

De cao-ontslagcommissie en de identiteitscommissie: Dé gelegenheid om maatwerk te creëren

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) is het ontslagrecht voor het bijzonder onderwijs gewijzigd. De werkgever kon tot 1 juli 2015 de arbeidsovereenkomst met een werknemer onder andere opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen. De werknemer die het niet eens was met deze opzegging kon zich dan wenden tot de Commissie van beroep. Deze commissie toetste - achteraf - of de werkgever in redelijkheid tot het beëindigen van het dienstverband kon komen. Sinds 1 juli 2015 is de Commissie van beroep niet langer bevoegd te oordelen over ontslagzaken omdat de wettelijke basis hiervoor is vervallen.

Mr. Roswitha de Bekker*

Artikel 7:669 Burgerlijk Wetboek (BW) schrijft voor op welke limitatief genoemde (redelijke) gronden de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen. De werkgever die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid heeft daarvoor op grond van artikel 7:671a lid 1 BW voorafgaande toestemming nodig van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Lid 2 van voornoemd artikel biedt de mogelijkheid om bij cao een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie in te stellen. De voorafgaande toestemming voor een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen moet dan door deze commissie worden verleend. Het hoger beroepsonderwijs heeft een dergelijke sectorale ontslagcommissie ingesteld (artikel S-2 CAO HBO 2016-2017). Cao-partijen hebben deze commissie ondergebracht bij Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht. De andere onderwijssectoren hebben vooralsnog geen sectorale ontslagcommissies in het leven

geroepen. Mogelijk is dit een gemiste kans omdat het instellen van een ontslagcommissie de sociale partners ruimte biedt om, binnen de kaders die de wet stelt, af te wijken van de door de in de procedure bij het UWV geldende Ontslagregeling voorgeschreven ontslagvolgorde. Op die manier kan maatwerk gecreëerd worden. Een andere commissie die vooraf toestemming kan verlenen om de arbeidsovereenkomst op te mogen zeggen, is de identiteitscommissie. De reden voor de opzegging moet dan zijn gelegen in handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de onderwijsinstelling, het zogenoemde identiteitsgebonden ontslag.

In dit artikel wordt ingegaan op de huidige regelgeving inzake het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, op de belangrijkste begrippen uit de Ontslagregeling en op de vraag op welke manier de sector en/of de onderwijsinstelling kan afwijken van de procedure die geldt bij het UWV. Hierbij komt ook de procedure bij de sectorale ontslagcommissie hbo aan bod. Ten slotte zal worden ingegaan op het identiteitsgebonden ontslag en de rol van de identiteitscommissie.

1. Juridisch kader bij bedrijfseconomisch ontslag

De invoering van de Wet werk en zekerheid zal niemand zijn ontgaan. De wet is een uitvloeisel van het op 11 april 2013 tussen het kabinet en de sociale partners gesloten akkoord. Volgens de Memorie van Toelichting¹ is het doel van de WWZ tweeledig. Enerzijds wil de wetgever hiermee tegengaan dat mensen langdurig en onvrijwillig worden ingeschakeld op basis van flexibele contracten. Anderzijds heeft de wet tot doel het ontslagstelsel te herzien. Het oude ontslagrecht zou tot ongelijke uitkomsten leiden en het functioneren van de arbeidsmarkt belemmeren. Bovendien maakten de verschillende ontslagroutes het ontslagrecht complex. De WWZ schrijft daarom dwingend voor in welke gevallen welke ontslagroute moet worden gevolgd. De werkgever kan dus niet langer kiezen aan wie hij zijn ontslagvoornemen voorlegt (het UWV of de kantonrechter). Ook is er nu één systeem voor de berekening van de ontslagvergoeding (nu transitievergoeding genoemd), ongeacht de grondslag van de vordering en de bevoegde rechter. Doordat de Eerste Kamer onlangs² heeft ingestemd met de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren³ (WNRA) zal de rechtspositie van de amb-

* Mr. R.M. de Bekker is coördinator Beroepscommissies Stichting Onderwijsgeschillen

tenaar (dus ook de ambtenaar, werkzaam in het openbaar onderwijs) op termijn (naar verwachting per 1 januari 2020) gelijk worden aan die van de werknemer.

Uitgangspunt van het huidige ontslagrecht is dat de werknemer instemt met de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. De werknemer moet die instemming schriftelijk geven en kan daar binnen twee weken op terugkomen (artikel 7:671 lid 2 BW). Stemt de werknemer niet in met de opzegging, dan heeft de werkgever, afhankelijk van de reden van opzegging, voorafgaande toestemming nodig van het UWV, of dient hij zich tot de kantonrechter te wenden.

Artikel 7:669 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

Onder een redelijke grond voor ontslag wordt blijkens artikel 7:669 lid 3 BW (limitatieve opsomming) verstaan:

- a. verval van arbeidsplaatsen/bedrijfseconomische redenen
- b. langdurige arbeidsongeschiktheid
- c. frequent verzuim met onaanvaardbare gevolgen
- d. disfunctioneren van de werknemer
- e. verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer
- f. weigeren van werk wegens gewetensbezwaar
- g. verstoorde arbeidsrelatie
- h. andere omstandigheden dan a t/m g, die zodanig zijn dat van de werkgever voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet kan worden geveerd

Preventieve ontslagtoets

Bij de ontslaggronden a en b moet de werkgever vooraf schriftelijk toestemming vragen aan UWV, de zogenoemde preventieve ontslagtoets (artikel 7:671a lid 1 BW). Deze preventieve toets was voor 1 juli 2015 geregeld in artikel 6 lid 1 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA), maar gold niet voor werknemers in het onderwijs. Omdat het BBA niet van toepassing was op het onderwijs, kon de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer opzeggen zonder voorafgaande toestemming. Indien de betreffende werknemer het niet eens was met deze opzegging, kon hij op basis van de diverse onderwijswetten en onderwijscao's beroep instellen bij de Commissie van beroep, die vervolgens – achteraf – toetste of de werkgever in redelijkheid tot de beëindiging van het dienstverband had mogen komen (ook wel repressieve toetsing genoemd).

De preventieve toetsing is niet vereist als de werknemer instemt met de opzegging (artikel 7:671 BW) of indien partijen een beëindigingsovereenkomst hebben gesloten (artikel 7:670b BW). De bedoeling van de preventieve ontslagtoets, die dus nu ook voor het onderwijs geldt, is om onredelijke beëindigingen zoveel mogelijk te vermijden en werknemersbescherming te waarborgen. Pas na verkregen toestemming van het UWV kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen. Na de beslissing van het UWV staat voor beide partijen de mogelijkheid open om in beroep te gaan bij de kantonrechter (artikel 7:682 lid 1 en artikel 7:671b lid 1 sub b BW). De kantonrechter beoordeelt opnieuw of de grond voor het ontslag

zich voordoet. Feitelijk komt het erop neer dat de kantonrechter de toestemmingsprocedure van het UWV 'overdoet'.

De ontslaggronden c-h zijn het exclusieve domein van de kantonrechter. Tegen alle beslissingen van de kantonrechter staan hoger beroep en cassatie open (artikel 7:683 BW).

Uit de bewoordingen van de wet, de wetsgeschiedenis en de rechtspraak kan worden afgeleid dat iedere aangevoerde redelijke grond op zichzelf het ontslag moet kunnen dragen. De verschillende ontslaggronden mogen niet opgeteld worden om zo samen als redelijke grond te kunnen gelden. Er dient dus in zijn geheel aan de genoemde grond te zijn voldaan, waarbij de werkgever bovendien moet aantonen dat herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk is. Kortom, werkgevers zullen hun dossier goed op orde moeten hebben.

De verschillende ontslaggronden mogen niet opgeteld worden om zo samen als redelijke grond te kunnen gelden. Er dient dus in zijn geheel aan de genoemde grond te zijn voldaan, waarbij de werkgever bovendien moet aantonen dat herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk is.

2. Het UWV en ontslag op bedrijfseconomische gronden

Het UWV kent een Regeling UWV Ontslagprocedure met een toelichting daarop.⁴ Een verzoek tot toestemming van het UWV moet verplicht worden ingediend via digitale standaardformulieren.⁵ Op deze – zeer uitgebreide – formulieren, komen alle mogelijke onderwerpen aan de orde die het UWV bij de toetsing kan betrekken. Pas als de ingediende informatie volledig is, neemt het UWV de aanvraag in behandeling en wordt de werknemer gevraagd om binnen 14 dagen zijn zienswijze te geven. Een tweede schriftelijke ronde is mogelijk, maar meestal volstaat één ronde van hoor en wederhoor.⁶ Er vindt meestal geen hoorzitting plaats, tenzij partijen daar uitdrukkelijk om vragen. In verreweg de meeste gevallen geeft het UWV de beschikking op basis van de overgelegde stukken.

Het UWV beoordeelt of de werkgever, gezien de bedrijfseconomische omstandigheden, bezien over een periode van 26 weken, in redelijkheid kon besluiten de betrokken werknemer(s) voor ontslag voor te dragen. Het UWV (en ook de kantonrechter) mag daarbij niet op de stoel van de werkgever gaan zitten; de werkgever moet immers beslissingsruimte hebben teneinde het voortbestaan van de onderneming op langere termijn te waarborgen. Dit vergt een zekere terughoudendheid bij de toets van de bedrijfseconomische redenen. De beslissingen van het UWV worden vrijwel nooit gepubliceerd.

In de beslissingen die mij bekend zijn⁷, is onder de kop 'toetsingskader' opgenomen dat de werkgever aannemelijk moet maken dat:

1. er structureel arbeidsplaatsen vervallen door bedrijfsbeëindiging of door maatregelen die om bedrijfseconomische redenen nodig zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering;
2. de juiste volgorde voor ontslag is vastgesteld (afspiegelingsbeginsel);
3. er geen mogelijkheden zijn om de werknemer(s) binnen een redelijke termijn (al dan niet met scholing) te herplaatsen in een andere passende functie binnen de onderneming of groep.

De wijze waarop het UWV dient te oordelen over verzoeken om toestemming op de a- of de b-grond is neergelegd in de Ontslagregeling.⁸ De regeling is verder uitgewerkt in de Uitvoeringsregels Ontslag op bedrijfseconomische redenen en de Uitvoeringsregels Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.⁹

De Uitvoeringsregels Ontslag op bedrijfseconomische redenen zijn ook gepubliceerd in de Staatscourant.¹⁰ In deze uitvoeringsregeling is onder meer een uitgebreide toelichting te vinden op wat onder bedrijfseconomische redenen wordt verstaan en hoe de ontslagvolg-orde moet worden bepaald, inclusief diverse rekenvoorbeelden.

3. Inhoud Ontslagregeling

In de artikelen 11 tot en met 16 van paragraaf 4 van de Ontslagregeling zijn regels gesteld met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Uitgangspunt is dat aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een grotere rechtsbescherming toekomt dan aan (sommige) flexibele medewerkers die dezelfde werkzaamheden verrichten. Bij het vervallen van arbeidsplaatsen dient eerst afscheid te worden genomen van medewerkers in de in artikel 7:671a lid 5 BW en artikel 11 lid 2 Ontslagregeling genoemde groepen die in dezelfde categorie uitwisselbare functies werkzaam zijn. Kort weergegeven betreft dit de flexibele en tijdelijke werknemers. Indien dat (vanuit de werkgever gezien) onvoldoende resultaat oplevert, komt het afspiegelingsbeginsel aan de orde.

Omwille van de duidelijkheid wordt nu eerst ingegaan op de bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen meest relevante begrippen.

Afspiegelingsbeginsel

Artikel 11 Ontslagregeling stelt het afspiegelingscriterium verplicht bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Het personeelsbestand wordt zo ingekrompen dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft. Binnen een leeftijdsgroep komt de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking.

Het personeelsbestand wordt zo ingekrompen dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft. Binnen een leeftijdsgroep komt de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking.

Toepassing van het afspiegelingsbeginsel vindt plaats door de werknemers in elke categorie uitwisselbare functies te verdelen in vijf leeftijdsgroepen: 15-25 jaar; 25-35 jaar; 35-45 jaar; 45-55 jaar en 55 jaar tot AOW-leeftijd (artikel 11 lid 1 Ontslagregeling). Het aantal werknemers dat per leeftijdscategorie voor ontslag in aanmerking komt, moet zoveel mogelijk overeenkomen met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de betreffende categorieën van functies. Binnen elke leeftijdsgroep

komt degene die het kortst in dienst is, als eerste voor ontslag in aanmerking (het anciënniteitsbeginsel). Het is daarom van belang inzichtelijk te maken wat onder het begrip diensttijd wordt verstaan. Als twee werknemers even lang in dienst zijn, heeft de werkgever de vrijheid een keuze te maken (artikel 11 lid 3 Ontslagregeling).

Als *peildatum* voor het toepassen van het afspiegelingsbeginsel geldt het moment waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst te beëindigen wordt ingediend (artikel 12 Ontslagregeling). Als daar een redelijke grond voor is, kan de werkgever een eerder, objectieverbaar moment kiezen, voor zover dat moment niet gelegen is voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat arbeidsplaatsen zullen vervallen (lid 2).

Bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de onderneming van de werkgever, tenzij de arbeidsplaatsen vervallen binnen een bedrijfsvestiging van de onderneming van de werkgever. In dat geval wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies per bedrijfsvestiging (artikel 14 lid 1 Ontslagregeling). Lid 2 bevat een uitzondering hierop: indien de redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel dit, gelet op de omstandigheden, met zich meebrengt, worden verschillende (onderdelen van) ondernemingen, die worden aangemerkt als bedrijfsvestiging, samengenomen. Van zo'n situatie zal sprake kunnen zijn als het personeel op regelmatige basis tussen verschillende vestigingen wordt uitgewisseld.

Maar wat wordt nu verstaan onder het begrip *bedrijfsvestiging*? Artikel 1 sub d Ontslagregeling geeft de volgende definitie: "een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft".

Bij de beoordeling of een vestiging als zelfstandige eenheid is te herkennen, is van belang hoe deze zich naar buiten toe, extern, presenteert en daarmee voor derden als zelfstandige eenheid zichtbaar is. Indicatief kan zijn dat de eenheid zich publiekelijk presenteert als zelfstandige aanbieder van goederen en diensten, een eigen adres heeft of bedrijfslocatie is, als aparte vestiging of locatie bij de Kamer van Koophandel is geregistreerd, een eigen klantenkring of doelgroep heeft, een eigen product- en/of dienstenlijn, een eigen naam, website, briefpapier, logo of huisstijl heeft en er een grote geografische afstand tussen de verschillende locaties is.

Bij de bepaling of sprake is van een interne zelfstandige bedrijfsvoering is van belang hoe de eenheid intern is georganiseerd, of er al dan niet interne zelfstandigheid qua bedrijfsvoering bestaat. Is sprake van een aparte rechtspersoon, is er een zelfstandige (financiële) rapportage, is de organisatorische eenheid als zelfstandig onderdeel in de (financiële) rapportage opgenomen (wat kan blijken uit jaarplanningen en een eigen winst- en verliesverantwoordelijkheid), is het eigen management verantwoordelijk voor de bedrijfsvoering, kan het zelfstandig personeel in dienst nemen en ontslaan en heeft het een eigen, separate medezeggenschap.

Artikel 13 lid 1 Ontslagregeling geeft de definitie van een *uitwisselbare functie*:

Een functie is uitwisselbaar indien de functies vergelijkbaar zijn voor wat betreft de inhoud van de functie, de voor de functie ver-

eiste kennis, vaardigheden en competenties en de tijdelijke of structurele aard van de functie en het niveau van de functie en de daarbij behorende beloning gelijkwaardig is. Deze factoren worden in onderlinge samenhang beoordeeld (lid 2). De toelichting op artikel 13 in de Uitvoeringsregels geeft ter verduidelijking een aantal voorbeelden van wat wel en wat niet onder uitwisselbare functies wordt verstaan. Een verschil in salarisschaal duidt volgens diezelfde toelichting al snel op een verschil in functieniveau zodat de functies niet gelijkwaardig zijn.

In de praktijk zal het veelal van de omstandigheden van het geval afhangen. Dat blijkt ook uit uitspraken van de Commissie van beroep po van Onderwijsgeschillen. Deze Commissie kreeg eind 2015 een aantal beroepen voorgelegd die gericht waren tegen de plaatsing van de functie in het zogenoemde risicodragend deel van de formatie (rddf). Om de rechtmatigheid van de rddf-plaatsingen te toetsen, is de Commissie uitgegaan van de door het UWV te hanteren regels in de Ontslagregeling met betrekking tot de ontslagvolgorder. Daarbij kwam in een aantal beroepen de vraag aan de orde of de functie van leerkracht LA uitwisselbaar is met die van leerkracht LB. De Commissie heeft bij de beoordeling van deze vraag uitdrukkelijk de omstandigheden van het geval meegewogen. Zo is te verklaren dat in uitspraak 106982 de Commissie de beide functies wel uitwisselbaar achtte en in uitspraak 106928 niet.

Een uitwisselbare functie is ten slotte niet hetzelfde als een passende functie. Pas als de werknemer geen aanspraak kan maken op een uitwisselbare functie komt de vraag aan de orde of er voor hem een passende functie is te vinden waarin hij herplaatsbaar is.

Uitzondering op het afspiegelingsbeginsel als verplicht criterium

Het afspiegelingscriterium is niet aan de orde als sprake is van een categorie uitwisselbare functies die in zijn geheel komt te vervallen, als er sprake is van een unieke functie die de werkgever wil handhaven of als sprake is van de afwijkingmogelijkheden als genoemd in artikel 11 lid 4, 5 en 6 Ontslagregeling. Bij dit laatste gaat het om een werknemer die bij een derde te werk is gesteld en die niet kan worden vervangen, een werknemer die over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor de onderneming te bezwaarlijk zou zijn (de onmisbare werknemer) en om arbeidsbeperkten.

Verder is het op grond van het bepaalde in artikel 16 Ontslagregeling mogelijk om bij cao ten hoogste 10% van het totaal aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt, buiten beschouwing te laten. Deze uitzonderingsmogelijkheid staat ook wel bekend als de talentregeling.

Ten slotte is het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing als er een cao-ontslagcommissie is ingesteld en er een Sociaal Plan is overeengekomen met daarin eigen, van de Ontslagregeling afwijkende criteria.

4. Mogelijkheden tot afwijking van de Ontslagregeling

Op grond van de Ontslagregeling is afspiegeling binnen uitwisselbare functies het uitgangspunt bij het bepalen van de ontslagvolgorder bij bedrijfseconomische ontslagen. De praktijk leert echter dat werkgevers – en in toenemende mate ook werknemers – behoefte hebben aan meer flexibiliteit. Het huidige afspiegelingsbeginsel

biedt onvoldoende mogelijkheden tot maatwerk. Uit de spaarzame uitspraken die bekend zijn van het UWV, blijkt dat het UWV de Ontslagregeling strikt toepast en slechts afwijkingen toestaat op de gronden die in de Ontslagregeling zijn opgenomen. De kantonrechter houdt zich in beginsel eveneens aan de beleidsregels van UWV maar is eerder bereid een afwijking toe te staan. Die bereidheid is groter als de afwijking is overeengekomen met de vakorganisaties in een Sociaal Plan.

Artikel 7:671a lid 2 BW biedt de mogelijkheid om bij cao een onafhankelijke en onpartijdige commissie in te stellen, die, in plaats van het UWV, voorafgaande toestemming verleent voor een opzegging wegens bedrijfseconomische redenen. De regering vond het niet wenselijk om deze commissie ook te laten oordelen over andere ontslaggronden omdat de ontslagcommissie geen billijke vergoeding kan toekennen en ook niet over een transitievergoeding kan oordelen.¹¹

Artikel 7:669 lid 6 BW bepaalt dat de regels voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen niet van toepassing zijn als er een sectorale ontslagcommissie is en er bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan andere regels worden gesteld. De strekking hiervan is dat binnen de kaders van de wet maatwerk kan worden geleverd.

Als het in een sector wenselijk is om bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen te kiezen voor andere afvloeiingscriteria dan het afspiegelingsbeginsel, kan een cao-ontslagcommissie worden ingesteld. Omdat in bepaalde onderwijssectoren andere afvloeiingscriteria golden die niet in overeenstemming waren met het afspiegelingsbeginsel, ligt het voor de hand dat deze onderwijssectoren ook thans zouden willen afwijken van het afspiegelingsbeginsel. Uit het door E. Van Vliet verrichte promotieonderzoek naar de Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs blijkt dat in maar liefst 35% van alle ontslagzaken die in de periode 1996 tot en met 2014 aan de diverse Commissies van beroep zijn voorgelegd bedrijfseconomische redenen aan het ontslag ten grondslag waren gelegd.¹² Gelet op dit percentage zou een cao-ontslagcommissie in het onderwijs nuttig kunnen zijn. Ook kan een reden voor het instellen van een cao-ontslagcommissie zijn een gebrek aan expertise bij het UWV. Het UWV heeft in het verleden immers geen ervaring opgebouwd met de toepassing van het afspiegelingsbeginsel in het onderwijs.

Als het in een sector wenselijk is om bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen te kiezen voor andere afvloeiingscriteria dan het afspiegelingsbeginsel, kan een cao-ontslagcommissie worden ingesteld.

Als partijen bij cao een ontslagcommissie instellen, moeten er regels worden gesteld met betrekking tot hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslistermijn. Dit is in de wet geregeld omdat deze commissie volgens de regering geen bestuursorgaan is en louter een privaatrechtelijke taak heeft. In lid 10 is de mogelijkheid opgenomen om nadere regels op te stellen met betrekking tot de commissie en de procedure betreffende het verlenen van toestemming door de commissie. De regering wil deze regels nu nog niet stellen; zij wil eerst de ontwikkelingen in de praktijk en de evaluatie van de WWZ afwachten.¹³ Hoewel er halfjaarlijk-

se voortgangsrapportages van de minister zijn, vindt de volledige evaluatie in 2020 plaats. Vanuit de praktijk is evenwel alvast het initiatief genomen om nadere regels op te stellen die cao-partijen kunnen gebruiken indien zij een cao-ontslagcommissie willen instellen. Deze regels zijn vervat in de zogenoemde cao-ontslagcommissiecode van juli 2015, opgesteld door de werkgroep cao-ontslagcommissie van de Vereniging voor Arbeidsrecht.¹⁴

In het onderwijs heeft alleen het hoger beroepsonderwijs gekozen voor het instellen van een sectorale ontslagcommissie.¹⁵ Deze is ondergebracht bij Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht. De andere onderwijssectoren hebben dit (vooralsnog) niet gedaan. Na twee jaar zullen de ervaringen die met de ontslagcommissie worden opgedaan worden vergeleken met de ervaringen met de ontslagprocedure bij het UWV in de andere publieke sectoren. Na de evaluatie daarvan zal worden besloten of deze commissie wordt gecontinueerd.¹⁶ De ontslagcommissie heeft nog geen zaken behandeld.

De sectorale ontslagcommissie hbo heeft voor het opstellen van het reglement gebruik gemaakt van de cao-ontslagcommissiecode. De hogeschool die van de Ontslagregeling wil afwijken dient een Sociaal Plan vast te stellen dat als cao is aangemeld bij de Inspectie SZW. In een dergelijk Sociaal Plan kan de hogeschool de hiervoor genoemde basisbegrippen nader inkleuren. Het lijkt verstandig om dat te doen omdat de Ontslagregeling is opgesteld vanuit een andere achtergrond dan die van het onderwijs.

Het grote voordeel van het opstellen van een Sociaal Plan is dat er maatwerk geleverd kan worden door af te wijken van de ontslagvolgorde en te kiezen voor andere afvloeiingscriteria dan het afspiegelingsbeginsel.

Het grote voordeel van het opstellen van een Sociaal Plan is dat er maatwerk geleverd kan worden door af te wijken van de ontslagvolgorde en te kiezen voor andere afvloeiingscriteria dan het afspiegelingsbeginsel. Ook kan eigen invulling worden gegeven aan de begrippen bedrijfsvestiging, diensttijd en peildatum, kunnen er afspraken worden gemaakt over het vaststellen van categorieën uitwisselbare functies, over het aantal en/of de samenstelling van de leeftijdsgroepen, en over de invulling van de mogelijkheid om ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen buiten het ontslag te houden (denk aan werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst). Voorbeelden van Sociale Plannen die afwijken zijn het Sociaal Plan ABN AMRO¹⁷, dat afspiegelt in vier leeftijdscategorieën op basis van twee criteria (dienstjaren en kwaliteit) en het Sociaal Plan ING¹⁸, dat uitgaat van het afspiegelingsbeginsel per reorganisatiegebied, zoals omschreven in de adviesaanvraag en dat als peildatum heeft het moment van het definitieve besluit. Ook de Sociale Begeleidings Regeling Heineken¹⁹ biedt bij het vaststellen van boventaligheid ruimte voor zowel kwantitatieve als kwalitatieve overwegingen. Zo vindt bezetting van functies enerzijds plaats op basis van geschiktheid (het principe van de juiste persoon op de juiste plaats en het principe van willen en kunnen), en anderzijds op basis van de behoefte van de werkmatschappij zoals die door het verantwoordelijke management is vastgesteld (aantallen formatieplaatsen en de inhoud van de functies). Zonder nu direct een pleidooi te willen houden voor kwalita-

tieve overwegingen bij het vaststellen van de ontslagvolgorde, is hiermee aangegeven dat er verschillende mogelijkheden zijn om een eigen invulling te geven aan de diverse in de Ontslagregeling genoemde begrippen en zo een op de eigen sector/eigen onderwijsinstelling op maat gemaakte regeling op te stellen voor het geval er arbeidsplaatsen dreigen te vervallen.

Geen afwijking bij Sociaal Plan is evenwel mogelijk van de in artikel 7:670 BW genoemde wettelijke opzegverboden, van de in artikel 7:761a lid 5 BW voorgeschreven ontslagvolgorde (eerst tijdelijke contracten beëindigen, met inleners, oproepkrachten en werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt). Evenmin kan worden afgeweken van de wederindiensttreddingsvoorwaarde als genoemd in artikel 7:681 lid 1 sub d en e, en 7:682 lid 4 en 5 BW en artikel 19 Ontslagregeling. Afwijken van het onmisbaarheids criterium (artikel 11 lid 5 Ontslagregeling) is ten slotte ook niet mogelijk: het moet bij deze afwijking van de ontslagvolgorde steeds om individuele zaken gaan.

5. Procedure en werkwijze van de ontslagcommissie hbo

Op de website van Onderwijsgeschillen is te vinden welke gegevens het verzoekschrift dient te bevatten.²⁰ De werkgever dient in ieder geval gedocumenteerd te onderbouwen dat er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

De bedrijfseconomische redenen moeten worden onderbouwd met stukken waaruit deze redenen blijken (bijvoorbeeld het overleggen van financiële stukken en prognoses). Ook moet worden toegelicht dat het aantal vervallen arbeidsplaatsen logisch samenhangt met de ernst van de bedrijfseconomische omstandigheden en de reeds getroffen maatregelen.

In de memorie van toelichting bij de WWZ²¹ worden voorbeelden van situaties genoemd die aanleiding kunnen zijn voor het vervallen van arbeidsplaatsen. Genoemd worden: slechtere financiële positie, werkvermindering, organisatorische veranderingen/reorganisatie, technologische verandering, beëindiging van (een deel van) de bedrijfsactiviteiten, bedrijfsverhuizing en het vervallen van loonkostensubsidie. In de praktijk zal zich vaak een combinatie van redenen voordoen die leidt tot het vervallen van arbeidsplaatsen. In alle gevallen dient de werkgever aannemelijk te maken dat het treffen van maatregelen die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen (bezien over een periode van 26 weken) noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering. De periode van 26 weken vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming (artikel 8 lid 1 Ontslagregeling).

Wat kan de uitspraak van de ontslagcommissie inhouden?

- een uitspraak dat de commissie onbevoegd is of dat de werkgever in het verzoek niet ontvankelijk is;
- een uitspraak dat toestemming wordt gegeven aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst van de werknemer op te zeggen;
- een uitspraak dat de toestemming aan de werkgever wordt onthouden om de arbeidsovereenkomst van de werknemer op te zeggen.

Indien er toestemming wordt verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, bedraagt de geldigheid daarvan vier weken (artikel 7:671a lid 6 BW). Binnen deze vier weken kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen. Volgens artikel 7:672 lid 5 BW mag de gehele doorlooptijd van de procedure bij de ontslagcommissie in mindering worden gebracht op de opzegtermijn. Er moet echter wel altijd in ieder geval één maand opzegtermijn overblijven.

Wat als de Commissie de verzochte toestemming weigert?

Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als:

- er geen redelijke grond voor ontslag is (bijvoorbeeld als de bedrijfseconomische noodzaak onvoldoende vaststaat);
- als sprake is van een opzegverbod (bijvoorbeeld tijdens ziekte, zwangerschaps- en bevallingsverlof);
- als de werkgever zich niet gehouden heeft aan de in artikel 7:671a lid 5 BW voorgeschreven ontslagvolgorde (eerst de tijdelijke contracten beëindigen, de contracten met inleners en oproepkrachten en met werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd reeds hebben bereikt);
- indien de werknemer niet degene is die volgens de geldende ontslagcriteria voor ontslag in aanmerking komt.

Als de werkgever na een weigering om toestemming te verlenen vervolgens een verzoek tot ontbinding indient bij de kantonrechter (artikel 7:671b BW), zal deze de zaak opnieuw en in volle omvang toetsen op basis van de wet en hetgeen door partijen is aangevoerd. Ook de werknemer, wanneer die van mening is dat een ontslagvergunning ten onrechte is verleend, kan zich binnen twee maanden tot de kantonrechter wenden en een zogenaamde onrechtmatig ontslagprocedure starten (artikel 7:671c BW). In deze procedure kan de werknemer herstel van het dienstverband vorderen of om een billijke vergoeding verzoeken.

De Commissie vormt een personele unie met de Commissie van beroep hbo, die een geheel andere juridische inbedding heeft en bevoegd is te oordelen over het beroep van een werknemer tegen een door de werkgever opgelegde schorsing of disciplinaire maatregel als bedoeld in artikel P-4 CAO HBO (artikel S-2 CAO HBO).

De werkgever kan een arbeidsovereenkomst met een werknemer, die werkzaam is in het bijzonder onderwijs, zonder schriftelijke instemming van de werknemer en zonder voorafgaande toestemming van het UWV opzeggen als de reden voor de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de onderwijsinstelling.

6. De identiteitscommissie

De werkgever kan een arbeidsovereenkomst met een werknemer, die werkzaam is in het bijzonder onderwijs, zonder schriftelijke instemming van de werknemer en zonder voorafgaande toestemming van het UWV opzeggen als de reden voor de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voort-

vloeiende identiteit van de onderwijsinstelling, het zogenoemde identiteitsgebonden ontslag. Te denken valt bijvoorbeeld aan een katholieke school die een werknemer die met zijn gezin jehovage-tuige is geworden, ontslaat. Voorwaarde is dat voor deze opzegging toestemming is verleend door een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie. In deze commissie, die ook wel identiteitscommissie of onderwijsidentiteitsontslagcommissie wordt genoemd, kunnen deskundigen met sector specifieke kennis zitting hebben. De geschilbeslechting in eigen kring blijft hiermee voor identiteitsontslagen behouden. Deze bepaling is als gevolg van een amendement van Kamerleden Dijkgraaf en Schouten in artikel 7:671 lid 1 onder h BW opgenomen.²²

De vereniging voor gereformeerd schoolonderwijs (VGS) en de Reformatorisch Maatschappelijke Unie (RMU) hebben per 1 juli 2015 een identiteitscommissie opgericht, waarop de aangesloten scholen een beroep kunnen doen om hun identiteitsontslaggzaken aan voor te leggen. Tot op heden heeft deze commissie nog geen zaken behandeld. Mogelijk komt dat doordat de reformatorische denominatie niet heel groot is, maar buiten dat zal het identiteitsontslag niet vaak voorkomen. Dit blijkt ook uit het eerder al aangehaalde promotieonderzoek van E. van Vliet naar de Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs.²³ Op basis van haar onderzoeksanalyse poneert zij de stelling dat de toetsing van een identiteitsontslag door een identiteitscommissie zich in de praktijk vrijwel niet zal voordoen. In de periode waarop het onderzoek betrekking heeft, de jaren 1996 tot en met 2014, is in 19 van de 2.646 uitspraken een identiteitsgeschil aan de orde geweest, een zeer verwaarloosbaar aantal. Ook buiten de Commissies van beroep zijn er geen grote aantallen ontslagzaken van werknemers in het onderwijs bekend waarbij de identiteit van de instelling een rol speelde. Recent heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich echter wel nog gebogen over een ontslag dat verband hield met de identiteit van de school. Het betrof een leraar katholieke godsdienst in Kroatië die een kerkelijk mandaat had om deze lessen te geven. Hij wordt ontslagen nadat hij, na te zijn gescheiden van zijn eerste vrouw, voor de tweede keer trouwt. Volgens de Rooms Katholieke kerk is hij nog met zijn eerste vrouw getrouwd en is zijn tweede huwelijk in strijd met de christelijke doctrine en het canonieke recht. Het Hof achtte het gegeven ontslag rechtsgeldig.²⁴

Als de identiteitscommissie de verzochte toestemming weigert voorziet de wet, in tegenstelling tot het weigeren van toestemming door UWV, niet in de mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De werkgever zal zich mijns inziens wel kunnen wenden tot de kantonrechter, stellende dat de situatie dat het handelen of nalaten van de werknemer onverenigbaar is met de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school een redelijke grond voor ontslag is. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst met toestemming van de identiteitscommissie heeft opgezegd, kan de werknemer zich wenden tot de kantonrechter om herstel van het dienstverband te vorderen of om een billijke vergoeding te verzoeken indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De werkwijze van de door VGS en RMU ingestelde identiteitscommissie is neergelegd in het reglement van instelling van de identiteitscommissie²⁵ en in het huishoudelijk reglement.²⁶

7. Conclusie

Op grond van de Ontslagregeling is afspiegeling binnen uitwisselbare functies het uitgangspunt bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomische ontslagen. De praktijk leert echter dat werkgevers - en in toenemende mate ook werknemers - behoefte hebben aan meer flexibiliteit. Het afspiegelingsbeginsel biedt dan onvoldoende mogelijkheden tot maatwerk. Meer maatwerk kan worden bewerkstelligd door het instellen van een sectorale ontslagcommissie. Bijkomend voordeel is dat zo'n ontslagcommissie meer (onderwijs)expertise heeft dan het UWV. Het instellen van een cao-ontslagcommissie biedt derhalve ruimte aan de sociale partners om, binnen de kaders die de wet stelt, af te wijken van de door de Ontslagregeling voorgeschreven ontslagvolgorde en aldus maatwerk te creëren voor de afzonderlijke instellingen binnen de eigen sector. Voor identiteitsgebonden ontslagen blijft eveneens geschilbeslechting in eigen kring mogelijk door het instellen van een identiteitscommissie.

De beide commissies zijn deskundige en laagdrempelige instanties die maatwerk kunnen leveren.

Noten

1. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3.
2. Op 8 november 2016, https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20161108/normalisering_rechtspositie.
3. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32550.
4. *Stcrt.* 11 mei 2015, nr 12688, gewijzigd bij besluit van 7 december 2015, *Stcrt.* 17 december 2015, nr 45451.
5. Zie Besluit Verplicht gebruik ontslaanvraagformulieren, *Stcrt.* 2015, nr 17968.
6. Aldus mr. J. Meijer, manager arbeids- en ontslagrecht landelijke afdeling Arbeidsjuridische dienstverlening van UWV, tijdens zijn presentatie op 2 december 2016 op het Arbeidsjuridisch Congres.
7. Opgenomen in de bundel van het Arbeidsjuridisch Congres 2016.
8. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding, *Stcrt.* 2015, 12685, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 23 juni 2016, *Stcrt.* 30 juni 2016, nr 34013.
9. Te vinden op de website van het UWV, www.uwv.nl.
10. *Stcrt.* 30 juni 2016, nrs 34178 en 34178.
11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 7, p.46.
12. Proefschrift E. van Vliet: *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs*, Boomjuridisch 2016, p. 266.
13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p 49-52.
14. Te vinden op de website van de VvA: www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl.
15. Artikel S-2 CAO HBO 2016-2017.
16. CAO HBO 2016-2017, preambule, p 8.
17. Sociaal Plan ABN AMRO 2017-2020.
18. Sociaal Plan ING 2016-2017.
19. Sociale Begeleidings Regeling (SBR) Heineken 2015-2017.
20. Zie ook artikel 7 lid 1 van het reglement van de ontslagcommissie, eveneens te vinden op de website van Onderwijsgeschillen: <https://onderwijsgeschillen.nl/commissie/sectorale-ontslagcommissie-hbo/reglement>.
21. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3.
22. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. §52.
23. Proefschrift E. van Vliet, *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs*, Boomjuridisch, 2016, p. 219 e.v. en p 255 e.v.
24. EHRM, 04-10-2016, nr. 75581/13.
25. <http://www.vgs.nl/wp-content/uploads/Reglement-van-Instelling-Identiteitscommissie2.pdf>.
26. <http://www.vgs.nl/wp-content/uploads/Huishoudelijk-reglement-Identiteitscommissie.pdf>.