend opstelde (zie hierboven). Het beroep op de kantonrechter 'in tweede instantie' kon hierom niet worden beschouwd als een (voor beide partijen) volwaardig hoger beroep. Het is de vraag of hierin na de arresten van de Hoge Raad van 31 mei 1996 en 9 november 2001 verbetering is gekomen.

Doordat de Hoge Raad in zijn arresten van 31 mei 1996 en 9 november 2001 heeft uitgesproken dat de uitspraak van de commissie van beroep niet mag worden opgevat als een bindend advies, tenzij partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, dient de burgerlijke rechter het ontslagbesluit na de gang van de werknemer bij de commissie van beroep integraal te toetsen. Volgens Beurskens ligt het voor de hand dat het schoolbestuur echter 'gewoon' gebonden blijft aan de beslissing van de commissie van beroep.³³ Met Beurskens meen ik dat dit problematisch is als men bedenkt dat de werknemer niet wordt gebonden. Hierdoor geraakt het schoolbestuur in een ongelijke positie ten opzichte van de werknemer. Het is ondanks de voor het ontslagrecht kenmerkende ongelijkheidscompensatie onredelijk om onderscheid te maken bij de toegang tot de rechter.³⁴ Gezien het feit dat in een dergelijke geval de onderwijswetgeving niet wordt nageleefd, kan men zich echter afvragen in hoeverre men met dit verkapt hoger beroep wel zo gelukkig mag zijn.

Het gemis van het ontbreken van een 'volwaardig hoger beroep' kan worden ondervangen door het instellen van een commissie van hoger beroep. Het hoofdbezwaar hiertegen was in het verleden de beslotenheid van de kring die door een commissie van beroep wordt omvat.³⁵ Gezien het feit dat geschillen met een levensbeschouwelijk karakter tegenwoordig nauwelijks voorkomen, lijkt mij dat dit bezwaar op dit moment nog maar weinig waarde heeft. Wanneer het incidenteel wel handelt om een geschil met een levensbeschouwelijk karakter kan hiermee bij de samenstelling van de commissie van hoger beroep rekening worden gehouden. Bijvoorbeeld door als eis te stellen dat de fungerend voorzitter van de commissie van hoger beroep afkomstig is uit de betrokken kring. Naar mijn mening zou het hierom een goede zaak zijn wanneer er één centrale commissie voor beroep zou

33 Beurskens, De Hoge Raad en de Commissies van Beroep voor het bijzonder onderwijs, p. 337.

34 Hier staat tegenover dat Hogescholen die worden geconfronteerd met uitspraken die hun niet goed uitkomen, deze uitspraken gewoon niet naleven en wel zien wat ervan komt. De werknemer ziet zich dan gedwongen om alsnog naar de rechter te stappen, hetgeen een verkapt hoger beroep voor de Hogeschool oplevert, zodat deze dan in een ongeveer gelijke positie verkeert als de werknemer, die na een voor hem ongunstige uitspraak van de Commissie van Beroep ook naar de burgerlijke rechter kan stappen. Dit laatste is niet nodig zolang de Hogeschool nog een alternatief heeft voor ontslag op grond van art. 7:685 BW: ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor de rechter.

35 Van der Net spreekt van 'een soms als knellend ervaren groepsdiscipline' (Van der Net, Commissies van beroep en burgerlijke rechter, in: W.H. Heemskerk, Th. B. ten Kate & B.C. Punt (red.), Een goede procesorde (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 249).

worden ingesteld ongeacht richting en type onderwijs, met als voordeel grote kennis van zaken en meer distantie.

Een beroep op de burgerlijke rechter kan ook te maken hebben met de beperkte opvatting van de commissie van beroep van haar eigen competentie. De uitspraken van de commissie van beroep zijn zeer stellig met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van vorderingen die niet louter strekken tot vernietiging van het besluit. Bij de parlementaire behandeling van de Wet op het basisonderwijs (de voorloper van de huidige Wet op het primair onderwijs) werd van verschillende kanten gewezen op de wenselijkheid van een nadere regeling van de bevoegdheden van de commissies van beroep.³⁶ Vanuit de veronderstelling dat de commissies slechts de keuze hebben tussen het ongeldig verklaren van het bestreden besluit en afwijzing van het beroep werd voorgesteld de mogelijkheid te openen tot het toekennen van schadevergoeding en tot een gedektverklaring van de nietigheid. De regering wees deze gedachte zonder meer van de hand. Een en ander komt overeen met het standpunt dat de commissies in hun uitspraken innemen. Werknemers moeten, als het ontslag door de commissie van beroep wordt gehandhaafd, een afzonderlijke procedure starten voor de financiële afwikkeling van de ontslagprocedure. Ook komt het voor dat schoolbesturen na een verloren ontslagzaak voor de commissie van beroep zich tot de kantonrechter wenden met een verzoek om op grond van artikel 7:685 BW ontbinding te vorderen. De beperkingen die de commissies zich opleggen, worden door de kantonrechter in dit soort gevallen als gegeven aanvaard.

Volgens A-G Bakels behoort uitsluitend het toetsen van ontslagbesluiten en door de werkgever opgelegde disciplinaire maatregelen tot de taken van de commissie van beroep. Vanwege dit gegeven zal naar zijn mening niet snel mogen worden aangenomen dat een door partijen in een (collectieve) arbeidsovereenkomst opgenomen beding, waarin de commissie van beroep als bindend adviseur wordt aangewezen, ook ziet op vorderingen tot schadevergoeding, al helemaal niet als het beding bestaat uit een zakelijke herhaling van de desbetreffende wettekst.

Naar mijn oordeel kan men zich juist sterk afvragen of de commissies van beroep zich bij de bepaling van hun eigen competentie niet al te zeer laten leiden door de wettelijke regeling van hun competentie. Van Peijpe wijt de terughoudende opstelling van de commissies van beroep aan een te zeer eenzijdige bestuursrechtelijke benadering, waardoor te weinig recht wordt gedaan aan de privaatrechtelijke en de arbeidsrechtelijke aspecten.³⁷ Hierin kan Van Peijpe geen ongelijk worden gegeven.

36 Bijlagen 1979/80, 144428, nr. 11, p. 54, nr. 12, p. 50, nr. 17, p. 13 en nr. 18, p. 18.

37 T. van Peijpe, Toetsing van ontslagen bij de overheid, het bijzonder onderwijs en het grafisch bedrijf (1), SMA 1987, p. 547-548.

De arbeidsverhouding tussen een leerkracht en een bijzondere school is een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht ex artikel 7:610 BW. De bepalingen van titel 7.10 van het BW zijn derhalve onverkort op deze relatie van toepassing, tenzij hiervan op een rechtsgeldige wijze wordt afgeweken. Omdat nergens wordt bepaald dat artikel 7:680 BW betreffende de gefixeerde schadevergoeding binnen het bijzonder onderwijs niet van toepassing is, vloeit de schadeplichtigheid van een schoolbestuur jegens de leerkracht die zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen is ontslagen, rechtstreeks voort uit de wet. Het is niet noodzakelijk dat een commissie van beroep of een kantonrechter hierover een uitspraak doet. De commissie van beroep moet dan ook bevoegd worden geacht in haar uitspraak vast te stellen dat het schoolbestuur een gefixeerde schadevergoeding (art. 7:680 BW) of schadevergoeding wegens een kennelijk onredelijk beëindiging (art. 7:681 BW) moet betalen.

Het ontslagen personeelslid en het bevoegd gezag van de bijzondere school hebben hier beiden baat bij. Het komt immers vaak voor dat de vernietiging van een ontslagbesluit niet kan worden gecombineerd met een herstel van dienstbetrekking. In dat geval kan de toekenning van een schadeloosstelling/schadevergoeding door de betrokken commissie van beroep beide partijen de gang naar de kantonrechter te besparen. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid zouden bovenstaande bevoegdheden moeten worden vastgelegd in de regelingen betreffende commissies van beroep in de onderwijswetgeving. De behoefte aan duidelijkheid op dit punt blijkt ook uit de jurisprudentie.³⁸ Gewezen moet hier ook nog worden op de bevoegdheid van de partijen om bij CAO of op ad hoc basis de bevoegdheidsgrenzen ruimer te stellen dan de onderwijswetgeving.

Van der Net heeft gepleit voor het invoeren van een recht om bij wege van een soort kort geding in beroep te komen bij de commissie van beroep, met een schorsings-/voorlopige voorzieningsmogelijkheid.³⁹ Dit levert echter een gering voordeel in behandelingsduur op. Behoudens uitzonderlijke gevallen moet een beslissing van de commissie van beroep binnen tien weken na indiening van het beroepschrift worden genomen, waarna er nog twee weken zijn om haar toe te zenden. Het is maar de vraag of dit opweegt tegen het nadeel van een kort geding, te weten de marginale of vluchtige toetsing. De commissie van beroep komt doorgaans met een grondiger en meer bezonken oordeel.

38 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Amsterdam 4 april 1979, AB 1980, 182.

39 B.J. van der Net, De herbevestiging van de kringenrechtspraak bijzonder onderwijs, School en Wet 1987, p. 153-154.

4 En hoe nu verder?

Het onzuiver bindend advies wordt wettelijk geregeld in titel 7.15 BW. De geschillen die ressorteren onder de werkingssfeer van het *onzuiver bindend advies* vallen samen met de geschillen ex artikel 1020 lid 1 Rv, betreffende *arbitrage*. Het toepasselijke regime hangt af van de keuze van de partijen en niet van de aard van het onderliggende geschil. De vraag naar de status van de kringenrechtspraak mag hierom niet als een kwalificatievraagstuk worden benaderd, dus los van de keuze die de betrokken partijen zelf hebben gemaakt. Een bindend advies moet ook uitdrukkelijk worden overeengekomen vanwege artikel 17 Gw. Artikel 17 Gw bepaalt dat niemand *tegen zijn wil* kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Op grond van de tekst van artikel 17 Gw (*tegen zijn wil*) is het wel mogelijk dat partijen vrijwillig afstand doen van dit recht. De Hoge Raad had in zijn motivering bij zijn arrest van 31 mei 1996 op dit artikel het accent moeten liggen en niet op de wetsgeschiedenis waarin artikel 17 Gw slechts terloops wordt genoemd.

Over de toekomst van de commissies van beroep is voorlopig het laatste woord nog niet gezegd. Ik ben het met Van den Heuvel eens dat het wat voorbarig is om, zoals de Commissie-De Leede voorstelt, nu al serieus na te denken over een integrale overstap naar het ontslagrecht van de particuliere sector. Hiervoor bestaat onder andere te veel onduidelijkheid over de vraag of de preventieve ontslagtoets in de toekomst wel of niet gehandhaafd zal blijven.

Hiermee wordt tevens voorkomen dat het kind met het badwater wordt weggegooid. De bekende voordelen van de commissies van beroep zijn juist heden ten dage van groot belang. Denk hierbij aan de laagdrempeligheid om een geding aan te spannen en de gunstige tijdssnelheid waarmee door de commissie met een specifieke taakstelling kan worden gewerkt. Waarom zou men dan de loop van consistentie en continuïteit op dit terrein zonder goede reden drastisch willen veranderen door de kringenrechtspraak geheel te verwijderen? Het zou beter zijn wanneer de commissie van beroep conform de eisen van het huidige commune arbeidsrecht zou worden opgewaardeerd. Op deze manier kunnen de ontwikkelingen binnen het commune civiele ontslagrecht worden afgewacht en kan desgewenst later daarbij nog worden aangesloten.

Hierbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan het omwille van de rechtszekerheid expliciet vastleggen van de reeds bestaande, maar door de commissie van beroep zelf miskende bevoegdheid om ingevolge artikel

7:680 en 7:681 BW een schadevergoeding toe te kennen. Dit kan gebeuren door middel van een aanpassing van de competentieregeling van de commissies van beroep in de onderwijswetgeving, maar ook door middel van een aanvullende regeling bij CAO.

Eventueel kan ook een commissie van hoger beroep worden ingesteld. Hierbij verdient aantekening dat de samenstelling van de commissie van hoger beroep bij 'richtingzaken' wel wordt 'afgestemd' op de kring waaruit de leerkracht afkomstig is.

*C.W. Noorlander**

* Aio onderwijsrecht VU.