

Advies van de Geschillencommissie Provincies

Inzake het verschil van mening tussen

De heer [naam verzoeker] (hierna te noemen: 'verzoeker')
namens deze: mevrouw mr. M.P.J. Bergman, gemachtigde

en

de [naam werkgever] (hierna te noemen: 'de werkgever'), vertegenwoordigd door [naam leidinggevende],
[functie leidinggevende], namens deze: mevrouw mr. E.J.M. van der Lans, gemachtigde

gezamenlijk aan te duiden als: 'Partijen'

1. Samenstelling commissie

De Geschillencommissie Provincies (hierna te noemen: 'de commissie') bestaat in deze kwestie uit mevrouw mr. R. Uhlenbusch, voorzitter, de heer drs. F. Petit, lid op voordracht van werkgeverszijde, en de heer mr. J.M. van Stel, lid op voordracht van werknemerszijde. De commissie wordt ondersteund door secretaris mr. J.M. van Dijk van het CAOP te Den Haag.

2. Feiten en procesverloop

- 2.1. Verzoeker was sinds 1 november 2003 in dienst bij de werkgever, laatstelijk in de generieke functie van [naam functie] bij de afdeling [naam afdeling], bij het [naam programmabureau]. Voornoemd bureau voert werkzaamheden uit ter ondersteuning van het EFRO-programma [naam programma], een programma gefinancierd uit EU-middelen om de economie in de regio [naam regio] te stimuleren, door middel van subsidieverstrekking aan innovatieve ondernemers en valorisatieprojecten in de regio. Het programmabureau waarvoor verzoeker acteert voert werkzaamheden uit ten behoeve van de [naam nieuwe werkgever], de eindverantwoordelijke voor het EFRO-programma.
- 2.2. Per 16 oktober 2019 is verzoeker – samen met zeven directe collega's – in 'fase II' geplaatst, als onderdeel van een door [naam werkgever] gehanteerd driefasenmodel, een model dat als doelstelling heeft om duurzame inzetbaarheid te bevorderen en onvrijwillige werkloosheid te voorkomen. Fase II treedt in werking, zo verduidelijkt bijlage 3 bij de Cao provinciale sector, wanneer de werkgever concrete organisatieontwikkelingen verwacht die tot gevolg kunnen hebben dat voor de ambtenaar voor wie ontslag dreigt of het werk dusdanig verandert dat extra inspanningen nodig zijn. In fase II krijgt de ambtenaar de beschikking over een extra persoonlijk ontwikkelbudget (POB) van € 5.000 dat hij – in overleg met de leidinggevende – naar eigen keuze en inzicht kan inzetten gericht op ander werk binnen of buiten de (provinciale) organisatie. De bedoeling is dat door inzet van het voornoemde budget fase III kan worden voorkomen, te weten boventalligheid van de werknemer en Van Werk Naar Werkbegeleiding.
- 2.3. Bij brief van 22 december 2020 is aan verzoeker bevestigd dat de [naam nieuwe werkgever] het werk voor het EFRO-programma wil voortzetten, waarbij de vanuit de werkgever betrokken werknemers middels overgang van onderneming zouden worden overgenomen. Verzoeker trad diensgevolge per 1 januari 2021 in dienst bij de [naam nieuwe werkgever].
- 2.4. Op 29 december 2020 heeft verzoeker een aanvraag ingediend in het kader van het extra POB uit fase II. Per e-mail van 25 januari 2021 heeft de werkgever de aanvraag afgewezen. Verzoeker heeft op 29 januari 2021 per e-mail op dit afwijzende besluit gereageerd, op 5 februari 2021 de werkgever herinnerd, waarna de werkgever per e-mail van 8 februari 2021 bij haar eerdere standpunt is gebleven.

- 2.5. Op 19 februari 2021 heeft verzoeker een verzoek bij de commissie ingediend. Verzoeker heeft de gronden van het verzoek uiteengezet en daarbij producties ingediend.
- 2.6. Bij e-mail van 11 maart 2021 heeft de commissie de werkgever een kopie van het ingediende verzoek met bijlagen toegezonden, met het verzoek beschikbaarheid aan te geven voor een hoorzitting en de mogelijkheid geboden voor een schriftelijke reactie.
- 2.7. Bij verweerschrift van 25 maart 2021 heeft werkgever de gronden van verweer uiteengezet en daarbij producties ingediend.
- 2.8. De hoorzitting heeft digitaal plaatsgevonden via MS Teams op 21 april 2021, vanwege de Covid-19 maatregelen. Het beknopte verslag van de zitting is bij punt 5 van dit advies opgenomen.

3. Verzoek

- 3.1. In de brief van 22 december 2020 zijn de belangrijkste gevolgen van de overgang van onderneming aan de betreffende medewerkers, waaronder verzoeker, medegedeeld. In die brief staat het volgende: *'Na afloop van de Cao provinciale sector zult u onder de [cao nieuwe werkgever] vallen (verwachting is met ingang van 1-1-2022) en geldt de rechtspositie zoals vermeld in de [cao nieuwe werkgever] onverkort voor u. Vanaf dat moment vervallen de afspraken die voortvloeien uit de Cao provinciale sector. De bijzondere afspraken uit deze brief, zoals hierboven aangegeven, blijven echter van kracht.'*
- 3.2. Verzoeker verwijst naar de artikelen 9.3.1 en 9.3.2 van de Cao provinciale sector, waarin achtereenvolgens het recht op het reguliere POB en het extra POB zijn neergelegd. Op 29 december 2020 heeft verzoeker een cursusaanvraag ten aanzien van het extra POB ingediend bij de werkgever. Deze is als volgt afgewezen: *'In artikel 9.3.2, tweede lid Cao provinciale sector staat dat 'de ambtenaar die zich in fase II bevindt, heeft eenmalig recht op een extra POB van € 5.000. Hiervoor gelden dezelfde regels als voor het POB in fase I'. In bijlage 3 bij de cao staat beschreven wanneer fase II van toepassing is, namelijk wanneer voor de ambtenaar ontslag dreigt of indien het werk dusdanig verandert dat extra inspanningen nodig zijn. Op het moment van indienen van jouw extra POB was bekend dat je met ingang van januari 2021 zou overgaan naar [naam nieuwe werkgever] en dat jouw werk hetzelfde zou blijven. Daarom bevond jij je niet meer in fase II toen je de aanvraag deed. In lijn met het derde lid van artikel 9.3.2 komt daarmee niet benut extra POB te vervallen. Daarnaast geeft artikel 9.3.1, negende lid aan dat voor het extra POB dezelfde fiscale regels gelden als voor het reguliere POB. Zoals eerder aangegeven voldoet jouw aanvraag niet aan de voorwaarden van artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet op de loonbelasting 1964 ('Wet LB'), en dan in het bijzonder de regels rondom scholingskosten. De cursus die je wil doen start in 2021. Voor de (fiscaal gefaciliteerde vergoeding) uit het POB is vereist dat je nog in dienst bent op het moment dat de betaling plaatsvindt óf (sinds 2021) dat er sprake is van een opleiding om de arbeidsmarktpositie te verbeteren met als doel om een inkomen te verdienen, in geval van werkloosheid dus. Van beide gevallen is geen sprake.'*
- 3.3. Verzoeker is van mening dat hij gebruik kan maken van het extra POB omdat hij op de indieningsdatum van de cursusaanvraag nog in dienst was bij de werkgever én hij nog in fase II geplaatst was. Hij is door de werkgever namelijk niet schriftelijk geïnformeerd dat zijn fase II-plaatsing was geëindigd, waardoor deze doorliep tot het moment van uitdiensttreding.
- 3.4. Het niet (kunnen) voldoen aan de fiscale voorwaarden hangt samen met het niet tijdig afbakenen van of het stellen van (aanvullende) voorwaarden aan de in fase II-plaatsing door de werkgever. Als de werkgever deze aanvullende voorwaarden schriftelijk zou hebben gecommuniceerd en daarmee het gebruik van het extra POB had ingeperkt, dan zou verzoeker daarvan op de hoogte zijn geweest en had hij daar naar kunnen handelen. Zonder aanvullende informatie mocht hij veronderstellen dat de fase II-plaatsing doorliep en dat hij van het extra POB gebruik kon maken. Dat verzoeker een cursus wil doen die in 2021 plaatsvindt en dat in dat jaar ook de kosten dan worden betaald, waarmee verzoeker volgens de werkgever fiscaal gezien niet meer voldoet, is inherent aan het (gebrek aan) handelen van de werkgever. De werkgever had hem in de informatiebijeenkomst van 14 december 2020 en vervolgens

schriftelijk in de brief van 22 december 2020 moeten laten weten dat geen gebruik meer gemaakt kon worden van het extra POB omdat niet meer aan de voorwaarden voldaan werd. Men heeft dit nagelaten en dient naar de mening van verzoeker de gevolgen voor haar rekening te nemen.

4. Reactie van werkgever

- 4.1. In oktober 2019 heeft de werkgever aangekondigd dat zij ging stoppen met de uitvoering van de werkzaamheden voor [naam programma] via het [naam programmabureau]. De betrokken medewerkers, waaronder verzoeker zijn als gevolg van dit besluit met ingang van 15 oktober 2019 in fase II geplaatst. Verzoeker is tegen dit besluit in bezwaar gegaan; dit bezwaar werd grotendeels afgewezen. Enkel de ingangsdatum van fase II werd aangepast naar 16 oktober 2019 en vanaf dat moment was voor verzoeker een extra POB beschikbaar.
- 4.2. Nadat duidelijk werd dat de werkzaamheden onder de vlag van de [naam nieuwe werkgever] zouden worden voortgezet, hebben in oktober en november 2020 diverse gesprekken plaatsgevonden om de overgang van het personeel te realiseren. Verzoeker is tijdens een bijeenkomst op 14 december 2020 geïnformeerd, over zijn overgang naar de [naam nieuwe werkgever] per 1 januari 2021 en de bijbehorende voorwaarden. Bij brief van 22 december 2020 zijn de gevolgen van de overgang schriftelijk bevestigd. Daarnaast is verzoeker een arbeidsovereenkomst aangegaan met de [naam nieuwe werkgever] waarin zijn indiensttreding aldaar wordt bevestigd.
- 4.3. Op 29 december 2020, twee dagen voor zijn uitdiensttreding bij de werkgever, heeft verzoeker een aanvraag gedaan voor een opleiding uit zijn extra POB, behorende bij fase II. In het aanvraagformulier is als startdatum van de opleiding 9 april 2021 opgenomen en bij de aanvraag was geen factuur gevoegd. De werkgever heeft de aanvraag, onder verwijzing naar de Cao provinciale sector, afgewezen omdat fase II op 29 december 2020 niet langer van toepassing was, nu er geen sprake meer was van een dreigend ontslag of mogelijke verandering van werk. Ingevolge artikel 9.3.2 lid 2 van de cao vervalt het niet bestede POB in dat geval. Daarnaast voldoet de aanvraag niet aan de fiscale voorwaarden die gelden voor vergoeding van opleiding of scholing en derhalve niet aan artikel 9.3.2 lid 2 j° artikel 9.3.1 lid 9 van de Cao provinciale sector, waarin staat dat een aanvraag voor (extra) POB moet voldoen aan de fiscale voorwaarden uit artikel 31a lid 2, onderdelen c en d Wet LB.
- 4.4. De werkgever stelt aldus vast dat fase II eindigt als geen sprake meer is van dreigend ontslag of veranderingen op het werk, maar er weer sprake is van een reguliere situatie zonder concrete dreigingen voor het werk (fase I) of wanneer er sprake is van een ontslag (fase III). Op het moment van de aanvraag was fase II reeds geëindigd, omdat duidelijk was dat de functie van verzoeker zou blijven bestaan en hij zijn werk voor het [naam programmabureau] kon voortzetten. Hoewel een schriftelijke bevestiging aan verzoeker van de fase waarin een medewerker zit geen constitutief vereiste is voor het ontstaan van een bepaalde fase, heeft verzoeker op 22 december 2020 een brief ontvangen waarin duidelijk stond dat van een dreigend ontslag of wijziging van werk geen sprake meer was en waarin werd bevestigd dat hij uit dienst zou gaan bij de werkgever. Hierin stond: *'De medewerkers die in dienst zijn van de [naam werkgever] en werkzaam zijn voor het [naam programmabureau] gaan 'van rechtswege', dus zonder ontslagprocedure, over naar de [naam nieuwe werkgever]. Er geldt in dit geval geen opzegtermijn. U ontvangt wel een nieuwe arbeidsovereenkomst van de [naam nieuwe werkgever].'* Ter zake het (reguliere) POB is het volgende opgenomen in deze brief: *'Het persoonlijk ontwikkelbudget van € 5.000,- vloeit voort uit de Cao provinciale sector en is afgesproken voor de periode van 5 jaar. De provincie hevelt het (nog resterende) budget over naar de [naam nieuwe werkgever] en u kunt hier tot en met 31-12-2025 nog over beschikken voor het volgen van een opleiding of training.'*
- 4.5. De aanvraag is verder in strijd met de voorwaarden voor het extra POB. In bijlage III bij de cao staat immers: *'In fase II krijgt de ambtenaar beschikking over een extra POB van € 5.000,- dat hij – overleg met de leidinggevende – naar eigen keuze en inzicht kan inzetten gericht op ander werk binnen of buiten de (provinciale) organisatie. De bedoeling is dat door inzet van dit budget fase III (ontslag) kan worden voorkomen of de gevolgen daarvan kunnen worden beperkt'*. Het extra POB is gericht op van werk naar werk begeleiding ter voorkoming op een mogelijk ontslag of een langdurige periode van werkloosheid.

Door de overgang heeft verzoeker zijn baan kunnen behouden, zodat de grondslag voor het extra POB is komen te vervallen.

- 4.6. In artikel 9.3.1 lid 9 Cao provinciale sector staat dat de besteding van het POB moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet LB. Zo wordt bewerkstelligd dat de besteding van het POB valt onder de gerichte vrijstelling die geldt voor scholings- en opleidingskosten en de provincie hierover geen loonheffing hoeft af te dragen. Artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet LB, bepaalt dat alleen scholingskosten uit tegenwoordige dienstbetrekking (derhalve betaling voordat de dienstbetrekking is beëindigd) vrijgesteld mogen worden vergoed. Vergoedingen die zien op deze kosten, doch na de beëindiging dienstbetrekking worden betaald, zijn niet vrijgesteld en voldoen niet aan artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet LB. Hoewel verzoeker de aanvraag deed op 29 december 2020, heeft hij in 2020 geen opleidingskosten gemaakt en ook geen factuur overgelegd. Op het gewenste moment van indiening is verzoeker niet langer in dienst.
- 4.7. Vanaf 1 januari 2021 is de regeling verruimd in die zin dat scholingskosten uit vroegere dienstbetrekking (derhalve betaling nadat de dienstbetrekking is beëindigd) vrijgesteld mogen worden vergoed. De aanvraag van verzoeker is echter vóór 1 januari 2021 gedaan, toen deze wijziging nog niet in werking was getreden. Deze kan dan ook niet betrokken worden bij het onderhavige geschil. Vanaf 1 januari 2021 is de regeling verruimd, in die zin dat scholingskosten uit vroegere dienstbetrekking (derhalve betaling nadat de dienstbetrekking is beëindigd) vrijgesteld mogen worden vergoed. De aanvraag van verzoeker is echter vóór 1 januari 2021 gedaan, toen deze wijziging nog niet in werking was getreden. Deze wijziging kan dan ook niet betrokken worden bij het onderhavige geschil.
- 4.8. Verzoeker stelt tot slot dat het niet voldoen aan de fiscale voorwaarden het gevolg is van “het niet tijdig afbakenen van of stellen van aanvullende voorwaarden aan de plaatsing in fase II”. Hij stelt dat hij er zonder aanvullende informatie op mocht vertrouwen dat fase II doorliep en dat als gevolg hiervan de fiscale vereisten niet voor hem zouden moeten gelden. Deze redenering gaat niet op. De (standaard) cao bepaalt dat een aanvraag nu eenmaal moet voldoen aan de fiscale voorwaarden, dit staat los van eventuele communicatie over fase II. Het is daarnaast aan de werkgever om deze voorwaarden voor haar organisatie te toetsen. Daarnaast geldt dat verzoeker, mede als gevolg van zijn eerdere bezwaar tegen de plaatsing in fase II, genoegzaam bekend was met de cao Provinciale sector en de voorwaarden van fase II. Dit is immers uitgebreid aan bod geweest in de bezwaarschriftprocedure en het advies van de bezwarencommissie destijds. Verzoeker heeft ruim de tijd gehad om het extra POB te besteden, nu hij sinds oktober 2019 in fase II was geplaatst.
- 4.9. De werkgever meent dan ook dat zij, gelet op het bovenstaande, op goede gronden en met een juiste toepassing van de Cao provinciale sector, de aanvraag van verzoeker heeft afgewezen.

5. Hoorzitting

Op 21 april 2021 vond een hoorzitting plaats via MS Teams. De commissie heeft partijen tijdens de hoorzitting in de gelegenheid gesteld het verzoek en verweer nader toe te lichten. De commissie heeft tijdens de zitting enkele vragen gesteld. Naast de voornoemde gronden van het verzoek en verweer zijn de volgende punten als volgt, samengevat, aan de orde gekomen:

- 5.1. Namens verzoeker is benadrukt dat het lang heeft geduurd voordat er duidelijkheid was over zijn overgang naar de [naam nieuwe werkgever]. Ondanks herhaaldelijke informatieverzoeken liet de werkgever na het personeel te informeren, terwijl dat wel was afgesproken en verzoeker graag zijn wensen richting de werkgever kenbaar had gemaakt. De enige contacten die er wel waren vonden plaats met de [naam nieuwe werkgever]. Het overgangsproces lag overigens nog enige tijd stil ('standstill-periode') doordat er onduidelijkheid bestond over waar medewerkers werden geplaatst en omdat de [naam nieuwe werkgever] bang was dat men met een leegloop te maken zou krijgen. Pas op 14 december 2020 volgde een gesprek met alle betrokken partijen en op 22 december 2020 een brief, waarin de overgang definitief werd aangekondigd en wist verzoeker wat hem te wachten stond. Hij wil het extra POB inzetten voor zijn eigen ontwikkeling en daarnaast komt er binnen de [naam nieuwe werkgever] mogelijk een reorganisatie aan; hij heeft er aldus belang bij zijn positie te verstevigen. Voor

verzoeker is helder dat hij tot zijn uitdiensttreding in fase II zat, omdat hij niet anderszins is geïnformeerd en de Cao provinciale sector voorschrijft dat de werkgever hierover actief dient te informeren. In de fiscale regelgeving leest verzoeker niet dat het niet kan gaan om een voormalig dienstverband.

- 5.2. De reden dat verzoeker het extra POB nooit eerder heeft ingezet is dat er een sfeer bestond dat als men gebruik zou maken van het extra POB, de kans op een eerdere 'exit' werd vergroot. Omdat na de stand-still-periode mondeling werd aangegeven dat het extra POB ook mee over zou gaan naar de [naam nieuwe werkgever], was de noodzaak tot een eerdere inzet van het budget niet aanwezig. In de definitieve berichtgeving bleek pas dat dat toch niet het geval was. Meteen na de brief d.d. 22 december 2020 heeft hij zich georiënteerd op een opleiding managementaccountancy. Los van de factuur, die nog niet kon worden verkregen van het opleidingsinstituut in verband met de feestdagen, diende verzoeker verder een complete aanvraag in. Zijn leidinggevende liet weten akkoord te zijn, maar gaf tegelijkertijd aan dat hij niet bevoegd was een toezegging te doen, gelet op de aanstaande overgang. Verzoeker heeft er vooralsnog voor gekozen deze procedure af te wachten alvorens de opleiding te starten, ofwel ervoor te kiezen het reguliere POB, dat wel mee over ging, in te zetten.
- 5.3. Namens de werkgever is het voortraject beschreven. Na de bezwaarprocedure over fase II is gehamerd op een loopbaangesprek en zijn concrete nieuwe rollen aangeboden bij de [naam nieuwe werkgever]. Dat stuitte aanvankelijk op verzet, maar begin 2020 was de boodschap al dat de [naam nieuwe werkgever] personeel wilde overnemen. Eind oktober 2020 zijn de gesprekken opgestart over de invulling van de overgang, inclusief de gevolgen voor medewerkers. Daarbij is afgesproken dat de [naam nieuwe werkgever] een inventarisatie zou maken van arbeidsvoorwaarden en dat zij ook de communicatie richting het personeel zouden doen, om dubbelingen te voorkomen. Bovendien was de direct leidinggevende van verzoeker al in dienst bij de [naam nieuwe werkgever], hetgeen de communicatie langs die route logisch maakte. Uiteindelijk is op 14 december 2020 gecommuniceerd hoe een en ander zou worden vormgegeven, waarbij is beoogd de overgang netjes te laten verlopen. De verlenging van de termijn voor de inzet van het reguliere POB is daarvan een voorbeeld. Voorafgaande aan de brief d.d. 22 december 2020 is een Excel-bestand met de arbeidsvoorwaarden gedeeld, waar het extra POB geen onderdeel van uitmaakte. De werkgever herkent het door verzoeker geschetste beeld over de communicatie aldus niet.
- 5.4. Volgens de werkgever is fase II geëindigd als gevolg van het gesprek d.d. 14 december 2020, omdat vanaf dat moment definitief helder was dat de overgang zou gaan plaatsvinden. Dat is vervolgens schriftelijk bevestigd op 22 december 2020. Hoewel deze brief niet expliciet stelt dat fase II is geëindigd, was wel helder dat de dreiging van baanverlies op dat moment ophield. Dat was voor de werkgever zo logisch dat het einde van fase II niet expliciet is medegedeeld. Fase II met bijbehorend extra POB is bedoeld voor die situaties waarin er onzekerheid bestaat over de baan en wanneer die onzekerheid er niet langer is, eindigt fase II derhalve. De werkgever heeft de aanvraag ondanks voornoemd standpunt wel willen beoordelen, maar kwam tot de conclusie dat ook de fiscale regelgeving een en ander niet mogelijk maakte. Als verzoeker een factuur zou hebben bijgevoegd was het in theorie wellicht wel mogelijk geweest.
- 5.5. De voorzitter heeft gewezen op het reglement van de commissie, waarin waarde wordt gehecht aan onderling overleg om tot een oplossing te komen. De vraag of nader overleg nog zinvol zou zijn is kort besproken, maar uiteindelijk ontkennend beantwoord. Ook is de vraag voorgelegd of partijen een bindend advies wensen, waarvoor instemming van beide partijen nodig is, ofwel een zwaarwegend advies. De werkgever heeft daarop aangegeven een zwaarwegend advies te willen, zodat de commissie daartoe zal overgaan.

6. Juridisch kader

Artikel 9.1.1 Cao provinciale sector • Driefasenmodel:

- 1. De ambtenaar valt altijd onder één van de fasen zoals beschreven in bijlage 3 (Procedures en uitleg driefasenmodel) van deze cao.*
- 2. De ambtenaar valt onder fase I (regulier beleid) als hij niet onder fase II (dreiging) of fase III (van werk naar werk) valt.*

3. De werkgever informeert de ambtenaar met een bericht als hij van fase verandert en verklaart wat dit voor hem betekent.

Artikel 9.3.1 Cao provinciale sector • Persoonlijk ontwikkelbudget

3. Het POB is bedoeld voor opleiding en ontwikkeling gericht op zowel de huidige als toekomstige werkzaamheden.

9. De besteding van het POB moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet op de loonbelasting 1964.

Artikel 9.3.2 Cao provinciale sector • Extra POB en andere rechten in fase II

1. De ambtenaar die een bericht heeft ontvangen over indeling in fase II van het driefasenmodel als bedoeld in artikel 9.1.1, heeft bij de aanvang hiervan recht op een loopbaanadvies, dat niet ten laste komt van zijn POB.

2. De ambtenaar die zich in fase II bevindt, heeft eenmalig recht op een extra POB van € 5.000. Hiervoor gelden dezelfde regels als voor het POB in fase I.

3. De ambtenaar die uit fase II succesvol terugkeert naar fase I houdt recht op de afspraken zoals die gemaakt zijn in fase II. Niet besteed extra POB vervalt.

Bijlage 3 Cao provinciale sector • Procedures en uitleg driefasenmodel

- De werkgever bepaalt en geeft duidelijk aan in welke van de drie fasen de ambtenaar zich bevindt.
- De doelstelling van het driefasenmodel is om duurzame inzetbaarheid te bevorderen en onvrijwillige werkloosheid te voorkomen.

Fase I (regulier beleid)

Fase I is de fase die op de meeste ambtenaren van toepassing is. Als de ambtenaar zich in deze fase bevindt, zijn er geen concrete aanwijzingen dat op (korte) termijn grote veranderingen te wachten staan.

Fase II (dreiging)

Fase II treedt in werking als de werkgever concrete organisatieontwikkelingen verwacht die tot gevolg kunnen hebben dat voor de ambtenaar voor wie ontslag dreigt of het werk dusdanig verandert dat extra inspanningen nodig zijn (...). In fase II krijgt de ambtenaar beschikking over een extra POB van € 5.000 dat hij – in overleg met de leidinggevende – naar eigen keuze en inzicht kan inzetten gericht op ander werk binnen of buiten de (provinciale) organisatie. De bedoeling is dat door inzet van dit budget fase III (boventalligheid, red.) kan worden voorkomen of de gevolgen daarvan kunnen worden beperkt (...).

Fase III (Van Werk Naar Werk)

Fase III gaat in op het moment dat de ambtenaar boventallig wordt verklaard en er dus sprake is van een formele reorganisatie (...). Afhankelijk van de omstandigheden kan het voorkomen dat na fase II of fase III, fase I weer voor de ambtenaar gaat gelden.

7. Beoordeling

De gronden van het verzoek en het verweer leiden bij de commissie tot de volgende overwegingen en beoordelingen.

- 7.1. Allereerst is van belang dat, nu geen instemming van beide partijen bestaat voor een bindend advies, de commissie zich middels een zwaarwegend advies over het geschil zal uitspreken.
- 7.2. De commissie acht zich bevoegd te adviseren over geschillen bij de toepassing van de Cao provinciale sector (hierna: 'de cao'). Voor ligt de vraag of de werkgever de aanvraag d.d. 29 december 2020 om gebruik te kunnen maken van het extra POB ex artikel 9.3.2 van de cao terecht heeft afgewezen. Hoewel verzoeker ten tijde van het besluit op de aanvraag niet meer bij de werkgever in dienst was maar bij haar opvolgend werkgever, de [naam nieuwe werkgever], is vastgesteld dat verzoeker nog aanspraak kan blijven maken op de afspraken die voortvloeien uit de cao nu de cursusaanvraag door verzoeker is gedaan op een moment dat hij nog wel in dienst was van werkgever. Dat brengt mee dat verzoeker zich bij geschillen over de toepassing van de cao ook bij de commissie moet kunnen melden. De beslissing op de aanvraag volgde per e-mail op 25 januari 2021 en het verzoekschrift volgde op 19 februari 2021.

Daarmee is voldaan aan de in artikel 6, eerste lid van het Reglement van de Geschillencommissie genoemde termijn. Concluderend acht de commissie zich bevoegd en het geschil ontvankelijk.

- 7.3. Partijen zijn het oneens over de vraag of verzoeker op 29 december 2021 nog aanspraak kon maken op het extra POB van € 5.000,-, door de werkgever beschikbaar gesteld voor medewerkers die zich in fase II van het driefasenmodel bevinden. De eerste vraag is of verzoeker ten tijde van de aanvraag nog in fase II zat en, bij een bevestigend antwoord op die vraag, of de besteding van het extra POB zou hebben voldaan aan de in artikel 9.3.1, negende lid van de cao genoemde fiscale voorwaarden, meer specifiek artikel 31a, lid 2, onderdelen c en d Wet op de loonbelasting 1964.
- 7.4. Het voorliggende vraagstuk wordt aan de hand van het onder punt 6 beschreven juridisch kader beantwoord, waarbij conform de zogenaamde ‘cao-norm’ aan de genoemde bepalingen uitleg wordt gegeven. Deze cao-norm houdt in dat voor de uitleg van cao-bepalingen, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Het komt aldus niet aan op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld¹. Bij de uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.² De commissie constateert in de eerste plaats dat fase II in werking treedt *‘als de werkgever concrete organisatieontwikkelingen verwacht die tot gevolg kunnen hebben dat voor de ambtenaar voor wie ontslag dreigt of het werk dusdanig verandert dat extra inspanningen nodig zijn’*, kortom als er een ‘dreiging’ bestaat voor de positie van de medewerker, in het geval van verzoeker per 16 oktober 2019. Wanneer fase II eindigt is niet expliciet geregeld, maar duidelijk is dat fase III aanvangt op het moment dat de ambtenaar boventallig wordt verklaard en er dus sprake is van een formele reorganisatie. Ook is mogelijk dat een medewerker terugkeert in fase I wanneer er geen concrete aanwijzingen (meer) zijn dat op (korte) termijn grote veranderingen aan de orde komen en de dreiging aldus niet langer aan de orde is. Verder leest de commissie in artikel 9.1.1 lid 3 en de aanhef van Bijlage 3 van de cao dat de werkgever bepaalt in welke fase een medewerker zich bevindt en hem *‘met een bericht informeert als hij van fase verandert en verklaart wat dit voor hem betekent’*.
- 7.5. Door verzoeker aangevoerd en door de werkgever als juist erkend is het gegeven dat de werkgever verzoeker niet *expliciet* heeft bericht over het eindigen van fase II. Wel volgde op 22 december 2020 een brief, waarin onder meer het volgende naar voren is gebracht:
- *De medewerkers die in dienst zijn van de [naam werkgever] en werkzaam zijn voor het [naam programmabureau] gaan ‘van rechtswege’, dus zonder ontslagprocedure, over naar de [naam nieuwe werkgever]. Er geldt in dit geval ook geen opzegtermijn. U ontvangt wel een nieuwe arbeidsovereenkomst van de [naam nieuwe werkgever];*
 - *Bij de overgang hoort dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten overgaan op de [naam nieuwe werkgever]. Het doel van deze automatische overgang van rechten en verplichtingen is om ervoor te zorgen dat u niet in een ongunstigere positie terecht komt doordat het onderdeel waarvoor u werkt overgaat;*
 - *Voorgaande geldt voor de looptijd van de (nieuwe) cao zoals die in 2021 zal gelden voor de provincie. Na afloop van deze cao valt u binnen het bereik van de [cao nieuwe werkgever].*

Los van de eerdere – al dan niet gebrekkige – communicatie rondom de overgang naar de [naam nieuwe werkgever] en de daarover gehouden bijeenkomst op 14 december 2020, stelt de commissie vast dat er op 22 december 2020 voor verzoeker duidelijkheid is ontstaan over zijn positie vanaf dat moment en de gevolgen van de overgang per 1 januari 2021. De dreiging van ontslag ofwel verandering van werk, voorwaarde voor een verblijf in fase II, werd op dat moment definitief weggenomen. Ondanks dat niet in zoveel woorden werd bevestigd dat fase II daarmee geëindigd was, meent de commissie dat verzoeker dat wel uit de berichtgeving d.d. 22 december 2020 had kunnen afleiden. Daar komt bij dat

¹ HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/HAS).

² HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142.

de cao-partijen met de inzet van het extra POB hebben beoogd dat fase III kan worden voorkomen ofwel dat de gevolgen daarvan kunnen worden beperkt, zo volgt duidelijk uit Bijlage 3 bij de cao. De commissie stelt vast dat verzoeker op 29 december 2020, de dag van de aanvraag, niet langer aan de voornoemde doelstelling kon voldoen omdat hij inmiddels wist dat zijn positie niet meer in gevaar was en fase III zodoende buiten beeld was gebleven. Gelet op het voorgaande concludeert de commissie dat verzoeker zich op 29 december 2020 niet meer in fase II bevond en dat de werkgever hem dat op 22 december 2020 in voldoende mate kenbaar heeft gemaakt. Daardoor is door de werkgever terecht vastgesteld dat verzoeker geen aanspraak meer kon maken op het bij die fase behorende extra POB van € 5.000,-, nu dat budget op grond van artikel 9.3.2 lid 3 van de cao is komen te vervallen.

- 7.6. Nu is geconcludeerd dat fase II ten tijde van de aanvraag van het extra POB niet meer aan de orde was, komt de commissie niet toe aan de beantwoording van de vraag of die aanvraag binnen de fiscale regelgeving tot de mogelijkheden zou hebben behoord.

8. Advies

Op grond van het bovenstaande luidt het zwaarwegend advies van de commissie als volgt.

De commissie adviseert de werkgever om de besluitvorming omtrent het niet toekennen van het extra POB van € 5.000,- in stand te laten.

Aldus vastgesteld op 30 april 2021.



mevrouw mr. R. Uhlenbusch,
voorzitter