



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De cao-ontslagcommissie: welke afwijkende selectiecriteria worden in de praktijk gehanteerd en is er een (nieuwe) toekomst voor de ontslagcommissie?

Peels, M.C.E.; Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2020

**Document Version**

Final published version

**Published in**

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Peels, M. C. E., & Zwemmer, J. P. H. (2020). De cao-ontslagcommissie: welke afwijkende selectiecriteria worden in de praktijk gehanteerd en is er een (nieuwe) toekomst voor de ontslagcommissie? *ArbeidsRecht*, 2020(6/7), 14-21. [28].  
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D3B750&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# De cao-ontslagcommissie: welke afwijkende selectiecriteria worden in de praktijk gehanteerd en is er een (nieuwe) toekomst voor de ontslagcommissie?

ArbeidsRecht 2020/28

Een werkgever moet voor een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (de a-grond van artikel 7:669 BW) vooraf toestemming vragen aan het UWV. Met de Wet werk en zekerheid (Wwz) is de mogelijkheid geïntroduceerd om de toestemming van het UWV te vervangen door toestemming van een bij cao ingestelde ontslagcommissie. Het idee hierachter is dat met een dergelijke commissie in een meer laagdrempelige voorziening voor bedrijfseconomische ontslagen wordt voorzien. In de cao-ontslagcommissie zitten personen die mogelijk beter kunnen oordelen over voorgenomen ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen omdat zij meer kennis hebben (dan het UWV) van bijvoorbeeld de sector, de onderneming van de werkgever en de werknemers.<sup>2</sup> Een andere reden om te kiezen voor een bij cao ingestelde ontslagcommissie, is dat cao-partijen in dat geval de mogelijkheid hebben om eigen selectiecriteria voor ontslag af te spreken in afwijking van de regels in paragraaf 4 Ontslagregeling. In deze bijdrage bespreken de auteurs welke selectiecriteria de thans ingestelde ontslagcommissies hanteren en in welke zin deze afwijken van de in de Ontslagregeling neergelegde selectiecriteria. Daaraan voorafgaand worden de wettelijke regeling van de cao-ontslagcommissie en de binding van de individuele werknemer aan het oordeel van de ontslagcommissie besproken. Tot slot gaan de auteurs in op de toekomst van de ontslagcommissie. Bijna vijf jaar na de introductie van de mogelijkheid tot het instellen van een ontslagcommissie kan worden geconstateerd dat hiervan maar weinig gebruik wordt gemaakt. Wat is hiervan de reden en ligt er misschien een nieuwe toekomst in het verschiet voor de ontslagcommissie naar aanleiding van het advies van de Commissie Regulering van werk? Deze door de regering ingestelde commissie, in de volksmond ook wel Commissie Borstlap genoemd, heeft op 23 januari 2020 onder andere geadviseerd de werkgever de mogelijkheid te

geven de arbeidsuren omvang van de werknemer tot een bepaald percentage eenzijdig aan te kunnen passen indien bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven.<sup>3</sup> De Commissie Borstlap geeft daarbij in overweging dat bij de uitwerking van deze eenzijdige wijzigingsmogelijkheid een rol wordt toebedacht aan bijvoorbeeld cao-partijen. Is hier in deze zware economische tijden als gevolg van de COVID-19-pandemie (ook nu al) een nieuwe rol weggelegd voor de ontslagcommissie?

## 1. Instelling, samenstelling en mogelijkheid tot afwijking van de Ontslagregeling met eigen selectiecriteria

De mogelijkheid tot het instellen van een ontslagcommissie is opgenomen in artikel 7:671a lid 2 BW. Belangrijkste voorwaarde is dat de ontslagcommissie bij cao moet zijn ingesteld. Ontslagcommissies ingesteld in een niet als cao aangemeld sociaal plan of overeengekomen met de ondernemingsraad, zijn dus geen cao-ontslagcommissie in de zin van artikel 7:671a lid 2 BW. De wettelijke regeling van de ontslagcommissie laat verder veel vrijheid aan de cao-partijen. Dit geldt niet alleen ten aanzien van de procedure bij de ontslagcommissie, maar ook ten aanzien van de afwijkende selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag en de onafhankelijkheid van de commissie. Cao-partijen dienen zelf zorg te dragen voor de financiering van de ontslagcommissie.<sup>4</sup>

Een cao waarin een ontslagcommissie in het leven wordt geroepen kan niet met iedere vakbond gesloten worden.<sup>5</sup> In artikel 7:671a lid 3 BW worden hieraan voorwaarden gesteld.<sup>6</sup> Het moet gaan om vakbonden die i) in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen, ii) krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, iii) als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en iv) ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid. De wetgever lijkt met deze vereisten niet-representatieve vakbonden, de zogenoemde

1 Mr. M.C.E. Peels is advocaat bij DLA Piper. Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is advocaat bij DLA Piper, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift (en was lid van de Commissie Borstlap).

2 Stichting van de Arbeid, 'Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020', p. 28, I.M. Berends, *De cao-ontslagcommissie. De betekenis van de cao-ontslagcommissie in de praktijk*, Weert: Celsius juridische uitgeverij 2019, p. 24.

3 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk 23 januari 2020, p. 65. Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29544, 970. De Commissie Borstlap dacht hierbij aan een percentage tot 20%. Zie 'Advies arbeidsmarkt: deeltijdontslag betekent zo'n 20% minder uren', www.nu.nl, 30 januari 2020.

4 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 51.

5 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 29 en p. 105.

6 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 104-106.

'yellow unions', te willen uitsluiten en daarmee de onafhankelijkheid van de ontslagcommissie te willen waarborgen.<sup>7</sup>

Artikel 7:671a lid 2 BW schrijft voor dat in de 'ontslag-cao' regels gesteld worden met betrekking tot (i) hoor en wederhoor, (ii) de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, (iii) redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en (iv) een redelijke beslistermijn door de ontslagcommissie. Indien een ontslagcommissie is ingesteld, dient de werkgever het verzoek tot toestemming in bij de ontslagcommissie in plaats van bij het UWV. De ontslagcommissie is alleen bevoegd te oordelen over voorgenomen bedrijfseconomische ontslagen (de a-grond).<sup>8</sup> De wetgever achtte het niet wenselijk de ontslagcommissie te kunnen laten oordelen over in de persoon van de werknemer gelegen ontslaggronden (de c t/m i grond) omdat de ontslagcommissie niet bevoegd is een billijke vergoeding toe te kennen of een uitspraak te doen over het al dan niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding.<sup>9</sup> Evenals het UWV mag de ontslagcommissie pas toestemming voor ontslag verlenen nadat de werkgever de andere arbeidsrelaties met een tijdelijk karakter heeft beëindigd.<sup>10</sup> Ook moet de ontslagcommissie de toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst weigeren als een opzegverbod van toepassing is.<sup>11</sup> Als de ontslagcommissie de gevraagde toestemming verleent, heeft de werkgever (net als bij het UWV) vier weken de tijd om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.<sup>12</sup> Als een werkgever of werknemer het niet eens is met de al dan niet door de ontslagcommissie verleende toestemming, kan beroep worden ingesteld bij de

kantonrechter.<sup>13</sup> De rechter zal zelfstandig beoordelen of aan de voorwaarden voor een bedrijfseconomisch ontslag wordt voldaan en daarbij toetsen aan de ontslag-cao en de daarin opgenomen procedureregels en selectiecriteria, tenzij deze criteria strijdig zijn met wet- en regelgeving zoals bijvoorbeeld gelijke behandelingswetgeving, in welk geval de kantonrechter geen gevolg zal kunnen geven aan deze criteria.<sup>14</sup>

De inrichting van de procedure bij de ontslagcommissie wordt grotendeels overgelaten aan de cao-partijen.<sup>15</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz deelde de regering mee dat de primaire verantwoordelijkheid voor zowel de samenstelling als het verder waarborgen van de onafhankelijkheid van de ontslagcommissie bij de cao-partijen zelf ligt.<sup>16</sup> Dat geldt ook ten aanzien van de procedure. De regering zag geen aanleiding om voorshands verdere regels in te stellen ten aanzien van de procedure en wilde eerst de ontwikkelingen in de praktijk volgen en de evaluatie van de Wwz afwachten.<sup>17</sup>

Bij de instelling van een ontslagcommissie hebben cao-partijen de mogelijkheid eigen selectiecriteria voor ontslag te kiezen. Daarbij kan worden afgeweken van het afspiegingsbeginsel.<sup>18</sup> Hierdoor kan maatwerk worden geleverd daar waar cao-partijen dat nodig vinden.<sup>19</sup> Als een werkgever belang heeft bij het hanteren van andere selectiecriteria dan het afspiegingsbeginsel, kan dit voor hem een belangrijke reden zijn voor het stimuleren van de instelling van een ontslagcommissie. Aan deze eigen selectiecriteria zijn geen voorwaarden gesteld. Dit laat ruimte voor selectiecriteria gerelateerd aan het functioneren van werknemers – kwaliteit – en niet (enkel) aan leeftijd en indiensttredingsdatum – kwantiteit – zoals in artikel 11

7 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz deelde de regering mee dat de onafhankelijkheid van de ontslagcommissie (verder) wordt gewaarborgd doordat de instelling van de ontslagcommissie een uitkomst is van cao-onderhandelingen waarbij ten minste één onafhankelijke vakbond betrokken is (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 4, p. 53). In de literatuur wordt betwijfeld of de gestelde vereisten daarvoor voldoende zijn, mede gelet op de vergaande taken die de ontslagcommissie heeft. Zie onder meer J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 101, L.S. Oostwouder, 'Het collectieve aspect van het nieuwe ontslagrecht in de praktijk', *Arbeidsrecht* 2015/54 en D.F. Berkhout & A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissie bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, VvA nr. 42, Deventer: Kluwer 2014.

8 Niet over ontslagen op de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid). De gedachte hierachter is dat het UWV bij uitstek geschikt is te oordelen over ontslagen verband houdende met langdurige arbeidsongeschiktheid, gezien de expertise waarover het UWV al beschikt in het kader van haar rol als poortwachter voor de Wet WIA en het feit dat het nodig kan zijn om verzekerings- of arbeidsdeskundigen van het UWV in te schakelen om tot een juist oordeel te komen over ontslag.

9 Met als gevolg dat partijen dan mogelijk alsnog een gang naar de rechter moeten maken (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 46).

10 Artikel 7:671a lid 5 BW.

11 De toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt niet verleend als sprake is van een opzegverbod tenzij redelijkerwijs mag worden verwacht dat het opzegverbod niet meer geldt binnen vier weken na de dagtekening van de beslissing op het verzoek. Zie artikel 7:671a lid 11 BW en artikel 7:671a lid 6 BW. Zie ook E.J.A. Frans en P.H.E. Voûte, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch 2016/9*, art. 7:671a BW, aant. C.4-C.6.

12 Artikel 7:671a lid 6 BW.

13 De werkgever verzoekt dan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel b BW. Wanneer de ontslagcommissie toestemming voor opzegging verleent, kan de werknemer herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding verzoeken op de voet van artikel 7:682 lid 1 BW.

14 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 47. Zie ook I. van der Helm, 'Procedurale bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?', *ARA* 2016/1.1.

15 De Vereniging voor Arbeidsrecht heeft een code opgesteld die een modelreglement biedt voor cao-ontslagcommissies. Zie: Vereniging voor Arbeidsrecht, 'De cao ontslagcommissiecode: Best Practice Rules voor de ontslagcommissie ex artikel 7:671a BW', versie 17 juli 2015, te vinden op de website van de VvA: [www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl](http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl).

16 *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 20-21.

17 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 50-51. In artikel 7:671a lid 10 BW is bepaald dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij ministeriële regeling nadere regels kan stellen over de cao-ontslagcommissie en de procedure voor het verlenen van toestemming door deze commissie.

18 Artikel 7:669 lid 6 jo. artikel 7:669 lid 5 onderdeel b jo. artikel 7:671a lid 2 BW.

19 Artikel 7:669 lid 6 jo. artikel 7:669 lid 5 onderdeel b jo. artikel 7:671a lid 2 BW. *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 47-48.

Ontslagregeling.<sup>20</sup> Cao-partijen kunnen alleen afwijkende regels opnemen ten aanzien van het bepalen van de ontslagvolgorde. De overige wet- en regelgeving, bijvoorbeeld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging, de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, moet de ontslagcommissie gewoon toepassen.<sup>21</sup>

## 2. Enkele aspecten van cao-recht bij de gebondenheid aan oordelen van een ontslagcommissie

Omdat de ontslagcommissie bij cao moet worden ingesteld speelt automatisch de vraag van de binding van werknemers aan oordelen van de ontslagcommissie. De werknemer is immers uitsluitend gebonden wanneer (i) hij lid is van de werknemersvereniging die partij is bij de cao, (ii) de cao is geïncorporeerd in zijn arbeidsovereenkomst en/of (iii) de cao algemeen verbindend is verklaard.<sup>22</sup> Is de cao waarbij de ontslagcommissie is ingesteld niet van toepassing op een werknemer, dan is hij niet gebonden aan oordelen van de ontslagcommissie en zal de werkgever het UWV om toestemming moeten vragen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Ook zullen de in de cao opgenomen afwijkende selectiecriteria in dat geval niet op de werknemer van toepassing zijn. Dit kan ertoe leiden dat binnen één onderneming verschillende systemen van ontslagrecht gelden. Over de binding van werknemers aan oordelen van de ontslagcommissie heeft de regering zich tijdens de parlementaire geschiedenis dubbelzinnig uitgelaten.<sup>23</sup> Enerzijds heeft de regering meegedeeld dat het feit dat de werkgever gebonden is aan de cao waarin een ontslagcommissie is ingesteld, bepalend is voor de te volgen rechtsgang en dat het enkele feit dat een werknemer niet gebonden is aan de cao daar niet aan afdoet.<sup>24</sup> Hiermee lijkt de regering aan de bepalingen in een ontslag-cao een ruimere werking toe te kennen dan die volgt uit het reguliere cao-recht.<sup>25</sup> Anderzijds heeft de regering gewezen op de problemen rondom de binding van ongebonden werknemers aan oordelen van

de ontslagcommissie.<sup>26</sup> Omdat anders binnen een onderneming verschillende systemen van ontslagrecht en verschillende selectiecriteria van toepassing zouden zijn en de werkgever op grond van artikel 14 Wet CAO verplicht is ook voor ongebonden werknemers toestemming voor opzegging te vragen aan de ontslagcommissie, ligt naar onze mening voor de hand dat wanneer de werkgever gebonden is aan de ontslag-cao de cao-ontslagcommissie geldt voor alle bij hem in dienst zijnde werknemers. Er bestaan meer voorbeelden van wetgeving waarin een bij cao gemaakte afwijking ook geldt voor ongebonden werknemers.<sup>27</sup> Benaardt zij echter dat, hoewel uit de parlementaire geschiedenis bij de Wwz volgt dat de regering de gebondenheid van de werkgever aan de ontslag-cao doorslaggevend acht, wij de breed in de literatuur gedragen opvatting onderschrijven dat dit nu onvoldoende duidelijk is.<sup>28</sup>

Als een werknemer via een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst is gebonden aan een cao, rijzen eveneens vragen. Dit is met name aan de orde als sprake is van een dynamisch incorporatiebeding. Jansen stelt dat het in dat geval niet altijd evident is dat de werknemer gebonden kan raken aan een toekomstige cao waarin een cao-ontslagcommissie wordt ingesteld en afwijkende selectiecriteria zijn opgenomen.<sup>29</sup> Hij stelt dat de uitleg van dynamische incorporatiebedingen niet zo ruim zou moeten zijn dat toekomstige cao's die de rechtspositie van werknemers op onvoorzienbare en wezenlijke wijze wijzigen, ook onder de reikwijdte daarvan vallen. Het in de cao overeenkomen van een ontslagcommissie brengt volgens Jansen een wezenlijke wijziging in de rechtspositie van werknemers, welke wijziging bovendien onvoorzienbaar was voor werknemers die vóór de inwerkingtreding van de Wwz reeds ingestemd hadden met een dynamisch incorporatiebeding. Wij menen dat de werknemer met een dynamisch incorporatiebeding gebonden is aan de in een latere cao overeengekomen ontslagcommissie. Allereerst gelden bij incorporatie van een cao met een ontslagcommissie geen speciale, zwaardere voorwaarden. Hier kan de analogie worden gemaakt met het arrest ABN Amro/Teisman waarin de Hoge Raad de vraag of bij incorporatie van een cao in de arbeidsovereenkomst hogere eisen worden gesteld aan de wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer bij een in die cao opgenomen arbitraal beding uitdrukkelijk ontkennend heeft

20 De door cao-partijen opgestelde criteria mogen alleen niet strijdig zijn met wet- en regelgeving, bijvoorbeeld met gelijke behandelingswetgeving (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 48). Zie ook W.A. Zondag & S.N. de Vlak, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch 2017/9*, art. 1 Wet CAO, aant. C.11, J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 103, J.H. Even, 'Driekwart dwingend ontslagrecht', *TAO 2014/4*, p. 129, L.S. Oostwouder, 'Het collectieve aspect van het nieuwe ontslagrecht in de praktijk', *ArbeidsRecht 2015/54* en R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP 2014/10*.

21 Als hiervoor gesteld moeten voorts eerst tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden beëindigd voordat wordt toegekomen aan de in de ontslag-cao opgenomen afwijkende volgorde van opzegging, zie artikel 7:671a lid 5 BW. Zie ook I.M. Berends, *De cao-ontslagcommissie. De betekenis van de cao-ontslagcommissie in de praktijk*, Weert: Celsius juridische uitgeverij 2019, p. 29-30.

22 Artikel 9, 12 en 13 WCAO.

23 Zie hierover uitgebreid J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 103. Zie ook L.S. Oostwouder, 'Het collectieve aspect van het nieuwe ontslagrecht in de praktijk', *ArbeidsRecht 2015/54*.

24 Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 50 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 131-132.

25 Kritisch daarover zijn onder andere A.H. Van Empel en R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA 2015/1.2* en J.H. Even, 'Driekwart dwingend ontslagrecht', *TAO 2014/4*.

26 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, C, p. 22.

27 Zie bijvoorbeeld artikel 5:7 Arbeidstijdenwet en de toetsing van een WM-CO-melding als genoemd door Van Slooten, Zaal en Zwemmer genoemd in *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 104.

28 J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd revisited', *ArbeidsRecht 2018/50* en 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA 2014/85*, L.S. Oostwouder, 'Het collectieve aspect van het nieuwe ontslagrecht in de praktijk', *ArbeidsRecht 2015/54*, A.H. Van Empel en R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA 2015/1.2*, J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 104 en J.H. Even, 'Driekwart dwingend ontslagrecht', *TAO 2014/4*.

29 N. Jansen, 'Houdt de Wwz voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?', *ArbeidsRecht 2014/52*.

beantwoord.<sup>30</sup> Ten tweede volgt uit de jurisprudentie dat een incorporatiebeding ook ziet op een ingrijpend gewijzigde opvolgende cao of op een opvolgende cao die met een andere vakbond is gesloten.<sup>31</sup> Dit is ons inziens niet anders bij een vóór de inwerkingtreding van de Wwz overeengekomen dynamisch incorporatiebeding. De mogelijkheid van een op grond van de cao bevoegd worden van een ontslagcommissie bij de toetsing van een bedrijfseconomisch ontslag was voor de inwerkingtreding van de Wwz immers net zo min voorzienbaar voor de onder de cao vallende werknemer als het overige per die datum in werking getreden nieuwe ontslagrecht dat vanaf dat moment ging gelden voor alle werknemers met op dat moment reeds bestaande arbeidsovereenkomsten. Het bovenstaande is overigens geen punt van discussie wanneer de werkgever ook (door lidmaatschap) gebonden is aan de cao waarbij een ontslagcommissie is ingesteld, hetgeen naar onze mening bepalend moet zijn voor de bevoegdheid van de ontslagcommissie.

De hiervoor besproken bindingsproblematiek is niet aan de orde als een cao algemeen verbindend is verklaard. Uit artikel 2 lid 2 van de Wet AVV volgt dat cao-bepalingen die betrekking hebben op ontslagcommissies in de zin van artikel 7:671a lid 2 BW algemeen verbindend verklaard kunnen worden.<sup>32</sup> Bij een verzoek tot algemeenverbindendverklaring zal door het ministerie van SZW worden getoetst of is voldaan aan de eisen die in artikel 7:671a lid 2 en 3 BW worden gesteld aan de ontslagcommissie en of deze onafhankelijk is van de werkgever.<sup>33</sup>

Hoe zit het met de ontslagcommissie en de afwijkende selectiecriteria als de looptijd van een cao afloopt? Als de ontslagcommissie bevoegd was op grond van een algemeen verbindend verklaarde cao is het antwoord eenvoudig. Een algemeen verbindend verklaarde cao heeft in principe geen nawerking.<sup>34</sup> Na afloop van de avv-periode staat de weg naar de ontslagcommissie dus niet open en zal de werkgever het UWV moeten verzoeken om toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst op een

bedrijfseconomische grond. Als de werkgever door lidmaatschap gebonden is aan de cao ligt dat genuanceerder. Normatieve bepalingen in cao's hebben nawerking. Gesteld kan worden dat de bepalingen over de afwijkende ontslagvolgorde naar hun aard normatieve bepalingen zijn. De bepalingen die zien op de instelling van een ontslagcommissie zijn dat echter niet.<sup>35</sup> De weg naar de ontslagcommissie staat dus niet meer open vanaf het tijdstip waarop de looptijd van een cao is afgelopen.<sup>36</sup> De werkgever zal dan dus weer een verzoek om toestemming bij het UWV moeten indienen. Het UWV past in die situatie niet de bepalingen over de afwijkende ontslagvolgorde in de nawerkende ontslag-cao toe omdat op grond van artikel 7:669 lid 6 BW voor afwijking van het afspiegelingsbeginsel is vereist dat bij cao een ontslagcommissie is ingesteld, hetgeen op dat moment niet het geval is.

### 3. Op welke manier wordt in cao's met ontslagcommissies afgeweken van de selectiecriteria in de Ontslagregeling?

Hoe wordt in ontslag-cao's gebruikgemaakt van de mogelijkheid om eigen selectiecriteria te hanteren? Ter beantwoording van deze vraag bestudeerden wij de ons bekende cao's waarin een ontslagcommissie is ingesteld, te weten de Arbeidsvoorwaarden Cao ABN AMRO 2020-2022 en het ABN AMRO Sociaal Plan 2020-2020, de Cao Gemeenten 2020-2021 en de Cao Samenwerkende Gemeentelijke Organisaties 2020-2021, de Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020, het ING Sociaal Plan 2018-2022, de Cao Kunsteducatie 2019-2021 en het Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.<sup>37</sup>

#### 3.1 Arbeidsvoorwaarden Cao ABN AMRO 2020-2022 en ABN AMRO Sociaal Plan 2020-2022

In de Arbeidsvoorwaarden Cao ABN AMRO 2020-2022 ("Arbeidsvoorwaarden Cao") is in Bijlage IV opgenomen dat cao-partijen bij overeenkomst kunnen bepalen dat de geschillencommissie van ABN AMRO optreedt als ontslagcommissie genoemd in artikel 7:671a lid 2 BW. In artikel 1.3 van het ABN AMRO Sociaal Plan 2020-2022 ("Sociaal Plan") is bepaald dat niet het UWV maar de geschillencommissie om toestemming wordt gevraagd bij ontslagen op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW. De geschillencommissie is daarbij gebonden aan het reglement dat is opgenomen

30 HR 17 januari 2003, NJ 2004/280, m.nt. Sniijders. Zie hierover uitvoerig: M. Jovović en J.P.H. Zwemmer, 'Arbitrage en arbeidsrecht: over de toelaatbaarheid van arbitrage als vorm van geschillenbeslechting in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2019/43.

31 Hof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004/12, Hof Den Haag 31 maart 2006, JAR 2006/136, Hof Amsterdam 19 februari 2019, JAR 2019/69 en Ktr. Den Haag 29 mei 2019, JAR2019/154.

32 Van Drongelen stelt zich op het standpunt dat cao-bepalingen die zien op het instellen van een cao-ontslagcommissie niet lenen voor algemeenverbindendverklaring, omdat dit obligatoire bepalingen zijn die niet onder de reikwijdte van artikel 2 lid 1 Wet AVV vallen. Van Slooten, Zaal en Zwemmer menen dat Van Drongelen strikt genomen gelijk heeft, maar dat door in de Wet AVV op te nemen dat cao-bepalingen die betrekking hebben op ontslagcommissies voor langere tijd verbindend verklaard kunnen worden, tevens de grondslag voor die algemeenverbindendverklaring is gegeven. Bovendien is de wetsgeschiedenis op dit punt helder en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Zie J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA* 2014/85 en J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 105.

33 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 53.

34 HR 10 januari 2003, NJ 2006/516, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Rode Kruis/Te Riet*).

35 Zie o.a. J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 107 en J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd revisited', *ArbeidsRecht* 2018/50.

36 Dit werd ook bevestigd door de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz. Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 22.

37 In het Protocol Cao Transavia Vliegers 2017-2020 is de afspraak opgenomen dat partijen per 1 juli 2018 de statuten van de ontslagcommissie hebben opgesteld en deze commissie op persoonsniveau hebben ingericht. Tot op heden is het (nog) niet tot daadwerkelijke instelling van de ontslagcommissie gekomen.

in Bijlage IV bij de Arbeidsvoorwaarden Cao.<sup>38</sup> Het Sociaal Plan is van toepassing op werknemers die, kort gezegd, een arbeidsovereenkomst hebben met ABN AMRO en die in de periode van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2021 boventallig worden.<sup>39</sup> In artikel 3.4 van het Sociaal Plan is gebruikgemaakt van de mogelijkheid om eigen selectiecriteria overeen te komen. Werknemers worden ingedeeld in vier leeftijdscategorieën: (i) tot 35 jaar; (ii) vanaf 35 jaar tot 45 jaar; (iii) vanaf 45 jaar tot 57,5 jaar en (iv) vanaf 57,5 jaar. Deze leeftijdscategorieën wijken af van die in de Ontslagregeling. Bij de afspiegeling tellen twee criteria mee: dienstjaren en kwaliteit. In afwijking van de Ontslagregeling weegt naast het criterium dienstjaren dus ook het criterium kwaliteit mee. Voor beide criteria kan een werknemer maximaal vijf punten krijgen. De punten voor de criteria wegen even zwaar en worden vervolgens bij elkaar opgeteld. Binnen elke leeftijdscategorie worden de werknemers met de minste puntenaantallen vervolgens voor ontslag voorgedragen ('uitgespiegeld'). Het aantal punten voor het criterium dienstjaren wordt bepaald volgens een staffel. Het kwaliteitscriterium is niet nader uitgewerkt. Het Sociaal Plan geeft enkel aan: "De kwaliteitstoets is gebaseerd op herkenbare elementen. Voorbeelden daarvan zijn het (potentieel) beoordeling(en), kennis, vaardigheden en het gedrag."<sup>40</sup> Dit laat dus veel ruimte aan ABN AMRO.

### 3.2 *Cao Gemeenten 2020-2021 en de Cao SGO 2020-2021*

In de Cao Gemeenten 2020-2021 ("Cao Gemeenten") en de Cao Samenwerkende Gemeentelijke Organisaties 2020-2021 ("Cao SGO") is in artikel 9.15 voorzien in de instelling van een ontslagcommissie.<sup>41</sup> Partijen bij deze cao hebben met ingang van 1 januari 2020 een ontslagcommissie ingesteld voor de duur van vier jaar.<sup>42</sup> De ontslagcommissie is bevoegd in plaats van het UWV toestemming te geven aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW.<sup>43</sup> In artikel 1 lid 1 sub k van Bijlage 3 Cao Gemeenten en Cao SGO is bepaald dat de ontslagcriteria zoals vastgelegd in de cao of, voor zover de cao daarin niet voorziet, de ontslagcriteria zoals vastgelegd

in paragraaf 4 van de Ontslagregeling gelden. In artikel 9.15 lid 6 van de cao's is artikel 14 Ontslagregeling buiten toepassing verklaard. In artikel 14 Ontslagregeling is bepaald dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel van artikel 11 Ontslagregeling 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 welk geval voor de toepassing van dat artikel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de bedrijfsvestiging. In de cao's is bepaald dat bij het vaststellen van de ontslagvolgorde per groep van uitwisselbare functies wordt uitgegaan van de functies die op de peildatum voorkomen in het organogram van het organisatieonderdeel dat volgens het reorganisatiebesluit wordt gereorganiseerd. Cao-partijen hebben dus niet gekozen voor eigen, afwijkende selectiecriteria, maar voor een afwijking bij de in aanmerking te nemen uitwisselbare functies waarover wordt afgespiegeld. Hierdoor kan dus een beperkter aantal uitwisselbare functies in aanmerking worden genomen bij het afspiegelen.

### 3.3 *Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020*

In de Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020 ("SBR") is bepaald dat een onafhankelijke en onpartijdige (ontslag)commissie in de zin van artikel 7:671a lid 2 BW zal oordelen over verzoeken om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen.<sup>44</sup> In de SBR is bepaald dat boventalligheid wordt vastgesteld door het management, waarbij het zowel 'de aantallen werknemers (numeriek), als de personen in kwestie (naamsniveau)' betreft. Uitgangspunt hierbij is dat bij het vaststellen van boventalligheid zowel kwantitatieve als kwalitatieve overwegingen een rol kunnen spelen en boventalligheid per 'logisch te onderscheiden cluster binnen een werkmaatschappij (bijvoorbeeld een afdeling, een bedrijfsonderdeel, een functie/functionaliteit)' wordt vastgesteld. Aan die kwalitatieve overwegingen ligt ten grondslag dat de bezetting van functies enerzijds plaatsvindt 'op basis van geschiktheid (het principe van de juiste man/vrouw op de juiste plaats, en het principe van willen en kunnen), en anderzijds op basis van de behoefte van de werkmaatschappij zoals die door het verantwoordelijk management is vastgesteld (aantallen formatieplaatsen en de inhoud van functies)'. Bij 'kwalitatieve boventalligheid' stelt, zo volgt uit artikel 1.1 van hoofdstuk 2 van de SBR, het management een overzicht op met werknemers die zich kwalificeren voor de betreffende functies en een overzicht met werknemers die zich naar het oordeel van het management niet of

38 Bijlage IV Reglement van de Geschillencommissie bij ABN AMRO cao 2020-2022. Hierin is ook bepaald dat de commissie bestaat uit een onafhankelijke voorzitter die door de cao-partijen wordt benoemd. De commissie bestaat verder uit twee leden. Eén van deze leden wordt benoemd door de bank en één door de vakbonden. De voorzitter en de leden hebben ieder één of meer plaatsvervangers. De plaatsvervangers worden op dezelfde manier benoemd.

39 Artikel 1.1 ABN AMRO Sociaal Plan 2020-2022. Het Sociaal Plan is van toepassing op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met ABN AMRO Bank N.V., ABN AMRO Asset Based Finance N.V. of ABN AMRO Arbo Services B.V. (Beter). Verder dienen werknemers hun vaste standplaats in Nederland te hebben en te zijn ingedeeld in Salarisschaal 1 tot en met 15.

40 Artikel 3.4 ABN AMRO Sociaal Plan 2020-2022.

41 De commissie bestaat uit twee of meer leden benoemd door de werkgeversvereniging dan wel de werkgever die partij is bij de cao, twee of meer leden benoemd door de werknemersvereniging en twee of meer leden, die als voorzitter respectievelijk plaatsvervangend voorzitter(s) fungeren, benoemd door de cao-partijen gezamenlijk (Bijlage 3 Cao Gemeenten 2020-2021 en Cao SGO 2020-2021).

42 Artikel 9.15 lid 1 Cao Gemeenten 2020-2021 en Cao SGO 2020-2021.

43 Bijlage 3 Cao Gemeenten 2020-2021 en Cao SGO 2020-2021 jo. artikel 9.15 lid 1 en lid 3 Cao Gemeenten 2020-2021 en Cao SGO 2020-2021.

44 Hoofdstuk 1 Artikel 7 Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020. De SBR heeft een looptijd van 1 juli 2017 tot 1 juli 2020 en bepaalt dat de bepalingen na afloop van de looptijd van toepassing blijven als de SBR op dat moment nog niet is vervangen of gewijzigd, tot het moment dat een nieuwe of gewijzigde SBR van kracht is, of totdat na redelijk overleg één der partijen aan de andere partij schriftelijk heeft medegedeeld dat naar haar oordeel geen overeenstemming kan worden bereikt. In dat laatste geval loopt de SBR af per de datum van de schriftelijke mededeling zonder dat opzegging door één der partijen is vereist. Na die datum werkt de SBR niet meer na. De ontslagcommissie bestaat uit zes leden, met dien verstande dat een verzoek wordt behandeld door drie leden.

onvoldoende kwalificeren. Leidraad hierbij zijn: a. de geldende functieprofielen (geobjectiveerd) en b. de al dan niet volledige inzetbaarheid in de functie. Bij gelijke geschiktheid is artikel 11 (afspiegelingsbeginsel) van de Ontslagregeling van toepassing. Wij begrijpen de selectiecriteria in de SBR aldus dat Heineken afhankelijk van de achtergrond van het banenverlies kan kiezen voor selectie op basis van het functioneren van werknemers of voor selectie op basis van leeftijd en indiensttredingsdatum, zoals voorgeschreven in artikel 11 Ontslagregeling.

### 3.4 *ING Sociaal Plan 2018-2022*

In artikel 7.7 van het ING Sociaal Plan 2018-2022 is voorzien in de instelling van een ontslagcommissie, die bevoegd is te oordelen over ontslagen op grond van artikel 669 lid 3 sub a BW. In het Sociaal Plan is onder andere afgeweken van artikel 15 Ontslagregeling (opvolgend werkgeverschap bij berekening duur dienstverband) en van de wijze van toepassing van het afspiegelingsbeginsel (dat wordt toegepast op het reorganisatiegebied, zoals omschreven in de adviesaanvraag of per locatie).<sup>45</sup>

### 3.5 *Cao Kunsteducatie 2019-2021*

In de Cao Kunsteducatie 2019-2021 is in hoofdstuk 13B voorzien in de instelling van een ontslagcommissie (de Sectorcommissie Ontslagvolgorde Kunsteducatie) die uitsluitend ten aanzien van docenten bevoegd is in plaats van het UWV toestemming te geven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW.<sup>46</sup> In artikel 13B:2 en 13B:3 van de cao is voorzien in afwijkende selectiecriteria. Op twee manieren wordt afgeweken van de Ontslagregeling. Allereerst is afgeweken van het begrip 'bedrijfsvestiging' in de Ontslagregeling. De werkgever en ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) stellen elk jaar de verschillende compartimenten vast (een compartiment is een vak of vakgebied met min of meer uitwisselbare functies). Als daar in deze jaarlijkse 'compartimentering' aantoonbaar rekening mee is gehouden, dan kan in afwijking van de Ontslagregeling afspiegeling ook plaatsvinden per compartiment/locatie waar de arbeidsplaatsen vervallen. Het is aan de werkgever en ondernemingsraad om te bepalen wat zij onder 'locatie' verstaan. Zo kan een locatie bestaan uit verschillende bedrijfsvestigingen, bijvoorbeeld als een gemeente als locatie bestempeld wordt. Maar ook kan een bedrijfsvestiging worden verdeeld in verschillende locaties.<sup>47</sup> Ten tweede is bepaald dat het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing is als sprake is van een

'autonome daling'. Onder 'autonome daling' wordt verstaan: verminderde werkgelegenheid (leegstand) voor een docent als gevolg van minder belangstelling van cursisten voor een activiteit van de betreffende docent.<sup>48</sup> Bij autonome daling vindt het ontslag plaats bij de docent bij wie de autonome daling zich voordoet.<sup>49</sup>

### 3.6 *Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019*

In het Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019 ("Sociaal Plan RGN") was een ontslagcommissie ingesteld die gedurende de looptijd van het Sociaal Plan RGN bevoegd was in plaats van het UWV toestemming te geven om de arbeidsovereenkomst met een werknemer te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW.<sup>50</sup> Het Sociaal Plan RGN trad in werking op 1 mei 2017 en is op 31 december 2019 van rechtswege geëindigd.<sup>51</sup> Omdat de bepalingen die zien op de instelling van een ontslagcommissie geen nawerking hebben, staat voor een ontslag om bedrijfseconomische redenen na 31 december 2019 de weg naar deze ontslagcommissie niet meer open en zal een verzoek om toestemming bij het UWV moeten worden ingediend. In artikel 2.2 van het Sociaal Plan RGN was voorzien in een afwijking van de Ontslagregeling. In geval van verval van arbeidsplaatsen werden op basis van geschiktheid werknemers geselecteerd die niet voor ontslag in aanmerking kwamen ('best for the job'). Daarbij waren de volgende selectiecriteria van toepassing: de 'loyaliteitswaarde' van een kandidaat, die bepaald werd door de relevante opleiding, kennis, ervaring en daarnaast dienstjaren en leeftijd; de beoordelingen over de twee aan de selectie voorafgaande kalenderjaren; een persoonlijk selectiegesprek met iedere kandidaat; en bij nieuwe functies, indien nodig, een assessment. De hoogte van het arbeidsvoorwaardenpakket van de kandidaten werd niet meegewogen bij de selectie.<sup>52</sup> Aan de selectiecriteria werden wegingspercentages toegekend die steeds vooraf werden afgesproken met de ondernemingsraad en waarbij het criterium 'loyaliteitswaarde' altijd voor ten minste 25% van het totaal meewoog.<sup>53</sup>

### 3.7 *Tussenconclusie: sociale partners maken op uiteenlopende wijze gebruik van de mogelijkheid tot afwijking van de Ontslagregeling met eigen selectiecriteria*

In drie van de hiervoor door ons geanalyseerde ontslag-cao's spelen selectiecriteria gerelateerd aan het functioneren van

45 Hoofdstuk 2 ING Sociaal Plan 2018-2022.

46 De Cao Kunsteducatie 2019-2021 heeft een looptijd van 1 juli 2019 tot en met 30 juni 2021. De ontslagcommissie bestaat uit drie commissieleden en ten minste drie commissieleden die als plaatsvervanger kunnen optreden. De leden van de commissie worden als volgt benoemd: twee leden worden benoemd door de werkgeversvereniging die partij is bij de cao, twee leden worden benoemd door de werknemersverenigingen die partij zijn bij de cao en twee leden die als voorzitter en plaatsvervangend voorzitter fungeren, worden benoemd door het bestuur van OAK (Overleg Arbeidsvoorwaarden Kunsteducatie) op voordracht van de hiervoor genoemde commissieleden. Het bestuur OAK heeft het veto om de voorgedragen voorzitter te kunnen weigeren. Zie Bijlage 5 Cao Kunsteducatie 2019-2021.

47 Artikel 13-B:2 lid 1 t/m 3 Cao Kunsteducatie 2019-2021.

48 Artikel 13-B:3 lid 1 Cao Kunsteducatie 2019-2021.

49 Artikel 13-B:3 lid 2 Cao Kunsteducatie 2019-2021. Zie voor de gedachte achter deze afwijking I.M. Berends, *De cao-ontslagcommissie. De betekenis van de cao-ontslagcommissie in de praktijk*, Weert: Celsius juridische uitgeverij 2019, p. 57-61.

50 De commissie bestond uit vijf leden benoemd voor de duur van de looptijd van het Sociaal Plan. Twee of meer leden werden benoemd door RGN, twee of meer leden werden benoemd door de werknemersorganisaties en één lid, die als voorzitter fungeerde, werd benoemd door de cao-partijen gezamenlijk. Tevens droegen de cao-partijen er zorg voor dat zij commissieleden ter achtervang benoemden. Zie artikel 3.1 en 3.2 Bijlage 2 Reglement Ontslagcommissie RGN bij Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.

51 Artikel 1.4 sub a Sociaal Plan Randstad groep Nederland.

52 Artikel 2.2 onder a Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.

53 Artikel 2.2 onder b Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.

werknemers een rol bij het bepalen van de ontslagvolgorde ingeval van bedrijfseconomisch ontslag.<sup>54</sup> De afwijkende selectieregels zijn een combinatie van kwalitatieve selectie (functioneren werknemer) en kwantitatieve selectie (leeftijd en dienstjaren)<sup>55</sup> of maken voor de werkgever een keuze mogelijk om in plaats van met afspiegeling op basis van leeftijd en indiensttredingsdatum op basis van het functioneren van de werknemer te selecteren.<sup>56</sup> Een ander onderdeel in de Ontslagregeling waarvan in bijna alle ontslag-cao's is afgeweken houdt verband met de bij selectie in aanmerking te nemen uitwisselbare functies (artikel 14 Ontslagregeling). Bepaald is dan dat uitsluitend uitwisselbare functies binnen bepaalde clusters, afdelingen of bedrijfsonderdelen in aanmerking worden genomen.<sup>57</sup> In één ontslag-cao is bij dat laatste afgesproken dat de werkgever en de ondernemingsraad jaarlijks vaststellen wat hieronder wordt verstaan.<sup>58</sup>

#### 4. Een (nieuwe) toekomst voor de cao-ontslagcommissie?

De cao-ontslagcommissie voorziet in een meer laagdrempelige en op de bedrijfstak of onderneming van de werkgever toegesneden voorziening voor bedrijfseconomische ontslagen. Bovendien kunnen dan eigen selectiecriteria worden afgesproken waarbij rekening wordt gehouden met het functioneren van de werknemer en/of een beperkter aantal uitwisselbare functies in aanmerking wordt genomen bij het afspiegelen. Toch wordt maar weinig gebruikgemaakt van de mogelijkheid tot het instellen van een ontslagcommissie. Daarvoor kunnen verschillende redenen worden gegeven. De belangrijkste belemmering voor werkgevers zal zijn dat de ontslagcommissie moet zijn ingesteld in een met een (degelijke) vakbond gesloten cao. De werkgever of werkgeversorganisatie moet dus met één of meer vakbonden onderhandelen over de samenstelling en procedure van de ontslagcommissie en over de door de ontslagcommissie te hanteren selectiecriteria. Een andere reden is dat de behoefte aan een ontslagcommissie vooral zal bestaan in grote ondernemingen of in een bedrijfstak van organisaties/ondernemingen met een vergelijkbare organisatiestructuur waarbinnen met enige regelmaat sprake is van bedrijfseconomische ontslagen. Een derde reden vormt het feit dat de werkgever de kosten zal moeten dragen van het instellen en in stand houden van de ontslagcommissie.<sup>59</sup>

Toch is niet ondenkbaar dat de ontslagcommissie in de toekomst een meer prominente rol zou kunnen gaan spelen. In het door haar op 23 januari 2020 gepresenteerde rapport 'In wat voor land willen wij werken?' adviseert de Commissie Borstlap de werkgever de mogelijkheid te geven binnen het vaste arbeidscontract onder andere de arbeidsurenomvang van de werknemer eenzijdig aan te kunnen passen indien bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven.<sup>60</sup> Dit advies houdt verband met het advies van de Commissie Borstlap de thans door werkgevers – bij gebrek aan flexibiliteit in het vaste contract – gebruikte flexibele schil van uitzendkrachten, werknemers met min-max- of nulurencontracten, zzp'ers en andere makkelijk opzegbare arbeidsrelaties te beperken.<sup>61</sup> Om werkelijk sprake te laten zijn van een alternatief voor de huidige flexibele schil die werkgevers de ruimte geeft hun organisatie aan te passen wanneer bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven, adviseert de Commissie Borstlap te komen tot heldere en toegankelijke wettelijke criteria voor het gebruik kunnen maken van deze 'interne flexibiliteit' binnen de vaste arbeidsovereenkomst. Daarbij moet de werkgever de werknemer – onder voorwaarden en tot een zekere grens<sup>62</sup> – een aanbod tot wijziging van de arbeidsurenomvang kunnen doen, moet de werknemer dit aanbod accepteren tenzij sprake is van zwaarwegende belangen aan zijn kant en moet de werkgever de werknemer tijdelijk een financiële compensatie voor de verloren arbeidsuren bieden. De Commissie Borstlap 'geeft in overweging dat bij de uitwerking van deze eenzijdige wijzigingsmogelijkheid een rol wordt toebedacht aan cao-partijen en/of de medezeggenschap.' Nu hier in feite sprake is van deeltijdontslag zou hier naar onze mening een rol kunnen zijn weggelegd voor de ontslagcommissie. Bijvoorbeeld bij de beoordeling van de vraag in welke situaties (bedrijfseconomische omstandigheden) van welke werknemers tot welk percentage de arbeidsurenomvang kan worden verminderd (selectiecriteria). Daarbij hoeft niet te worden gewacht tot het moment waarop dit advies van de Commissie Borstlap is uitgewerkt in wetgeving. De door de Commissie Borstlap geadviseerde andere manier van omgaan met flex en vast wordt immers, zoals zij zelf ook stelt, niet alleen bewerkstelligd met wetswijzigingen, maar vereist ook een cultuuromslag bij zowel werkgevers als werknemers. De huidige uitdagende

54 Zie Cao ABN AMRO 2020-2022, Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020 en Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.

55 Cao ABN AMRO 2020-2022 en Sociaal Plan Randstad groep Nederland 2017-2019.

56 Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020.

57 Zie Cao Gemeenten 2020-2021 en de Cao SGO 2020-2021, Sociale Begeleidingsregeling Heineken 2017-2020, ING Sociaal Plan 2018-2022 en Cao Kunsteducatie 2019-2021.

58 Zie Cao Kunsteducatie 2019-2021.

59 Tijdens de parlementaire behandeling deelde de regering al mee te verwachten dat weinig gebruik zou worden gemaakt van de ontslagcommissie 'gelet op de eisen die aan de commissie worden gesteld en de kosten die het in stand houden van een dergelijke commissie met zich meebrengen'. Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 51.

60 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk 23 januari 2020, p. 65. Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29544, 970.

61 Zoals door de Commissie Borstlap wordt toegelicht in haar rapport, vormt de door haar geadviseerde wendbaarheid binnen de arbeidsovereenkomst niet uitsluitend een uitruil tegenover haar advies het door werkgevers gebruik kunnen maken van een flexibele schil te beperken. Zij wijst erop dat de Wet flexibel werken de werknemer al het recht geeft zijn arbeidsurenomvang te verminderen en te vermeerderen en werknemers met de door haar bepleite wendbaardere arbeidsovereenkomst worden gestimuleerd meer eigen regie, autonomie en in zekere zin ondernemerschap op te eisen. De Commissie Borstlap adviseert in dat verband ook maatregelen op het gebied van scholing en de beperking van de mogelijkheid tot het aangaan van concurrentiebedingen met werknemers. Zie hierover nader: 'De drie rijbanen van de Commissie Borstlap', J.P.H. Zwemmer, *TAC 2020/1*.

62 De Commissie Borstlap dacht hierbij aan een percentage tot 20%. Zie 'Advies arbeidsmarkt: deeltijdontslag betekent zo'n 20% minder uren', *www.nu.nl*, 30 januari 2020.



economische tijden als gevolg van de COVID-19-pandemie vormen naar onze mening een extra aanleiding hier nu al mee aan de slag te gaan.<sup>63</sup> Wanneer werkgevers en werknemers(verenigingen) hier met behulp van de mogelijkheden die het huidige recht biedt het voortouw nemen, kan dit bijdragen aan de door de Commissie Borstlap geadviseerde balans tussen wendbaarheid, duidelijkheid, weerbaarheid en wederkerigheid bij het verrichten van arbeid. Binnen grote ondernemingen en bedrijfstakken met organisaties/ondernemingen met een vergelijkbare organisatiestructuur kunnen werkgevers(organisaties) en vakbonden nu al<sup>64</sup> afspraken maken over de door de Commissie Borstlap geadviseerde interne flexibiliteit en de toetsing van het gebruik daarvan dan neerleggen bij een ontslagcommissie.<sup>65</sup> De ontslagcommissie kan hier een waarborgende rol spelen gelet op haar onafhankelijkheid en kennis van het bedrijf of de bedrijfstak. Voor werkgevers en werknemers wordt duidelijk wat interne flexibiliteit is, wanneer deze aan de orde is en welke voorwaarden daarbij gelden als de ontslagcommissie haar adviezen ook publiceert.<sup>66</sup> Op deze manier zouden werkgevers en werknemers alvast voorzichtig kunnen wennen aan en leren werken met het gegeven dat een (klein) percentage van de arbeidsurenomvang van alle binnen de onderneming of bedrijfstak werkzame werknemers flexibel is. Omdat deze interne flexibiliteit een alternatief vormt voor de huidige hiervoor beschreven flexibele schil, zou daartegenover dan de afspraak moeten staan dat de werkgever daarvan alleen nog maar gebruikmaakt als het gaat om tijdelijk, niet of moeilijk voorzienbaar werk.

63 Zie o.a. 'Coronacrisis als lakmoesproef voor de flexibele arbeidsmarkt', Het Financieele Dagblad 15 april 2020 en 'De prijs voor te veel flexibiliteit op de arbeidsmarkt: Dit is niet zoals het hoort', Trouw 20 april 2020.

64 Zie ook de recente beschikking van de Hoge Raad van 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (Victoria).

65 De verplichting voor sociale partners tot het maken van afspraken over interne flexibiliteit zou ook een oplossing kunnen zijn in de discussie over de vraag of bedrijfseconomische ontslagen mogelijk moeten zijn voor werkgevers die vanaf juni 2020 gebruik willen of moeten blijven maken van de NOW of een andere loonkostensubsidieregeling (zie 'Het kabinet moedigt omscholing en reorganisaties aan met tweede steunpakket', Trouw 10 mei 2020).

66 Ook Sprengers noemt dit onder de noemer 'Leren van geschillen' als een van de redenen waarom de ontslagcommissie een belangrijke rol kan vervullen in de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Zie L.C.J. Sprengers, 'Cao-geschillencommissies: doekje voor het bloeden of volwaardige rechtsbescherming?', *TAP* 2019/61, p. 17.