

— Juist en rechtvaardig

De door het Hof 's-Hertogenbosch uitgezette lijn dat een curator in beginsel geen beroep toekomt op een concurrentiebeding, is naar onze mening juist en rechtvaardig. Indien een curator toch een beroep op een concurrentiebeding wenst te doen, zal hij dat bij de opzegging moeten laten weten en daartoe zwaarwegende belangen aanvoeren, die hij ook (later) kan aantonen.

Selectie op competenties en andere wetenswaardigheden: wijzigingen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels

E.A. Roest en B.A. Spliet¹

42 In 2006 en in de loop van 2007 is opnieuw een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels van de CWI. In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij de gevolgen die deze wijzigingen hebben voor de arbeidsrechtpraktijk. Vervolgens zal dieper worden ingegaan op de wijziging in de Beleidsregels van de uitleg van het begrip 'uitwisselbare functie', waarbij 'competenties' een rol gaan spelen en op de vraag of werkgevers werknemers daardoor nu ook op kwaliteit kunnen selecteren.

— Wijzigingen in het Ontslagbesluit

Inleiding

Indien een werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomst met een werknemer te beëindigen door middel van opzegging, heeft hij daartoe in beginsel op grond van art. 6 lid 1 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhouding 1945 (BBA) voorafgaande toestemming nodig van de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI). Bij ministeriële regeling zijn in het Ontslagbesluit van 7 december 1998² ter uitvoering van art. 6 lid 3 en 4 BBA regels opgesteld. Bij de beoordeling of toestemming zal worden gegeven, toetst de CWI of de regels van het Ontslagbesluit zijn nageleefd. Een opzegging zonder toestemming van de CWI is vernietigbaar op grond van art. 9 lid 1 BBA. Het Ontslagbesluit neemt nog steeds een belangrijke

1. Mevr. mr. E.A. Roest en mevr. mr. B.A. Spliet zijn advocaat bij DLA Piper Nederland te Amsterdam.
2. *Stcr.* 1998, 238, p. 12-15.

plek in in het ontslagrecht.³ Het Ontslagbesluit en de daarbij behorende Beleidsregels spelen niet alleen een rol bij de CWI-procedure. Hoewel de rechter niet strikt gebonden is aan het Ontslagbesluit, heeft het ook vaak invloed op andere ontslagprocedures, zoals de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW en de kennelijk onredelijke ontslagprocedure ex art. 7:681 BW. Het Ontslagbesluit is de afgelopen jaren regelmatig aan wijzigingen onderhevig geweest. Denk hierbij aan de wijziging van Bijlage B, de invoering van de hardheidsclausule en meer recent aan de afschaffing van het anciënniteitsbeginsel als hoofdcriterium voor de ontslagvolgorde. Het Ontslagbesluit is recentelijk opnieuw een aantal keer gewijzigd. In deze bijdrage behandelen wij twee belangrijke wijzigingen. Daarbij wordt de hiervoor genoemde wijziging van de ontslagvolgorde volledig buiten beschouwing gelaten. Deze wijziging is immers ruimschoots in de literatuur behandeld.⁴

Afschaffing verkorte procedure

Sinds 1 januari 1999 bestond de mogelijkheid om bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen een zogenoemde 'verkorte procedure' te voeren. Bij de ontslagaanvraag moest dan een door beide partijen ondertekende verklaring van geen bezwaar van de werknemer worden gevoegd. De werknemer werd in dat geval niet meer door de CWI in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren. De toetsing van de CWI richtte zich alleen op de beoordeling van de ontslaggrond en de naleving van de ontslagregels. Met ingang van 1 januari 2007 is de verkorte procedure, neergelegd in art. 2:6 Ontslagbesluit, komen te vervallen.⁵ Het laten vervallen van deze procedure houdt verband met de beperking van de verwijtbaarheids-toets ex art. 24 WW, zoals met ingang van 1 oktober 2006 gewijzigd bij de Wet Wijziging WW-stelsel. Door de veranderde verwijtbaarheidstoets is het voor werknemers immers niet langer nodig om het puur met het oog op een WW-uitkering te laten komen tot een procedure. Als een werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer wegens bedrijfseconomische redenen via de CWI-procedure wil beëindigen

en de werknemer hiertegen geen bezwaar heeft, is het voldoende met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Wij raden aan dit te doen door middel van een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst.

Verklaring vakbonden bij collectief ontslag

Het grootste deel van de ontslagaanvragen bij de CWI is gebaseerd op bedrijfseconomische redenen.⁶ De regels omtrent het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen zijn in art. 4:1 tot en met 4:2 van het Ontslagbesluit vermeld. Hoofdreel is dat bij bedrijfseconomisch ontslag de werkgever aannemelijk moet maken dat op grond hiervan een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen (art. 4:1 lid 1). Om de werkgevers hierin tegemoet te komen, is vanaf 1 maart 2006 aan art. 4:1 lid 1 van het Ontslagbesluit de bepaling toegevoegd dat indien bij een collectieve ontslagaanvraag (ten minste 20 werknemers werkzaam in een werkgebied) een verklaring van de vakbonden als bedoeld in art. 3 lid 4 Wet melding collectief ontslag⁷ is gevoegd, ervan wordt uitgegaan dat de door de werkgever aangevoerde redenen voor ontslag inderdaad leiden tot het structureel vervallen van het voorgestelde aantal arbeidsplaatsen. In dat geval toetst de CWI de bedrijfseconomische redenen niet meer.⁸ De toets door de CWI beperkt zich dan tot de ontslagvolgorde (is het afspiegelingsbeginsel juist toegepast) en de beoordeling van de herplaatsingsinspanningen van de werkgever. Naar onze mening lijkt deze wijziging mooier dan zij is. Wij plaatsen hierbij dan ook vijf kanttekeningen. Allereerst blijkt uit de toelichting op deze wijziging van het Ontslagbesluit⁹ dat de CWI onder omstandigheden toch gehouden kan zijn zich uit te spreken over de bedrijfseconomische redenen. Het voorbeeld wordt genoemd dat een werknemer inhoudelijk verweer voert met betrekking tot de bedrijfseconomische redenen en zich daarbij beroept op nieuwe feiten en omstandigheden die zich na indiening van de ontslagaanvraag hebben voorgedaan, en die mogelijk anderszins een ander licht werpen op de door de werkgever aangevoerde bedrijfseconomische redenen. Dat verweer kan dan tot gevolg hebben dat de CWI de bedrijfseconomische redenen alsnog moet toetsen. Ten tweede menen wij dat er geen zekerheid is dat de verklaring van de belanghebbende vakbonden in een

3. Uit de Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2005 (*Stcr.* 2006, 90) blijkt dat werkgevers in 2005 voor bijna 75 000 werknemers een ontslagaanvraag indienden. Via de kantonrechter bedroeg het aantal ontbindingsverzoekschriften bijna 68 000. Handhaving van het preventieve ontslagstelsel staat overigens al jarenlang ter discussie.

4. Zie onder meer A.A.J. Kouwenhoven, 'Afspiegeling: vernieuwd en verplicht', *ArbeidsRecht* 2006, 2 en M. Margadant, 'Spiegelgeltje, spiegelgeltje in de praktijk; een analyse van het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *ArbeidsRecht* 2006, 11.

5. *Stcr.* 2006, 243, p. 11.

6. A.A.J. Kouwenhoven en J. Meijer, 'BBA-procedure', *Sdu-Commentaar Arbeidsrecht I* 2007, p. 936.

7. Dit is een andere verklaring dan bedoeld in art. 6a WMCO, die ziet op het onmiddellijk in behandeling kunnen nemen van de ontslagaanvragen door de CWI.

8. *Stcr.* 2005, 242, p. 24.

9. *Stcr.* 2005, 242, p. 24.

ontbindingsprocedure of kennelijk onredelijke ontslagprocedure zal meewegen. Volgens vaste jurisprudentie is de kantonrechter niet gebonden aan het oordeel van de CWI over de (on)redelijkheid van de voorgenomen opzegging¹⁰ en dus ook niet aan een verklaring van de vakbonden. De kantonrechter vormt in de regel, alle omstandigheden in aanmerking genomen, wel een oordeel over de vraag of de werkgever op zorgvuldige gronden heeft besloten de werknemer voor ontslag voor te dragen. Daarbij heeft de kantonrechter zelfs de mogelijkheid om onregelmatigheden in de CWI-procedure te 'repareren'. De kantonrechter zou de verklaring van de belanghebbende vakbonden naast zich neer kunnen leggen. De eerlijkheid gebiedt wel te zeggen dat van het Ontslagbesluit een zekere reflexwerking uitgaat en dat veel kantonrechters zich niet toegerust achten om de bedrijfseconomische omstandigheden inhoudelijk te toetsen.

Een derde kanttekening is dat de verklaring niet heel veel lijkt toe te voegen, omdat de toetsing door de CWI van de bedrijfseconomische noodzaak toch al behoorlijk terughoudend is.¹¹ De werkgever moet slechts 'aannemelijk maken'. Dat is iets anders dan bewijzen. Onze ervaring is dat de CWI niet snel een door een werkgever aangevoerde bedrijfseconomische noodzaak voor reorganisatie afwijst. Het is niet de bedoeling dat de CWI op de stoel van de ondernemer gaat zitten om vanaf die plek te beoordelen op welke wijze de onderneming gedreven dient te worden. De CWI hanteert dan ook de ondernemersvrijheid, de vrijheid van de werkgever om haar organisatie in te richten naar haar eigen goeddunken en daarvoor beslissingen te nemen die nodig zijn voor een doelmatige en gezonde bedrijfsvoering, als uitgangspunt. Deze ondernemersvrijheid wordt alleen begrensd door de ontslagrechtelijke beschermingsregels en de CWI toetst die marginaal. De invloed van de verwezen van de werknemers op dit punt blijkt in de praktijk vaak nihil te zijn.

Een vierde, door Duk¹² geplaatste, kanttekening is dat de merkwaardige situatie zou kunnen ontstaan dat een ondernemingsraad, die in het kader van de reorganisatie adviesrecht heeft, zich tegen een besluit verzet, terwijl met de vakbonden een akkoord over de bedrijfseconomische redenen is bereikt.

Tot slot denken wij dat de vakbonden ten aanzien van het afgeven van deze verklaring terughoudend zullen

zijn. Zo zullen zij de situatie willen voorkomen dat zij een dergelijke verklaring hebben afgegeven, terwijl (een deel van) hun achterban zich daarmee niet kan verenigen. Uit recent onderzoek van de CWI blijkt niet voor niets dat het afgelopen jaar in slechts 7,5% van de gevallen een dergelijke verklaring is gegeven.¹³ Waarschijnlijk zullen dit situaties zijn geweest waar de verklaring is gegeven in ruil voor een goed sociaal plan. Daar komt nog eens bij dat in die gevallen bijna alle werknemers geen verweer hadden gevoerd. Dat zegt naar ons idee genoeg. Al met al verwachten wij dat deze wijziging in het Ontslagbesluit weinig gevolgen zal hebben voor de arbeidsrechtpraktijk.

— Wijzigingen in de Beleidsregels

Inleiding

Vanaf 1 maart 2006 hebben zich niet alleen in het Ontslagbesluit maar tevens in de Beleidsregels wijzigingen voorgedaan. De Beleidsregels komen voort uit het Besluit Beleidsregels Ontslagtaak CWI 2005 van 6 september 2005,¹⁴ waarbij de CWI het beleid dat zij hanteert bij de uitvoering van de wettelijke ontslagtaak, met ingang van 1 oktober 2005 heeft geformaliseerd en neergelegd in de bij dit besluit behorende bijlage 'Beleidsregels Ontslagtaak CWI'. Deze Beleidsregels, met daarbij de handleidingen, zijn te raadplegen op de website van de CWI (www.werk.nl) en liggen voor een ieder ter inzage bij de vestigingen van de afdeling Juridische Zaken van de CWI. De wijzigingen in de Beleidsregels worden net zoals de wijzigingen in het Ontslagbesluit gepubliceerd in de Staatscourant. Vanaf 1 maart 2006 is in de Beleidsregels een aantal wijzigingen doorgevoerd waarvan de meeste van technische en/of tekstuele aard zijn. Hieronder volgt een toelichting op vier belangrijke wijzigingen.

Geen deeltijdontslag na twee jaar ziekte

Bij langdurige arbeidsongeschiktheid doet zich regelmatig de situatie voor dat een werknemer zijn eigen werk of ander passend werk verricht of kan verrichten, maar voor minder uren dan het overeengekomen aantal uren. Doorgaans zal de werkgever op enig moment (veelal na twee jaar ziekte) de arbeidsovereenkomst willen aanpassen aan het feitelijke aantal gewerkte uren. Tot 1 oktober 2006 kon de werkgever dit voor elkaar krijgen door middel van een ontslagprocedure bij de CWI. De werkgever was dan wel vanwege de ondeelbaarheid van de arbeidsverhouding

10. HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 783; HR 5 april 1991, *NJ* 1991, 422; HR 11 maart 1997, *JAR* 1997, 90.

11. A.A.J. Kouwenhoven en J. Meijer, 'BBA-procedure', *Sdu Commentaar Arbeidsrecht I* 2007, p. 938-939.

12. R.A.A. Duk, 'Wijzigingen in het ontslagrecht: van bergen en muizen', *SMA* 2006, nr. 1, p.16-20.

13. CWI-congres 17 november 2006: 'Ontslagrecht bespiegeld: reflecties over werk en inkomen' te Nijkerk.

14. *Stcr.* 2005, 195, p. 11.

verplicht toestemming te vragen voor het opzeggen van het volledige dienstverband. De gevraagde toestemming werd vervolgens verleend onder de voorwaarde dat de werknemer aansluitend op de beëindigde arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst voor minder uren (te weten het feitelijke aantal te werken uren) werd aangeboden. Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bepaald dat dit 'deeltijdontslag' niet langer mag omdat deze ontslagpraktijk niet in overeenstemming is met art. 5:2 lid 1 onder *b* Ontslagbesluit.¹⁵ De werkgever kan in dat geval namelijk niet langer aannemelijk maken dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming welke voor die werknemer als passend kan worden beschouwd. Voortaan dienen de werkgevers en de werknemers de arbeidsverhouding in onderling overleg, zonder dat daarvoor een ontslagprocedure nodig is, aan te passen aan de nieuwe situatie. Voor de CWI was dit standpunt aanleiding om met ingang van 1 oktober 2006 haar uitvoeringsbeleid te herzien.¹⁶ Een aanvraag voor deeltijdontslag bij langdurige arbeidsongeschiktheid wordt sindsdien geweigerd met de motivering dat de werkgever kennelijk mogelijkheden heeft voor werk en derhalve niet heeft voldaan aan art. 5:2 lid 1 onder *b* Ontslagbesluit. Hoofdstuk 34 'Langdurige arbeidsongeschiktheid' van de Beleidsregels is hierop aangepast.

De verwachting is dat deze wijziging gevolgen voor de arbeidsrechtpraktijk zal hebben. Zo zal een werknemer niet snel met een aanpassing van de arbeidsovereenkomst (voor het geringere aantal uren) instemmen. Indien de werkgever in dat geval toch eenzijdig een aanpassing van de arbeidsovereenkomst wenst door te voeren, zou deze zich kunnen wenden tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst.¹⁷ De kantonrechter zal in dat geval antwoord moeten geven op de vraag of er sprake is van een wijziging van omstandigheden. Het risico is dat de kantonrechter het verzoek niet honoreert of de arbeidsovereenkomst weliswaar ontbindt onder toekenning van een (hoge) ontbindingsvergoeding. Mogelijk zouden andere middelen die de werkgever ter beschikking staan om de arbeidsovereenkomst (in dit geval arbeidsduur) eenzijdig te wij-

zigen, uitkomst kunnen bieden.¹⁸ Of dat een kans van slagen heeft, is maar zeer de vraag. Al met al een onzekere en lastige situatie, niet alleen voor werkgevers, maar ook voor werknemers.

Niet altijd toestemming CWI nodig na twee jaar ziekte

Vanaf 1 maart 2006 geldt dat bij opzegging na twee jaar ziekte niet altijd meer toestemming van de CWI nodig is.¹⁹ De voorwaarden hiervoor zijn dat

- i) de werknemer volledig arbeidsongeschikt is voor de overeengekomen werkzaamheden;
- ii) de werkgever en werknemer voldoende re-integratie-inspanningen hebben verricht, maar zonder resultaat; en
- iii) re-integratie van de werknemer in aangepaste of passende arbeid in het bedrijf binnen afzienbare tijd niet mogelijk is (ook niet via scholing).

De arbeidsovereenkomst kan dan met wederzijds goedvinden, en dus zonder toestemming van de CWI, beëindigd worden. Het UWV toetst of aan de bovenstaande drie voorwaarden is voldaan. In dat geval zal er geen sprake zijn van verwijtbare werkloosheid. Deze wijziging zal naar verwachting weinig verandering teweegbrengen in de huidige arbeidsrechtpraktijk. De auteurs denken dat een werknemer niet snel zal instemmen met ontslag. Als uit de poortwachertoets blijkt dat de werknemer toch nog onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, dan zal er namelijk toch nog sprake kunnen zijn van verwijtbare werkloosheid. In dat geval zal een sanctie op de WW-uitkering worden toegepast.²⁰ Daar komt nog eens bij dat een werknemer, ondanks het feit dat hij reeds twee jaar ziek is, niet altijd de voordelen van een einde van het dienstverband zal zien. Het salaris van deze werknemer zal weliswaar na die twee jaar niet langer door de werkgever hoeven te worden doorbetaald, maar een werknemer kan mogelijk nog wel andere arbeidsvoorwaarden hebben die voor hem van belang kunnen zijn.²¹ Daarnaast zullen aan de werknemer in geval van herstel weer werkzaamheden moeten worden aangeboden. Indien de zieke werknemer – desondanks – bereid is om met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan, dan is dit wel een prima oplossing om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zo voorkomt dit een onnodige en vaak – mede doordat de CWI bijna altijd bij het UWV advies

18. Zie art. 7:613 BW, art. 7:611 BW, art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW.

19. www.werk.nl

20. A.A.J. Kouwenhoven en J. Meijer, 'BBA-procedure', *Sdu Commentaar Arbeidsrecht I 2007*, p. 979.

21. Een en ander hangt vanzelfsprekend af van hetgeen partijen in de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen.

15. *Stcr.* 2006, 169, p. 31.

16. *Stcr.* 2006, 169, p. 31.

17. S.F.H. Jellinghaus en W.A. Zondag, 'Wijziging van de arbeidsovereenkomst', *Sdu Commentaar Arbeidsrecht I 2007*, p. 202-203.

inwint – lange ontslagprocedure bij de CWI. Het is raadzaam deze beëindiging met wederzijds goedvinden vast te leggen in een door beide partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst.

De 26-wekenvoorwaarde

In art. 4:5 Ontslagbesluit staat vermeld dat indien de CWI toestemming verleent voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen, zij aan haar toestemming de voorwaarde kan verbinden dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij de ontslagen werknemer in de gelegenheid heeft gesteld de vroegere werkzaamheden te hervatten. Met deze voorwaarde wordt voorkomen dat bij een verval van arbeidsplaatsen dat tijdelijk blijkt te zijn, kort na het verlenen van de toestemming een andere werknemer (een vervanger dus) in dienst wordt genomen. Als een werkgever de gestelde voorwaarde overtreedt, wordt de opzegging geacht te zijn geschied zonder toestemming van de CWI. De opzegging is dan vernietigbaar door het alsnog ontbreken van de vereiste toestemming. De zesmaandentermijn van art. 4:5 Ontslagbesluit gaat lopen vanaf het moment dat is kennisgenomen of had kunnen worden genomen van het schenden van de voorwaarde door de werkgever.²² Tot 1 maart 2007 had de CWI de discretionaire bevoegdheid om de voorwaarde al dan niet op te leggen. Met ingang van 1 maart 2007 heeft de CWI ervoor gekozen om voortaan bij een ontslaaanvraag om bedrijfseconomische redenen altijd de wederindiensttredingsvoorwaarde aan de toestemming te verbinden.²³ Uit de toelichting op dit besluit blijkt dat met deze wijziging is ingespeeld op ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. De toenemende instroom van migranten uit de Midden- en Oost-Europese landen kan leiden tot verdringing van werknemers. Een uitzondering op deze nieuwe regel betreft de ontslaaanvraag voor een werknemer die werkzaam is onder toezicht en leiding van een derde. In dat geval zal in plaats van de wederindiensttredingsvoorwaarde een

zogenoemde premisse worden opgenomen,²⁴ omdat de wederindiensttredingsvoorwaarde niet aansluit bij het wezen van de driehoeksrelatie.

Deze wijziging zal naar onze mening weinig gevolgen hebben voor de arbeidsrechtpraktijk. Naar onze ervaring werd de wederindiensttredingsvoorwaarde immers vrijwel altijd aan de toestemming van de CWI voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verbonden. In de praktijk blijft het overigens voor de werknemer moeilijk na te gaan of de werkgever de wederindiensttredingsvoorwaarde heeft geschonden.

Wijziging Beleidsregels met betrekking tot het begrip 'uitwisselbare functie'

Begrip 'uitwisselbare functie'

De naar onze mening belangrijkste wijziging in de Beleidsregels, te weten een wijziging met betrekking tot de definitie 'uitwisselbare functie', vergt een uitgebreidere behandeling. Het begrip 'uitwisselbare functie' is opgenomen in art. 4:2 lid 1 Ontslagbesluit. Uit dit artikel blijkt dat bij de te vervallen arbeidsplaatsen in het kader van bedrijfseconomisch en/of organisatorisch ontslag, binnen de bedrijfsvestiging, het afspiegelingsbeginsel dient te worden toegepast per categorie uitwisselbare functies. In hoofdstuk 13 van de Beleidsregels van de CWI is het begrip 'uitwisselbare functie' nader toegelicht. Er is sprake van uitwisselbare functies als de functies naar functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, niveau en beloning²⁵ gelijkwaardig zijn. Het gaat om uitwisselbaarheid over en weer, dat wil zeggen dat de werknemer in de ene functie min of meer 'onmiddellijk' de andere functie kan vervullen, en omgekeerd. Het gaat overigens niet om uitwisselbaarheid van personen, maar om uitwisselbaarheid van functies. Met andere woorden: dat een werknemer, op grond van een eerdere functie in zijn loopbaan, die functie vrijwel meteen zou kunnen vervullen, maakt die functie nog

24. De tekst van deze premisse is opgenomen in de Beleidsregels van de CWI, Hoofdstuk 23 'Wederindiensttredingsvoorwaarde'. De tekst van deze premisse luidt:

'Ik heb daarbij overwogen dat werkgever heeft toegezegd dat, indien er binnen 26 weken na bekendmaking van deze toestemming een passende vacature voor werkzaamheden van dezelfde aard voor betrokken werknemer ontstaat, deze werknemer door werkgever zal worden benaderd en als kandidaat voor de terbeschikkingstelling bij die opdrachtgever/inlener zal worden voorgedragen'.

25. Indien het verschil in beloning alleen wordt veroorzaakt omdat een collega veel jonger is en de beloning dus in zoverre niet van het niveau afhankelijk is, zal dit minder een rol spelen; zie in dat kader bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 6 januari 1994, *JAR* 1994/53.

22. HR 10 augustus 1990, *NJ* 1991, 229; HR 12 april 1991, *NJ* 1991, 449 en HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 705.

23. *Stcr.* 2007, 41, p. 32.

niet uitwisselbaar met zijn huidige functie (in deze situatie is feitelijk sprake van herplaatsbaarheid van een werknemer in een andere functie). Uitgangspunt is dat de werknemer zonder problemen het werk van de ander kan overnemen, en vice versa. Wat de functiebenaming is, is in principe niet relevant voor het vaststellen van al dan niet uitwisselbaarheid; de functie-inhoud is leidend. Een functiebeschrijving kan van pas komen bij het bepalen van een categorie uitwisselbare functies, maar het moet dan wel om een specifieke functiebeschrijving gaan en niet slechts om een niveautypering. Daarnaast kan de inhoud van de arbeidsovereenkomst mogelijk aanknopingspunten bieden. Er dient gekeken te worden naar de feitelijke en actuele kennis (en ervaring). Een andere werknemer mag niet een te lange periode nodig hebben om die feitelijke en actuele kennis en ervaring te verwerven.²⁶ Indien deze periode te lang is, kan niet meer worden gesproken van uitwisselbare functies. De hiervoor genoemde criteria zijn slechts enkele handvatten. Van geval tot geval zal – mede aan de hand van documentatie (bijvoorbeeld functieomschrijvingen) – beoordeeld moeten worden of er sprake is van uitwisselbare functies.²⁷

Competenties

Per 1 maart 2007 zijn de door de CWI opgestelde Beleidsregels met betrekking tot het begrip 'uitwisselbare functie' aangepast.²⁸ Bij de beantwoording van de vraag wat als uitwisselbare functie moet worden beschouwd, mag per 1 maart 2007 ook gekeken worden naar competenties. Dit houdt in dat bij de omschrijving van uitwisselbare functie ook competenties een plaats hebben gekregen, naast de hiervoor genoemde functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, niveau en beloning. De CWI verstaat onder competenties 'waarneembaar effectief gedrag'. Met andere woorden, gedrag dat benodigd is om het doel van de functie te realiseren. Dit is volgens de CWI dat gedrag dat onmisbaar is om te functioneren. De CWI noemt als voorbeelden van competenties: communiceren, klantgerichtheid, aanpassingsvermogen, initiatief nemen, gevoel voor details, verantwoordelijkheid dragen, netwerken, samenwerken, stresstolerantie, creativiteit, analytisch vermogen, conceptueel denken en leiderschap. De aanleiding voor deze aanpassing van de Beleidsregels is dat werkgevers in hun personeelsbeleid steeds vaker rekening houden met com-

petenties. Naast functie-inhoud en vereiste kennis en vaardigheden zijn gedragskenmerken (competenties) als vereisten voor het uitoefenen van de functie belangrijker geworden. Het verschil tussen 'vaardigheden' en 'competenties' is volgens de CWI dat vaardigheden worden verkregen door systematisch te oefenen en competenties kunnen worden verkregen of verbeterd door intensieve coaching op het gedrag, al dan niet in de praktijksituatie.

— Selectie mogelijk op basis van kwaliteit?

CWI-procedure

Nu de CWI in haar Beleidsregels tevens competenties heeft opgenomen in verband met de vaststelling van de uitwisselbare functies, rijst de vraag of hierdoor selecteren op kwaliteit mogelijk wordt. Tot nu zijn pogingen om meer flexibiliteit te krijgen om te selecteren op basis van kwaliteit, gestrand. Zo had de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het wetsvoorstel 'Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht'²⁹ opgenomen dat voortaan bij cao alternatieve selectiecriteria (zoals selectie op kwaliteit) voor ontslag konden worden overeengekomen. Deze alternatieve selectiecriteria zouden de werkgever en vakbonden ook kunnen overeenkomen in een sociaal plan dat status van een cao zou krijgen. Deze mogelijkheid tot selecteren op kwaliteit heeft geen doorgang mogen vinden.³⁰ De Koninklijke Vereniging MKB Nederland heeft in juni 2005 ook nog een poging gedaan om te komen tot selectiecriteria op basis van kwaliteit.³¹ MKB Nederland had gepleit voor meer mogelijkheden van kwaliteitsselectie bij een bedrijfseconomisch ontslag binnen het kader van het Ontslagbesluit zelf, te weten door verruiming van het onmisbaarheids criterium.³² Hiermee werd een kwaliteitsselectie mogelijk voor elke werkgever (en niet alleen de werkgevers die met vakbonden een cao respectievelijk een sociaal plan overeenkomen). Ook deze poging is echter gestrand.

Nu de CWI competenties een rol laat spelen bij het ontslag van werknemers in het geval van bedrijfseconomisch en/of bedrijfsorganisatorisch ontslag, lijkt zij een eerste aanzet te hebben gegeven om wel op kwaliteit te selecteren. De vraag is nu of hiermee aan de wens van de werkgevers, om ten aanzien van de ontslagcriteria meer mogelijkheden te hebben werk-

29. Kamerstukken II 2005/06, 30 370, nr. 2.

30. Kamerstukken II 2005/06, 30 370, nr. 9.

31. Koninklijke Vereniging MKB-Nederland, *Aanpassingen in het ontslagstelsel in MKB-perspectief*, Delft, 14 juni 2005.

32. Zie voor een uitgebreidere beschrijving: R. Kamminga, 'Van anciënniteit naar afspiegeling', *Arbeid Integraal* nr. 4, 2005, p. 61-74.

26. De CWI stelt in haar Beleidsregels dat enkele dagen tot enkele weken dienen te worden gehanteerd voor de bepalende essentiële functie-eisen en drie tot zes weken voor de minder bepalende functie-eisen.

27. Zie ook Hoofdstuk 13 van de Beleidsregels van de CWI.

28. *Stcr.* 2007, nr. 41, p.32.

nemers te selecteren op kwaliteit, tegemoet is gekomen.³³ Dit lijkt wel het geval, maar dan alleen voor werkgevers die al werken met competentieprofielen en het beleid met betrekking tot competentie management op orde hebben. Als een werkgever niet met competenties werkt, kan immers volgens de Beleidsregels het criterium van de vereiste competenties niet worden toegepast bij het bepalen van de uitwisselbaarheid van functies. Bij betwisting dat de werkgever wel of juist niet met de competenties werkt, zal de CWI onder meer willen weten in hoeverre competentie management deel uitmaakt van het personeelsbeleid van de werkgever. Ook speelt in dat geval een rol of de vereiste competenties in de functiebeschrijvingen zijn vermeld dan wel op andere wijze aan de werknemers zijn kenbaar gemaakt. Los daarvan, kan er niet in alle gevallen sprake zijn van selectie puur op kwaliteit omdat volgens de Beleidsregels alle criteria voor de vaststelling van de uitwisselbaarheid van functies (waarvan competenties er een is) in hun onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld.

Rechtspraak

Hoewel het selecteren van de werknemers mede op basis van competenties een nieuw uitgangspunt is van de CWI, blijkt uit de rechtspraak dat rechters in sommige gevallen selectie op kwaliteit al mogelijk achtten.³⁴ De Kantonrechter te Apeldoorn was van mening dat een werknemer voor ontslag mocht worden voorgedragen omdat andere werknemers beschikten over meer actuele ervaring en een hoger opleidingsniveau hadden.³⁵ De Kantonrechter te Rotterdam achtte selectie op andere gronden dan anciënniteit mogelijk, nu selectie op basis van declarabele uren³⁶ en selectie op basis van kennis en vaardigheden³⁷ geoorloofd werd geacht. Ook de Kantonrechter te Haarlem was van mening dat selectie op basis van declarabele uren geoorloofd was.³⁸ Selectie op inzetbaarheid werd mogelijk geacht door de

Kantonrechter te Nijmegen.³⁹ Werkgevers gebruiken vaak de mogelijkheid om functies te laten vervallen en daarvoor in de plaats zwaardere/andere functies in te stellen, waarop de werknemers al dan niet kunnen solliciteren. Dit wordt door sommige rechters gehonoreerd, zoals bijvoorbeeld door de Kantonrechter te Bergen op Zoom,⁴⁰ de Kantonrechter te Sittard-Geleen⁴¹ en de Kantonrechter te Zwolle.⁴² Ook de Kantonrechter te Tilburg achtte een selectieprocedure op basis van kennis, kunde en persoonskenmerken geoorloofd. Een belangrijke rol speelde dat een gedegen systematiek was opgezet en dat de or met deze wijze van selecteren had ingestemd.⁴³ Dat vakbonden en/of de or een belangrijke rol spelen bij de legitiematie voor de gekozen vorm van selecteren, blijkt tevens uit de uitspraak van de Kantonrechter te Utrecht.⁴⁴ In deze zaak honoreerde de rechter de door de werkgever gehanteerde 'skillmix-methode' die door de or was geaccordeerd, waarbij er tevens van belang werd geacht dat het een te verifiëren selectiesysteem betrof. De Kantonrechter te 's-Gravenhage⁴⁵ kon instemmen met een selectie op basis van competenties, omdat met de or en de vakbonden overeenstemming was bereikt over de bij de afvloeiing te hanteren selectiecriteria en selectieprocedure. Dat niet alle rechters instemmen met selectiecriteria die zien op kwaliteit, blijkt onder meer uit de uitspraak van de Kantonrechter te Schiedam die een onderscheid naar kennis en bekwaamheden (matrozen met en matrozen zonder een promoverend diploma) niet mogelijk achtte.⁴⁶ Ook de Kantonrechter te Breda stelde zich kritisch op in een zaak waarbij het anciënniteitsbeginsel werd geschonden door andere werknemers in nieuw vrijgekomen functies te herplaatsen.⁴⁷ De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst wel, maar kende een hogere vergoeding toe. Zo ook de Kantonrechter te Utrecht,⁴⁸ die de voorkeur voor een werknemer met een korter dienstverband op basis van communicatieve vaardigheden niet mogelijk achtte. De Kantonrechter te Amsterdam wees een ontbindingsverzoek af, nu de werkgever onvoldoende kon motiveren waarom werd afgeweken van het anciënniteitsbeginsel. Daarbij speelde tevens een rol dat geen enkel overleg met de

33. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het onderzoek 'Ontslagrecht ervaren door werkgevers' van Bureau Bartels in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat de werkgevers meer mogelijkheden zouden willen hebben te selecteren op kwaliteit. Zie ook *Dossier Arbeid & Recht*, 17^e jaargang, september 2006.

34. Zie ook P.S. van Minnen, 'Bedrijfseconomisch ontslag volgens CWI en Ontslagbesluit', *SR* 2003, 89, p. 380-389 en W.A. Zondag, 'De rol van het anciënniteitsbeginsel als selectie criterium bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen', *SMA* 2005, nr. 10, p. 458-477.

35. Ktr. Apeldoorn 25 november 1992, *JAR* 1993/3.

36. Ktr. Rotterdam 5 december 1996, *JAR* 1997/19.

37. Ktr. Rotterdam 7 juni 1995, *JAR* 1995/202.

38. Ktr. Haarlem 5 november 2004, *JAR* 2005/56.

39. Ktr. Nijmegen 3 mei 2005, *JAR* 2005/163.

40. Ktr. Bergen op Zoom 19 juni 1996, *JAR* 1996/144.

41. Ktr. Sittard-Geleen 17 mei 2005, *JAR* 2005/143.

42. Ktr. Zwolle 2 februari 2006, *LJN* AV1079.

43. Ktr. Tilburg 15 december 1998, *JAR* 1999/23.

44. Ktr. Utrecht, 4 december 2003, *JAR* 2004/23.

45. Ktr. 's-Gravenhage, 22 december 2004, *JAR* 2005/55.

46. Ktr. Schiedam 3 november 1992, *JAR* 1992/125.

47. Ktr. Breda 17 september 1997, *JAR* 1998/2.

48. Ktr. Utrecht 11 mei 1998, *JAR* 1998/156.

or en/of de werknemers had plaatsgevonden.⁴⁹ Dit gold ook voor de Kantonrechter te Utrecht die vond dat de werkgever onvoldoende had aangetoond dat de oude en de nieuwe functie van een werknemer van elkaar afweken.⁵⁰ De Kantonrechter te Hilversum kon niet instemmen met een afwijking van het anciënniteitsbeginsel in het geval van een receptioniste die tekortschoot in bepaalde vaardigheden.⁵¹

Ook meer recente uitspraken laten zien dat de werkgever zijn besluit om gebruik te maken van selectie op competenties goed moet kunnen motiveren. Zo beriep de gemeente Rotterdam zich op het feit dat voor de nieuw in het leven geroepen functies andere competenties noodzakelijk waren. De Ondernemingskamer – het betrof een medezeggenschapskwestie – was van mening dat de gemeente onvoldoende duidelijk had gemaakt dat de oude functies ('verdwijnfuncties') en de nieuwe functies inhoudelijk waren veranderd.⁵² Ook de Kantonrechter te Den Haag⁵³ wees een ontbindingsverzoek af nu de werkgever ten onrechte gebruik had gemaakt van de 'Potential Performace Matrix (PPM)' bij de selectie van werknemers voor ontslag.

Ondanks het feit dat rechters in sommige gevallen selectie op kwaliteit afwijzen, lijken de rechters redelijk ruimhartig om te gaan met werkgevers die kwaliteit een rol laten spelen in de selectie. Een goede motivering blijft echter noodzakelijk. Daarnaast dient het te hanteren selectiesysteem zo objectief mogelijk te zijn, in die zin dat het de voorkeur verdient dat de or en/of de vakbonden goedkeuring geven aan het systeem en dat zo nodig een assessment een rol speelt bij de selectie. De CWI waarborgt de objectiviteit door het vereiste dat de werkgever een beleid moet voeren op het gebied van competenties. Al met al lijken de CWI en de rechters met de wijziging in de Beleidsregels iets dichter tot elkaar gekomen te zijn op het punt van het selecteren van werknemers op kwaliteit/competenties.

Conclusie

Zowel in het Ontslagbesluit als in de Beleidsregels van de CWI is een aantal belangrijke wijzigingen opgenomen. De wijzigingen zien onder meer op het afschaffen van de verkorte procedure, de verklaring van de vakbonden bij collectief ontslag, geen deeltijdontslag na twee jaar ziekte, niet altijd toestemming

CWI nodig na twee jaar ziekte, het opnemen van de 26-weken-voorwaarde en – de belangrijkste wijziging – een verandering van de uitleg van het begrip uitwisselbare functie. Met deze laatste wijziging lijkt tegemoet gekomen te zijn aan de wens van werkgevers om bij ontslag wegens bedrijfseconomische en/of bedrijfsorganisatorische redenen meer flexibiliteit te krijgen om te selecteren op basis van kwaliteit. Het werken met competentieprofielen en het op orde hebben van een beleid met betrekking tot competentie management, is dan wel een vereiste. Wij vermoeden dat op dit moment slechts een beperkt aantal werkgevers een dergelijk beleid voert. Werkgevers zouden competentie management deel uit kunnen laten maken van hun personeelsbeleid. Ook zouden werkgevers er goed aan doen om de vereiste competenties in de functiebeschrijvingen te vermelden dan wel op andere wijze aan de werknemers kenbaar te maken. Naar onze mening bieden de Beleidsregels, mede in het kader van de ondernemersvrijheid, ruimte voor interpretatie ten aanzien van de systematiek die door werkgever gehanteerd dient te worden bij het selecteren van werknemers op competenties. In dat kader zou aangeknoopt kunnen worden bij hetgeen hierover in de rechtspraak blijkt, te weten dat selectie op competenties vaak door de rechter wordt gehonoreerd, mits sprake is van, samengevat, een gedegen inzichtelijke en objectieve systematiek met betrekking tot de selectie van werknemers op basis van kwaliteit. Daarnaast is het raadzaam om ten aanzien van deze systematiek goedkeuring te verkrijgen van een 'objectieve instantie', zoals de OR, vakbonden of andere onafhankelijke instellingen zoals een assessmentbureau. Bij twijfel of de voorgenomen kwaliteitsselectie voldoet aan de daartoe bestaande vereisten, raden wij aan, indien de CWI-procedure wordt gevolgd, vooraf, voor overleg, contact op te nemen met de betreffende uitvoeringslocatie van de CWI Juridische Zaken. Dit kan onnodige vertraging en misverstanden voorkomen. Vanzelfsprekend dient voorkomen te worden dat ontslag om bedrijfseconomische redenen gaat fungeren als middel om disfunctionerende werknemers te ontslaan. Nu in de Beleidsregels voor het selecteren op basis van competenties waarborgen zijn opgenomen, maar ook rechters willekeur bij de selectie van werknemers uitsluiten, denken wij dat dat risico beperkt aanwezig is.

49. Ktr. Amsterdam 2 juli 2002, *JAR* 2002/212.

50. Ktr. Utrecht 2 juli 2004, *JAR* 2004/201.

51. Ktr. Hilversum 30 juni 2005, *JAR* 2005/224.

52. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 28 februari 2007, *JAR* 2007/107.

53. Ktr. 's-Gravenhage 23 april 2007, 613 084 RL EXPL 06-19 167 (niet gepubliceerd).