

BESLISSING ONTSLAGCOMMISSIE SECTOR GEMEENTEN

inzake:

het verzoek om toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen o.g.v. artikel 7:669, eerste lid j° derde lid, onderdeel a van het Burgerlijk Wetboek, van de **gemeente {naam gemeente}** (hierna: de werkgever) voor **{naam werknemer}** (hierna: de werknemer) wonende te {adres en woonplaats} in dienst getreden op 1 augustus 2001, hierna gezamenlijk aan te duiden als 'Partijen'.

Op grond van het onderstaande beslist de commissie als volgt:

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

1. Het verzoek

Het verzoek met bijlagen is op 31 december 2021 ingediend. Na ontvangst van nadere stukken op 7 januari 2022 is de aanvraag volledig bevonden en in behandeling genomen.

De gronden van het verzoek kunnen als volgt worden samengevat:

- Werknemer is met ingang van 26 april 2019 boventallig geworden door het vervallen van haar functie van ambtelijk secretaris (schaal 8) van de ondernemingsraad (OR) van de gemeenten {naam gemeenten}, vanwege een andere inrichting van de organisatie van het werk.
- Het dienstverband heeft werknemer met de (werkgever). De (werkgever) heeft werknemer vervolgens gedetacheerd bij de gemeente {naam gemeenten}. De detachering bij de gemeente {naam gemeente} is al langer geleden beëindigd. Vervolgens is de inrichting van de takenpakket bij de gemeente (werkgever) gewijzigd. Daarmee is de functie opgeheven bij de gemeente (werkgever). Dat heeft geleid tot de boventalligheid en de start van een VWNW-traject.
- Werknemer is korter dan 104 weken ziek, werkgever verwacht niet dat het opzegverbod vervalt binnen 4 weken na de beslissing van de ontslagcommissie op het verzoek. Zij vragen toch toestemming voor ontslag, omdat het ontslag gelegen is in de boventalligheid en geen verband houdt met de nadien ingetreden arbeidsongeschiktheid.
- De werkgever verwijst naar een bijgevoegd Collegebesluit ten aanzien van een gevraagde nadere toelichting over welke functie(s) een of meer arbeidsplaatsen moeten of zijn vervallen, hoeveel arbeidsplaatsen het gaat en waarom dit aantal nodig is, wat de reden is van de (organisatorische) veranderingen, waarom deze veranderingen nodig zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering, waarom deze veranderingen leiden tot structureel verval van arbeidsplaatsen, wat de gevolgen zijn van de veranderingen zoals de gevolgen voor de verschillende afdelingen, aanwezige functies, het aantal arbeidsplaatsen per functie en de verdeling van de eventueel resterende werkzaamheden.
- In het Collegebesluit aan de OR is toegelicht dat de detachering naar {naam gemeente} is geëindigd per 1 januari 2016, waarna zij deze uren werkzaam is geworden met tijdelijke projecten voor de gemeente (werkgever) naast haar werkzaamheden als ambtelijk secretaris. Sinds 2017 heeft de OR van de gemeente (werkgever) aangegeven dat zij, mede vanwege een reorganisatie, behoefte hadden aan een goede vorm van advisering. In het voorjaar van 2018 is geconcludeerd dat de ondersteuning van de werknemer niet voldeed en er een oplossing

moest komen. De werknemer gaf aan toe te zijn aan een nieuwe uitdaging. In overleg met de OR is de functie van {naam functie} vervallen en zijn de administratieve/secretariële werkzaamheden ondergebracht bij de afdeling {naam afdeling}. Zij kregen hiervoor een uitbreiding van de formatie. Voor de adviserende ondersteuning kan de OR gebruik maken van externe inhuur. Werknemer is in april 2018 tot januari 2019 vrijwillig in een begeleidingstraject gekomen en zijn verschillende loopbaantrajecten en stages benut. Bij brief van 25 april 2019 heeft de werkgever besloten het vrijwillige traject te stoppen, de functie op te heffen en heeft de medewerker met ingang van 26 april 2019 formeel boventallig verklaard.

- Een formele adviesaanvraag is destijds niet aan de OR gestuurd. Het betrof slechts de opheffing van één functie. De opheffing van de functie is in de OR besproken. Het verzoek van de OR om de ondersteuning van de OR anders in te richten heeft er onder meer toe geleid dat de functie is opgeheven.
- De werkgever verwijst, desgevraagd naar een toelichting op de VWNW inspanningen, naar de verslagen van de evaluatiegesprekken met de extern loopbaanbegeleider.
- Er is op 8 april 2020 een VWNW-plan opgesteld, het VWNW-traject is beëindigd op 1 januari 2022. Een gecertificeerd loopbaanadviseur heeft op 1 december 2021 een advies uitgebracht cf. artikel 9.11. van de cao Gemeenten. Geconcludeerd wordt dat de kans minimaal is dat werknemer op korte termijn bemiddeld kan worden naar een andere baan en adviseert negatief over verlenging van het traject.

2. Verweer werknemer

De werknemer is in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren. Na uitstel op verzoek van de werknemer, werd op 31 januari 2022 van de gemachtigde een reactie ontvangen.

De gronden van het verweer kunnen als volgt (waar aanvullend) worden samengevat:

- Op 5 november 2019 is gestart met een VWNW-onderzoek door ABGL. Op 19 december 2019 heeft de loopbaanadviseur een rapportage van het VWNW-onderzoek verstuurd naar de (werkgever). Op 8 april 2020 komen werknemer en de werkgever een VWNW-traject overeen. Op 26 mei 2020 meldt werknemer zich arbeidsongeschikt als gevolg van medische klachten en beperkingen.
- Op 19 november 2021 heeft een laatste evaluatiegesprek plaatsgevonden. Van dit gesprek is tot op heden (nog) geen verslag gemaakt.
- Op 12 januari 2022 brengt de bedrijfsarts advies uit aan werkgever en cliënte met betrekking tot de arbeidsongeschiktheid. Geconcludeerd wordt dat er sprake is van geen of minimale belastbaarheid. Een vervolgspraak wordt geadviseerd voor over 12 weken.
- Aangezien de werknemer arbeidsongeschikt is door ziekte kan de arbeidsovereenkomst niet worden opgezegd gedurende de periode dat deze arbeidsongeschiktheid voortduurt. Dit blijkt uit artikel 7.670 lid 1 onder a van het Burgerlijk Wetboek. De arbeidsongeschiktheid heeft een aanvang genomen voordat de ontslagcommissie de ontslagaanvraag heeft ontvangen (26 mei 2020). Een eventueel beroep van werkgever ex art. 7.670 lid 1 onder b BW kan dan ook niet slagen. Uit artikel 11 lid 6 van het reglement ontslagcommissie (hierna: het reglement) volgt dat geen toestemming wordt verleend nu voornoemd opzegverbod zich voordoet. Op dit moment is de medische situatie van werknemer onduidelijk. Er kan niet redelijkerwijs vanuit worden gegaan dat het opzegverbod binnen vier weken na het nemen

van een beslissing op het verzoek niet meer van toepassing zal zijn. De bedrijfsarts plant een eerstvolgende afspraak 12 weken na 12 januari 2022. Evenmin kan een beroep worden gedaan op art. 7.670a lid 2 onder d Burgerlijk Wetboek. Er is geen sprake van een beëindigen van de werkzaamheden van de 'onderneming' als bedoeld in laatstgenoemd artikel. Enkel de functie van werknemer is komen te vervallen als gevolg van het collegebesluit. Werknemer stelt zich derhalve op het standpunt dat geen toestemming mag worden verleend wegens een opzegverbod.

- Werknemer kan als juist erkennen dat haar functie als gevolg van een Collegebesluit is komen te vervallen en dat zij boventallig is verklaard. Hiermee staat de bedrijfseconomische noodzaak vast ten aanzien van het vervallen van haar arbeidsplaats vast.
- Werknemer meent dat de werkgever haar onvoldoende heeft begeleid om haar intern te herplaatsen. Vanaf mei 2018 verricht werknemer vooral op projectbasis werkzaamheden voor de gemeente (werkgever). Tot aan de datum van haar boventalligheid heeft werknemer naast voornoemde werkzaamheden haar reguliere OR-werkzaamheden vervuld voor de gemeente [naam gemeente]. Vanaf haar boventalligheid tot aan haar arbeidsongeschiktheid heeft werknemer vervolgens veel interne projecten verricht, maar is haar nooit een passende functie aangeboden. Meermaals is benoemd dat er gekeken zou worden naar een passende functie, maar van een aanbod is nooit sprake geweest.

3. Hoorzitting

De hoorzitting van 8 februari 2022 is wegens ziekte geannuleerd. Op 7 maart 2022 vond een digitale hoorzitting plaats waarin de commissie aan partijen enkele vragen heeft gesteld. De werknemer en haar gemachtigde, de heer mr. {naam gemachtigde werknemer}, de heer (naam) en de heer (naam) (gemeentesecretaris en beleidsmedewerker P&O, gemachtigden gemeente (werkgever)), waren aanwezig bij de hoorzitting.

Naast de voornoemde gronden van het verzoek en verweer zijn de volgende punten als volgt, samengevat, aan de orde gekomen:

- De werkgever licht toe dat zij twee sporen belopen; het ontslagverzoek en een WIA traject vanwege bijna twee jaar ziekte.
- De werkgever stelt dat het opzegverbod wegens ziekte niet van toepassing is, omdat het overgangsrecht (secretariaat: de aanpassingswet Wnra en de memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2018-2019, 35 073, nr. 3, hierna: aanpassingswet en MvT) anders geïnterpreteerd moet worden dan de commissie in eerdere uitspraken gedaan heeft. Het overgangsrecht begint met een wetsvoorstel waarin staat dat de overheidskoepels geconsulteerd zijn. IPO en VNG gaven aan dat er wellicht problemen ontstaan bij reorganisaties die zijn ingezet voor 2020. Ook gaven zij aan dat de ontslagcommissie en het UWV wellicht andere criteria zouden beoordelen bij ontslagaanvragen, het begrip 'andere' is daarbij niet nader uitgewerkt. De minister heeft in het wetsvoorstel geschreven dat het advies van de overheidskoepels overgenomen is. In de wettekst staat echter niet dat de materiele toepassing, zoals die luidde ten tijde van het besluit, uitsluitend ziet op de materiele voorschriften in de ontslagregeling. In de MvT staat weliswaar het voorbeeld van de ontslagregeling en het sociaal plan, maar spreker ziet dit als een voorbeeld en niet bij uitsluiting de enige voorschriften waar dit wetsvoorstel op ziet. Zijns inziens ziet het tevens op andere materiele voorschriften die golden ten tijde van het boventalligheidsbesluit, die in strijd zijn met criteria die na 2020 van toepassing zijn. Het opzegverbod tijdens ziekte was voor 2020 niet aan de orde, want volgens het ambtenarenrecht en de CRvB moest je alleen rekening houden met ziekte als het ontslagbesluit of de boventalligheid verband hield met de ziekte. Je mocht niet reorganiseren om iemand te kunnen ontslaan. Deze materiele regels moeten

worden toegepast. Tegen het besluit tot boventalligheid is geen bezwaar gemaakt, men moet uitgaan van de onherroepelijkheid. Het kan niet zo zijn dat die onherroepelijkheid door ziekte kan worden gefrustreerd. Het IPO en VNG spraken ook bij voorlichtingsbijeenkomsten over de ontslagverboden, maar het is niet in de wetshistorie teruggekomen. Dit had wel moeten nu de wetgever duidelijk tot het besef was gekomen dat na 2020 andere aspecten aan bod zouden komen waaraan het UWV of de ontslagcommissie moet toetsen die in strijd zijn met zaken die eerder zijn ingezet.

- De werkgever wijst op een recente uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2022:276) waarin aangegeven is dat je niet altijd moet kijken naar de letter van de wet, maar ook naar de bedoeling van een wet. In deze casus vroeg de werkgever om een ontslagvergunning aan het UWV, het UWV wees deze af en er werd ontbinding bij de kantonrechter gevraagd. Voor de ontbinding gevraagd werd meldde de werknemer zich ziek. Volgens de letter van de wet moet de kantonrechter het opzegverbod in acht nemen, omdat het ontbindingsverzoek pas ingediend is na de ziekmelding. De Hoge Raad besliste dat gekeken moest worden naar de bedoeling van de wetgeving en niet naar de letterlijke tekst. Ook bij de MvT van de aanpassingswet staat weliswaar het voorgenoemde voorbeeld, maar bij pagina 39 is vermoedelijk het woord "bijvoorbeeld" vergeten. Er staat: *"Het voorgestelde artikel 11.3 voorziet in overgangsrecht voor reorganisaties die voor de inwerkingtreding van de Wnra in gang zijn gezet, maar waarvan de (ontslag)gevolgen na inwerkingtreding van deze wet worden gerealiseerd. De betrokken medewerkers zijn voor inwerkingtreding van de Wnra boventallig verklaard op basis van de op dat moment geldende regels. Als de herplaatsing in een andere functie niet is gelukt, is na inwerkingtreding van de Wnra voor opzegging van de arbeidsovereenkomst op bedrijfseconomische gronden toestemming nodig van het UWV of een ontslagcommissie als bedoeld in artikel 7:671a, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek. Deze voorgestelde overgangsbepaling ziet op deze gevallen."* Daarnaast staat er: *"Met de voorgestelde overgangsbepaling wordt geregeld dat de regels, die ten tijde van het nemen van het besluit tot vaststellen van boventalligheid daarvoor golden, van toepassing blijven indien dat besluit uiteindelijk uitmondt in een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. Dit geldt ook voor hierop volgende procedures bij de kantonrechter en voor tegen de beschikking van de kantonrechter ingesteld hoger beroep of cassatieberoep. Dit laatste wordt geregeld door het voorgestelde tweede lid van artikel 11.3. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de door het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorgeschreven procedures van toepassing zijn. Het overgangsrecht betreft dus alleen de ten tijde van het nemen van het besluit tot boventalligheid geldende materiële voorschriften."* Daarnaast: *"Het voorgestelde overgangsrecht maakt het mogelijk dat die ontslagcommissie dat verzoek toetst aan de regeling, die voor de betreffende werkgever van toepassing was op het moment dat hij besloot tot boventalligheid."* Werkgever is van mening dat men moet toetsen aan de regels die golden voor inwerkingtreding, namelijk artikel 8:3 van de CAR-UWO waarin staat dat je een ambtenaar mag ontslaan als de functie is opgeheven. Het sociaal plan was ook op de ambtenaar van toepassing, aansluiting is gezocht bij hoofdstuk 10D van de CAR-UWO, daarmee is aan de materiele voorschriften voldaan. Daar past een opzegverbod vanwege ziekte niet bij.
- De gemachtigde van werknemer geeft aan dat het voorgaande juridisch niet juist is en dat de ontslagcommissie het correct zag in eerdere beslissingen. Voor de regelgeving en vormgeving voor de bevoegdheid tot ontslag kijk je wel naar de materiele bepalingen van voor 2020, zo is artikel 8:3 van de CAR-UWO de basis voor deze bevoegdheid. De dwingendrechtelijke bepalingen van het opzegverbod staan echter in de weg om gebruik te maken van de bevoegdheid tot opzegging. Dat is een cruciaal verschil. Het is geen verschuiving in de MvT geweest, maar wat de wetgever voor ogen heeft gehad. De uitspraak van de Hoge Raad gaat over een andere situatie waarbij een medewerker ziek werd tussen de UWV ontslagaanvraag en het verzoek bij de kantonrechter. De werknemer is echter ziek geworden voorafgaand aan

de ontslagaanvraag bij de ontslagcommissie. De commissie is daarmee gehouden aan het opzegverbod. De stelling dat er rekening moet worden gehouden met oude regelgeving die er niet was zoals een ontbrekend opzegverbod bij ziekte, houdt geen stand aangezien dit niet in de MvT staat. Er staat juist alleen dat de commissie rekening moet houden met de regelgeving, aangevuld met de huidige regelgeving. Het was niet de bedoeling van de wetgever dat de praktijkuitlegging van de regelgeving ook moet worden toegevoegd.

- De werkgever stelt dat VNG en IPO aangaven dat ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen na januari 2020 getoetst zal worden aan andere criteria, zoals overeengekomen in het sociaal statuut. Zij spraken over 'andere criteria'. De minister geeft op pagina 38 en 39 van de MvT aan dat: *"Als het herplaatsingstraject mislukt, kan het zijn dat dat na inwerkingtreding van de Wnra tot ontslag leidt. Dit ontslag valt onder de regels die het BW daaraan stelt. In de praktijk zal aan het UWV toestemming worden gevraagd om de arbeidsovereenkomst op bedrijfseconomische gronden op te zeggen. Het UWV toetst een dergelijke aanvraag aan de Ontslagregeling, die mogelijk andere regels stelt over hoe wordt bepaald welke medewerkers boventallig zijn. Het IPO adviseert om een overgangsregeling voor deze specifieke gevallen op te nemen. De VNG adviseert hetzelfde. Dit advies is gevolgd. Er is een overgangsbepaling aan het wetsvoorstel toegevoegd voor reorganisaties. Deze heeft betrekking op de situatie waarbij een ambtenaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wnra als boventallig wordt aangewezen, waarbij het herplaatsingstraject niet lukt en de ambtenaar na inwerkingtreding van de Wnra voor ontslag wordt voorgedragen. Voor de precieze inhoud wordt verwezen naar de bepaling zelf (artikel 11.3) en de toelichting daarop."* In de bepaling zelf staat dat de materiele voorschriften van toepassing blijven zoals die ten tijde van het besluit golden, er staat niet in dat het de materiele voorschriften zijn die betrekking hebben op of afwijken van de ontslagregeling. De beslissingen van de ontslagcommissie laten ook zien dat zij zowel de materiele voorschriften van voor 2020 als na 2020 tezamen gebruikt als toetsingskader en daar waar strijdigheid is, de voorschriften van voor 2020 laten prevaleren. Ze blijven van toepassing zoals ze waren inclusief het voorschrift van artikel 8:3 en de jurisprudentie van de CRvB over hoe je omgaat met zieke medewerkers waarbij er geen verband is met de ziekte. Dit overgangsrecht is een lex specialis die het BW en opzegverbod derogeeert.
- De gemachtigde van de werknemer geeft aan dat deze pagina's van de MvT duidelijk aangeven dat het slechts gaat om de afwijkende materiele regels ter beoordeling van de redelijke grond voor ontslag. Er was geen regel waarbij een opzegverbod buiten werking werd gesteld.
- De voorzitter vraagt de werkgever om te reageren op de volgende tekst van pagina 31 van de MvT: *"Er kunnen echter ook werkgevers zijn voor wie dit geen oplossing biedt, omdat de regelgeving die op dat moment binnen de organisatie gold verder afwijkt van de Ontslagregeling dan op grond van het Burgerlijk Wetboek is toegestaan."* Het opzegverbod bij ziekte staat niet in de Ontslagregeling, maar in het BW zelf, omdat het één van de zwaarste bepalingen is in het ontslagrecht. De werkgever geeft aan dat het goed is dat de opzegverboden er zijn, maar hij gaat terug naar de bedoeling van de overheidskoepels VNG en IPO die zeggen dat de commissie aan andere aspecten toetst. De minister heeft gezegd dat hij dat advies overneemt. Op pagina 31 staat: *"Het besluit tot boventalligheid is genomen op basis van de voor inwerkingtreding van de Wnra voor de betreffende werkgever geldende regelgeving. Vaak is met de vakbonden een sociaal plan of sociaal statuut overeengekomen, waarin afspraken zijn opgenomen over de volgorde waarin medewerkers afvloeien (deze afspraken zijn vervolgens omgezet in regelgeving). Op basis van deze volgorde wordt bepaald welke medewerkers boventallig zijn en voor ontslag in aanmerking komen. Deze regels kunnen op meerdere punten afwijken van de Ontslagregeling die het UWV toepast. Zo kunnen de regels anders zijn voor het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen (zie de artikelen 11 tot en met 16 van de Ontslagregeling, waarin onder andere het afspiegelingsbeginsel is geregeld). Er kan ook sprake zijn van andere regels voor de beoordeling welke arbeidsplaatsen moeten worden betrokken bij de vraag of er een passende functie beschikbaar is voor de medewerker die voor ontslag in aanmerking komt (zie artikel 9 van de*

Ontslagregeling over herplaatsing).” De werkgever leest dit als voorbeelden, “ook” en “kunnen”. Er staat niet dat het beperkt is tot de Ontslagregeling.

- De gemachtigde van de werknemer licht toe dat bij andere organisaties ook sociaal plannen overeengekomen worden waarbij een lange herplaatsingstermijn van toepassing is, ook dan kan het voorkomen dat men niet in een ontslagprocedure terecht kan komen, omdat de werknemer tijdens boventalligheid ziek is geworden. Het overgangsrecht geeft de mogelijkheid om naar de oude regelgeving te kijken, zodat de commissie niet op basis van nieuwe regelgeving toetst op boventalligheid en ontslagvolgorde. Het ging niet om het opzegverbod. Dat is de bedoeling geweest van de wetgever en daar is de Hoge Raad ook niet van afgeweken.
- De werkgever licht toe dat de VWNW begeleiding is voortgezet tijdens de arbeidsongeschiktheid. Voor formele boventalligheid waren zij al een lange periode een coachingstraject begonnen. Een vaststellingsovereenkomst is geweigerd, daarna begon het formele traject. Zij willen op korte termijn de loonkosten reduceren, vanwege de lange looptijd. Bij de WIA procedure weet verzoeker niet hoe het afloopt en hoe de ambtenaar zich hierin opstelt, mogelijk verzoekt zij om een derde ziektejaar. Daarom wil verzoeker de twee procedures naast elkaar inzetten.
- De werkgever licht toe dat er langere periodes tussen de acties zitten, in verband met persoonlijke omstandigheden van de loopbaanbegeleider en zij de begeleiding niet heeft opgepakt. Daarna is de begeleiding voortvarend opgepakt. De vertraging van langer dan vier maanden is toegevoegd aan de oorspronkelijke einddatum van het VWNW traject.
- De werkgever trachtte te begeleiden naar interne en externe functies medio schaal 8, maar de snelle ziekmelding van de werknemer beperkte de mogelijkheden. Zij heeft interne taken opgepakt, maar dit leidde niet tot een nieuwe functie. De werknemer had een voorkeur voor publieksgerichte functies in plaats van administratieve werkzaamheden, maar die bleken niet beschikbaar of minder passend vanwege de doelgroep.
- De werknemer licht toe dat zij verschillende loopbaancoaches heeft gehad en daarnaast projecten heeft gedaan. Zij heeft altijd gevolg heeft gegeven aan opdrachten en wilde ook iets tegenover haar salaris stellen.

4. Beoordeling

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

- 4.1. 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.
- 4.2. 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*

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

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 MvT bij die wet is dit overgangsrecht bedoeld voor het afwikkelen 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 de gemeente (werkgever) golden ten tijde van de datum van boventallig verklaring dient te beoordelen of er sprake is van een redelijke grond voor het ontslag van de werknemer en of is voldaan aan de herplaatsingsplicht.

- 4.3. Het onder punt 4.2 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 boventallig-verklaring 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 de CAR-UWO, aangaande de ontslaggrond bij reorganisatie, het Sociaal statuut gemeente (werkgever) 2018 en de VWNW-bepalingen van hoofdstuk 10d CAR-UWO.
- 4.4 De commissie stelt vast dat de werknemer sinds 26 mei 2020 arbeidsongeschikt is en partijen overeenstemmen dat redelijkerwijs niet te verwachten is dat zij zal herstellen binnen vier weken na de beslissing van de commissie.
- 4.5. De dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7:670, eerste lid en eerste lid, sub b van het BW alsmede artikel 11.6. van het reglement van de Ontslagcommissie zijn leidend en van toepassing op de ontslagaanvraag. In deze artikelen staat een opzegverbod indien sprake is van arbeidsongeschiktheid voorafgaand aan de ontslagaanvraag, en stelt vast dat de commissie in dergelijke situaties geen toestemming voor ontslag geeft. In de aanpassingswet Wnra en de MvT is opgenomen dat de commissie toetst aan de materiële voorschriften, zoals zij van toepassing waren op het moment van boventalligheid. Op pagina 31 van de MvT is uitgewerkt dat het overgangsrecht de materiële regelgeving betreft op het moment van het besluit tot boventalligheid, waarbij de overeengekomen regels verder afwijken van de Ontslagregeling van het UWV dan op grond van het BW is toegestaan. De commissie leest in de MvT en de aanpassingswet geen aanleiding uit te gaan van een uitbreiding van deze definitie tot de opzegverboden uit het BW, noch een bevestiging dat sprake is van een andere bedoeling van de wetgever of niet limitatieve voorbeelden. De stelling dat de minister in de overgangsregeling IPO en VNG wilde volgen in hun standpunt dat een opzegverbod niet in acht moet worden genomen is in strijd met artikel 11.6 van het, mede door VNG vastgestelde, reglement van de Ontslagcommissie waarin staat dat de commissie bij een opzegverbod geen toestemming geeft. Op pagina 38 en 39 van de MvT werden door de overheidskoepels geen bezwaren opgeworpen ten aanzien van het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid. De stellingname van de werkgever dat de CRvB voor januari 2020 anders keek naar arbeidsongeschiktheid betekent niet dat dit aan te merken is als voorgenoemd materieel voorschrift dat ten tijde van het besluit van toepassing was en de dwingendrechtelijke bepaling van het BW opzij zet. De commissie acht de genoemde uitspraak van de Hoge Raad niet van toepassing op het voorgelegde vraagstuk, aangezien deze procedure zag op de doorwerking van een ziekmelding na het ontslagverzoek bij het UWV in de procedure bij de kantonrechter.

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

In het geval van de werknemer is echter sprake van een ziekmelding voorafgaand aan het ontslagverzoek bij de Ontslagcommissie, wiens rol in deze vergelijkbaar is met het UWV.

- 4.6. De commissie concludeert dat het ontslagverbod wegen arbeidsongeschiktheid van toepassing is, zoals genoemd in artikel 7:670, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek nu de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen op 26 mei 2020, geruime tijd voor de ontslagaanvraag op 31 december 2021. De commissie zal derhalve geen toestemming geven voor het ontslag.
- 4.7. Nu sprake is van een opzegverbod komt de commissie niet toe aan de toetsing van de ontslaggrond, herplaatsingsinspanningen en VWNW-bepalingen.

5. Beslissing

Op grond van het bovenstaande beslist de commissie als volgt:

De commissie weigert 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), mevrouw mr. J. Höfte-Nijen Twilhaar en de heer mr. A. Oass.

Den Haag, 5 april 2022

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, vijfde 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.