

BESLISSING ONTSLAGCOMMISSIE SECTOR GEMEENTEN

inzake:

het verzoek om toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen o.g.v. artikel 7:669, derde lid, onderdeel a van het Burgerlijk Wetboek van **[naam werkgever]** (hierna: de werkgever) voor **[naam werknemer]** (hierna: de werknemer) wonende te [woonplaats] aan de [adres], in dienst getreden op [datum indiensttreding], hierna gezamenlijk aan te duiden als 'Partijen'.

Op grond van het onderstaande beslist de commissie als volgt:

De commissie verleent de toestemming aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst van de werknemer op te zeggen.

2. Het verzoek

Het verzoek met bijlagen is op 10 maart 2020 ingediend en nadere informatie werd op 16 maart 2020 ontvangen. Op de laatstgenoemde datum is de aanvraag volledig bevonden en in behandeling genomen.

De gronden van het verzoek kunnen als volgt worden samengevat:

- Op 1 januari 2018 is [naam werkgever] heringedeeld met de [naam gemeente 2]. De werknemer was werkzaam als gemeentesecretaris bij [naam werkgever] en heeft ervoor gekozen niet te solliciteren naar de functie van gemeentesecretaris/algemeen directeur van de nieuwe gemeente [naam werkgever] na de herindeling. Met ingang van 1 januari 2018 is de werknemer op basis van de Wet algemene regels herindeling (hierna: 'Wet Arhi') eervol ontslagen uit haar functie van gemeentesecretaris en met ingang van 1 januari 2018 op haar verzoek door Gedeputeerde Staten [naam provincie] voorlopig aangesteld in algemene dienst bij [naam werkgever]. Hiermee viel zij onder de werking van het Sociaal Plan [naam sociaal plan] (hierna: 'Sociaal Plan');
- Partijen hebben afgesproken dat er samen gezocht zou worden naar een geschikte functie en dat bij gebreke daarvan de werknemer mogelijk boventallig zou worden verklaard en waarbij zij aanspraak zou hebben op een Van-Werk-Naar-Werk-traject (hierna: 'VWNW-traject'). Na gezamenlijk onderzoek van partijen bleek er geen andere passende of geschikte functie beschikbaar te zijn voor de werknemer binnen de organisatie, noch binnen het gezagsbereik van [naam werkgever]. Bij besluit van 30 maart 2018 is de werknemer met ingang van 1 april 2018 als boventallig aangemerkt. Conform artikel 4.14 van het Sociaal Plan in samenhang met hoofdstuk 10d van de gemeentelijke rechtspositieregeling CAR-UWO (hierna: 'CAR-UWO'), zoals van toepassing ten tijde van het nemen van het besluit, is met ingang van 1 april 2018 het VWNW-traject gestart. Op grond van artikel 8.3 en artikel 10d:21 lid 2 van de CAR-UWO kan 24 maanden na de start van het VWNW-traject ontslag worden verleend;
- Sinds 1 januari 2018 is de werknemer vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden en kon zij zich volledig richten op het vinden van een andere baan. Hierin werd zij tijdens het VWNW-traject begeleid door haar loopbaancoach;
- Met het oog op het naderende einde van het VWNW-traject heeft de werkgever conform artikel 10d:20 van de CAR-UWO in januari jl., zijnde de 21ste maand sinds de start van het VWNW-traject, een advies gevraagd aan de loopbaancoach van de werknemer. Nadat deze aanvankelijk adviseerde het traject te verlengen, is op 16 januari 2020 aan de werkgever medegedeeld dat er onvoldoende basis was het VWNW-traject voort te zetten. De werkgever heeft daarop besloten het advies over te nemen en het VWNW-traject niet te verlengen;
- De werkgever heeft zich gehouden aan de afspraken uit het VWNW-traject en aldus voldoende herplaatsingsinspanningen verricht.

3. Verweer werknemer

De werknemer is in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren en heeft op 3 april 2020 haar verweer met bijlage toegezonden.

De gronden van het verweer kunnen als volgt worden samengevat:

- Het is correct dat de functie van gemeentesecretaris bij de gemeentelijke herindeling is vervallen. In tegenstelling tot wat de werkgever aangeeft, heeft de werknemer zich echter wel degelijk beschikbaar gesteld voor de functie van gemeentesecretaris binnen de nieuwe gemeente. Vanuit politiek bestuurlijke zijde bestond echter de wens om na de herindeling ook te starten met een nieuwe organisatie, met nieuwe functionarissen op sleutelposities. De werknemer solliciteerde niet, omdat aan haar te kennen was gegeven dat zij een niet-benoembare kandidaat zou zijn;
- Om voornoemde reden werd afgesproken dat de werknemer een 'behoorlijk vangnet' zou worden geboden. In dat kader zijn diverse opties verkend (WW en bovenwettelijke WW, een vaststellingsovereenkomst en een overgang naar de nieuwe gemeente). Vanwege onduidelijkheden ten aanzien van het recht op WW nu de aanstelling van rechtswege zou eindigen, is ervoor gekozen met instemming van Gedeputeerde Staten [naam provincie] in algemene dienst van de nieuwe gemeente te treden. Dat bood de ruimte om op grond van de CAR-UWO een VWNW-traject aan te gaan. Tegen het besluit van boventalligverklaring is geen bezwaar aangetekend;
- Gelet op de aard van de positie die de werknemer bekleedde en de overige omstandigheden, was van meet af aan duidelijk dat de kansen op interne herplaatsing klein waren. Beide partijen achtten de kans op herplaatsing buiten de werkgever groter. Het VWNW-traject is in de ogen van de werknemer goed verlopen;
- De positie van gemeentesecretaris is per 1 februari 2020 vacant gekomen. De werkgever heeft deze passende functie niet aan de werknemer aangeboden;
- Partijen hebben recent opnieuw geprobeerd een beëindigingsregeling te treffen, maar zijn daar niet uitgekomen.

4. Hoorzitting

Op 17 april 2020 vond een telefonische hoorzitting plaats, waarbij de commissie partijen in de gelegenheid heeft gesteld het verzoek en het verweer nader toe te lichten. De heer mr. G. Boelens trad op namens de werkgever en mevrouw mr. M. Breedveld trad op namens de werknemer. 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:

- 4.1 De werkgever heeft gewezen op de Aanpassingswet Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (hierna: 'Aanpassingswet Wnra'), waarin de werkgever leest dat voor gevallen waarin een werknemer vóór 1 januari 2020 boventallig is geworden, het 'oude recht' van toepassing is. Daaruit volgt, wat de werkgever betreft, duidelijk dat de Ontslagregeling van het UWV niet van toepassing is, maar de CAR-UWO en het Sociaal Plan. De werkgever heeft gewezen op de Memorie van Toelichting bij de Aanpassingswet Wnra, waarin zou worden gesteld dat er ruimte wordt geboden om uit te gaan van andere regels voor de beoordeling van de herplaatsingsinspanningen van partijen. Dat betreft in casu hoofdstuk 10d, paragraaf 5 van de CAR-UWO, waarin het VWNW-traject is geregeld. Daarnaast merkt de werkgever op dat de werknemer geen inhoudelijk verweer voert tegen het ontslag, dat zij zelf van mening is dat haar ontslag onvermijdelijk is en dat het VWNW-traject goed is verlopen. Opgemerkt is dat de werknemer op basis van het oude recht al per 1 april 2020 uit dienst zou zijn getreden.
- 4.2 De gemachtigde van de werknemer heeft gesteld dat de commissie zich niet enkel dient uit te laten over de ontslaggrond, maar ook over de vraag of herplaatsingskansen zijn gemist. Namens de

werknemer is beaamd dat er op het moment van boventalligheid geen herplaatsingsmogelijkheden waren, gelet op wat daarover in haar verweer is opgemerkt. Wel was er vanwege het vertrek van de gemeentesecretaris mogelijk een herplaatsingsmogelijkheid per 1 februari 2020 en daarover verzoekt zij de commissie zich uit te laten.

- 4.3 De werkgever is ingegaan op de functie van gemeentesecretaris binnen [naam werkgever], die naar de indruk van de werknemer per 1 februari 2020 vacant zou zijn geweest en waarover in de ontslagaanvraag niets is gezegd. Namens de werkgever is opgemerkt dat politiek bestuurlijk draagvlak nodig is voor de invulling van een dergelijke positie. De samenstelling van het College is op essentiële onderdelen niet gewijzigd ten opzichte van 2017. Gelet op het destijds ontbrekende draagvlak voor een succesvolle sollicitatie, kan niet worden gezegd dat de functie nu voor de werknemer alsnog een passende functie zou zijn geweest. Bovendien is de functie nu niet vacant maar wordt deze door een waarnemer ingevuld, vanwege organisatieveranderingen en omdat men binnen de gemeente nog in beraad heeft hoe men de positie definitief wenst in te vullen. De werkgever stelt vast dat binnen een periode van vier maanden daarover geen raadsbesluit te verwachten is, ook vanwege de coronacrisis. Namens de werknemer is opgemerkt dat men geen risico wenst te lopen in het kader van haar recht op een WW-uitkering. Zij wil om die reden niet tegengeworpen kunnen krijgen dat zij had kunnen solliciteren op de vacature van gemeentesecretaris per 1 februari 2020. Partijen zijn het er ter zitting thans echter over eens dat deze functie niet vacant was, niet beoogd is vacant te komen binnen vier maanden en wanneer dat wel het geval zou zijn geweest, de werknemer daar gelet op het nog altijd ontbrekende politiek bestuurlijke draagvlak niet voor in aanmerking zou zijn gekomen.
- 4.4 Over de duur van de opzegtermijn bestaat tussen partijen verschil van inzicht. De werkgever heeft gewezen op de datum van indiensttreding bij de rechtsvoorganger van [naam werkgever], 19 maart 2007 en stelt dat dat leidt tot een opzegtermijn van drie maanden, conform artikel 7:672 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek. De werknemer is van mening dat de tienjarige duur van haar dienstverband bij de [naam voormalig werkgever] ook bij de vaststelling van de duur van de opzegtermijn moet worden betrokken. Het betreft in beide gevallen diensttijd bij een gemeente en [naam werkgever] is daarom aan te merken als een opvolgend werkgever. De opzegtermijn bedraagt volgens de werknemer daarom vier maanden. Namens de werkgever is opgemerkt dat de diensttijd in de sector Gemeenten niet relevant is, maar dat moet worden gekeken naar het eigenlijke dienstverband bij [naam werkgever].
- 4.5 Op de vraag van de voorzitter waarom het even duurde voordat diverse documenten ondertekend werden is namens de werkgever aangegeven dat het contact en vastleggen van afspraken in het begin enigszins moeizaam verliep. Het traject is echter op tijd gestart. De werkgever licht, gevraagd naar het eerste advies van de loopbaanadviseur tot verlenging van het VWNW-traject, toe dat een loopbaanadviseur, als er mogelijkheden zijn, altijd zal inzetten op verlenging. Nadien heeft werkgever aan de loopbaanadviseur toegelicht dat de verlenging op basis van de CAR-UWO beoordeeld moest worden, in verband met de naderende 24 maandstermijn. Op basis daarvan heeft de loopbaanadviseur geconcludeerd dat er geen basis was voor een verlengd VWNW-traject.

5. Beoordeling

De gronden van het verzoek, het verweer en hetgeen besproken is tijdens hoorzitting leiden tot de volgende beoordeling.

5.1 De commissie is een ontslagcommissie als bedoeld in artikel 7:671a, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). De commissie is bevoegd en de werkgever is ontvankelijk in het verzoek tot toestemming voor ontslag ex artikel 7:669, eerste en derde lid onder a BW, in combinatie met artikel 7:671a, tweede lid BW en artikel 9.15 van de Cao Gemeenten. Op grond van artikel 7:669, vijfde lid BW in verbinding met artikel 7:671a BW is het mogelijk bij cao van de ontslagcriteria in paragraaf 4 van de Ontslagregeling¹ af te wijken.

5.2 Voor die gevallen waarin de datum van boventalligheid vóór 1 januari 2020 ligt, is het overgangsrecht van artikel 11.3 lid 1 Aanpassingswet Wnra van belang. Dat artikellid bepaalt:

1. Indien een rechtspersoon als bedoeld in artikel 615 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidde op de dag voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, na dat tijdstip aan een commissie als bedoeld in artikel 671a, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, verzoekt om toestemming voor opzegging op grond van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van dat boek van de arbeidsovereenkomst van een werknemer, ten aanzien van wie door een bestuursorgaan binnen die rechtspersoon voor dat tijdstip een besluit is genomen waarin die werknemer boventallig is verklaard, blijven daarop de materiële voorschriften van toepassing die ten tijde van dat besluit voor dat bestuursorgaan golden.

Blijkens de memorie van toelichting bij die wet is dit overgangsrecht bedoeld voor het afwickelen van reorganisaties volgens het materiële recht dat verder afwijkt van de Ontslagregeling dan op grond van het BW is toegestaan². Het voorgaande brengt mee dat de commissie overeenkomstig het BW, de Ontslagregeling en de hiervan afwijkende, materiële bepalingen die voor [naam werkgever] golden ten tijde van de datum van boventalligverklaring zal beoordelen of er sprake is van een redelijke grond voor het ontslag van de werknemer en of is voldaan aan de herplaatsingsplicht.

5.3 Het onder punt 5.2 gestelde betekent concreet dat de commissie bij de beoordeling van ontslagverzoeken uitgaat van de materiële regels die golden op het moment van het besluit tot boventalligverklaring als de werknemer voor 1 januari 2020 boventallig is geworden, op grond van artikel 11.3 Aanpassingswet Wnra en artikel 9.15 van de cao Gemeenten, in verbinding met de herplaatsingsverplichting ex artikel 7:669, eerste lid BW, verder uitgewerkt in de artikelen 9 en 10 van de Ontslagregeling. De materiële regels zoals hier relevant betreffen artikel 8:3 van de CAR-UWO aangaande de ontslaggrond bij reorganisatie, het Sociaal Plan en de VWNW-bepalingen van hoofdstuk 10d CAR-UWO, aangezien in artikel 4.14 van het Sociaal Plan is bepaald dat de VWNW-begeleiding plaatsvindt overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk 10d CAR-UWO.

5.4 Vooraf wordt vastgesteld dat het verzoek geen verband houdt met enig opzegverbod, zoals genoemd in artikel 7:670, eerste t/m vierde en tiende lid BW of overige wettelijke voorschriften. Partijen hebben geen blijk gegeven van een andere omstandigheid die in de weg staat aan de verzochte toestemming, zoals bijvoorbeeld de aanwezigheid en vereiste beëindiging van een van de in artikel 7:671a, vijfde lid BW bedoelde arbeidsrelaties, alvorens de positie van de werknemer voor ontslag in aanmerking te brengen.

¹ Paragraaf 4 van de Ontslagregeling bevat de regels met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden

² Kamerstukken II, 2018-2019, 35 073, nr. 3, p. 31 (Memorie van Toelichting bij de Aanpassingswet Wnra).

- 5.5 De werknemer was werkzaam in de functie van gemeentesecretaris en is met ingang van 1 januari 2018 op haar verzoek door Gedeputeerde Staten [naam provincie] voorlopig aangesteld in algemene dienst bij [naam werkgever]. Na een onderzoek naar herplaatsingsmogelijkheden is de werknemer bij besluit van 30 maart 2018 met ingang van 1 april 2018 als boventallig aangemerkt.
- 5.6 De commissie dient eerst te toetsen of een redelijke grond voor ontslag aanwezig is. Daarvoor zijn relevant de artikelen 57 en 59 van de (toenmalige) Wet algemene regels herindeling (Wet Arhi), artikel 4.14 van het Sociaal Plan en de artikelen 8:3 en 10d:21, tweede lid CAR-UWO. De werknemer is op grond van deze artikelen na de gemeentelijke herindeling ontheven uit de functie van gemeentesecretaris en na aanstelling in algemene dienst bij de gemeente boventallig verklaard. De commissie constateert dat de werknemer tegen de besluiten van januari en april 2018 tot ontheffing uit haar functie en boventalligverklaring geen bezwaar heeft gemaakt, waardoor de functieonthefing en boventalligheid in rechte vast zijn komen te staan. Bovendien heeft werknemer tijdens deze ontslagprocedure geen gronden van verweer aangevoerd ten aanzien van de redelijke grond voor ontslag. De commissie oordeelt dat met de wettelijke en rechtspositionele grondslag voor de ontheffing na herindeling en de gezamenlijke constatering van partijen in april 2018 dat binnen de veranderde organisatie geen passende of geschikte herplaatsingsmogelijkheden waren, een redelijke grond aanwezig is voor ontslag wegens reorganisatie.
- 5.7 De commissie dient vervolgens te toetsen of is voldaan aan de herplaatsingsplicht van artikel 7:669 lid 1 BW, in combinatie met de artikelen 9 en 10 van de Ontslagregeling. Daarbij wordt beoordeeld of het aannemelijk is dat de werknemer niet, eventueel met behulp van scholing, kan worden herplaatst in een passende functie binnen de organisatie van de werkgever. De inspanningen van de werkgever worden gewogen en er wordt gekeken naar de redelijke termijn, die ingaat op de datum van de beslissing van de commissie op de aanvraag van de werkgever. De redelijke termijn is op grond van artikel 10 van de Ontslagregeling gelijk aan de wettelijke opzegtermijn die voor de werknemer geldt, maar de commissie constateert dat partijen van mening verschillen over de lengte hiervan. De werknemer is op 19 maart 2007 in dienst getreden bij [naam werkgever] en op basis van dit dienstverband bedraagt de opzegtermijn van de werknemer drie maanden. De werknemer stelt zich echter op het standpunt dat haar diensttijd bij [naam gemeente 3], waar zij werkte voordat zij in dienst trad bij [naam werkgever], ook meetelt voor de berekening van de opzegtermijn. De commissie is van oordeel dat dienstjaren bij een andere gemeente, die geen rechtsvoorganger is van [naam werkgever], noch waarvan [naam werkgever] kan worden gezien als opvolgend werkgever, niet mee dienen te tellen bij de bepaling van het aantal dienstjaren relevant voor de opzegtermijn conform artikel 7:672, tweede lid BW. De commissie constateert dat de werknemer haar stellingname dat sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap niet heeft onderbouwd en stelt vast dat de te hanteren opzegtermijn derhalve drie maanden betreft. De redelijke termijn ex artikel 7:669, eerste lid BW is aan deze periode gelijk.
- 5.8 Kijkende naar de herplaatsingsinspanningen van partijen, constateert de commissie dat partijen het erover eens waren dat er ten tijde van het boventalligheidsbesluit geen interne passende functies waren voor de werknemer, waarna het VWNW-traject gericht op een externe functie is gestart. Uit het verweer blijkt niet dat de werknemer bezwaar tegen dit oordeel had of heeft, of op enig moment een verzoek tot beoordeling van een mogelijke interne passende functie of van het verloop van haar traject heeft ingediend bij een (paritaire) commissie, waarbij de commissie opmerkt dat het gedegen VWNW-traject met externe begeleiding voldoet en zelfs overstijgend is aan de eisen uit hoofdstuk 10d CAR-UWO en het Sociaal Plan. De commissie is voorts van oordeel dat aan de verplichting van de werkgever om gedurende de opzegtermijn een passende functie beschikbaar te stellen voor de werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, al voordat die opzegtermijn ingaat ruimschoots voldaan is. Al gedurende de laatste twee jaar is immers de

ontslagaanvraag opgehouden en zijn bij de voormelde verplichting van de werkgever arbeidsplaatsen betrokken waarvoor een vacature bestaat of waarvoor een vacature zal ontstaan.

- 5.9 De werkgever heeft, gelet op het voorgaande, in voldoende mate aannemelijk gemaakt dat er geen passende functie beschikbaar was, is of binnen een redelijke termijn zal komen en is daarin door de werknemer niet weersproken. Partijen hebben weliswaar begin 2020 gesproken over de functie van gemeentesecretaris, maar ter zitting heeft de werkgever onbetwist gesteld dat de voornoemde functie niet binnen de redelijke termijn vacant zal komen. Uit het laatste advies van de loopbaanadviseur volgt bovendien dat de kans niet aanwezig is dat er binnen deze termijn alsnog een passende functie beschikbaar zal komen. De commissie besluit derhalve dat is voldaan aan de herplaatsingsplicht ex artikel 7:669, eerste lid BW.
- 5.10 Op basis van het bovenstaande besluit de commissie dat sprake is van een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en dat 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.

6. Beslissing

Op grond van het bovenstaande beslist de commissie als volgt:

De commissie verleent de toestemming aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst van de werknemer op te zeggen.³⁴

Aldus besloten door de Ontslagcommissie sector Gemeenten, bestaande uit de heer mr. J.J.M. de Laat (voorzitter), de heer mr. P. du Bois en de heer mr. K.F.A.M. Weijling.

Den Haag, 1 mei 2020

De heer mr. J.J.M. de Laat

voorzitter

³ Een verleende toestemming is geldig gedurende vier weken na dagtekening van de beslissing, conform artikel 11, negende lid van het reglement van de commissie. De werkgever mag conform artikel 7:672, zesde lid van het Burgerlijk Wetboek de opzegtermijn verkorten met de duur van de verzoekprocedure met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert. Dit start op de dag waarop de commissie de ontslagaanvraag compleet heeft ontvangen en eindigt op de datum van de beslissing.

⁴ De werknemer kan na opzegging de kantonrechter om herstel van het dienstverband of een billijke vergoeding vragen. Hiervoor moet de werknemer binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd een verzoekschrift indienen bij de kantonrechter. Bij een geweigerde toestemming kan de werkgever binnen twee maanden na de beslissing van de commissie een procedure starten bij de kantonrechter. Informatie over deze procedures en de daaraan verbonden kosten is te vinden op www.rechtspraak.nl.