

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

CvB.VO/HBO.2009.022-U.2009.009.

29 juli 2009

Voorlopige voorziening tegen beëindiging eerste tijdelijk dienstverband na uitzendovereenkomsten

De behandeling kan niet leiden tot het bij wijze van een voorlopige voorziening bepalen dat verzoekster per 1 augustus 2009 een nieuw dienstverband heeft, dan wel dat verweerster verzoekster per 1 augustus 2009 te werk zou moeten stellen dan wel dat verweerster moet besluiten tot doorbetaling van het salaris, een en ander totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist. Een dergelijke beslissing heeft een zodanig constitutioneel karakter dat deze het bestek van deze procedure te buiten gaat.

De uitzendovereenkomsten gelden niet als een dienstverband bij verweerster om te kunnen meetellen bij de berekening van het aantal dienstverbanden bij verweerster. Dit houdt in, dat het dienstverband van verzoekster van 1 augustus 2008 tot 1 augustus 2009 geldt als het eerste dienstverband van verzoekster bij verweerster. Van een verlengd tijdelijk dienstverband in de zin van de CAO is geen sprake. Verzoek voorlopige voorziening niet ontvankelijk.

Uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening van

XXX te XXX (appellante)

tegen een besluit van

de XXX, zetelend te 'XXXe (verweerster).

1. Het procesverloop.

1.1 Bij schrijven van 22 april 2009 heeft XXX, als algemeen directeur in dienst van verweerster, verzoekster namens verweerster medegedeeld, dat haar dienstverband voor bepaalde tijd van rechtswege zal eindigen per 31 juli 2009.

1.2 Bij brief gedateerd 30 juni 2009, blijkt het poststempel op diezelfde dag verzonden, ingekomen bij de Commissie op 1 juli 2009, heeft verzoekster beroep bij de Commissie ingesteld tegen het besluit van verweerster. Bij brieven van 1 en 13 juli 2009 heeft zij haar beroep aangevuld.

1.3 Bij brief gedateerd 13 juli 2009 heeft verzoekster de Voorzitter van de Commissie verzocht bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen, dat verweerster haar met ingang van 1 augustus 2009 een arbeidsovereenkomst aanbiedt.

1.4 Verweerster, bij monde van haar gemachtigde, mr. W. Lindeboom (advocaat te 's-Gravenhage), heeft gevraagd de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening niet te behandelen tijdens de vakantie van de school, omdat hij geen leden van het bevoegd gezag kan bereiken. Hij stelt voor de zaak in de eerste week van het nieuwe schooljaar te behandelen. Verzoekster heeft hiertegen bezwaar, gezien haar belang.

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

Uiteindelijk heeft mr. Lindeboom zich neergelegd bij behandeling van de zaak op 29 juli 2009.

1.5 Verweerster heeft bij schrijven van 21 juli 2009 van haar gemachtigde, mr. W. Lindeboom, voornoemd, een verweerschrift bij de Commissie ingediend.

1.6 De Voorzitter heeft de zaak op 29 juli 2009 in een openbare zitting te 's-Gravenhage behandeld. Partijen hebben bij die gelegenheid hun standpunten nader uiteengezet, verzoekster bijgestaan door mevrouw mr. C. van Vlooten, werkzaam bij ARAG Rechtsbijstand te Leusden, en verweerster bij monde van mr. W. Brussee, kantoorgenoot van mr. Lindeboom.

2. De van toepassing zijnde voorschriften.

Van toepassing zijn de artikelen 2, tweede lid, artikel 3, tweede lid, en artikel 12, eerste en tweede lid, van het Huishoudelijk Reglement van de Commissie, zoals dit laatstelijk is gewijzigd op 24 juni 2009. Deze bepalingen luiden als volgt:

Artikel 2, tweede lid

Het beroepschrift moet in tweevoud worden ingediend binnen zes weken, gerekend vanaf de dag na die waarop het bestuursbesluit waartegen het beroep wordt ingesteld aan de appelland is medegedeeld.

Artikel 3, tweede lid

Indien het beroepschrift na de daarvoor gestelde termijn is ingediend, laat de commissie niet-ontvankelijkverklaring op die grond achterwege, indien de appelland aantoonst dat hij de voorziening in beroep heeft aangevraagd zo spoedig als dit redelijkerwijs kon worden verlangd.

Artikel 12, eerste en tweede lid

1. Indien beroep is ingesteld, kan de voorzitter op verzoek van een of beide partijen een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.
2. Na ontvangst van een verzoek als bedoeld in het eerste lid bepaalt de voorzitter zo spoedig mogelijk de plaats en het tijdstip waarop de behandeling van het verzoek zal plaatsvinden. Aan partijen wordt daarvan door of namens de voorzitter tijdig schriftelijk mededeling gedaan.

Van toepassing is voorts een aantal bepalingen van de **CAO-VO 2008-2010** (hierna te noemen: de CAO).

Artikel 19, eerste lid, van de CAO bevat een limitatieve opsomming van besluiten, waartegen de werknemer in beroep kan gaan bij de Commissie, te weten:

- a. een disciplinaire maatregel;
- b. schorsing;
- c. ontslag anders dan op eigen verzoek, voordat hij de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, of het tijdvak waarvoor hij is benoemd, is verstreken;

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

- d. het direct of indirect onthouden van een promotie;
- e. de beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband;
- f. de aanwijzing als personeelslid boven de reguliere formatie welke aanwijzing op termijn kan leiden tot ontslag;
- g. de aanwijzing van een andere instelling of andere instellingen waaraan de werknemer werkzaamheden zal verrichten;
- h. eenmalige inhouding periodieke verhoging;
- i. en overigens die zaken die bij of krachtens wet voor beroep vatbaar zijn verklaard.

Artikel 1.1 bevat onder meer de volgende begripsbepalingen:

dienstverband: de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de werkgever;

werknemer: *bijzonder onderwijs*: het personeelslid dat een dienstverband heeft bij de werkgever;

werkgever: de rechtspersoon die, of het bestuursorgaan dat het bevoegd gezag vormt over één of meer instellingen

Artikel 8.a.2, eerste en zevende lid

1. Een dienstverband voor bepaalde tijd wordt in elk geval overeengekomen wanneer:

a. de werknemer met een onderwijsgevende functie geen wettelijke onderwijsbevoegdheid bezit, of

b. enige andere wettelijke bepaling, waaronder begrepen bekostigingsvoorwaarden, zich tegen een

aanstelling voor onbepaalde tijd verzet.

7. De totale duur van elkaar opvolgende dienstverbanden voor bepaalde tijd genoemd in de leden 2 tot en met 4, 5 a tot en met d en 6 bedraagt ten hoogste drie jaar. Wordt het dienstverband nadien voortgezet, dan geschiedt dit voor onbepaalde tijd. Twee dienstverbanden met een onderbreking van 3 maanden of minder worden als opeenvolgend beschouwd.

Artikel 8.a.4, tweede, derde en vierde lid

2. Uitzendkrachten worden door de werkgever voor wat betreft de toepassing van het taakbeleid en

de arbeids- en rusttijdenregeling op dezelfde wijze behandeld als de werknemers die onder deze

cao vallen.

3. Voor uitzendkrachten die werkzaamheden voor de werkgever verrichten, geldt dat de desbetreffende

uitlenende instantie voor wat betreft de beloning, inclusief toelagen en onkostenvergoedingen

overeenkomstige arbeidsvoorwaarden toekent als die welke worden toegekend aan de werknemers

in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlenende instelling.

4. De werkgever is op grond van deze cao verplicht het gestelde in de voorgaande leden te bedingen

in de uitzendovereenkomst die met de uitlenende instantie wordt gesloten.

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

Ingevolge *artikel 9.a.1, tweede lid, aanhef en onder a*, van de CAO (voor zover hier van belang) geschiedt het beëindigen van een verlengd tijdelijk dienstverband voor bepaalde tijd:

- a. door opzegging.

Op grond van *artikel 9.a.1, derde lid, aanhef en onder a*, van de CAO eindigt het eerste dienstverband voor bepaalde tijd van rechtswege door het verstrijken van de tijd waarvoor het is aangegaan.

Op grond van het bepaalde in *artikel 9.a.3, eerste lid*, van de CAO (voor zover hier van belang) dient opzegging bij aangetekend schrijven en met redenen omkleed te geschieden met inachtneming van de geldende opzeggingstermijn.

Ingevolge *artikel 9.a.4, eerste lid, aanhef en onder c*, van de CAO (voor zover hier van belang) nemen zowel de werkgever als de werknemer in geval van opzegging van een verlengd dienstverband voor bepaalde tijd de volgende opzeggingstermijn in acht:

- c. tenminste drie maanden indien het dienstverband twaalf maanden of meer heeft geduurd.

Artikel 24.4 van de CAO bepaalt, dat CAO-partijen met de bepalingen van hoofdstuk 8a en 9a voor het bijzonder onderwijs beogen af te wijken van artikel 7:668a en artikel 7:669 van het Burgerlijk Wetboek.

3. Beoordeling van het geschil.

3.1 Spoedeisend belang.

De Voorzitter moet eerst oordelen over de vraag, of verzoekster een spoedeisend belang heeft bij de behandeling van het verzoek om een voorlopige voorziening. Nu het dienstverband van verzoekster van rechtswege zal eindigen per 31 juli 2009, heeft zij naar het oordeel van de Voorzitter een spoedeisend belang bij beoordeling van het thans voorliggende verzoek.

De behandeling kan echter niet leiden tot het bij wijze van een voorlopige voorziening bepalen dat verzoekster per 1 augustus 2009 een nieuw dienstverband heeft, dan wel dat verweerster verzoekster per 1 augustus 2009 te werk zou moeten stellen dan wel dat verweerster moet besluiten tot doorbetaling van het salaris, een en ander totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist. Een dergelijke beslissing heeft een zodanig constitutief karakter dat deze het bestek van deze procedure te buiten gaat. De Voorzitter kan alleen oordelen over de vraag, of verweerster in redelijkheid het bestreden besluit heeft kunnen nemen. Indien die vraag ontkennend zou worden beantwoord en het bestreden besluit op die grond naar het voorlopige oordeel van de Voorzitter niet in stand zou kunnen blijven in de bodemprocedure, zou de Voorzitter verweerster bij wijze van een voorlopige voorziening kunnen opdragen om zo spoedig mogelijk een nieuw besluit te nemen. Het oordeel van de Voorzitter in deze procedure is niet bindend voor de Commissie in de bodemprocedure.

De Voorzitter dient echter eerst te beoordelen of verzoekster ontvankelijk is in haar beroep en haar verzoek om een voorlopige voorziening.

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

3.2 Ontvankelijkheid ten aanzien van de tijdigheid van het beroep.

3.2.1 Vast staat, dat het bestreden besluit op 23 april 2009 per aangetekende brief is verzonden. Op 24 april 2009 is dit poststuk door TNT Post aan verzoekster op haar woonadres is aangeboden. Verzoekster werkte op die dag en kon derhalve het poststuk niet aannemen. Op 25 april 2009 is zij vroeg in de ochtend naar Suriname vertrokken. Verzoekster genoot op dat moment zorgverlof – door verweerster desgevraagd verleend – in verband met de slechte gezondheid van haar in Suriname woonachtige ouders. Op 23 mei 2009 is verzoekster teruggekeerd uit Suriname. Op 25 mei 2009 is verzoekster mondeling op de hoogte gebracht van de inhoud van de brief van 22 april 2009. Op dat moment was de termijn om de brief af te halen op het postkantoor reeds verstreken en was de brief door TNT Post aan verweerster geretourneerd. Ter zitting heeft verzoekster onweersproken gesteld, dat zij bij inzage van haar personeelsdossier op 26 mei 2009 de bedoelde brief van 22 april 2009 niet aantrof in dat dossier.

3.2.2 Gelet op de verzending op 23 april 2009 en het poststempel van het beroepschrift, te weten 30 juni 2009, stelt de Voorzitter vast, dat het beroep buiten de termijn van zes weken is ingediend.

3.2.3 Verzoekster is van mening, dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is. Zij heeft daartoe gesteld, dat verweerster wist, dat zij op 25 april 2009 naar Suriname zou vertrekken. Het had naar haar mening op de weg van verweerster gelegen om verzoekster de brief op 24 april 2009 persoonlijk te overhandigen dan wel per gewone post te versturen. Nadat de brief door TNT Post aan verweerster was geretourneerd, wist verweerster dat verzoekster de brief niet had ontvangen. Desondanks heeft verweerster geen enkele moeite gedaan om de brief alsnog aan verzoekster te sturen of te overhandigen. Nadat verzoekster op 22 juni 2009 contact met verweerster had opgenomen, en op 25 juni 2009 de brief nog niet had ontvangen, heeft zij de brief persoonlijk opgehaald.

Verzoekster heeft voorts nog aangevoerd, dat verweerster in strijd met artikel 19, tweede lid, van de CAO heeft verzuimd te vermelden dat de termijn om beroep aan te tekenen zes weken bedraagt.

3.2.4 Hoewel verweerster bij de bekendmaking van het bestreden besluit geen formele regels heeft geschonden, is de Voorzitter vooralsnog van mening, dat in dit geval, waarin verweerster bekend was met het feit, dat verzoekster op 25 april 2009 voor geruime tijd in Suriname zou verblijven, de zorgvuldigheid met zich had gebracht, dat verweerster – zeker nadat de brief met het bestreden besluit door TNT Post aan haar was geretourneerd – verzoekster zo spoedig mogelijk na haar terugkomst (die nog binnen de beroepstermijn was gelegen) alsnog mededeling had gedaan van het bestreden besluit door haar de bedoelde brief te geven. Nu verweerster dit niet heeft gedaan, moet verzoekster naar het voorlopige oordeel van de Voorzitter het voordeel van de twijfel worden gegeven. De Voorzitter acht de termijnoverschrijding onder de geschetste omstandigheden verschoonbaar. Aan het feit, dat de beroepstermijn van zes weken niet is vermeld in de brief van 22 april 2009, komt in dit geval geen zelfstandige betekenis toe.

3.3 Ontvankelijkheid ten aanzien van de aard van het bestreden besluit.

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

3.3.1 Artikel 19, eerste lid, van de CAO juncto artikel 52 van de Wet op het voortgezet onderwijs bepalen de bevoegdheid van de Commissie en daarmee van haar Voorzitter. De in deze bepalingen opgesomde voor beroep vatbare besluiten vermelden niet een besluit inzake het niet verlengen van een eerste tijdelijk dienstverband. Wel is – blijkens het bepaalde in artikel 19, eerste lid, onder e, van de CAO - beroep mogelijk tegen de beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband.

3.3.2 Verzoekster is gedurende drie periodes werkzaam geweest bij verweerster op basis van een uitzendovereenkomst, en wel van 1 november 2006 tot en met 31 december 2006, voorts van 1 augustus 2007 tot en met 6 april 2008 en ten slotte van 7 april 2008 tot en met 31 juli 2008. Vervolgens is verzoekster in tijdelijke dienst van verweerster getreden, en wel op basis van een arbeidsovereenkomst met verweerster voor bepaalde tijd van 1 augustus 2008 tot 1 augustus 2009.

3.3.3 Partijen verschillen van mening over de vraag, of de uitzendovereenkomsten voor de beantwoording van de vraag, of sprake is van een verlengd tijdelijk dienstverband, kunnen worden meegerekend. Indien deze vraag bevestigend zou worden beantwoord, zou verzoekster ontvankelijk zijn in haar beroep en verzoek om voorlopige voorziening. Bij ontkennende beantwoording zou zij niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Verzoekster stelt dat zij ontvankelijk moet worden verklaard, verweerster staat op het tegenovergestelde standpunt.

3.3.4 De Voorzitter stelt voorop, dat – gelet op artikel 8.a.2, zevende lid, van de CAO - slechts de laatste twee van de drie vorengenoemde uitzendovereenkomsten bij de beoordeling van vorenstaande vraag zouden kunnen worden betrokken. Tussen de eerste en tweede uitzendovereenkomst is immers een tijdsperiode van meer dan drie maanden gelegen.

3.3.5 Naar het voorlopig oordeel van de Voorzitter kunnen de laatste twee van de vorengenoemde uitzendovereenkomsten niet worden aangemerkt als benoemingen bij verweerster. Hij heeft daarbij het volgende in aanmerking genomen.

Artikel 8.a.4 van de CAO bevat bepalingen over uitzendarbeid. Ingevolge het tweede lid van dit artikel worden uitzendkrachten voor wat betreft de toepassing van het taakbeleid en de arbeids- en rusttijden op dezelfde wijze behandeld als de werknemers die onder deze CAO vallen. Blijkens het vierde lid van artikel 8.a.4 kent de uitlenende instantie voor uitzendkrachten voor wat betreft de beloning, inclusief toelagen en onkostenvergoedingen, overeenkomstige arbeidsvoorwaarden toe als die welke worden toegekend aan de werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlenende instantie. Kennelijk hebben de CAO sluitende partijen expliciet aangegeven welke bepalingen van de CAO van toepassing (het tweede lid van artikel 8.a.4) of van overeenkomstige toepassing (het derde lid van artikel 8.a.4) zijn op uitzendkrachten. Daaruit heeft de Voorzitter afgeleid, dat de CAO sluitende partijen andere bepalingen, waaronder artikel 8.a.2 van de CAO, niet van toepassing hebben verklaard c.q. hebben willen verklaren. De Voorzitter wijst ook nog op de begripsomschrijvingen in artikel 1.1 van de CAO alsmede op artikel 24.4 van de CAO, zoals deze bepalingen hiervoor onder "2. De van toepassing zijnde voorschriften" zijn weergegeven.

Commissie van Beroep voor het Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs en Hoger Beroepsonderwijs

3.3.6 Het vorenstaande betekent, dat de uitzendovereenkomsten niet gelden als een dienstverband bij verweerster om te kunnen meetellen bij de berekening van het aantal dienstverbanden bij verweerster. Dit houdt in, dat het dienstverband van verzoekster van 1 augustus 2008 tot 1 augustus 2009 geldt als het eerste dienstverband van verzoekster bij verweerster. Van een verlengd tijdelijk dienstverband in de zin van de CAO is geen sprake.

3.3.7 Zoals de Voorzitter hiervoor heeft overwogen, is tegen de beslissing tot beëindiging van een eerste tijdelijk dienstverband geen beroep mogelijk. Voorts is de Voorzitter geen wet of besluit bekend waarbij een besluit als hier in geding voor beroep vatbaar wordt verklaard. Dit betekent, dat ook op grond van het bepaalde in artikel 19, eerste lid, onder i, van de CAO geen beroep mogelijk is.

3.3.8 Het vorenstaande betekent, dat verzoekster naar het voorlopig oordeel van de Voorzitter niet-ontvankelijk zal zijn in haar beroep. De Voorzitter verklaart verzoekster dan ook niet-ontvankelijk in haar verzoek om een voorlopige voorziening. De Voorzitter komt daarom niet toe aan het geven van een oordeel over de redenen van de beëindiging van het eerste tijdelijke dienstverband.

4. Beslissing.

De Voorzitter verklaart het verzoek om een voorlopige voorziening niet-ontvankelijk.

Aldus vastgesteld op 29 juli 2009 te 's-Gravenhage door mr. W.A. Zwijnenburg, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. H. Pieffers, fungerend griffier, en getekend door de voorzitter en fungerend griffier voornoemd.