



Notitie

Aan : Berenschot / [REDACTED]
Van : [REDACTED]
Onderwerp : arbeidsrechtelijke aspecten CMD
Datum : 28 augustus 2024

Inleiding

In het rapport 'Positionering CMD, in herijkte visie cultuureducatie Valkenswaard', is aangegeven dat het CMD als afdeling van de gemeente een kleine organisatie is met een minimale bezetting, waarbij is vastgesteld dat de bedrijfsvoering kwetsbaar is. Een deel van de taken is ondergebracht bij de gemeente en is niet toegespitst op een culturele instelling. Hierdoor is er onvoldoende managementinformatie beschikbaar om te sturen en wordt de organisatie onbedoeld afgeremd ondernemend te zijn en de bedrijfsvoering conform de sector verder te professionaliseren.

De stip op de horizon is een toekomstbestendig Centrum voor de Kunsten, wat hét expertisecentrum moet zijn voor kunst- en cultuureducatie; met regie bij de ontwikkeling van het culturele leven van de stad of regio; met een volwaardig kunst- en cultuureducatieaanbod, vanuit alle kunstdisciplines; met een aanbod voor en ondersteuning van amateurverenigingen en het sociaal domein en met een centrum dat zorgt voor de verbinding van binnen- naar toegankelijk buitenschools aanbod.

Omdat de ondersteuning vanuit de gemeentelijke organisatie niet toegespitst is op een culturele instelling én gezien de toekomstambitie voor het CMD, dienen scenario's onderzocht te worden waarbij het CMD ontvlochten wordt uit de gemeentelijke organisatie. Deze ontvlechtingscenario's vergelijken we met de huidige situatie (ook wel nuloptie genoemd).

Naast de nuloptie, het CMD blijft onderdeel van de gemeentelijke organisatie en wordt doorontwikkeld, zijn een tweetal andere scenario's benoemd, te weten:

1. Het CMD en Theater de Hofnar fuseren tot één organisatie

Bij dit scenario wordt uitgegaan van een langjarige subsidierelatie met de gemeente Valkenswaard, waarbij het CMD tevens uit de gemeentelijke organisatie zal worden ontvlochten. Hiervoor worden de benodigde budgetten voor de verschillende functionaliteiten (theater én kunst- en cultuureducatie) uitgewerkt.

2. Het CMD als zelfstandige stichting

Bij dit scenario wordt het CMD eveneens ontvlochten uit de gemeentelijke organisatie en ondergebracht in een stichting die daarvoor wordt opgericht. Deze stichting heeft een langjarige subsidierelatie met de gemeente Valkenswaard.

Vraagstelling



Capra advocaten is gevraagd de arbeidsrechtelijke consequenties van de beide scenario's als ook de nuloptie in kaart te brengen. Tijdens het overleg hierover is de vraag aan de orde geweest tot in welke mate alle financiële consequenties bekend moeten zijn om keuzes te kunnen maken. Hierbij is aangegeven dat dat wel mogelijk is, maar dan moeten er zoveel verschillende varianten worden doorgerekend dat daar alleen al veel tijd en dus kosten mee gemoeid zullen zijn. Daarnaast riep een eerste overleg met een pensioendeskundige al zoveel vragen op, mede ook omdat het pensioenstelsel gaat veranderen, dat we genoodzaakt zijn naar de hoofdlijnen te kijken en op basis daarvan te adviseren. Voorgaande houdt in dat besloten is de opdracht in twee delen te splitsen. Het eerste deel ziet op advisering op hoofdlijnen op basis waarvan een keuze gemaakt kan worden uit de drie voorgestelde scenario's. Als eenmaal een keuze is gemaakt voor een scenario, dan zal deze volledig worden uitgewerkt. Hierna wordt ingegaan op de arbeidsrechtelijke consequenties op hoofdlijnen.

1. De nuloptie

Bij de nuloptie blijft het CMD onderdeel van de gemeentelijke organisatie en wordt doorontwikkeld. De bedoeling is om het aanbod op cultureel gebied te verruimen. Als doorontwikkelde organisatie zal het tezamen met de Hofnar het Centrum voor de kunsten worden: Expertisecentrum voor kunst- en cultuureducatie.

Voor de werknemers die thans in dienst zijn van de gemeente en (grotendeels) werkzaam zijn voor het CMD, verandert er niets. Zij blijven in dienst van de gemeente en de Cao Gemeenten blijft van toepassing. Zo ook verandert er niets met betrekking tot hun pensioenaanspraken.

Hierbij moet wel opgemerkt worden dat het nog maar de vraag is in hoeverre de Cao Gemeenten op de werknemers van toepassing blijft die thans onder hoofdstuk 14 van de Cao Gemeenten vallen. In het Principeakkoord Cao Gemeenten en Cao SGO 2023 spraken partijen af om een gezamenlijke studie te doen naar de manier waarop de laatste (gemeentelijke) instellingen voor kunsteducatie ondergebracht kunnen worden bij de Cao Kunsteducatie. Daarmee gaat op een nader te bepalen datum hoofdstuk 14 uit de gemeentelijke cao's. Het Landelijk Overleg Gemeentelijke Arbeidsvoorwaarden (LOGA) heeft onderzoek laten doen naar de mogelijkheden daartoe, maar heeft nog geen beslissing genomen. Het LOGA heeft aangegeven in overleg te gaan met de Cao-partners over wanneer en op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan de afspraak. Bericht daarover moet worden afgewacht. Een van de mogelijkheden die het LOGA heeft laten onderzoeken, is de verzelfstandiging van de gemeentelijke 'kunstzinnige vorming' door dit onderdeel van de gemeentelijke organisatie onder te brengen in een zelfstandige stichting. Deze komt overeen met scenario 1, het CMD als zelfstandige stichting.

2. Het CMD als een zelfstandige stichting

Bij dit scenario wordt 'het CMD' losgemaakt van de gemeentelijke organisatie en verzelfstandigd. Dit laatste gebeurt door het CMD onder te brengen in een daarvoor nieuw opgerichte stichting. Op het moment dat er een nieuwe stichting wordt opgericht en de activiteiten en de werknemers van het CMD overgaan naar de nieuwe stichting, kan er sprake zijn van overgang van onderneming. Er kan ook voor gekozen worden om alleen de



werknemers die onder hoofdstuk 14 vallen naar de stichting te laten overgaan en de overige werknemers in dienst te laten van de gemeente of deze werknemers onder te brengen bij de Hofnar. We zijn er ons van bewust dat er nu een tussenvariant wordt gepresenteerd en om het zuiver te houden, wordt op deze tussenvariant niet verder ingegaan. Mogelijk dat in een later stadium dit nog aan de orde kan komen.

Zodra de activiteiten en/of de werknemers van het CMD overgaan van de gemeente naar de nieuwe stichting, kan er mogelijk sprake zijn van overgang van onderneming. Voor het bepalen van de arbeidsrechtelijke consequenties is het van belang om vast te stellen of hier sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in de artikelen 7:662-7:666 BW.

- *Wanneer is er sprake van overgang van onderneming*

Dat is soms nog niet zo eenvoudig te bepalen. Als er sprake is van een verkoop van alle ondernemingsactiviteiten (denk aan het bedrijfspand, inventaris, klanten, bedrijfsnaam, goodwill, merken, etc.) dan is er duidelijk sprake van een overgang van onderneming en gaan de werknemers mee over naar de verkrijgende partij.

Maar zo simpel is het niet altijd. Het wordt lastiger als er slechts bepaalde onderdelen van de onderneming worden verkocht of als er geen sprake is van een verkoop, maar van het verpachten van een onderneming. Soms is er zelfs helemaal geen schriftelijke overeenkomst tussen twee partijen, maar wordt een opdracht ingetrokken bij bedrijf A om deze opdracht vervolgens te gunnen aan bedrijf B. Is er dan ook sprake van een overgang van onderneming? In dit geval kan er een collegebesluit ten grondslag liggen aan een verzelfstandiging van het CMD, welke besluit later weer gevolgd wordt door een overeenkomst tussen de gemeente en de nieuw op te richten stichting.

Over overgang van onderneming is in de literatuur veel geschreven en de jurisprudentie is talrijk. Zelfs het Europese Hof van Justitie heeft meerdere uitspraken gegeven die over dit onderwerp gaan. Dit laatste is op zich niet verwonderlijk omdat de nationale wetgeving is gebaseerd op Richtlijn 1977/187 die later is opgevolgd door Richtlijn 2001/23.

Er is sprake van een overgang van een onderneming als een economische eenheid ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing overgaat, maar na die overgang zijn identiteit behoudt. Dit laatste punt, het behouden van de identiteit van de overgedragen onderneming, is kenmerkend en cruciaal voor de kwalificatie van een overgang van onderneming. Het gaat erom of de activiteiten als een georganiseerd geheel van middelen (economische eenheid) die de economische activiteit, al dan niet van blijkomstige aard, voortzetten.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het Spijkers-arrest een aantal criteria benoemd waarlangs bepaald moet worden of er sprake is van overgang van onderneming. Deze zogeheten Spijkers-criteria zien op het behoud van de identiteit van de onderneming c.q. de overgedragen activiteiten. Aan de hand van deze Spijkers-criteria moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het



tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. De hier genoemde factoren zijn deelaspecten die bij de vraag of er sprake is van overgang van onderneming moeten worden betrokken. Ze moeten in samenhang beoordeeld worden en dat is niet altijd een eenvoudige kwestie. Daarnaast speelt ook een rol of er sprake is van een kapitaalintensieve of een arbeidsintensieve onderneming. Wanneer gesproken kan worden van arbeidsintensieve activiteiten, dan wordt sneller overgang van onderneming aangenomen.

- *Beoordeling overgang van onderneming*

De beoordeling of er sprake is van overgang van onderneming vindt plaats op basis van op dit moment bekend zijnde informatie. Het CMD is binnen de gemeentelijke organisatie een zelfstandig organisatieonderdeel dat middels interne financiering en gestelde doelstellingen door de gemeente, activiteiten aanbiedt op het gebied van muziek en dans. Het is de bedoeling dat dit onderdeel wordt 'losgeweekt' uit de gemeentelijke organisatie en overgaat naar een nieuw op te richten stichting, dan wel onder wordt gebracht bij de Hofnar. Hierbij gaat het organisatieonderdeel, het CMD, in zijn geheel over en het personeel dat direct bij de activiteiten van het CMD is betrokken, gaat mee over. De materiële vaste activa, zoals bijvoorbeeld de instrumenten en de klantenkring gaan eveneens mee over. Verder kan gesproken worden van arbeidsintensieve activiteiten.

Daarnaast is van belang vast te stellen of de identiteit van het CMD behouden blijft. Is het CMD na de overgang naar een nieuwe stichting nog kenbaar als één geheel. In de nieuw opgerichte stichting zitten geen andere activiteiten en dat betekent dat wanneer het CMD overgaat naar de nieuwe stichting van opdeling van de activiteiten van het CMD onder andere onderdelen van de nieuwe stichting geen sprake is, althans niet op het moment van overgang van activiteiten van het CMD van de gemeente naar de nieuwe stichting.

Op basis van de thans bekende informatie zal bij de overgang van het CMD naar een nieuwe stichting sprake zijn van overgang van onderneming.

- *Gevolgen van de overgang van onderneming*

Wanneer er sprake is van een overgang van een onderneming, dan bepaalt artikel 7:663 BW dat de rechten en plichten van de werknemers automatisch over worden gedragen aan de nieuwe eigenaar. Dit betekent dat de werknemers die overgaan naar de verkrijgende organisatie in beginsel hun arbeidsvoorwaarden behouden, tenzij er wijzigingen worden overeengekomen. Dit is ook van toepassing voor de bepalingen uit de CAO die geldt op het moment van overgang van onderneming binnen de latende onderneming.

Op grond van het hiervoor genoemde artikel 7:663 BW blijven de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in beginsel hetzelfde na de overgang van de onderneming. Daarnaast bepaalt artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst dat als gevolg van overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een bepaling omtrent de arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst



waaraan de latende werkgever is gebonden, van rechtswege op de verkrijger overgaan. Dit met het gevolg dat de werknemer aanspraak kan maken op deze cao-bepalingen, dus op de bepalingen uit de Cao-gemeenten.

Hier wordt gesteld 'in beginsel' omdat in de jurisprudentie daar uitzonderingen op zijn gemaakt. In de jurisprudentie is bepaald dat de stelling dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst volstrekt ongewijzigd moeten overgaan, in zijn algemeenheid te ver gaat. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een zo strikte toepassing van die regel niet kan worden aanvaard.

De praktijk leert dat tijdens onderhandelingen soms uitruil van arbeidsvoorwaarden plaatsvinden. Werkgevers trachten zoveel mogelijk tot harmonisatie te komen tussen de arbeidsvoorwaarden van het zittende personeel en de werknemers die overkomen naar de organisatie. Harmonisatie in het kader van (na de) overgang is toegestaan. Enkel de Overgang mag niet de reden van de wijziging zijn. Overeengekomen wijzigingen worden in veel gevallen in een overgangsprotocol vastgelegd.

Het dienstverband van de werknemer blijft in stand en gaat over naar de verkrijgende onderneming. Ontslag als gevolg van overgang van onderneming is niet aan de orde. Daar tegenover staat dat wanneer een werknemer die tot het onderdeel behoort dat onder de overgang van onderneming valt en weigert mee over te gaan, dit een reden is voor ontslag, tenzij de latende werkgever de werknemer in dienst wil houden. Ontslag als gevolg van weigering mee over te gaan, wordt aangemerkt als vrijwillig verlies van arbeid en dat kan tot gevolg hebben dat er geen aanspraak op een werkloosheidsuitkering ontstaat.

- *Welke arbeidsvoorwaarden van toepassing in nieuwe stichting na overgang van onderneming*

Hiervoor is gesteld dat de bepalingen uit de Cao Gemeenten, als gevolg van de overgang van toepassing blijven op de werknemers die overgaan naar de nieuwe stichting. Maar dan komt de vraag of de nieuwe stichting nog gebonden blijft aan de Cao Gemeenten als die gewijzigd wordt. In beginsel is dat het geval wanneer in de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die mee overkomen een dynamisch incorporatiebeding is opgenomen. Een dynamisch incorporatiebeding houdt in dat niet alleen de geldende cao van toepassing is op een arbeidsovereenkomst maar ook alle toekomstige wijzigingen in die cao. Toch heeft het Europese hof daar een nuancering in aangebracht. Het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat een dynamisch incorporatiebeding dynamisch blijft, tenzij de verkrijger hiervoor geen doeltreffende mogelijkheden heeft om zijn arbeidsvoorwaarden aan te passen. Als de verkrijger de arbeidsvoorwaarden van de overkomende werknemers niet kan wijzigen op basis van het nationale recht, dan wordt de vrijheid van ondernemerschap in te grote mate beknut en wordt het oorspronkelijk dynamisch geformuleerde incorporatiebeding statisch. Dit laatste wil zeggen dat een nieuw overeengekomen Cao Gemeenten niet meer van toepassing is. Dit geldt evenzo voor de situatie dat in de arbeidsovereenkomst geen incorporatiebeding is opgenomen.



De werknemers die bij het CMD zijn betrokken en overkomen naar de nieuwe stichting, komen over met hun huidige arbeidsvoorwaarden. Hierbij ontstaat weer een bijzondere situatie omdat op enkele werknemers de Cao Gemeenten van toepassing is en op de docenten enkel hoofdstuk 14 uit de Cao Gemeenten, terwijl de partijen die bij de Cao Gemeenten zijn betrokken de toekomst van hoofdstuk 14 nog moeten bepalen. De vraag die dan aan de orde komt is welke cao er van toepassing wordt nadat de looptijd van de Cao Gemeenten is geëindigd.

De Cao Kunsteducatie stelt dat deze cao van toepassing is op de rechtspersoonlijkheid bezittende, direct of indirect gesubsidieerde privaatrechtelijke organisatie die activiteiten verricht op het terrein van kunsteducatie, waaronder begrepen dansscholen, jeugdtheater scholen en circusscholen. Gelet op de hier geformuleerde werkingssfeer van de Cao Kunsteducatie zullen de activiteiten van de nieuwe stichting waarin het CMD is ondergebracht, onder deze cao vallen.

De nieuwe stichting kan op grond van artikel 1.5 Cao Kunsteducatie bij de Stichting Overleg Arbeidsvoorwaarden Kunsteducatie (AOK) ontheffing vragen. Het OAK is namens sociale partners bevoegd om een werkgever ontheffing te verlenen van (bepalingen van) de Cao Kunsteducatie, als vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van (bepalingen van) de cao redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd en indien naar het oordeel van het OAK de arbeidsvoorwaarden voor de werknemers voldoende zijn gewaarborgd en de arbeidsvoorwaarden over het algemeen geen mindere aanspraken aan die werknemers verlenen dan voor hen zouden voortvloeien uit het toepassen van de Cao Kunsteducatie.

Deze vrijstelling is meer dan eens verleend aan organisaties die voor (een gedeelte van) de werknemers de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling en de Uitvoeringsovereenkomst (CAR-UWO), lees nu de Cao Gemeenten, van toepassing is. De stichting zou deze vrijstelling aan kunnen vragen. Hiervoor is aangegeven dat het nog maar de vraag is in hoeverre de Cao Gemeenten op de werknemers van toepassing blijft die thans onder hoofdstuk 14 van de Cao gemeenten vallen. In het Principeakkoord Cao Gemeenten en Cao SGO 2023 spraken partijen af om een gezamenlijke studie te doen naar de manier waarop de laatste instellingen voor kunsteducatie ondergebracht kunnen worden bij de Cao Kunsteducatie. Daarmee gaat op een nader te bepalen datum hoofdstuk 14 uit de Cao Gemeenten. Het Landelijk Overleg Gemeentelijke Arbeidsvoorwaarden (LOGA) heeft onderzoek laten doen naar de mogelijkheden daartoe, maar heeft nog geen beslissing genomen. Het LOGA heeft aangegeven in overleg te gaan met de Cao-partners over wanneer en op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan de afspraak. Welke keuze het LOGA uiteindelijk maakt is van invloed op de keuze die de gemeente Valkenswaard kan maken. Het uitblijven van de uiteindelijke keuze door het LOGA blijft als een onzekerheid boven dit dossier hangen.

De gemeente kan er ook voor kiezen om binnen de nieuwe stichting de Cao Kunsteducatie toe te passen. Belangrijk in deze is te vermelden dat de Cao Kunsteducatie een minimum cao is en dat houdt in dat voor werknemers die onder deze cao vallen, in positieve zin mag worden afgeweken van de cao bepalingen. Dit biedt ruimte om een aantal arbeidsvoorwaarden die medewerkers nu hebben op grond van de Cao Gemeenten te laten voortduren.



De nieuwe stichting kan er op dit moment voor kiezen om de Cao Samenwerkende Gemeentelijke Organisaties (SGO) toe te passen en zich aan te sluiten bij de werkgeversvereniging die partij is van deze cao. Ook in dit geval is de hiervoor geschetste keuze van het LOGA van belang. Als hoofdstuk 14 uit de Cao Gemeente verdwijnt, zal deze ook uit de Cao SGO verdwijnen. De vraag is in hoeverre deze oplossing duurzaam is.

- *Pensioen*

Thans zijn de pensioenrechten van de werknemers van het CMD ondergebracht bij het ABP. De gemeente Valkenswaard is verplicht aangesloten bij het ABP en zo ook hun werknemers. Bij overgang van de activiteiten naar de nieuwe stichting en bij toepassing van de Cao Kunsteducatie, zal het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn (PfZW) van kracht worden. Er kan getracht worden om de huidige werknemers die onder de pensioenvoorziening van het ABP vallen, daar ook te laten. De praktijk van de laatste tijd leert dat dat niet meer mogelijk is. De nieuwe stichting kan het ABP wel verzoeken om een vrijwillige aansluiting bij het ABP, maar de vraag is of dit verzoek wordt gehonoreerd. Een bijkomend voordeel van een vrijwillige aansluiting is dat de nieuwe stichting geen eigenrisicodragers is voor aanspraken van gewezen werknemers op grond van de Werkloosheidswet.

De aanspraken waarop de werknemer recht heeft bij het ABP en het PfZW, verschillen nauwelijks. Het verschil zit vooral in de verdeling van de maandelijkse pensioenpremie tussen werkgever en werknemer. Bij het ABP is de verdeling 3/2 werkgever en 1/3 werknemer en bij het PfZW dragen werkgever en werknemer ieder de helft van de pensioenpremie.

3. Het CMD en Theater de Hofnar fuseren tot één organisatie

Het tweede scenario dat wordt besproken is de fusie van het CMD en de Hofnar tot één organisatie. Hierbij wordt uitgegaan van een langjarige subsidierelatie met gemeente Valkenswaard, waarbij het CMD tevens uit de gemeentelijke organisatie zal worden ontvlochten. Hiervoor worden de benodigde budgetten voor de verschillende functionaliteiten (theater én kunst- en cultuureducatie) uitgewerkt.

Een fusie tussen het CMD en de Hofnar brengt met zich dat de activiteiten van het CMD uit de gemeentelijke organisatie worden gehaald en overgaan naar de Hofnar. Zodra de activiteiten en/of de werknemers van het CMD overgaan van de gemeente naar de Hofnar, kan er mogelijk sprake zijn van overgang van onderneming. De opmerkingen die hierboven in algemene zin zijn gemaakt over de overgang van onderneming bij de bespreking van het CMD naar een nieuwe stichting, zijn ook van toepassing op de overgang van de activiteiten van het CMD naar de Hofnar.

Wanneer sprake is van de overgang van de activiteiten van het CMD vanuit de gemeente naar de Hofnar, kan dit op verschillende wijzen plaatsvinden. Op het moment dat de activiteiten van het CMD binnen de Hofnar als een apart bedrijfs onderdeel worden gepositioneerd, dan kent deze overgang overeenkomsten met de overgang van de activiteiten naar een nieuwe stichting die hierboven is beschreven. Op het moment dat de over te dragen activiteiten als een apart onderdeel met een eigen identiteit wordt gezien en deze identiteit bij de overgang van de



gemeente naar de Hofnar niet wijzigt, dan kan er sprake zijn van overgang van onderneming. Hier wordt gesproken van 'kan' omdat de omstandigheden van het geval uiteindelijk bepalen of dat er sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in de wet.

Op de vraag welke cao er van toepassing is ontstaat in dat geval een interessante situatie in geval er sprake is van overgang van onderneming. Aanvankelijk blijft de Cao Gemeenten van toepassing, maar na afloop van deze cao, kan de Cao Kunsteducatie gaan gelden. Het CMD is een apart onderdeel binnen de Hofnar en komt daarmee te vallen onder de Cao Kunsteducatie. Of er vrijstelling kan worden verkregen op grond van artikel 5.1 van de Cao Kunsteducatie is maar de vraag. Dit is ook weer mede afhankelijk van wat het LOGA ten aanzien van hoofdstuk 14 beslist en welke overgangsbepalingen daarbij worden afgesproken. Dit laatste zou kunnen inhouden dat hoofdstuk 14 onder de Cao Kunsteducatie wordt gebracht en de werknemers die thans onder hoofdstuk 14 vallen hun aanspraken op hoofdstuk 14 behouden, mogelijk met een afbouwscenario van deze aanspraken.

Wanneer in de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers die overkomen vanuit de gemeente geen (dynamisch) incorporatiebeding voor de Cao Gemeenten bevatten, dan wordt na afloop van de CAO Gemeenten de Cao Kunsteducatie van toepassing.

Op het moment dat het CMD in onderdelen wordt 'opgeknijpt' en samengaat met onderdelen van de Hofnar, dan kan dat betekenen dat de identiteit van het CMD verloren gaat en er geen sprake is van overgang van onderneming. Ook hier zijn weer de omstandigheden van het geval die bepalen of er sprake is van wel of geen overgang van onderneming. Aannemende dat er geen sprake is van overgang van onderneming, dan kunnen de werknemers die erbij betrokken zijn, daar geen beroep op doen. In beginsel spreken partijen af wat en wie er met de activiteiten van de ene naar de andere organisatie vertrekken en in het geval de werknemers geen beroep doen op de wet overgang van onderneming worden ze ingepast in de Hofnar-organisatie. Dit houdt in dat op hun nieuwe arbeidsovereenkomst direct de Cao Nederlandse Podia van toepassing wordt en gaan de werknemers op dat moment direct over naar het PfZW, tenzij ze bij het ABP kunnen blijven. De praktijk leert dat dit de laatste tijd niet meer wordt toegestaan door het PfZW.

- *Pensioen*

Thans zijn de pensioenrechten van de werknemers van het CMD ondergebracht bij het ABP. De gemeente Valkenswaard is verplicht aangesloten bij het ABP en zo ook hun werknemers. Bij overgang van de activiteiten naar de Hofnar zal het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn (PfZW) van kracht worden. De verkrijgende werkgever, de Hofnar, kan zich beroepen op de uitzondering als bedoeld in artikel 7:664, eerste lid, aanhef en onder a. De Hofnar doet aan de overkomende werknemers een zelfde aanbod voor een pensioenovereenkomst zoals zij ook aan haar eigen werknemers heeft gedaan. Bij overgang van de activiteiten naar de Hofnar en bij toepassing van de Cao Kunsteducatie of de Cao Nederlandse podia, zal het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn (PfZW) van kracht worden. Er kan getracht worden om de huidige werknemers die onder de pensioenvoorziening van het ABP vallen, daar ook te laten. Zoals bij de bespreking van het pensioen bij de overgang naar een nieuwe stichting reeds in besproken, leert de huidige praktijk dat dat niet meer mogelijk is. Het vragen van een vrijwillige



aansluiting is hier niet mogelijk, omdat binnen de Hofnar een andere cao en pensioenvoorziening aan de orde zijn. De pensioenaanspraken bij beide pensioenfondsen verschillen niet veel van elkaar. Het verschil zit hem voornamelijk in de maandelijkse premiebijdrage van de werkgever. Bij het ABP neemt de werkgever 2/3 van de pensioenpremie voor zijn rekening, dit in tegenstelling tot het PfZW waar de werkgever de helft van de pensioenpremie betaalt.

4. Kosten CMD

Er is gevraagd om bij de arbeidsrechtelijke consequenties globaal naar de kosten te kijken. Hierbij is het van belang om onderscheid te maken tussen de zichtbare en de onzichtbare kosten. Bij de zichtbare kosten kijken we voornamelijk naar het personeel dat direct met de uitvoering binnen het CMD werkzaam is. Dit zijn de docenten en de (administratieve) werknemers die aan de activiteiten zijn verbonden. Deze groep kent een omvang van in totaal 5,9 fte, verdeeld over thans 17 dienstverbanden.

Er zijn buiten deze 17 werknemer nog meer personen werkzaam voor het CMD. Deze zijn werkzaam via een zzp-constructie. Bij de overgang is voor deze laatste groep belang dat de overnemende partij de zzp-contracten mee overneemt, dit voor zover ze nog mochten bestaan. Dit zijn allen docenten waarvan het besluit om een contract aan te gaan en de omvang ervan afhankelijk is van de vraag naar onderwijs. In het kader van een mogelijke verzelfstandiging van het CMD, zijn uit kostenoverwegingen enkel zzp-contracten en geen nieuwe arbeidsovereenkomsten meer afgesloten met docenten.

Binnen en mogelijk buiten de gemeentelijke organisatie verrichten ook nog andere werknemers/personen hand- en spandiensten voor het CMD. Om een overgang goed te kunnen beoordelen en ook om helder te krijgen welke kosten er daadwerkelijk ten behoeve van het CMD worden gemaakt, dienen deze eerst in kaart te worden gebracht. Dit leidt niet tot een verhoging van de kosten, want deze worden op dit moment ook gemaakt, maar geven wel duidelijkheid over de huidige werkelijke kosten. Ze zijn nog meer van belang om vast te stellen welke werkzaamheden worden thans voor het CMD uitgevoerd, wie dat in de toekomst gaat doen en waar de rekening van die kosten wordt weggelegd.

De huidige kosten die nu verbonden zijn aan de werknemers die middels overgang van onderneming in de nieuwe stichting, dan wel bij de Hofnar terecht komen, zullen niet meer worden. Bij gelijke arbeidsvoorwaarden zullen deze kosten gelijk blijven. De aanspraken op grond van de Cao Gemeenten liggen boven die van de Cao Kunsteducatie en Cao Nederlandse Podia.

Er kan een situatie ontstaan dat harmonisering van arbeidsvoorwaarden gaat plaatsvinden waarbij werknemers iets inleveren waarvoor ze gecompenseerd worden. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de werknemers voor meerdere jaren een concessie doen die nu eenmalig wordt gecompenseerd. Deze kosten zijn eenmalig en dat houdt in dat de kosten naar de toekomst minder worden, uiteraard buiten de Cao aanpassingen. In de praktijk wordt dit vaak gezien als extra kosten, maar zijn in beginsel vooruitbetaalde kosten.



Bij de kosten wordt in het bijzonder stilgestaan bij de pensioenaanspraken. Kosten worden in de eerste plaats beïnvloed door het gegeven of de werknemers bij het ABP kunnen blijven met hun pensioenvoorziening. Wanneer dit *niet* het geval is, bestaat er in beginsel geen compensatieplicht voor mindere aanspraken of een hogere premiebijdrage. De praktijk leert dat compensatie in sommige gevallen wel aan de orde is. Naar wij hebben begrepen is het uitgangspunt dat de CMD medewerkers er bij een mogelijke overgang naar een stichting niet op achteruit mogen gaan. Dit wordt dan een eenmalige compensatie die best omvangrijk kan zijn, maar zich maar gedeeltelijke terugbetaalt in een lagere pensioenpremie per maand.

Voorgaande staat nog los van de afspraken die de partijen bij het LOGA gaan maken ten aanzien van hoofdstuk 14 Cao Gemeenten. Er is niet bekend of dat gepaard gaat met overgangsbepalingen waaraan voor de werkgever kosten zijn verbonden. Verder gaat het pensioenstelsel in Nederland drastisch wijzigen. Wat dit uiteindelijk betekent voor werkgever en werknemers is op dit moment nog niet helder.

5. Medezeggenschap

In het kader van de verzelfstandiging van het CMD wordt in het kort stilgestaan bij medezeggenschap. Hiervoor is het van belang te kijken naar twee organisaties: de gemeente Valkenswaard en de Hofnar.

- De gemeente Valkenswaard

De gemeente heeft een Ondernemingsraad (OR) op basis van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). Op grond van deze wet heeft een OR adviesrecht (artikel 25) en instemmingsrecht (artikel 27) op bepaalde besluiten van de bestuurder van de onderneming. Het besluit van de gemeente om het CMD te gaan verzelfstandigen is een besluit dat normaliter adviesplichtig is op grond van artikel 25 WOR.

De OR van de gemeente heeft echter geen adviesrecht ten aanzien van besluiten die vallen onder het primaat van de politiek. Voor ondernemingen waarin uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens publiek publiekrechtelijke aanstelling / arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht, geldt dat de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, buiten het overleg-, advies-, en instemmingsrecht van ondernemingsraden valt. Dit is geregeld in artikel 46d WOR. Dit geldt overigens niet voor de personele consequenties die aan de (voorgenomen) besluiten zijn verbonden. Mocht dit voorgenomen besluit gevolgen hebben voor de medewerkers van het CMD, dan zijn deze personele gevolgen onderdeel van overleg met de vakorganisaties. Veelal wordt de OR daar niet bij betrokken.

Geen adviesrecht wil niet zeggen dat de bestuurder de voorgenomen plannen voor de verzelfstandiging van het CMD niet met de OR hoeft te bespreken. De meeste bestuurders die te maken hebben met het primaat van de politiek op bepaalde besluiten, erkennen dat medezeggenschap een belangrijk onderdeel is van het totale traject en daarin heeft de OR haar rol richting bestuurders en haar achterban. In veel gevallen wordt een voorgenomen besluit dat onder het primaat van de politiek valt, wel met de OR besproken en wordt er in



sommige gevallen zelfs om advies gevraagd over het (voorgenomen) besluit. Aan de OR dient wel helder gemaakt te worden dat de adviesaanvraag geen adviesaanvraag is in het kader van artikel 25 WOR. De OR heeft geen toegang tot de rechter wanneer ze zich niet kunnen vinden in het (voorgenomen) besluit. Goed vormgegeven medezeggenschap draagt bij aan het creëren van een draagvlak voor deze besluiten.

- *De Hofnar*

Naar ik heb begrepen heeft de Hofnar geen OR maar beschikt zij wel over een personeelsvertegenwoordiging. Het adviesrecht van de personeelsvergadering beperkt zich tot voorgenomen besluiten die kunnen leiden tot verlies van een arbeidsplaats of een belangrijke verandering van arbeid, de arbeidsvoorwaarden of de arbeidsomstandigheden van tenminste een vierde van de in de onderneming werkzame personen. Aan de personeelsvertegenwoordiging komt geen recht van beroep toe. De toevoeging van het CMD aan de Hofnar is wel een belangrijke verandering in de arbeid van de Hofnar en zal de bestuurder van de Hofnar de personeelsvertegenwoordiging om advies moeten vragen. Bij de Hofnar is geen sprake van het primaat van de politiek.

6. Resumé

Op grond van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de drie voorgestelde opties niet tot onoverkomelijke arbeidsrechtelijke consequenties leiden. De nuloptie, het CMD blijft onderdeel van de gemeente Valkenswaard kent geen arbeidsrechtelijke consequenties. Er verandert immers niets. Dit ligt anders bij de twee andere scenario's, het CMD onderbrengen in een nieuwe stichting en het CMD onderbrengen bij Theater de Hofnar.

Bij de laatste twee genoemde scenario's moet rekening worden gehouden met het gegeven dat er sprake kan zijn van overgang van onderneming als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek (BW). Dit betekent dat de verkrijgende onderneming, de nieuwe stichting of theater de Hofnar, in beginsel de arbeidsvoorwaarden dient over te nemen die de werknemers nu hebben bij de gemeente.

Hierbij speelt ook een rol welke cao er na de overgang van het CMD van kracht blijft of wordt. De werknemers zullen overkomen met de Cao Gemeenten maar dit kan veranderen. In de nieuwe stichting zou dit in beginsel de Cao Kunsteducatie kunnen zijn, maar ook de Cao SGO zou tot de mogelijkheden kunnen behoren als de nieuwe stichting vrijstelling wordt verleend voor de Cao Kunsteducatie.

Door dit laatste loopt de discussie over hoofdstuk 14 uit de Cao Gemeenten / Cao SGO, waarin op dit moment de kunsteducatie is ondergebracht voor die gevallen waarin de gemeente zelf uitvoering geven aan de kunsteducatie. De bij deze twee cao's betrokken partijen spraken af om een gezamenlijke studie te doen naar de manier waarop de laatste instellingen voor kunsteducatie ondergebracht kunnen worden bij de Cao Kunsteducatie. Daarmee gaat op een nader te bepalen datum hoofdstuk 14 uit de Cao Gemeenten c.q. Cao SGO. Er is onderzoek gedaan naar de mogelijkheden daartoe maar de cao-partijen hebben nog geen keuze



gemaakt, maar de keuze die wordt gemaakt, kan van invloed op de keuze die de gemeente Valkenswaard kan maken. Dit blijft als een onzekerheid boven dit dossier hangen.

Bij overgang van de activiteiten naar de Hofnar kan naast de Cao Kunsteducatie ook de Cao Nederlandse Podia een rol spelen. Dit is afhankelijk van hoe de inpassing van het CMD binnen de Hofnar gaat plaatsvinden. Binnen één rechtspersoon, de stichting Hofnar, kunnen twee cao's naast elkaar bestaan.

Met betrekking tot de pensioenaanspraken die de werknemers nu hebben, zijn in het Burgerlijk Wetboek (BW) bijzondere afspraken opgenomen. Als de pensioenvoorziening voor de medewerkers van het CMD verplicht moet worden ondergebracht bij het PfZW, dan zullen de werknemers overgaan van het ABP naar het PfZW. Er kan in dat geval nog getracht worden -door overleg met de beide pensioenfondsen- de werknemers die het betreft bij het pensioenfonds ABP verzekerd te laten. De praktijk leert dat de kans daarop zeer gering tot nihil is. De regels in het BW bepalen dat wanneer de verkrijgende werkgever, de nieuwe stichting of de Hofnar, aan de werknemers die overkomen een zelfde pensioenovereenkomst aanbiedt dan hij aan zijn eigen werknemers aanbiedt, hij aan zijn verplichtingen voldoet. Mogelijke verschillen tussen de beide pensioenfondsen hoeven niet gerepareerd te worden. Dat wil niet zeggen dat reparatie van de verschillen niet mag. Naar wij hebben begrepen is het uitgangspunt dat de CMD medewerkers er bij een mogelijke overgang naar een stichting niet op achteruit mogen gaan.

De praktijk met betrekking tot overgang van onderneming laat zien dat er meer dan eens door de verkrijgende werkgever met de vakorganisaties de mogelijkheden worden onderzocht om te komen tot een harmonisering van de arbeidsvoorwaarden. Harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden vindt plaats na de overgang.

Op de werknemers die thans direct voor het CMD werkzaam zijn, is de Cao Gemeenten van toepassing. Het betreft een 17-tal werknemers die gezamenlijk niet meer dan 5,9 fte bezetten. Dit zit met name in de kleine dienstverbanden die de docenten hebben. De huidige kosten die nu verbonden zijn aan de werknemers die middels overgang van onderneming in de nieuwe stichting, dan wel bij de Hofnar terecht komen, zullen niet verder stijgen. Bij gelijke arbeidsvoorwaarden zullen deze kosten gelijk blijven. De aanspraken op grond van de Cao Gemeenten liggen boven die van de Cao Kunsteducatie en Cao Nederlandse Podia.

Er kan een situatie ontstaan dat harmonisering van arbeidsvoorwaarden gaat plaatsvinden waarbij werknemers iets aan arbeidsvoorwaarden inleveren waarvoor ze gecompenseerd worden. Deze kosten zijn eenmalig en dat houdt in dat de kosten naar de toekomst minder worden, uiteraard buiten de Cao aanpassingen om. In de praktijk wordt dit vaak gezien als extra kosten, maar dit zijn in beginsel vooruitbetaalde kosten.

Binnen en mogelijk buiten de gemeentelijke organisatie verrichten ook nog andere werknemers/personen hand- en spandiensten voor het CMD. Het is van belang deze kosten die ten behoeve van het CMD worden gemaakt, duidelijk in kaart te brengen. Dit leidt niet tot een verhoging van de kosten, want deze worden op dit moment ook gemaakt, maar geven wel



duidelijkheid over de huidige werkelijke kosten die aan de instandhouding van het CMD zijn verbonden en wie in de toekomst deze kosten gaat dragen.

Tot slot wordt nog even stilgestaan bij de rol van de medezeggenschapsorganen. Het besluit van de gemeente om het CMD te gaan verzelfstandigen is een besluit dat normaliter adviesplichtig is op grond van artikel 25 WOR. De OR van de gemeente heeft echter geen adviesrecht ten aanzien van besluiten die vallen onder het primaat van de politiek en dat is hier het geval. Dit is geregeld in artikel 46d WOR. De personele consequenties worden niet geraakt door het primaat van de politiek, maar deze personele gevolgen zijn in de meeste gevallen onderdeel van overleg met de vakorganisaties, waarbij de OR veelal niet betrokken is.

Geen adviesrecht wil niet zeggen dat de bestuurder geen overleg hoeft te voeren met de OR. De meeste bestuurders doen dat wel door te erkennen dat medezeggenschap een belangrijk onderdeel is van het totale traject en overleg draagt bij aan het creëren van draagvlak voor deze besluiten. Dit echter wel onder de conditie dat de adviesaanvraag geen adviesaanvraag is in het kader van artikel 25 WOR.

Voor zover bekend heeft de Hofnar geen OR maar beschikt zij wel over een personeelsvertegenwoordiging. De toevoeging van het CMD aan de Hofnar is wel een belangrijke verandering in de arbeid van de Hofnar en dus zal de bestuurder van de Hofnar de personeelsvertegenwoordiging om advies moeten vragen. Aan de personeelsvertegenwoordiging komt geen recht van beroep toe. Bij de Hofnar is geen sprake van het primaat van de politiek.

-O-O-O-O-O-O-