

# **Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen**

UWV  
Arbeidsjuridische dienstverlening  
Den Haag  
November 2015



## INHOUDSOPGAVE

	<b>pagina</b>
<b>INLEIDING</b>	<b>4</b>
<b>1. ONTSLAG OM BEDRIJFSECONOMISCHE REDENEN</b>	<b>5</b>
1.1. Wet en Memorie van Toelichting	5
1.2. Ontslagregeling: bedrijfseconomische omstandigheden	6
1.3. Nadere toelichting: bedrijfseconomische omstandigheden	7
1.3.1. Slechte of slechter wordende financiële situatie	7
1.3.2. Werkvermindering	9
1.3.3. Organisatorische of technologische veranderingen	10
1.3.4. Bedrijfsverhuizing	10
1.3.5. Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming	11
1.3.6. Vervallen van loonkostensubsidie	12
1.4. Vervallen van arbeidsplaatsen in de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening ten gevolge van een aanbestedings-/subsidietraject	12
1.5. Advies van de ondernemingsraad	13
1.6. Ontslagregeling: artikel 2 t/m 8	14
<b>2. BEPALEN ONTSLAGVOLGORDE</b>	<b>20</b>
2.1. Wet en Memorie van Toelichting	20
2.2. Nadere toelichting	22
2.3. Ontslagregeling: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties	22
2.4. Nadere toelichting: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties	23
2.5. Ontslagregeling: afspiegelingsbeginsel	24
2.6. Nadere toelichting: toepassing afspiegelingsbeginsel	27
2.6.1. Afspiegelingsbeginsel	27
2.6.2. Afwijking afspiegelingsbeginsel	27
2.6.2.1. Onmisbare werknemer (lid 5)	28
2.6.2.2. Werknemer met een arbeidsbeperking (lid 6)	28
2.7. Stappenplannen en rekenvoorbeelden	28
2.7.1. Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel	29
2.7.2. Rekenvoorbeelden bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel	30
2.7.3. Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel bij deeltijdontslag	35
2.8. Ontslagregeling: peildatum	36
2.9. Ontslagregeling: uitwisselbare functies	37
2.10. Nadere toelichting: uitwisselbare functies	39
2.11. Ontslagregeling: in aanmerking te nemen uitwisselbare functies	40
2.12. Nadere toelichting: in aanmerking te nemen uitwisselbare functies in de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening (WMD)	43
2.13. Ontslagregeling: opvolgende arbeidsovereenkomsten	43
2.14. Ontslagregeling: alternatief afspiegelingsbeginsel	44
2.15. Nadere toelichting: alternatief afspiegelingsbeginsel	46
<b>3. HERPLAATSING BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN</b>	<b>48</b>
3.1. Wet en Memorie van Toelichting	48
3.2. Ontslagregeling: herplaatsing	49
3.3. Nadere toelichting: herplaatsing	50
3.3.1. Voorbeeld verval functie en ontstaan nieuwe functie	50
3.3.2. Passende functie voor minder uren	51
3.3.3. In relatie tot herplaatsingsverplichting in een sociaal plan	51
3.4. Ontslagregeling: redelijke termijn voor herplaatsing	51
3.5. Nadere toelichting: redelijke termijn	52

	<b>pagina</b>
<b>4. OPZEGVERBODEN</b>	<b>53</b>
4.1. Wet en Memorie van Toelichting	53
4.2. Regeling UWV ontslagprocedure	56
4.3. Nadere toelichting: geen toestemming bij opzegverbod	57
4.3.1. De tijdens opzegverboden	57
4.3.2. Uitzonderingen op opzegverboden bij bedrijfseconomisch ontslag	57
4.3.3. Verval opzegverbod binnen 4 weken na de beslissing	58
4.3.4. Werkgever draagt een andere werknemer voor	58
<b>5. ONTSLAGADVIESCOMMISSIE</b>	<b>59</b>
5.1. Regeling UWV ontslagprocedure: Ontslagadviescommissie	59
5.2. Nadere toelichting: Ontslagadviescommissie	59
<b>6. OVERBRUGGINGSREGELING TRANSITIEVERGOEDING VOOR KLEINE WERKGEVERS</b>	<b>61</b>
6.1. Wet en Toelichting	61
6.2. Ontslagregeling: Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers	62
6.3. Nadere toelichting: Overbruggingsregeling transitievergoeding	63
6.4. Regeling UWV ontslagprocedure: Beoordeling financiële omstandigheden	64
6.5. Nadere toelichting: Samenloop ontslagaanvraag en verzoek om verklaring overbruggingsregeling transitievergoeding	65

## **INLEIDING**

Met de inwerkingtreding van het ontslagdeel van de Wet werk en zekerheid (Wwz) op 1 juli 2015 zijn artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV vervallen voor verzoeken om toestemming de arbeidsovereenkomst op te zeggen die vanaf 1 juli 2015 worden ingediend. Verzoeken om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst om bedrijfseconomische redenen of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid die vanaf die datum worden ingediend, worden beoordeeld op basis van de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek en de Ontslagregeling.

De bepalingen van het Ontslagbesluit en de materiële normen uit de beleidsregels van UWV hebben hun weerslag gevonden in de Wwz en de memorie van toelichting dan wel in de Ontslagregeling. Over andere onderwerpen uit de beleidsregels van UWV – bijvoorbeeld als het gaat om welke gegevens een werkgever moet aanleveren voor het onderbouwen van de bedrijfseconomische noodzaak – heeft UWV uitvoeringsregels vastgesteld.

Met publicatie van de uitvoeringsregels biedt UWV meer duidelijkheid over (het waarom van) de benodigde, verplicht gestelde, gegevens en de wijze van toepassing van de wettelijke bepalingen over ontslag en beoordeling van verzoeken om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst om bedrijfseconomische redenen en wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

Het besluit van de Raad van bestuur van UWV tot vaststelling van de uitvoeringsregels is gepubliceerd in de Staatscourant. De uitvoeringsregels zijn op de website [www.uwv.nl](http://www.uwv.nl) geplaatst.

UWV  
Arbeidsjuridische dienstverlening  
Den Haag  
November 2015

## 1. ONTSLAG OM BEDRIJFSECONOMISCHE REDENEN

### *Redelijke grond voor ontslag*

*Een werkgever kan toestemming vragen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als daar een redelijke grond voor is. Een redelijke grond voor ontslag kan zijn bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot het vervallen van arbeidsplaatsen (artikel 7:669 lid 3 onderdeel a Burgerlijk Wetboek (BW)). Nadere regels hieromtrent zijn gesteld in paragraaf 2 van de Ontslagregeling.*

### 1.1. Wet en Memorie van Toelichting

#### **Artikel 7: 669 lid 3, onderdeel a en lid 5 BW**

...

3. Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:

- a. het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering;

...

5. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden:

- a. nadere regels gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging, ...

#### ***Memorie van Toelichting***

##### ***Algemeen deel (p. 43)***

##### ***Bedrijfseconomische redenen***

Op grond van de bestaande regels geldt dat er voor een rechtsgeldig bedrijfseconomisch ontslag sprake moet zijn van een structureel verval van arbeidsplaatsen. Bovendien moeten mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer op een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, ontbreken (dit geldt uiteraard niet als het vervallen van arbeidsplaatsen het gevolg is het staken van de werkzaamheden van de onderneming). Dat blijft zo. Net als thans het geval is, wordt onder een structureel verval van arbeidsplaatsen verstaan het, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, (naar verwachting) vervallen van arbeidsplaatsen. Ook zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de beslissing die aan het verval van arbeidsplaatsen ten grondslag ligt, noodzakelijk is in het belang van een doelmatige bedrijfsvoering (wat evenmin geldt als het vervallen van arbeidsplaatsen het gevolg is van het staken van de werkzaamheden van de onderneming). Daar waar het betreft het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het structureel gedeeltelijk niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid (als gevolg van fluctuaties in het werkaanbod) zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de werkzaamheden in substantiële mate niet kunnen worden verricht en een andere inrichting van de werkzaamheden, waardoor ontslag voorkomen kan worden, niet tot de mogelijkheden behoort.

Net als nu het geval is, moet er wel ruimte zijn voor de werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is. Dat is niet alleen in zijn eigen belang maar ook in het belang van het behoud van werkgelegenheid in meer algemene zin. Bij de toetsing van die beslissing past dan ook een zekere mate van terughoudendheid (zoals nu ook het geval is). De werkgever moet zich wel verantwoorden tegenover UWV. In de huidige Beleidsregels Ontslagtaak UWV wordt aangegeven welke informatie van een werkgever wordt verlangd om aannemelijk te kunnen maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is. Die informatie kan verschillen al

naar gelang de bedrijfseconomische reden die wordt aangevoerd (slechte financiële situatie, werkvermindering, organisatorische veranderingen, technologische veranderingen, beëindiging van bedrijfsactiviteiten). UWV toetst of wat wordt aangevoerd het verzoek om een ontslagvergunning voldoende ondersteunt. Als dat niet het geval is, of andere voor de hand liggende oplossingen mogelijk zijn, wordt een vergunning geweigerd. Dit zal niet veranderen. Het weigeren van toestemming zal ook aan de orde zijn, net als dat nu het geval is, als werknemers voor ontslag worden voorgedragen – vanwege door de werkgever noodzakelijk geachte kostenbesparing – terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor daar waar een werkgever werknemers wil ontslaan en hen wil vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten. De reden voor het in dergelijke gevallen weigeren van toestemming (en in de huidige situatie van een vergunning) is niet zozeer gelegen in de omstandigheid dat hiervoor geen bedrijfseconomische noodzaak zou zijn aan te wijzen. Dat kan in beginsel in een specifiek bedrijf wel aan de orde zijn. De reden hiervoor is dat er feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen. Tegelijkertijd wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden.

## 1.2. Ontslagregeling: bedrijfseconomische omstandigheden

### Artikel 1 Begripsbepalingen

In deze regeling wordt verstaan onder:

- a. Bedrijfseconomische omstandigheden: bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

### *Toelichting bij artikel 1 onderdeel a*

In het onderdeel a, van dit artikel wordt geregeld dat voor de toepassing van deze regeling onder bedrijfseconomische omstandigheden wordt verstaan, bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW. Zoals in de memorie van toelichting bij de Wwz aangegeven, wordt hieronder een aantal situaties geschaard die aanleiding kunnen zijn voor het vervallen van arbeidsplaatsen. Dat betreft bijvoorbeeld een slechte financiële positie, werkvermindering, organisatorische veranderingen/reorganisatie, technologische veranderingen, beëindiging van (een deel van) de bedrijfsactiviteiten, bedrijfsverhuizing en het vervallen van een loonkostensubsidie. Het spreekt voor zich dat in de praktijk zich ook een combinatie van redenen kan voordoen die leidt tot het vervallen van arbeidsplaatsen. In alle gevallen zal de werkgever, op grond van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW, aannemelijk moeten maken dat het treffen van maatregelen die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen (dat wil zeggen, bezien over een toekomstige periode van 26 weken) noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Zoals in de memorie van toelichting bij de Wwz aangegeven, moet er wel ruimte zijn voor de werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is. Dat is niet alleen in zijn belang maar ook in het belang van het behoud van werkgelegenheid in meer algemene zin. Bij de toetsing van die beslissing past dan ook een zekere mate van terughoudendheid. De werkgever moet zich wel verantwoorden voor zijn beslissing. In uitvoeringsregels van UWV zal worden aangegeven welke informatie van een werkgever wordt verlangd om aannemelijk te kunnen maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is. Die informatie kan verschillen al naar gelang de bedrijfseconomische reden die de werkgever aanvoert. Aan de hand van die informatie moet worden getoetst of hetgeen hij aanvoert zijn beslissing voldoende ondersteunt, waarbij eventuele andere oplossingen mede kunnen worden betrokken, voor zover zij voor de hand liggend zijn. Als voorbeeld van een dergelijke situatie geldt een verzoek van een werkgever om toestemming voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst wegens het structureel gedeeltelijk niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid (als gevolg van fluctuaties in het werkaanbod). In dat geval zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat een andere inrichting van de werkzaamheden, waardoor ontslag voorkomen kan worden, niet tot de mogelijkheden behoort.

### **1.3. Nadere toelichting: bedrijfseconomische omstandigheden**

Uit de regelgeving blijkt dat de aangevoerde bedrijfseconomische omstandigheden moeten worden onderbouwd met stukken waaruit blijkt dat de werkgever deze terecht aanvoert. Ook moet de werkgever toelichten welke maatregelen hij neemt en dat deze ten dienste staan van een doelmatige bedrijfsvoering. Voorts moet worden toegelicht dat het aantal vervallen arbeidsplaatsen logisch samenhangt met de ernst van de bedrijfseconomische omstandigheden en de getroffen maatregelen.

In het aanvraagformulier Ontslag om bedrijfseconomische redenen Deel C wordt per bedrijfseconomische reden gevraagd naar een toelichting en onderliggende stukken. Er worden ook algemene vragen gesteld. Bij dit aanvraagformulier hoort ook een 'Toelichting op Aanvraag ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen'.

Hieronder wordt per bedrijfseconomische reden een korte toelichting gegeven en vermeld welke gegevens in het algemeen moeten worden verstrekt. In specifieke situaties kan het nodig zijn dat de werkgever wordt verzocht aanvullende gegevens te verstrekken. Hierna wordt steeds per onderdeel aangegeven welke vragen uit het aanvraagformulier daarop betrekking hebben.

#### **1.3.1. Slechte of slechter wordende financiële situatie**

De werkgever moet de slechte of slechter wordende financiële situatie van de onderneming beschrijven en aangeven wat daar de achterliggende reden van is.

##### *Financiële kerngegevens*

Om te kunnen beoordelen of de werkgever deze bedrijfseconomische reden terecht aanvoert, moet de werkgever een aantal financiële kerngegevens aanleveren van de laatste drie boekjaren en van het lopend boekjaar. Dit betreft: bedrijfsopbrengst, bruto marge, kostentotaal, bedrijfsresultaat, netto resultaat, eigen vermogen en balanstotaal. Deze gegevens zijn nodig om een ontwikkeling te kunnen vaststellen in de bedrijfseconomische situatie (rentabiliteit, solvabiliteit). Als de werkgever niet beschikt over de financiële gegevens van de afgelopen 3 boekjaren, moet de werkgever toelichten waarom niet en dan uiteraard gegevens overleggen over boekjaren waarover de werkgever wél beschikt.

##### *Prognoses*

Verder is inzicht in de resultaten- en liquiditeitsontwikkeling voor de komende 26 weken nodig bij ongewijzigd- en gewijzigd beleid. Hiermee wordt inzicht gegeven in de liquiditeit en kunnen de effecten van de maatregelen op het resultaat en de liquiditeit aannemelijk worden gemaakt. In aanvulling op de in te vullen historisch financiële kerngegevens moet de werkgever daarom de volgende gegevens verstrekken:

- De prognoses bij gewijzigd- en ongewijzigd beleid van de resultatenrekening voor de komende 26 weken. Daarmee maakt de werkgever inzichtelijk wat het beoogde effect van de beoogde kostenefficiëncymaatregelen is op het resultaat. Dit is van belang met het oog op het herstel van de financiële gezondheid en de proportionaliteit van de arbeidskostenbesparing (rentabiliteitsreden).
- De prognose bij gewijzigd- en ongewijzigd beleid van de liquiditeit voor de komende 26 weken. Daarmee maakt de werkgever inzichtelijk wat het beoogde effect van de beoogde kostenefficiëncymaatregelen is op de liquiditeit. Dit is van belang met het oog op het herstel van de financiële gezondheid en de proportionaliteit van de arbeidskostenbesparing (liquiditeitsreden). De liquiditeitenprognose verschilt van de resultatenprognose, doordat het hier expliciet gaat over de ontvangsten en de uitgaven en niet zoals in de resultatenrekening over de opbrengsten en de kosten. De aflossing van een schuld staat bijvoorbeeld niet in de prognose van het resultaat, maar wel in de liquiditeitenprognose.

##### *Overige gegevens*

Voorts wordt van de werkgever verlangd aan te geven:

- welk (totaal)bedrag minimaal bespaard moet worden om de onderneming weer financieel gezond te maken;
- welke (andere) kostenbesparende maatregelen zijn en/of worden genomen en om welke bedragen het gaat;
- welk bedrag aan personeelskosten minimaal moet worden bezuinigd;
- welke functie(s) en het aantal arbeidsplaatsen dientengevolge moeten komen te vervallen en waarom juist dit aantal, alsmede hoe de eventueel resterende werkzaamheden worden verdeeld.

Teneinde de verschaft informatie te kunnen toetsen moeten verder de volgende documenten worden aangeleverd:

- de volledige resultatenrekening van de onderneming van het lopende boekjaar tot en met de datum indiening ontslagaanvraag;
- de twee voorafgaande volledige jaarrekeningen (met inzicht in drie boekjaren) en als werkgever daarover niet beschikt een toelichting waarom die gegevens ontbreken en daarbij gevoegd de beschikbare, volledige jaarrekening.

#### *Enkele begrippen nader toegelicht*

##### Rentabiliteit of de winstgevendheid van de onderneming.

Hierbij gaat het om inzicht in het inkomen dat wordt gerealiseerd met het aan de onderneming ter beschikking staande vermogen. De rentabiliteit is een belangrijke maatstaf voor beslissingen op de lange termijn. Immers ten behoeve van de continuïteit van de onderneming moet op lange termijn de winst voldoende groot zijn voor de vermogensverschaffers. Voor het verkrijgen van inzicht in de winstgevendheid van de onderneming is informatie nodig uit de resultaten over meerdere jaren en de balansen. De bedrijfsopbrengst, bruto marge, kostentotaal, bedrijfsresultaat, netto resultaat zijn van belang om cijfermatig te kunnen achterhalen waar de oorzaak wel/niet ligt van slechte of slechter wordende resultaten.

##### Solvabiliteit van de onderneming.

Hierbij gaat het om het vaststellen van de verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen. Bij een hoge solvabiliteit staat er veel eigen vermogen tegenover de schulden en is de kans groot dat het bedrijf de schulden zal afbetalen. Wordt het eigen vermogen te klein dan verslechtert de solvabiliteit waardoor kredietverschaffers en leveranciers minder snel bereid zijn krediet te verstrekken. De kans wordt immers groter dat zij hun vorderingen niet meer kunnen innen. Een minimale solvabiliteit is nodig om te voorkomen dat het financieel risico voor de schuldeisers onaanvaardbaar groot wordt. Voor het verkrijgen van inzicht omtrent de solvabiliteit dienen de balansen over meerdere jaren te worden verstrekt, alsook informatie over het lopende boekjaar.

##### Liquiditeit van de onderneming

Hierbij gaat het om het vaststellen van de liquiditeitspositie ofwel in welke mate de onderneming op korte termijn aan haar verplichtingen kan voldoen. Met de liquiditeitenprognose wordt inzicht gegeven in de mate waarin de onderneming op de korte termijn aan haar verplichtingen kan voldoen.

##### *Groep*

Als de onderneming deel uitmaakt van een groep en de oorzaak van de slechte of slechter wordende financiële situatie zowel bij de onderneming als de groep ligt of alleen bij de groep, dan moeten de financiële kerngegevens ook voor de groep worden aangeleverd en zijn bovenstaande financiële gegevens ook van de groep nodig.

Onder een 'groep' wordt verstaan: een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen, groepsmaatschappijen genaamd, organisatorisch zijn verbonden (artikel 1 onderdeel e Ontslagregeling en artikel 2:24b BW). Het gaat om een onderneming die bestaat uit een moedermaatschappij(en) en (klein)dochtermaatschappijen. De groep wordt geduid als de economische eenheid van organisatorisch verbonden partijen. Vanuit het groepshoofd beschouwd is sprake van één (economische) entiteit. Juridisch echter is sprake van meerdere entiteiten, alle met eigen rechten en verplichtingen. De feitelijke zeggenschap is van belang. Die hoeft niet samen te hangen met de eigendomsverhoudingen. Zo kan de zeggenschap in een rechtspersoon gebaseerd zijn op bezit van een meerderheid van de aandelen of als dat niet het geval is op het recht om meer dan 50 % van de stemmen te mogen uitbrengen. Het is van belang om inzicht te hebben in de groepsverhoudingen, zodat inzicht kan worden verkregen in het grotere economische geheel, naast het inzicht in de losse juridische entiteiten. De economische realiteit prevaleert.

Als de dochter de ontslagaanvraag wegens een slechte financiële situatie indient, zijn de volgende situaties denkbaar:

<i>Situaties</i>		<i>Geconsolideerde stukken nodig?</i>
- zwakke dochter, sterke moeder	:	nee
- zwakke dochter, zwakke moeder	:	ja
- sterke dochter, zwakke moeder	:	ja



In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 2 'slechte of slechter wordende financiële situatie' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### 1.3.2. Werkvermindering

Bij deze reden ligt de focus op de feitelijke overbezetting van personeel als gevolg van werkvermindering. Voor de beoordeling is allereerst nodig dat de werkgever de oorzaak van de werkvermindering toelicht. Ook is het belangrijk te weten hoe de hoeveelheid werk en de personele bezetting zich over een geruime periode heeft ontwikkeld. Daaruit kan worden opgemaakt of er sprake is van incidentele, tijdelijke en/of structurele werkvermindering, mede tegen de achtergrond van de inspanningen om bijvoorbeeld nieuwe opdrachten te verwerven en verwachtingen over de hoeveelheid werk in de komende zes maanden.

Gelet op het bovenstaande dient de werkgever bij de aanvraag de onderstaande gegevens te verstrekken om op een verantwoorde wijze te kunnen vaststellen of het voorgenomen aantal te schrappen arbeidsplaatsen in goede verhouding staat tot de verminderde werkhoeveelheid:

- de oorzaak en de achtergrond van de werkvermindering;
- de ontwikkelingen in de omvang van de werkzaamheden over minimaal de laatste 18 maanden, alsmede de personeelsopbouw in deze periode (aantal werknemers en functies);
- welke activiteiten zijn ondernomen om werk te verkrijgen of te behouden (bijvoorbeeld of de werkgever meedoet aan een nieuwe aanbestedingsprocedure);
- een onderbouwde prognose van de omvang van de werkzaamheden voor de komende 26 weken;
- wat de omvang van de urenvermindering is, in welke functie(s) daardoor arbeidsplaatsen moeten komen te vervallen, alsmede om hoeveel arbeidsplaatsen het gaat en waarom juist dit aantal en de verdeling van de eventueel resterende werkzaamheden;
- de volledige jaarrekening van het laatste boekjaar van de onderneming. Werkvermindering behoeft niet altijd gepaard te gaan met verslechterde financiële resultaten en in dat geval zijn meerdere financiële jaarverslagen niet vereist.

De werkvermindering kan verder onder meer blijken uit een overzicht van de bedrijfsopbrengsten, een opzeggingsbrief van opdrachtgevers en een vergelijkend overzicht van uitstaande offertes en/of orderportefeuilles over de afgelopen periode.

#### *Fluctuaties in het werkaanbod*

Zoals in de toelichting bij Ontslagregeling is aangegeven, moet de werkgever bij fluctuaties in het werkaanbod (leegloopuren) eerst nagaan of ontslag kan worden voorkomen door een andere inrichting van de organisatie. De werkgever moet dan aannemelijk maken dat het werkaanbod en daarmee de behoefte aan personeel structureel fluctueert en zodanig zal blijven fluctueren (dat wil zeggen, ten minste gedurende een periode van een half jaar) dat om redenen van een doelmatige bedrijfsvoering (voorkomen substantiële kosten van leegloop) het niet verantwoord is het bestand van werknemers op hetzelfde niveau te houden. Het moet dus gaan om een structurele situatie en niet om een tijdelijke vermindering van het werkaanbod en er moeten geen andere mogelijkheden zijn om de fluctuaties in het werkaanbod/de leegloopuren op te vangen. Bijvoorbeeld door meer variabele werktijden, waarbij ook kan worden gedacht aan een jaarurenmodel, waardoor werknemers meer uren werken tijdens pieken en zij dit compenseren bij weinig/minder werk. Als die mogelijkheden er wel zijn, zal er ook geen sprake zijn van substantiële kosten van leegloop.

#### *Aanbestedingsprocedure*

In de schoonmaak, het vervoer, de zorg, beveiliging, etc. wordt veelal gewerkt op basis van tijdelijke opdrachten na een aanbestedingsprocedure. Als de ontslagaanvraag gebaseerd is op het vervallen van een opdracht, moet de werkgever aangeven of hij meedoet aan een nieuwe aanbestedingsprocedure. Als de werkgever daaraan meedoet, is nog niet aannemelijk dat de betrokken arbeidsplaatsen vervallen.

In de situatie waarbij een nieuwe aanbesteding bijvoorbeeld beperkter is in omvang dan het huidige contract en de werkgever daardoor het personeelsbestand zal moeten inkrimpen (werkvermindering) zal er wel sprake zijn van een structureel verval van arbeidsplaatsen en kan een ontslagvergunning (voor de overtollige werknemers) worden verleend.

Als de nieuwe opdracht aan een ander bedrijf wordt gegund, kan er een redelijke grond voor ontslag zijn wegens werkvermindering.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 3 'Werkvermindering' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### 1.3.3. Organisatorische of technologische veranderingen

De werkgever zal ook hier aannemelijk moeten maken dat het treffen van maatregelen die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen (dat wil zeggen, bezien over een toekomstige periode van 26 weken) noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Als de organisatorische veranderingen zijn ingegeven door 'slechte of slechter wordende financiële resultaten' of 'werkvermindering' is tevens een onderbouwing conform het gestelde onder respectievelijk 1.3.1 of 1.3.2 nodig. Een financiële onderbouwing is uiteraard minder van belang als het gaat om een strategische heroriëntatie op de markt om eenvoudiger te kunnen inspelen op nieuwe ontwikkelingen. Ingeval van sluiting van een afdeling of onderdeel van een onderneming (gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging) is ook een onderbouwing conform het gestelde onder 1.3.5. 'Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming' nodig, uiteraard voor zover van toepassing.

Ingeval van uitbesteding van werkzaamheden is ook sprake van organisatorische veranderingen. De werkgever dient de reden te beschrijven en aannemelijk te maken dat de uitbesteding ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering. In dat kader zijn artikel 5 en 6 van de Ontslagregeling tevens van belang. Artikel 5 van de Ontslagregeling bepaalt dat er geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden is, voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbestedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten. Artikel 6 van de Ontslagregeling bepaalt dat geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst bestaat als de werkzaamheden worden uitbesteed aan een schijnzelfstandige.

Een reorganisatie kan ook voortvloeien uit technologische veranderingen. Hierbij spelen vaak zakelijke, strategische motieven om in de concurrentieslag niet op achterstand te geraken. Andere werkprocessen, bijvoorbeeld digitalisering, automatisering of mechanisering, kunnen daarbij onvermijdelijk zijn. De werkgever zal deze moeten toelichten en uitleggen dat de voorgenomen veranderingen ten dienste staan aan een doelmatige bedrijfsvoering.

Gelet op het bovenstaande dient de werkgever bij de aanvraag de volgende gegevens te verstrekken:

- beschrijving van de organisatorische en/of de technologische veranderingen en een toelichting waaruit blijkt dat zij voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk zijn;
- een organogram van vóór en na de veranderingen;
- de gevolgen van de veranderingen voor de verschillende afdelingen, aanwezige functies, het aantal arbeidsplaatsen per functie en de verdeling van de eventueel resterende werkzaamheden;
- ingeval er nieuwe functies ontstaan, de functieomschrijvingen van deze nieuwe functie(s).

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 4 'Organisatorische en/of technologische veranderingen' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### 1.3.4. Bedrijfsverhuizing

De beslissing om (een deel van) de onderneming te verhuizen is een bijzondere vorm van organisatorische veranderingen, als bedoeld onder 1.3.3. Zoals uit de regelgeving voortvloeit, moet de werkgever zijn beweegredenen uiteenzetten en aannemelijk maken dat deze beslissing ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering. De verhuizing van de onderneming of overheveling van alle activiteiten naar een andere vestiging leidt er toe dat de arbeidsplaats van de werknemer(s) op de betreffende, te sluiten locatie, komt te vervallen. De werkgever dient vervolgens toe te lichten in hoeverre de werknemers mee kunnen naar de nieuwe locatie vanuit het beginsel "mens volgt werk". Bij een verhuizing naar het buitenland is dit voor werknemers overigens niet altijd een reële optie vanwege bijvoorbeeld een te grote reisafstand of een andere arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscale situatie.

Ingeval van verplaatsing van (een deel van) de activiteiten naar een andere *bestaande* vestiging, geldt het bovenstaande eveneens voor de werknemers die werkzaam zijn binnen de activiteiten die worden verplaatst. Indien met de verplaatsing tevens arbeidsplaatsen komen te vervallen, moet op basis van het gezamenlijke personeelsbestand bepaald worden welke werknemer op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt.

Gelet op het bovenstaande dient de werkgever bij de aanvraag (wegens het geheel of gedeeltelijk verplaatsen van activiteiten) de volgende gegevens te verstrekken:

- de datum van de verhuizing en het oude en het nieuwe adres;
- waarom een verhuizing voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is;
- hoeveel arbeidsplaatsen op de nieuwe bedrijfslocatie ontstaan;
- bij minder arbeidsplaatsen: een toelichting dat het vervallen van dit aantal arbeidsplaatsen voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is;
- aan welke werknemers een aanbod is gedaan om op de nieuwe locatie te gaan werken, en met welk resultaat;
- aan welke werknemers geen aanbod is gedaan, onder vermelding van de reden waarom dit achterwege is gebleven;
- documenten waaruit blijkt dat sprake is (geweest) van bedrijfsverhuizing.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 6 'Bedrijfsverhuizing' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **1.3.5. Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming**

Er is een onderscheid tussen bedrijfsbeëindiging en bedrijfsverhuizing. Bij bedrijfsbeëindiging worden de activiteiten van de onderneming definitief beëindigd. Worden de activiteiten elders voortgezet, dan is geen sprake van beëindiging. Ingeval van een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging is sprake van een bijzondere vorm van 'Organisatorische of technologische veranderingen'. In dat geval moeten naast de in 1.3.3. gevraagde gegevens ook de onderstaande gegevens worden verstrekt, voor zover van toepassing.

Een werkgever heeft in principe de vrijheid om zijn bedrijf te sluiten als hem dat gegeven de omstandigheden juist voorkomt. Wel zal hij de beweegredenen uiteen moeten kunnen zetten. Bij bedrijfssluiting wegens een slechte financiële situatie of werkvermindering zal werkgever ook de gegevens moeten verstrekken waaruit blijkt dat hij die reden terecht aanvoert. Daarvoor zijn onderdeel 1.3.1 (slechte of slechter wordende financiële situatie) en 1.3.2 (werkvermindering) eveneens van toepassing.

Het kan ook gaan om meer persoonlijke overwegingen. Bijvoorbeeld ingeval van een werkgever met een eenmanszaak die zijn bedrijfsactiviteiten wil beëindigen vanwege leeftijds- of gezondheidsredenen en het ontbreken van een beschikbare opvolger.

Van belang is dat de werkgever stukken overlegt waaruit blijkt dat de werkzaamheden van de onderneming daadwerkelijk worden beëindigd. Het gaat dan om stukken t.a.v. de bestemming van het pand (een kopie van de huuropzegging of geplaatste verkoopadvertentie), de inventaris en de voorraad enzovoort. In de dienstensector kan de werkgever toelichten wat er gebeurt met bijvoorbeeld klantenbestanden en lopende projecten.

De werkgever dient daarnaast toe te lichten of er zicht is op overdracht en voortzetting van (een deel van) het bedrijf. Uit de beantwoording kan informatie worden verkregen die tezamen met de overige gegevens inzicht kan geven of de onderneming wellicht toch wordt voortgezet (eventueel via overgang van onderneming).

Gelet op het bovenstaande dient de werkgever bij de aanvraag de volgende gegevens te verstrekken:

- de reden om de werkzaamheden van de onderneming (geheel) te beëindigen;
- de datum van de bedrijfsbeëindiging;
- de bestemming van het bedrijfspand, de activa, het klantenbestand etc. na de bedrijfsbeëindiging;
- de (on)mogelijkheid om (een deel van) de onderneming te laten overnemen en bij een eventuele overgang van de onderneming, wie de verkrijger is en – voor zover bekend – wat de overnamedatum is.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 5 '(gedeeltelijke) bedrijfsbeëindiging' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **1.3.6. Vervallen van loonkostensubsidie**

Als sprake is van het vervallen of verlagen van een voor een werknemer bestemde (en aldus persoonsgebonden) loonkostensubsidie, mag de werkgever deze werknemer voor ontslag voordragen (als herplaatsing in een andere functie niet mogelijk is).

Als deze werknemer in feite hetzelfde (reguliere) werk verricht en even productief is als andere werknemers (waar geen loonkostensubsidie voor is verleend), zal het enkele feit dat voor een werknemer de loonkostensubsidie vervalt geen reden kunnen zijn voor het verlenen van toestemming. Zie ook artikel 11 lid 7 van de Ontslagregeling.

Gelet op het bovenstaande dient de werkgever bij de aanvraag de volgende gegevens te verstrekken:

- om welke loonkostensubsidie het gaat;
- waarom de loonkostensubsidie is vervallen/verlaagd;
- de ingangsdatum voor het vervallen/verlagen van de subsidie;
- welke inspanningen – indien mogelijk - zijn gedaan om de loonkostensubsidie te behouden;
- documenten waaruit blijkt dat de loonkostensubsidie daadwerkelijk vervalt/wordt verlaagd;
- welke functie/werkzaamheden de werknemer met de persoonsgebonden loonkostensubsidie vervult;
- of er andere werknemers (waarvoor geen loonkostensubsidie is verleend) zijn die feitelijk hetzelfde (reguliere) werk verrichten, en hoe zijn productiviteit zich verhoudt met die van deze werknemers.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 7 'Vervallen van loonkostensubsidie' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **1.4. Vervallen van arbeidsplaatsen in de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening ten gevolge van een aanbestedings-/subsidietraject**

In de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening (WMD) worden werkzaamheden veelal op basis van aanbestedings-/subsidietrajecten aan instellingen toebedeeld. De praktijk is dat de inkoopcontracten een looptijd van 1 of 2 jaar hebben. Dat betekent dat er periodiek nieuwe aanbestedingsprocedures en subsidietrajecten nodig zijn. Instellingen worden daardoor regelmatig geconfronteerd met het aflopen van een inkoopcontract en het niet gegund krijgen van een nieuw contract dan wel gegund krijgen in gewijzigde vorm.

In deze paragraaf wordt in aanvulling op 1.3.2. 'Werkvermindering' en/of 1.3.3. 'Organisatorische/technologische veranderingen' aangegeven welke specifieke informatie en onderbouwing van de werkgever nodig zijn bij verval van arbeidsplaatsen als gevolg van een aanbestedings-/subsidietraject in de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening.

Onder de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening (WMD) vallen de volgende instellingen:

Zorgsector:

- werkgevers in de thuiszorg, kraamzorg, jeugdgezondheidszorg, gehandicaptenzorg, jeugdhulp, en de verpleeg- en verzorgingshuizen en geestelijke gezondheidszorg (onder te verdelen in: psychiatrische ziekenhuizen en klinieken, verslavingsklinieken, forensische-psychiatrische klinieken en TBS-instellingen, verzorging en verblijf bij psychosociale problemen en Centra voor ambulante behandeling).

Branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening:

- werkgevers in Sociaal Cultureel Werk zoals bijvoorbeeld jongerenwerk, Bureaus Sociaal Raadslieden/rechtshulp, Algemeen maatschappelijk werk, Maatschappelijke opvangcentra voor bijvoorbeeld dakloze tienermoeders of blijf-van-mijn-lijfhuizen en Peuterspeelzalen (kinderopvang uitgezonderd).

Bij een dergelijke ontslagaanvraag als gevolg van een aanbestedings-/subsidietraject moet de werkgever in dit geval met betrekking tot de inhoud van de ontslagaanvraag:

- aannemelijk maken dat het aanbestedings- of subsidietraject is afgerond en dat er een besluit ligt van het bevoegde gemeente-orgaan;
- het inkoopcontract of het subsidiebesluit overleggen waaruit blijkt welke werkzaamheden (zowel kwantitatief als kwalitatief) worden verwacht en hoeveel omzet/werk dit zal opleveren en hoe een en ander zich verhoudt tot de voorafgaande periode;
- bij onduidelijkheid van het besluit/het contract duidelijk maken hoeveel zorg/WMD wordt ingekocht (raamovereenkomst), gemotiveerd een inschatting geven van het aantal uren zorg/WMD dat hij mag leveren, het aantal arbeidsplaatsen dat hiervoor nodig is en ook welk aantal arbeidsplaatsen daardoor structureel komt te vervallen.  
N.B.: Een redelijke inschatting kan worden gemaakt op basis van ervaringsgegevens. Bij meerdere zorgaanbieders in een gemeente kan bij gebreke hiervan een procentuele verdeling van het zorgaanbod tussen zorgaanbieders indicatief zijn.

Uit de aanvraag moet concreet kunnen worden opgemaakt om hoeveel cliënten het gaat en wat de te verwachten hoeveelheid uren zorg/WMD is. Daarbij moet ook de aanwending van de verkregen zorg/WMD-gelden door de gemeente (bijvoorbeeld geld voor huishoudelijke hulp toelage: HHT) worden betrokken. Zo zal bijvoorbeeld een door de HHT-gelden bewerkstelligde verlaging van de eigen bijdrage van de zorgbehoevenden in de thuiszorg kunnen leiden tot een toenemende zorgvraag en derhalve een vermindering van het aantal ontslagen.

Voorts moet aannemelijk worden gemaakt welk aantal fte's en welk aantal werknemers per (nieuwe) functie redelijkerwijs nodig is om de toekomstige zorg/WMD-uren te leveren en hoeveel arbeidsplaatsen komen te vervallen. En waar deze verwachting op is gebaseerd (bijvoorbeeld op grond van een mededeling van de gemeente, de percentageverdeling van de aanbieders per gemeente, eigen onderzoek of een eigen berekening).

Wanneer het college van B&W een subsidiebesluit heeft genomen of een inkoopcontract heeft gesloten onder voorbehoud van instemming door de gemeenteraad (vaak zal dit zijn: instemming met de gemeentebegroting) wordt de beslissing op de aanvraag aangehouden totdat de werkgever aannemelijk maakt dat deze instemming is verkregen. De verkregen instemming wordt ter kennisneming aan de betrokken werknemers toegezonden.

In het aanvraagformulier deel C worden afhankelijk van de gekozen bedrijfseconomische reden in rubriek 3 'werkvermindering' en/of 4 'Organisatorische en/of technologische veranderingen' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **1.5. Advies van de ondernemingsraad**

Op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) moet de werkgever/ondernemer ingeval van een voornemen tot een aantal gewichtige bedrijfseconomische besluiten advies vragen aan de ondernemingsraad.<sup>1</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om een belangrijke inkrimping van de activiteiten, verplaatsing van een bedrijf, het wijzigen van de organisatie of het stopzetten van de productie (artikel 25 lid 1 WOR). De ondernemer moet het advies daarover op een zodanig tijdstip vragen dat dit nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. De werkgever dient daarom in de ontslagaanvraag aan te geven of er een ondernemingsraad is ingesteld en of deze is/zal worden geraadpleegd over het besluit.

Zodra de ondernemingsraad een advies heeft uitgebracht, dan is hij geraadpleegd. Dit geldt ook als de ondernemingsraad van zijn adviesrecht afziet. Als het gevraagde advies nog niet is gegeven, geldt het volgende. De ondernemer en de ondernemingsraad kunnen een uiterste datum afspreken waarop het advies dient te worden uitgebracht. Als deze datum is verstreken en tevens blijkt dat ten minste eenmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering over het voorgenomen besluit, dan wordt ervan uitgegaan dat de ondernemingsraad is geraadpleegd. Als nog geen datum is afgesproken en/of het genoemde overleg in een overlegvergadering niet heeft plaatsgevonden, wordt de ondernemingsraad geacht niet te zijn geraadpleegd.

---

<sup>1</sup> Dit geldt ook als in plaats van een ondernemingsraad een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld.

Een aanvraag is prematuur<sup>2</sup> als:

- de ondernemingsraad nog niet is geraadpleegd;
- de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd en de maand wachttijd<sup>3</sup> nog niet is verstreken, tenzij de ondernemingsraad geen bezwaar heeft tegen uitvoering van het besluit;
- beroep is ingesteld bij het Gerechtshof en (bij voorlopige voorziening) is bepaald dat het besluit nog niet mag worden uitgevoerd.

Een premature aanvraag wordt onder toepassing van artikel 4 lid 6 Regeling UWV ontslagprocedure geweigerd.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 9 'Diverse situaties' onder 'Ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## 1.6. Ontslagregeling: artikel 2 t/m 8

### **§ 2. Regels met betrekking tot een redelijke grond voor ontslag als bedoeld in artikel 669 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek**

#### **Toelichting bij paragraaf 2**

In artikel 7:669 BW is geregeld dat een werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen als daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer op een andere passende functie bij de werkgever binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In het vijfde lid van dat artikel is onder meer geregeld dat nadere regels worden gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging. De hierna te bespreken artikelen strekken hiertoe.

#### **Artikel 2 Beoordeling noodzaak verval van arbeidsplaatsen**

In geval van een collectief ontslag als bedoeld in de Wet melding collectief ontslag wordt voor de toepassing van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aangenomen dat voor een doelmatige bedrijfsvoering het door de werkgever voorgestelde aantal te vervallen arbeidsplaatsen noodzakelijk is, indien dit blijkt uit een schriftelijke verklaring van de belanghebbende verenigingen van werknemers als bedoeld in artikel 3, derde lid, van de Wet melding collectief ontslag, tenzij sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden.

#### **Toelichting bij artikel 2**

Het spreekt voor zich dat als een werkgever aanvoert dat vanwege bedrijfseconomische omstandigheden, voor een doelmatige bedrijfsvoering, het noodzakelijk is dat arbeidsplaatsen komen te vervallen, hij zulks ook aannemelijk moet maken, zoals hiervoor en in de memorie van toelichting bij de Wvz ook is aangegeven. Net als thans het geval is, geldt op grond van onderhavig artikel een uitzondering als het vervallen van arbeidsplaatsen plaatsvindt in het kader van een collectief ontslag. In dat geval hoeft een werkgever de bedrijfseconomische noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen niet te onderbouwen als uit een schriftelijke verklaring van de bij een collectief ontslag betrokken verenigingen van werknemers blijkt dat voor een doelmatige bedrijfsvoering het noodzakelijk is dat arbeidsplaatsen komen te vervallen. Deze bepaling is (en was in het Ontslagbesluit) opgenomen om onnodige belasting van de werkgever (en daarmee van de ontslagprocedure) tegen te gaan en laat zich als volgt verklaren. In het kader van de Wet melding collectief ontslag (WMCO) is een werkgever gehouden om bij een voornemen om de arbeidsovereenkomsten van 20 of meer werknemers, werkzaam in één werkgebied van het UWV, op een of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te beëindigen, de vakbonden te informeren en te consulteren. Hierbij moeten gegevens worden overgelegd met de overwegingen die tot het ontslagvoornemen hebben geleid en het aantal werknemers dat wordt ontslagen, het tijdstip of de tijdstippen waarop dat zal gebeuren en de criteria die bij de samenstelling van de ontslaglijst worden gehanteerd. De raadpleging van de vakbonden heeft betrekking op de mogelijkheden om het collectieve ontslag te voorkomen of het aantal ontslagen

<sup>2</sup> Het aanvragen van een ontslagvergunning wordt gezien als een uitvoeringshandeling. Daarvan kan pas sprake zijn als de adviesprocedure is afgerond (Hof Amsterdam 29 september 2003, JAR 2003/261).

<sup>3</sup> De ondernemer moet de uitvoering van een besluit, dat afwijkt van het OR-advies, een maand opschorten.

te verminderen, alsook de mogelijkheid om de gevolgen voor het personeel te verzachten. Het voorgaande betekent dat de betrokken vakbonden in geval van een collectief ontslag zelf zich een oordeel kunnen (en feitelijk ook moeten) vormen over de bedrijfseconomische noodzaak van een collectief ontslag. Als zij, na toetsing van de door de werkgever overgelegde informatie, tot het oordeel komen dat die noodzaak aanwezig is, hoeft de beoordeling hiervan niet nogmaals plaats te vinden. Dat is alleen anders als blijkt dat er sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden die ten tijde van de afgifte van de schriftelijke verklaring niet bekend waren. In dat geval zal de noodzaak van het vervallen van arbeidsplaatsen alsnog door de werkgever aannemelijk moeten worden gemaakt.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 9 'Diverse situaties' onder 'Wet melding collectief ontslag (WMCO)' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **Artikel 3 Verval arbeidsplaatsen groep**

Indien arbeidsplaatsen vervallen bij een werkgever, wiens onderneming deel uitmaakt van een groep, of die meer dan één onderneming in stand houdt, wordt de noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die van toepassing zijn op de onderneming waar de arbeidsplaatsen vervallen.

#### **Toelichting bij artikel 3**

In dit artikel is geregeld – zoals in de beleidsregels UWV was verwoord – dat indien een onderneming onderdeel uitmaakt van een concern, de noodzaak van het vervallen van arbeidsplaatsen wordt beoordeeld aan de hand van de bedrijfseconomische omstandigheden die van toepassing zijn op de onderneming waar arbeidsplaatsen komen te vervallen. Dat kan betekenen dat ondanks het feit dat in concernverband winst wordt gemaakt maar in een onderneming behorend tot dat concern verlies wordt geleden, en er onvoldoende winstperspectieven zijn, het laten vervallen van arbeidsplaatsen binnen die onderneming als noodzakelijk kan worden aangemerkt voor een doelmatige bedrijfsvoering binnen de desbetreffende onderneming. In een dergelijke situatie kan de werkgever niet verweten worden dat hij passende maatregelen treft, activiteiten reorganiseert en zo nodig op personeelskosten bezuinigt. Het feit dat in concernverband winst wordt gemaakt, doet hier niet aan af. Dit betreft een andere situatie dan die waarin het concern in een slechte financiële positie verkeert en daarom ook van een onderneming die onderdeel uitmaakt van het concern, maar op zichzelf niet in een slechte financiële positie verkeert, offers kunnen worden gevraagd die kunnen leiden tot het verval van arbeidsplaatsen bij deze onderneming. Overigens geldt dat ten aanzien van de mogelijkheden tot herplaatsing in artikel 9, tweede lid, is geregeld dat in het geval een onderneming deel uitmaakt van een concern, bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is, steeds mede arbeidsplaatsen in andere tot dit concern behorende ondernemingen moeten worden betrokken.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 9 'Diverse situaties' onder 'Groep' en rubriek 11 'Herplaatsing' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **Artikel 4 Deeltijdontslag**

Er bestaat geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen, tenzij dit onvermijdelijk is en de werkgever de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur.

#### **Toelichting bij artikel 4**

De arbeidsovereenkomst is ondeelbaar. De toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst (of de ontbinding daarvan) kan dan ook uitsluitend de *gehele* arbeidsovereenkomst betreffen waardoor deeltijdontslag niet mogelijk is. Dit was zo geregeld in het Ontslagbesluit en is ook thans de strekking van onderhavig artikel waarin geregeld wordt dat

er geen redelijke grond voor ontslag is als het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat in geval sprake is van een functie die door twee werknemers wordt uitgeoefend in het kader van een duobaan, voor de toepassing van dit artikel sprake is van twee arbeidsplaatsen. Echter onder omstandigheden kan een structurele aanpassing van de personele bezetting, anders dan door middel van volledig ontslag van één of meer bepaalde medewerkers, noodzakelijk zijn. In dergelijke situaties zullen partijen uit het oogpunt van goed werkgeverschap en werknemerschap eerst in onderling overleg het eens moeten zien te worden over het aanpassen van de omvang van de arbeidsovereenkomst. In de praktijk wordt deze weg ook vaak gevolgd maar voor die gevallen waar dat niet tot het gewenste resultaat leidt, wordt op de hoofdregel een uitzondering gemaakt als aannemelijk is dat deeltijdontslag onvermijdelijk is en de werkgever de werknemers van wie de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt, schriftelijk heeft toegezegd een nieuwe arbeidsovereenkomst te zullen aangaan onder dezelfde voorwaarden, doch voor een minder aantal uren, is deeltijdontslag mogelijk. In het verleden hebben de Nationale Ombudsman en de Hoge Raad deeltijdontslag onder deze restricties toelaatbaar geoordeeld.<sup>2</sup>

Ter verduidelijking enkele praktijkvoorbeelden van situaties waar deeltijdontslag noodzakelijk was. Een klein bedrijf dat zonwering plaatst, heeft twee monteurs in dienst. Door een halvering van de orderportefeuille zijn de montagewerkzaamheden structureel afgenomen. Aangezien het plaatsen van zware rolluiken de fysieke inzet van minimaal twee monteurs tegelijk vereist, kan het bedrijf niet volstaan met slechts één medewerker in dienst houden. Dan kan er immers helemaal niet meer geplaatst worden. Een ander voorbeeld betreft een restaurant dat altijd veel klandizie heeft gehad voor zakenlunches. Door allerlei oorzaken neemt deze omzet af: bedrijven verlaten de buurt, een economische recessie speelt op etc. Er zijn op enig moment nog nauwelijks klanten en dus ook weinig omzet en inkomsten tijdens de lunch. De werkgever kan dan op bedrijfseconomische gronden besluiten de lunch als verliespost te schrappen en nog slechts in de avonden open te blijven. Het restaurantpersoneel is echter volledig nodig om dan de minimaal vereiste bezetting te kunnen invullen, doch voor een minder aantal uren. Kinderopvangorganisaties kunnen worden geconfronteerd met een daling van het aantal aangemelde kinderen of een daling van het aantal uren dat per kind wordt afgenomen. Daardoor vervallen bepaalde groepen/diensten op bepaalde dagen/dagdelen. Aantallen benodigde medewerkers kunnen variëren per dag(deel). Op dinsdagen is er doorgaans veel behoefte, op woensdagen weer minder. Onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan dan leiden tot onoverkomelijke roosterproblemen op sommige dagen/dagdelen, en daarmee mogelijk tot strijd met overheidsvoorschriften (veiligheid). Strikte afspiegeling kan tot gevolg hebben dat er op bepaalde dagen/dagdelen te weinig personeel is, terwijl juist dan de voltallige bezetting vereist is. Door deze specifieke omstandigheid kan deeltijdontslag onvermijdelijk, en daardoor toelaatbaar zijn. Het spreekt voor zich dat alvorens aan deeltijdontslag wordt toegekomen de werkgever eerst tracht de door toepassing van het afspiegelingsbeginsel ontstane roosterprobleem op te lossen door de werknemer aan te bieden op andere dagen of dagdelen de arbeid te laten verrichten.

In het aanvraagformulier deel C wordt in rubriek 9 'Diverse situaties' onder 'Deeltijdontslag' de hierop betrekking hebbende vraag gesteld.

### **Artikel 5 Uitbesteden werkzaamheden**

Er bestaat geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbestedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten.

### **Toelichting bij artikel 5**

In de memorie van toelichting bij de Wwz is aangegeven, dat geen toestemming voor opzegging zal worden verleend (en in het verlengde daarvan, in voorkomende gevallen de rechter de arbeidsovereenkomst niet zal kunnen ontbinden) als werknemers voor ontslag worden voorgedragen – vanwege door de werkgever noodzakelijk geachte kostenbesparing – terwijl het

<sup>2</sup> Nationale ombudsman 26 juli 1996, oordeel 96/339, JAR 1996/171; HR 24 december 2010 09/01915, LJN: BO2420 (Woonzorg-arrest).



werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor daar waar een werkgever werknemers wil ontslaan en hen wil vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten. De reden voor het in dergelijke gevallen weigeren van toestemming is niet zozeer gelegen in de omstandigheid dat hiervoor geen bedrijfseconomische noodzaak zou zijn aan te wijzen. Dat kan in een individueel geval wel aan de orde zijn. De reden hiervoor is dat er feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen. Tegelijkertijd wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaal economische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao verplichtingen die voor een werkgever gelden.

Bij het uitbesteden van werkzaamheden zal de arbeid ten behoeve van de werkgever voor of door een derde worden verricht, waardoor er wel sprake zal zijn van het vervallen van arbeidsplaatsen bij de werkgever, terwijl ook dan de aard en de omvang van de werkzaamheden in feite niet wijzigt. Dat is bijvoorbeeld het geval als een werkgever besluit productieactiviteiten uit te besteden aan een derde die deze werkzaamheden vervolgens met eigen personeel uitvoert ten behoeve van de werkgever. Om te voorkomen dat door middel van een dergelijke constructie het doel van de wettelijke regeling niet wordt bereikt, wordt in onderhavig artikel geregeld dat geen sprake is van een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen, wanneer die uitbesteding uitsluitend geschiedt om vaste werknemers te vervangen door flexibele of goedkopere arbeidskrachten. Van een redelijke grond voor ontslag kan bijvoorbeeld sprake zijn als de werkgever zijn niet tot zijn primaire proces behorende boekhouding uitbesteedt. Ook kan van een redelijke grond sprake zijn bijvoorbeeld wanneer een concurrent werkt met nieuwe geavanceerde apparatuur en hierdoor goedkoper kan produceren of een betere kwaliteit kan leveren terwijl de betreffende werkgever bijvoorbeeld gelet op de grootte van zijn bedrijf niet in staat is investeringen in deze apparatuur te doen en om die reden tot uitbesteding over gaat. De werkgever dient steeds de reden toe te lichten en aannemelijk te maken dat het uitbesteden van werkzaamheden ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering en niet enkel is ingegeven door het willen vervangen van vaste werknemers door flexibele of goedkopere arbeidskrachten.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 9 'Diverse situaties' onder 'Uitbesteding' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

#### **Artikel 6 Uitbesteden werkzaamheden aan zelfstandigen**

Indien de werkgever voornemens is werkzaamheden van een werknemer uit te besteden aan een persoon die deze werkzaamheden niet op basis van een arbeidsovereenkomst zal verrichten, is alleen sprake van een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst indien:

- a. de werkzaamheden zullen worden verricht door of namens een natuurlijke of rechtspersoon die is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel;
- b. aannemelijk is dat de voordelen die deze persoon geniet uit de arbeidsrelatie, kunnen worden aangemerkt als winst uit een onderneming in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 of de werkzaamheden die deze persoon verricht, worden aangemerkt als werkzaamheden verricht voor rekening en risico van een vennootschap waarin die persoon een aanmerkelijk belang heeft; en
- c. deze persoon beschikt over een beschikking als bedoeld in artikel 3.156 of 3.157 van de Wet inkomstenbelasting 2001, waaruit blijkt dat de voordelen die deze persoon geniet of zal genieten uit de arbeidsrelatie worden aangemerkt als winst uit onderneming, of dat de werkzaamheden die deze persoon zal verrichten verricht worden voor rekening en risico van de vennootschap waarin die persoon een aanmerkelijk belang heeft.

#### **Toelichting bij artikel 6**

In dit artikel wordt geregeld dat als een werkgever voornemens is werkzaamheden uit te besteden aan een persoon die de werkzaamheden niet op basis van een arbeidsovereenkomst zal verrichten, alleen dan sprake is van een redelijke grond voor ontslag als de betreffende werkzaamheden worden uitbesteed aan een 'echte zelfstandige'. Onder een echte zelfstandige wordt verstaan: iemand die in het bezit is van een relevante Verklaring arbeidsrelatie Winst uit onderneming (VAR-Wuo), die in fiscale zin als ondernemer kan worden aangemerkt en die ingeschreven is bij de Kamer van Koophandel. Ook kan als echte zelfstandige worden aangemerkt iemand die in het bezit is van een relevante Verklaring arbeidsrelatie directeur groot

aandeelhouder (VAR-dga), van wie aannemelijk is dat de werkzaamheden die hij verricht of zal verrichten worden aangemerkt als werkzaamheden uitsluitend verricht voor rekening en risico van de onderneming van de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft (waarvan hij Directeur Groot Aandeelhouder is). De werkgever/opdrachtgever zal hierover duidelijkheid moeten verschaffen, meer in het bijzonder ook of de uit te besteden werkzaamheden overeenkomen met de afgegeven VAR verklaring (een VAR voor automatiseringswerkzaamheden kan bijvoorbeeld niet worden gebruikt voor timmermanswerk). Personen die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een opdrachtgever willen werken en niet beschikken over een VAR-Wuo of VAR-dga, worden (behoudens tegenbewijs) niet als echte zelfstandigen, maar als schijnzelfstandigen beschouwd. Zij werken veelal tegen slechtere voorwaarden dan de voorwaarden die voor werknemers gelden terwijl hun positie hiermee in hoge mate vergelijkbaar is. Als een werkgever de arbeidsovereenkomsten van werknemers wil beëindigen en daarvoor in de plaats contracten wil aangaan met diezelfde werknemers, of met anderen, met als uitsluitend doel werknemerschap te vermijden, dan is er geen sprake van een redelijke grond voor ontslag.

Het doel van deze regeling is, net als bij het hiervoor besproken artikel, om schijnconstructies tegen te gaan en om te voorkomen dat werknemers in feite vogelvrij zijn.<sup>3</sup> Het volgende voorbeeld ter verduidelijking. Een werkgever besluit zijn boekhouding uit te besteden. Daardoor komt de arbeidsplaats van de boekhouder te vervallen. De werkgever heeft de betreffende werknemer aangeboden de werkzaamheden in het vervolg op basis van een overeenkomst van opdracht te vervullen. Als de werknemer dat aanbod aanvaardt dan zal geen toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden gevraagd. De werknemer stemt er immers mee in de werkzaamheden in het vervolg op basis van een ander contract te gaan vervullen. Als de werknemer weigert op het aanbod van de werkgever in te gaan en de werkgever in het verlengde daarvan toestemming voor opzegging vraagt, zal geen toestemming kunnen worden verleend nu geregeld wordt dat in een dergelijke situatie geen sprake is van een redelijke grond voor ontslag. Als de aanvraag wel zou kunnen worden gehonoreerd (wegens het vervallen van een arbeidsplaats), zou er geen sprake zijn van een vrije keuze die de werknemer heeft om al dan niet op het aanbod van de werkgever in te gaan. De werknemer zou zich immers altijd gedwongen voelen om op het aanbod van de werkgever in te gaan en daarmee ontslagbescherming ontberen.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 9 'Diverse situaties', onder 'Uitbesteding' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### **Artikel 7 Redelijke grond voor ontslag uitzendkracht**

Bij het beëindigen van een inleenopdracht, bestaat een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien aannemelijk is dat de werknemer niet binnen de periode van 26 weken, bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, bij die derde dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten en de uitzendwerkgever zich gedurende een periode gelijk aan de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, heeft ingespannen om de werknemer te herplaatsen in een passende functie.

### **Toelichting bij artikel 7**

In dit artikel zijn enkele specifieke regels met betrekking tot de redelijke grond voor ontslag van een uitzendkracht opgenomen.

In de eerste plaats is geregeld dat er na het beëindigen van een inleenovereenkomst een redelijke grond voor ontslag bestaat als aannemelijk is dat de derde met wie de inleenovereenkomst was aangegaan, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, voor de betreffende werknemer en voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden die de werknemer voorheen verrichtte, geen nieuwe inleenovereenkomst met de uitzendwerkgever zal aangaan. De zogenoemde vooruitblik over een periode van 26 weken om te bezien of sprake is van een structureel verval van arbeidsplaatsen wordt hiermee beperkt tot de laatste opdrachtgever van de desbetreffende werknemer. De reden hiervoor is dat het voor een uitzendwerkgever ondoenlijk is om in meer algemene zin te beoordelen of sprake is van een structureel verval van een arbeidsplaats nu hij

<sup>3</sup> Zie ook de brief d.d. 1 maart 2011 van de minister van SZW met de antwoorden op Kamervragen van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, AV/AR/2011/1545 en het verslag van het VAO Arbeidsmarktbeleid van 19 april 2011, waarin de minister van SZW aangeeft dat onder geen enkele voorwaarde wordt meegewerkt aan dergelijke constructies.

voor opdrachten en het aannemen van een werknemer afhankelijk is van derden. Het is wel mogelijk om te beoordelen of terugkeer bij de laatste inlener binnen de genoemde periode mogelijk zal zijn, aangezien die inlener de desbetreffende werknemer kent en hij de uitzendwerkgever kan informeren over eventuele vervolgoopdrachten binnen de genoemde periode. Als uit die informatie blijkt dat dit niet het geval zal zijn, is dat voldoende om te concluderen dat terugkeer binnen 26 weken niet mogelijk zal zijn. Het 'kennen' van de desbetreffende werknemer kan overigens ook tot de conclusie leiden dat het niet aannemelijk is dat de werknemer weer bij dezelfde inlener aan de slag zal kunnen. Dat zal het geval zijn als de inlener de inleenovereenkomst heeft beëindigd omdat hij niet tevreden was over deze werknemer.

Verder geldt als voorwaarde dat de uitzendwerkgever zich gedurende een periode gelijk aan de redelijke termijn – voorafgaande aan het verlenen van toestemming voor opzegging of het ontbinden van de arbeidsovereenkomst – heeft ingespannen om de werknemer te herplaatsen in een passende functie, al dan niet met behulp van scholing, zoals dat op grond van Bijlage B bij het voormalige Ontslagbesluit ook het geval was. Als ook daaraan is voldaan, is sprake van een redelijke grond voor ontslag. Onder een passende functie wordt in dit verband verstaan de eigen functie van de werknemer, maar dan bij een andere inlener, of een functie die als passend kan worden aangemerkt in de zin van artikel 9 van deze regeling, bij dezelfde of een andere inlener. Als een werknemer op een passende functie wordt geplaatst, is voldaan aan de verplichting tot herplaatsing en komt deze plicht te vervallen. Als vervolgens ook deze nieuwe inleenopdracht komt te vervallen, ontstaat een nieuwe verplichting tot herplaatsing. Van belang in dit verband is op te merken dat als een werknemer tijdelijk andere – niet passende – werkzaamheden verricht, deze niet van invloed zijn op de herplaatsingstermijn. In dat geval loopt deze termijn door alsook de verplichting van de werkgever om zich in te spannen de werknemer te plaatsen op een functie die wel passend is. Ten slotte is van belang op te merken dat als een werknemer bij aanvang van de herplaatsingsperiode ziek is, de termijn gaat lopen op het moment dat de werknemer is hersteld.

In het aanvraagformulier Aanvraag ontslag door uitzendwerkgever worden de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

#### **Artikel 8 Verval arbeidsplaatsen over toekomstige periode bezien**

1. De periode van 26 weken, bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
2. Indien sprake is van het beëindigen van een inleenopdracht vangt de periode, bedoeld in het eerste lid, aan op de dag waarop de inleenopdracht eindigt.

#### ***Toelichting bij artikel 8***

In het *eerste lid* is geregeld dat de periode van 26 weken, die relevant is voor de vraag of er sprake is van het structureel vervallen van een arbeidsplaats, aanvangt op de dag waarop het UWV beslist op een verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen of de rechter beslist op een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Voor een uitzendwerkgever geldt een afwijkende bepaling. In het *tweede lid* is geregeld dat de periode van 26 weken, in een situatie als bedoeld in artikel 7, ingaat op de dag waarop de inleenovereenkomst eindigt. Zou ook in deze gevallen worden uitgegaan van de datum waarop toestemming wordt verleend voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst dan zou in feite sprake zijn van een langere periode dan 26 weken omdat de uitzendwerkgever eerst de zogenoemde herplaatsingsperiode in acht moet nemen. Dat is ongewenst.

## 2. BEPALEN ONTSLAGVOLGORDE

*Alvorens toestemming wordt verleend voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet de werkgever eerst de relatie beëindigen met personen die dezelfde werkzaamheden verrichten, maar niet op basis van een dergelijke arbeidsovereenkomst. Dit is geregeld in artikel 7:671a lid 5 BW. In het zevende lid van dit artikel is geregeld dat bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat dit voorschrift niet geldt. Dit is geregeld in artikel 17 van de Ontslagregeling. Verder zijn er op grond van artikel 7:669 lid 5 BW in paragraaf 4 van de Ontslagregeling regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging van de arbeidsovereenkomst bij het vervallen van arbeidsplaatsen.*

### 2.1. Wet en Memorie van Toelichting

#### **Artikel 7:671a lid 5 en lid 7 BW**

...

5. De toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, wordt slechts verleend, indien de werkgever:

- a. de arbeidsrelatie met personen die niet op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op de arbeidsplaatsen die vervallen werkzaam zijn, heeft beëindigd;
- b. de arbeidsrelatie met personen die op grond van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 628a op de arbeidsplaatsen die vervallen werkzaam zijn, heeft beëindigd; en
- c. de overeenkomsten met betrekking tot ingeleende personen die op de arbeidsplaatsen die vervallen werkzaam zijn, heeft beëindigd.

...

7. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kunnen arbeidsrelaties of overeenkomsten met betrekking tot ingeleend personeel worden aangewezen waarop lid 5 niet van toepassing is en kan worden bepaald wat mede onder de werkgever, bedoeld in lid 5, wordt verstaan.

...

#### **Artikel 7:669 lid 5 BW**

...

5. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden:

...

- b. regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, bedoeld in lid 3, onderdeel a.

#### **Memorie van Toelichting**

##### **Algemeen deel (p. 44 e.v.)**

Tevens zal gelden dat, alvorens toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om bedrijfseconomische redenen wordt verleend, een werkgever de arbeidsrelatie moet hebben beëindigd met personen die niet op basis van een dergelijke overeenkomst bij hem werkzaam zijn, of bij hem werkzaam zijn op grond van een zogenoemd oproepcontract, voor zover zij dezelfde werkzaamheden verrichten. Dat is nu ook het geval en betreft bijvoorbeeld

uitzendkrachten, ingeleend of ingehuurd personeel van een andere bedrijfsvestiging van de werkgever of van een ander bedrijf, en werknemers met een tijdelijk dienstverband waarvan de arbeidsovereenkomst binnen korte tijd zal eindigen. Als het gaat om ingeleend of ingehuurd personeel van een andere bedrijfsvestiging van dezelfde werkgever dient deze inleenrelatie overigens ook beëindigd te worden als het een werknemer betreft met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het eerst moeten beëindigen van andere arbeidsrelaties, geldt tenzij bij ministeriële regeling anders is bepaald. Bij die regeling zal worden voorzien in een uitzondering op deze regel voor uitzendkrachten die uitsluitend voor piekwerkzaamheden zijn ingehuurd of ter vervanging bij ziekte en (net als thans in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is bepaald) de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen niet zijn ingegaan op een aanbod van de werkgever om deze piek- of vervangende werkzaamheden te verrichten. Ook zal in deze regeling worden voorzien in een uitzondering voor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij de desbetreffende werkgever en voor werknemers die op een tijdelijke arbeidsovereenkomst bij de werkgever werkzaam zijn en waarvan de (resterende) looptijd van het contract meer bedraagt dan 26 weken (zoals voor laatstgenoemde categorie van werknemers thans ook geldt).

## **6. Bepalen ontslagkeuze bij bedrijfseconomisch ontslag**

### *Afspiegelingsbeginsel*

Op grond van de regels van het huidige Ontslagbesluit geldt in geval van bedrijfseconomisch ontslag dat bij het gedeeltelijk vervallen van uitwisselbare functies de ontslagkeuze wordt bepaald aan de hand van het afspiegelingsbeginsel. Dat wil zeggen: de werknemers werkzaam op die uitwisselbare functies worden ingedeeld in vijf leeftijdscategorieën en zij komen vervolgens naar de verhouding tussen die categorieën voor ontslag in aanmerking. Daarbij geldt dat de laatst binnengekomen werknemer binnen een leeftijdscategorie als eerste wordt ontslagen. Voorbeeld: er zijn 100 arbeidsplaatsen en daarvan moeten er 20 komen te vervallen. Binnen elke leeftijdscategorie zijn 20 werknemers werkzaam. Dat betekent dat er binnen elke categorie 4 werknemers moeten worden ontslagen. Wie dat zijn, wordt bepaald door het dienstjarenbeginsel (last in, first out).

Dat beginsel wordt ook als uitgangspunt genomen in dit voorstel tot wijziging van het ontslagrecht. Het voorkomt willekeur en heeft als voordeel dat de werkgever niet specifiek hoeft te motiveren waarom hij een bepaalde werknemer ontslaat en anderen niet. Het laten vervallen van dit beginsel zal bovendien een negatief effect kunnen hebben op het beleid gericht op het bevorderen van duurzame inzetbaarheid van werknemers. Bij een geheel vrije keuze wordt de werkgever minder gestimuleerd om te blijven investeren in zijn (oudere) werknemers. Net als nu het geval is, zal de werkgever in specifieke situaties wel gemotiveerd kunnen afwijken van de toepassing van het beginsel. Dit zal aan de orde kunnen zijn als een werknemer beschikt over bijzondere kennis en bekwaamheden (die niet worden vereist voor de functie zelf) of in de gevallen waar werknemers werkzaam zijn bij derden en vervanging niet mogelijk is. Tevens worden bijzondere regels voor de schoonmaaksector en de uitzendsector zoals thans het geval in respectievelijk bijlage A en B bij het Ontslagbesluit gehandhaafd. Deze regels zullen, net als nu het geval, worden vervat in een ministeriële regeling die in overleg met sociale partners zal worden opgesteld. Daarbij zal tevens worden bezien of de bestaande regels op onderdelen aanvulling of wijziging behoeven.

De regering is met sociale partners van mening dat er ruimte moet zijn voor de werkgever om werknemers die bovengemiddeld presteren, of die naar zijn verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, buiten de toepassing van afspiegeling te houden. Daarom zal in de hiervoor genoemde regeling aan de werkgever de mogelijkheid worden geboden om onder voorwaarden tot ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van de afspiegeling voor ontslag in aanmerking zouden komen van afspiegeling af te wijken. Deze voorwaarden worden neergelegd in de hiervoor genoemde ministeriële regeling. De werkgever zal het bovengemiddeld functioneren of het over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst aannemelijk moeten maken. Voorts zal voor werknemers op voorhand duidelijk moeten zijn dat hun functioneren deel uit kan maken van de beoordeling wie voor ontslag in aanmerking komt en dat een personeelsbeleid wordt gevoerd waar het periodiek beoordelen en het identificeren van werknemers met veel potentie voor de toekomst, onderdeel van uitmaken. Werkgevers moeten aannemelijk maken dat andere werknemers dezelfde kansen hebben gehad als de werknemers die buiten de afspiegeling worden gehouden. Aldus zal de werkgever zich moeten verantwoorden over het door hem gevoerde beleid (in algemene zin) als het gaat om scholing van werknemers. Deze afwijking van 10% van het afspiegelingsbeginsel geldt niet voor de leeftijdscategorieën 15-25 en 55 jaar en ouder. In deze categorieën werknemers zullen niet

meer ontslagen mogen vallen dan bij volledige toepassing van de afspiegeling het geval zou zijn geweest. Dit is gerechtvaardigd, omdat werknemers in de laagste leeftijdscategorie nog onvoldoende de gelegenheid hebben gehad zich te manifesteren. Werknemers in de hoogste leeftijdscategorie worden uitgezonderd, omdat zij een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt hebben en om te voorkomen dat de investeringsbereidheid van werkgevers zal afnemen. Van deze regeling kan gebruikt worden gemaakt als dit bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is overeengekomen.

Voor twee categorieën van werknemers zullen aparte regels worden gesteld. Dat betreft in de eerste plaats arbeidsgehandicapte werknemers. Zij kunnen op verzoek van de werkgever geheel of gedeeltelijk buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden gelaten als toepassing daarvan ertoe leidt dat een werkgever niet meer aan de afspraken kan voldoen om een bepaald percentage arbeidsgehandicapten in dienst te hebben. In de tweede plaats komen er aparte regels voor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij een werkgever, zodanig dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever.

## **2.2. Nadere toelichting**

In overleg met de sociale partners is ervan afgezien om de specifieke regeling voor de schoonmaaksector (voorheen Bijlage A bij het Ontslagbesluit) te handhaven nu de wet de mogelijkheid biedt – voor een onderneming of een bedrijfstak – om bij cao eigen regels te stellen voor het bepalen van de ontslagvolgorde, mits die cao voorziet in een van de werkgever onafhankelijke commissie die belast is met het toetsen van ontslag om bedrijfseconomische redenen.

## **2.3. Ontslagregeling: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties**

### **§ 5. Regels met betrekking tot het eerst beëindigen van andere arbeidsrelaties**

#### **Artikel 17 Opzeggen terwijl andere arbeidsrelaties nog niet zijn geëindigd**

De toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek kan worden verleend zonder dat de werkgever de arbeidsrelatie of overeenkomst heeft beëindigd van:

- a. werknemers en personen die werkzaamheden van tijdelijke aard verrichten, gedurende een periode van ten hoogste 26 weken;
- b. werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de resterende looptijd van de arbeidsovereenkomst meer bedraagt dan 26 weken, te rekenen vanaf de dag waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen is ingediend, voor zover deze werknemers niet op grond van artikel 11 in aanmerking komen voor ontslag; of
- c. payrollwerknemers, die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de resterende looptijd meer bedraagt dan 26 weken, te rekenen vanaf de dag waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen is ingediend, voor zover voor deze werknemers uit de toepassing van artikel 11 niet voortvloeit dat de overeenkomst met de payrollwerkgever moet worden opgezegd.

#### **Toelichting bij artikel 17**

In het vijfde lid van artikel 7:671a BW zijn arbeidsrelaties aangewezen die de werkgever in ieder geval moet beëindigen, voordat toestemming kan worden verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In artikel 7:671a, zevende lid, BW is bepaald dat bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid arbeidsrelaties of overeenkomsten met betrekking tot ingeleend personeel kunnen worden aangewezen waarop die bepaling niet van toepassing is. In het onderhavige artikel worden deze arbeidsrelaties en overeenkomsten aangewezen. De toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW kan wel worden verleend als de bij deze regeling aangewezen arbeidsrelaties of overeenkomsten met betrekking tot ingeleend personeel niet zijn beëindigd.

Het betreft situaties waarin de werkzaamheden die op grond van die overeenkomsten of arbeidsrelaties worden verricht tijdelijk van aard zijn, dat wil zeggen, korter dan 26 weken duren (en niet structureel kunnen worden gemaakt). Dat is ook logisch, enerzijds omdat de toestemming voor opzegging (veelal) werknemers zal betreffen met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, anderzijds omdat als het tijdelijke werkzaamheden betreft deze vanzelf aflopen en de hiermee gemoeide functies ook niet worden betrokken bij de toepassing van afspiegeling omdat zij niet als uitwisselbaar worden gezien.

Voorts is geregeld dat toestemming om een arbeidsovereenkomst op te zeggen wel kan worden verleend als de werkgever arbeidsovereenkomsten van werknemers van wie de resterende duur van de arbeidsovereenkomst meer bedraagt dan 26 weken niet heeft beëindigd. Deze werknemers worden, in tegenstelling tot werknemers van wie de resterende duur van de arbeidsovereenkomst minder bedraagt dan 26 weken, meegenomen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

Ten slotte is in dit artikel geregeld dat het voorschrift van artikel 7:671a, vijfde lid, BW evenmin geldt voor zover het betreft payrollwerknemers, voor zover zij niet op grond van toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen (op grond van de schakelbepaling artikel 20, tweede lid) waardoor de overeenkomst met het payrollbedrijf moet worden opgezegd. Zonder deze regeling zou gelden dat bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen een werkgever eerst afscheid zou moeten nemen van zijn payrollwerknemers. Dat is tegengesteld aan hetgeen met betrekking tot payrollwerknemers wordt beoogd, namelijk dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever.

#### **2.4. Nadere toelichting: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties**

Uitgangspunt is dus dat aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een grotere bescherming toekomt dan aan (sommige) flexibele medewerkers die dezelfde werkzaamheden verrichten. Op grond hiervan geldt bij ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden een rangorde tussen groepen medewerkers.

##### **Rangorde bij het beëindigen van arbeidsrelaties**

De volgende groepen worden onderscheiden:

- |         |  |
|---------|--|
| Groep 1 | Externe medewerkers: gedetacheerden en uitzendkrachten, zelfstandigen zonder personeel <sup>4</sup> en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging.   |
| Groep 2 | Werknemers (inclusief payrollwerknemers) die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt.   |
| Groep 3 | Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (inclusief payrollwerknemers) van wie het contract binnen ten hoogste 26 weken na datum indiening van de ontslagaanvraag eindigt en werknemers (oproepkrachten, inclusief payrollwerknemers) als bedoeld in artikel 7:628a BW (de overeengekomen arbeidsomvang is minder dan 15 uur per week en de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, zijn niet vastgelegd dan wel de omvang van de arbeid is niet of niet eenduidig vastgelegd). |
| Groep 4 | Werknemers (inclusief payrollwerknemers) met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (inclusief payrollwerknemers) waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt, te rekenen vanaf de datum indiening van de aanvraag.  |

De werkgever dient bij het vervallen van arbeidsplaatsen eerst afscheid te nemen van personen uit de groepen 1 en 2 die werkzaam zijn in dezelfde categorie uitwisselbare functies. Nu onder uitwisselbare functies niet wordt verstaan dezelfde werkzaamheden die voor een korte periode

<sup>4</sup> Zzp'ers vallen onder art. 7:671a lid 5 onderdeel a BW omdat zij een arbeidsrelatie met de werkgever hebben en niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien de redelijke grond voor ontslag gelegen is in uitbesteding van werkzaamheden, hoeft de werkgever uiteraard niet eerst afscheid te nemen van de zzp'ers die al op een dergelijke arbeidsplaats werkzaam zijn.

worden verricht (korter dan 26 weken) geldt dit niet voor de personen die deze werkzaamheden verrichten. Pas als daarmee de noodzakelijke personeelsinkrimping niet (voldoende) kan worden gerealiseerd, komen werknemers in dezelfde categorie uitwisselbare functies uit groep 3 en 4 voor ontslag in aanmerking waarbij vervolgens als eerste afscheid moet worden genomen van werknemers in groep 3.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## 2.5. Ontslagregeling: afspiegelingsbeginsel

### **§ 4 Regels met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden**

#### **Toelichting bij paragraaf 4**

In artikel 7:669, vijfde lid, onderdeel b, BW is aangegeven dat regels worden gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. In de memorie van toelichting bij de Wwz is aangegeven dat hierbij zal worden aangesloten bij de regels die thans gelden voor het bepalen van de ontslagvolgorde bij het vervallen van uitwisselbare functies, te weten het afspiegelingsbeginsel met de daarbij reeds geldende uitzonderingen. Voorts is in de memorie van toelichting aangegeven dat bij het stellen van deze regels zal worden voorzien in de mogelijkheid voor werkgevers om werknemers die bovengemiddeld presteren, of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, onder voorwaarden tot ten hoogste 10% van de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen, buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel te houden.

De artikelen in deze paragraaf strekken hiertoe waarbij (voor de goede orde) wordt opgemerkt dat toepassing van afspiegeling niet aan de orde is als een unieke functie (een functie die slechts door één werknemer wordt bekleed) komt te vervallen. Evenmin is afspiegeling aan de orde als een categorie uitwisselbare functies geheel komt te vervallen. In dat geval moeten immers alle werknemers binnen deze categorie uitwisselbare functies afvloeien.

#### **Artikel 11 Afspiegelingsbeginsel**

1. Voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 gaat, komen per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komt, voor zover mogelijk, overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de desbetreffende categorie uitwisselbare functies. De in de eerste volzin bedoelde leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet genoemde leeftijd.
2. Indien in de desbetreffende categorie uitwisselbare functies werknemers werkzaam zijn die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd hebben bereikt, komen deze werknemers, alvorens het eerste lid wordt toegepast, het eerst voor ontslag in aanmerking. Van deze werknemers komen vervolgens de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking.
3. Indien de toepassing van het eerste lid geen uitsluitel geeft over de voor ontslag in aanmerking te brengen werknemers, doordat in een bepaalde leeftijdscategorie de duur van het dienstverband van meerdere werknemers gelijk is, beslist de werkgever welke van deze werknemers voor ontslag in aanmerking komen.
4. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, kan deze werknemer bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten.
5. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn, kan deze werknemer bij de toepassing van het eerste lid buiten



beschouwing worden gelaten.

6. Arbeidsbeprekten als bedoeld in artikel 38b, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen kunnen bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten.
7. Indien een werknemer voor ontslag in aanmerking wordt gebracht wegens het vervallen van een loonkostensubsidie die de werkgever voor die werknemer ontving, is het eerste lid niet van toepassing.

### **Toelichting bij artikel 11**

In het *eerste lid* van dit artikel wordt geregeld dat voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaats of arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies (zie artikel 13) gaat, per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking worden gebracht, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking wordt gebracht voor zover mogelijk overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de desbetreffende categorie uitwisselbare functies. De hiervoor genoemde leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (hierna AOW) genoemde leeftijd.

In het *tweede lid* is geregeld dat als in een categorie uitwisselbare functies werknemers werkzaam zijn die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd hebben bereikt, deze werknemers, alvorens het eerste lid wordt toegepast, het eerst voor ontslag in aanmerking worden gebracht. Hiermee wordt voorkomen dat een werknemer die voor zijn inkomen aangewezen is op het verrichten van arbeid plaats moet maken voor een AOW-gerechtigde werknemer voor wie dat niet het geval is. Gezien de ratio van deze regeling, het willen voorkomen dat jongere werknemers plaats moeten maken voor AOW-gerechtigden, ligt het niet in de rede van de werkgever te verlangen dat hij mogelijkheden tot herplaatsing van deze werknemers onderzoekt alvorens tot het verlenen van toestemming voor opzegging (of ontbinding) van de arbeidsovereenkomst kan worden overgegaan. Uit de tweede zin van dit lid volgt dat van de AOW-gerechtigde werknemers de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking moeten worden gebracht als het aantal uitwisselbare functies dat vervalt minder is dan het aantal AOW-gerechtigde werknemers.

De situatie kan zich voordoen dat in een bepaalde leeftijdscategorie meerdere werknemers zijn van wie de duur van het dienstverband hetzelfde is, terwijl uit die leeftijdscategorie maar één werknemer voor ontslag hoeft te worden voorgedragen. Voor die situatie is in het *derde lid* geregeld dat de werkgever, gemotiveerd, zelf de keuze kan bepalen.

In het *vierde lid* wordt geregeld dat als de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, deze werknemer door de werkgever bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing kan worden gelaten. De reden hiervoor is dat steeds meer bedrijven (vooral in de zakelijke dienstverlening) gebruik maken van detacheringconstructies waarbij werknemers onder toezicht en leiding van derden werkzaamheden verrichten. Als de economische bedrijvigheid afneemt, kan er een situatie ontstaan dat er voor de ter beschikking gestelde werknemers op enig moment onvoldoende vervolgoopdrachten voorhanden zijn en bedrijven om die reden moeten inkrimpen. Toepassing van het afspiegelingsbeginsel zou er dan toe kunnen leiden dat een bij een derde werkzame werknemer voor ontslag in aanmerking moet worden gebracht (vanwege een lagere anciënniteit dan een andere werknemer die dan voor hem in de plaats zou komen) hoewel een vervanging van deze werknemer bij die derde redelijkerwijs niet kan worden geëffectueerd. In dat geval kan van deze uitzondering gebruik worden gemaakt. De werkgever zal dan aannemelijk moeten maken dat vervanging van de werknemer, in het licht van de zakelijke relatie tussen de werkgever en de derde, te bezwaarlijk is. Daarbij kunnen verschillende omstandigheden een rol spelen, zoals:

- de inhoud van de opdrachtovereenkomst tussen werkgever en derde en de duurzaamheid van de relatie tussen hen beiden waarbij het enkele feit dat de opdrachtovereenkomst vermeldt dat vervanging niet is toegestaan, onvoldoende is;
- de mate waarin de persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van de betrokken werknemer voor de opdrachtgever van belang zijn;
- de mate waarin bezwaren tegen vervanging zijn terug te voeren op een tekort aan scholingsinspanningen van de zijde van de werkgever;
- de duurzaamheid van de relatie tussen de betrokken werknemer en de opdrachtgever;

- de verhouding tussen de terbeschikkingstelling van de betrokken werknemer bij de opdrachtgever en het totaal van diens arbeidsduur bij deze werkgever;
- de wijze waarop vervanging van de betrokken werknemer is geregeld in andere gevallen, zoals bij ziekte of vertrek naar een andere werkgever, en de wijze waarop daarmee in de praktijk is omgegaan;
- de benodigde inwerkperiode in relatie tot de resterende looptijd van de werkzaamheden die voortvloeien uit de opdracht;
- de mate waarin de voortgang van de werkzaamheden door een eventuele vervanging worden geschaad.

In het *vijfde lid* wordt geregeld dat als een werknemer over zodanige bijzondere kennis en bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk is, deze werknemer door de werkgever bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing kan worden gelaten. Het betreft hier de zogenoemde onmisbare werknemer. Het moet dan gaan om *bijzondere* kennis en bekwaamheden, dus geen kennis en bekwaamheden die normaal binnen de functie al vereist zijn. Deze uitzondering biedt dan ook geen handvat voor het uitzonderen van een werknemer die in de ogen van een werkgever beter functioneert dan een andere werknemer binnen dezelfde functiegroep. Als aannemelijk is dat de werknemer over bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dient vervolgens te worden beoordeeld wat de negatieve gevolgen van het ontslag van deze werknemer zijn voor het functioneren van de onderneming. Als deze gevolgen te bezwaarlijk zijn, kan een werkgever zich met recht beroepen op deze uitzondering. Als voorbeeld wordt genoemd de werknemer met een langdurig dienstverband bij een onderneming, die binnen de onderneming diverse functies heeft vervuld en vanwege zijn grote (ook historische) kennis van het reilen en zeilen van de onderneming eigenlijk niet te missen is voor de werkgever. Andere, aan de praktijk ontleende voorbeelden, zijn een medewerker in een kleine onderneming die ook beschikt over een 'groot' rijbewijs waardoor hij de enige chauffeur in de onderneming bij afwezigheid kan vervangen en de medewerker die naast zijn normale functie op vrijwillige basis ook lid is van de bedrijfsbrandweer van zijn werkgever die hem in de gelegenheid heeft gesteld mee te doen aan oefeningen en die op zijn kosten (veiligheids-) certificaten heeft behaald.

In het *zesde lid* wordt geregeld dat werknemers met een arbeidsbeperking als bedoeld in artikel 38b, eerste lid, Wet financiering sociale verzekeringen (ingevoegd bij Wet banenafpraak en quotum arbeidsbeperkten) bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Deze bepaling houdt verband met de afspraken die zijn gemaakt tussen kabinet en werkgevers over het in dienst nemen van werknemers met een arbeidsbeperking. Het kan voorkomen dat een werkgever in een categorie uitwisselbare functies meerdere werknemers met een arbeidsbeperking in dienst heeft, maar de werkgever deze niet allemaal bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing wenst te laten. Voor de vraag welke van deze werknemers in dat geval voor ontslag zullen moeten worden voorgedragen is de ontslagvolgorde op basis van het afspiegelingsbeginsel bepalend. Werknemers met een arbeidsbeperking die op basis van het afspiegelingsbeginsel als eerste voor ontslag in aanmerking komen, zullen ook als eerste voor ontslag moeten worden voorgedragen.

In het *zevende lid* is geregeld dat het eerste lid niet van toepassing is als de aanleiding voor het ontslag van een werknemer is gelegen in het beëindigen van een voor hem bestemde (aldus persoonsgebonden) loonkostensubsidie. De reden hiervoor is dat onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan leiden tot de situatie dat niet de werknemer van wie de loonkostensubsidie vervalft voor ontslag in aanmerking komt (terwijl dat de reden is voor het ontslag van de betreffende werknemer) maar een andere werknemer voor wie de werknemer geen subsidie ontvangt. Dat is ongewenst. Als een werknemer waarvoor een loonkostensubsidie is verleend in feite hetzelfde (reguliere) werk verricht en even productief is als andere werknemers (waarvoor geen loonkostensubsidie is verleend), zal het enkele feit dat voor een werknemer de loonkostensubsidie vervalft geen reden kunnen zijn voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Het zevende lid is in dat geval niet van toepassing, omdat geen sprake is van het in aanmerking komen voor ontslag van een werknemer *wegens* het vervallen van een loonkostensubsidie. In dat geval geldt het reguliere regime waarbinnen in geval sprake is van verval van arbeidsplaatsen het afspiegelingsbeginsel zal moeten worden toegepast.

## **2.6. Nadere toelichting: toepassing afspiegelingsbeginsel**

### **2.6.1. Afspiegelingsbeginsel**

Zoals in 2.4 'Nadere toelichting: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties' is beschreven volgt uit de wet- en regelgeving dat de werkgever bij het vervallen van arbeidsplaatsen eerst afscheid moet nemen van personen/werknemers uit groep 1 en 2 die werkzaam zijn in de betreffende categorie uitwisselbare functies van de onderneming of bedrijfsvestiging. Pas als daarmee de noodzakelijke personeelsinkrimping niet (voldoende) kan worden gerealiseerd, komen werknemers in dezelfde categorie uitwisselbare functies uit groep 3 en 4 voor ontslag in aanmerking. De werknemers uit groep 3 tellen wel mee bij de berekening van het aantal werknemers dat uit de verschillende leeftijdscategorieën voor ontslag in aanmerking komt, maar moeten op grond van de wet en de Ontslagregeling (artikel 671a, lid 5 BW en artikel 17 Ontslagregeling) vervolgens bij voorrang worden ontslagen.

Ter toelichting: artikel 11 lid 1 van de Ontslagregeling geeft aan dat op basis van het afspiegelingsbeginsel bepaald moet worden welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt. Het komt er samengevat op neer dat het personeelsbestand zo moet worden ingekrompen dat de leeftijdsopbouw van de werknemers (inclusief payrollwerknemers) binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft en dat binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking komt.

De werknemers in groep 3 en 4 zijn:

- werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van wie het contract binnen ten hoogste 26 weken na datum indiening van de ontslagaanvraag eindigt (groep 3); en
- werknemers (oproepkrachten) als bedoeld in artikel 7:628a BW: overeengekomen arbeidsomvang is minder dan 15 uur per week en de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht, zijn niet vastgelegd dan wel de omvang van de arbeid is niet of niet eenduidig vastgelegd (groep 3); en
- werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (groep 4); en
- werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt, te rekenen vanaf de datum indiening van de aanvraag (groep 4).

Alle werknemers (inclusief payrollwerknemers) van de onderneming of bedrijfsvestiging in groep 3 en 4, die op de peildatum in een categorie uitwisselbare functies werkzaam zijn, worden ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen, te weten:

- de leeftijdsgroep van 15 tot en met 24 jaar;
- de leeftijdsgroep van 25 tot en met 34 jaar;
- de leeftijdsgroep van 35 tot en met 44 jaar;
- de leeftijdsgroep van 45 tot en met 54 jaar;
- de leeftijdsgroep van 55 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd.

De regels voor de bepaling van de duur van het dienstverband zijn opgenomen in artikel 15 van de Ontslagregeling. Daar waar payrollwerknemers werkzaam zijn in de categorie uitwisselbare functies waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen, moet de werkgever/opdrachtgever informatie overleggen over de aard en de duur van het dienstverband van de payrollwerknemer bij hem (zie artikel 20 van de Ontslagregeling).

Als op de datum van de beslissing op de aanvraag blijkt dat een werknemer bij de afspiegelingsberekening is ingedeeld in de leeftijdsgroep 55 jaar tot AOW-gerechtigde leeftijd en om die reden niet voor ontslag in aanmerking komt, maar inmiddels (na de peildatum) AOW-gerechtigd is geworden en om die reden wel voor ontslag in aanmerking komt, vloeit uit de regelgeving voort dat (in beginsel) de werknemer met het langste dienstverband in de leeftijdsgroep 55 jaar tot AOW-gerechtigde leeftijd, die voor ontslag is voorgedragen, alsnog niet voor ontslag in aanmerking komt.

### **2.6.2. Afwijking afspiegelingsbeginsel**

De werkgever mag volgens de leden vier tot en met zes van artikel 11 van de Ontslagregeling in een beperkt aantal gevallen afwijken van het afspiegelingsbeginsel. Dat is het geval als een werknemer werkzaam is onder toezicht en leiding van een derde en vervanging niet van de werkgever kan worden verlangd, als een werknemer onmisbaar is, of als het gaat om een werknemer met een arbeidsbeperking. Beroep op deze afwijkingsmogelijkheden is niet mogelijk

ten gunste van een AOW-gerechtigde werknemer. Onderstaand worden enkele afwijkingsmogelijkheden nader toegelicht.

#### **2.6.2.1. Onmisbare werknemer (lid 5)**

De toelichting bij lid 5 van artikel 11 van de Ontslagregeling beschrijft wanneer een verzoek om een onmisbare werknemer bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing te laten, moet worden gehonoreerd.

Concreet betekent dit dat de werkgever op de volgende aspecten moet ingaan:

- de bijzondere kennis of bekwaamheid van deze werknemer en dat die normaal niet behoort tot de vereiste kennis of bekwaamheid van de functie; indien mogelijk met stukken te onderbouwen;
- in welk opzicht het ontslag van deze werknemer te bezwaarlijk is voor het functioneren van de onderneming. Vragen die hierbij aan de orde kunnen komen, zijn:
  - waarom en/of hoe vaak de werkgever deze bijzondere kennis of bekwaamheden nodig heeft gehad in de voorafgaande zes maanden en hoe vaak hij verwacht deze de komende zes maanden nodig te zullen hebben;
  - hoe de werkgever thans de vervanging van deze werknemer regelt bij langdurige afwezigheid (ziekte/verlof); welke werknemer dan zijn taken overneemt;
  - hoeveel tijd en kosten gemoeid zijn met de overdracht van de bijzondere kennis of bekwaamheden aan een andere werknemer (al dan niet met extra scholing).

#### **2.6.2.2. Werknemer met een arbeidsbeperking (lid 6)**

Onder een arbeidsbeperkte wordt volgens artikel 38b, eerste lid, Wet financiering sociale verzekeringen (afdeling 8) het volgende verstaan:

- a. een persoon die met ondersteuning bij de arbeidsinschakeling van het college van burgemeester en wethouders op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van de Participatiewet naar een dienstbetrekking is of wordt toegeleid, en van wie uitsluitend op verzoek van het college van burgemeester en wethouders door het UWV is vastgesteld dat hij niet in staat is tot het verdienen van het wettelijk minimumloon, bedoeld in artikel 2, onderdeel c, van de Participatiewet, met uitzondering van de persoon die arbeid verricht in een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 10b, eerste lid, van de Participatiewet,
- b. een persoon die geïndiceerd is als bedoeld in de Wet sociale werkvoorziening of een nog geldende indicatiebeschikking heeft op grond van artikel 11 van die wet, zoals dat artikel luidde voor de datum van inwerkingtreding van artikel II van de Invoeringswet Participatiewet,
- c. een persoon die recht op arbeidsondersteuning of een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten heeft, tenzij deze persoon duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft als bedoeld in artikel 1a:1 van die wet, of
- d. een persoon die voldoet aan een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde indicatie.

Op grond van artikel 11, lid 6 kan de werkgever een werknemer met een arbeidsbeperking bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing laten. Uit het artikel en de toelichting daarbij volgt dat als hij in de betreffende categorie uitwisselbare functies meerdere werknemers met een arbeidsbeperking in dienst heeft, dient de ontslagvolgorde te worden bepaald op basis van het afspiegelingsbeginsel. Van deze werknemers dient de werknemer met de minste afspiegelingsrechten als eerste voor ontslag te worden voorgedragen.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## **2.7. Stappenplannen en rekenvoorbeelden**

Ter verduidelijking worden de volgende stappenplannen en rekenvoorbeelden gegeven:

- Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel
- Rekenvoorbeelden bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel
- Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel bij deeltijdontslag.

### **2.7.1. Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel**

#### *1. Stel vast of sprake is van een bedrijfsvestiging*

Afspiegeling vindt plaats per onderneming of per bedrijfsvestiging (als de onderneming uit meerdere bedrijfsvestigingen bestaat). Een bedrijfsvestiging is een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft (zie artikel 1, onderdeel d en artikel 14 van de Ontslagregeling).

#### *2. Stel de categorieën uitwisselbare functies vast waarbinnen ontslagen vallen*

Uitwisselbare functies zijn functies die naar inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en competenties vergelijkbaar en de tijdelijke of structurele aard van de functie vergelijkbaar zijn en wat betreft niveau en beloning gelijkwaardig zijn. De factoren voor de vaststelling van de uitwisselbaarheid van functies, worden in onderlinge samenhang beoordeeld (zie artikel 13 van de Ontslagregeling).

#### *3. Stel het personeelsbestand vast*

Hiervoor is nodig een volledig overzicht van alle werknemers (inclusief payrollwerknemers) en externe medewerkers van de bedrijfsvestiging of onderneming, die op de peildatum werkzaam zijn, ingedeeld in categorieën uitwisselbare functies. De peildatum wordt in artikel 12 van de Ontslagregeling toegelicht.

#### *4. Ga na of de noodzakelijke inkrimping onvoldoende kan worden gerealiseerd door eerst afscheid te nemen van de medewerkers/werknemers uit groep 1 en 2.*

Zie voor een nadere toelichting over de groepen paragraaf 2.4 'Nadere toelichting: eerst beëindigen andere arbeidsrelaties'. Ga door naar stap 5 als de noodzakelijke inkrimping daarmee niet of onvoldoende kan worden gerealiseerd.

#### *5. Stel het personeelsbestand vast waarover moet worden afgespiegeld*

Hiervoor is nodig een volledig overzicht van alle werknemers (inclusief payrollwerknemers) uit groep 3 en 4 van de bedrijfsvestiging of onderneming, die op de peildatum werkzaam zijn, ingedeeld per categorie uitwisselbare functies.

#### *6. Stel vast hoeveel werknemers (inclusief payrollwerknemers) uit groep 3 en 4 werkzaam zijn in de categorie uitwisselbare functies waarbinnen (extra) ontslagen moeten vallen*

Voor zover een werkgever is uitgegaan van fte's (full-time equivalenten), moet dit door de werkgever worden omgerekend naar het aantal werknemers werkzaam in deze categorie uitwisselbare functies.

#### *7. Stel vast in welke leeftijdsgroep deze werknemers zitten*

#### *8. Stel vast met hoeveel werknemers uit groep 3 en 4 de categorie uitwisselbare functies moet inkrimpen*

Het aantal fte's kan afwijken van het aantal arbeidsplaatsen als werknemers in deeltijd werkzaam zijn. Dit kan betekenen dat stap 8 en 9 meerdere keren moet worden gevolgd om tot het juiste aantal voor ontslag voor te dragen werknemers te komen.

#### *9. Deel het aantal werknemers uit groep 3 en 4 binnen de leeftijdsgroep door het totaal aantal werknemers uit de groep 3 en 4 werkzaam in deze categorie uitwisselbare functies en vermenigvuldig de uitkomst met het aantal werknemers uit groep 3 en 4 waarmee de categorie uitwisselbare functies moet inkrimpen. Herhaal deze berekening voor elke leeftijdsgroep.*

Het afronden op één of twee cijfers achter de komma kan leiden tot een rekenkundig minder juiste uitkomst. Daarom wordt niet afgerond.

#### *10. Bepaal per leeftijdsgroep hoeveel werknemers voor ontslag in aanmerking komen*

Deze berekening levert soms een uitkomst op met een of meerdere cijfers achter de komma (bijvoorbeeld 2,6). Het cijfer vóór de komma geeft het aantal werknemers uit die leeftijdsgroep aan dat in elk geval voor ontslag in aanmerking komt. Bij 2,6 komen in elk geval 2 werknemers uit die leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking.

Als de som van de hele cijfers voor de komma lager is dan de noodzakelijke krimp, dan levert de leeftijdsgroep met het hoogste cijfer achter de komma de eerstvolgende werknemer die voor ontslag wordt voorgedragen. Dit gebeurt vervolgens met het daarna komende hoogste cijfer achter de komma totdat het totaal aantal voor ontslag voor te dragen werknemers is bereikt. Zie de rekenvoorbeelden. Op deze wijze komt per leeftijdsgroep het aantal voor ontslag voor te dragen werknemers vast te staan.

#### 11. Stel per leeftijdsgroep vast welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen

Als eerste komen in de verschillende leeftijdscategorieën de werknemers uit groep 3 voor ontslag in aanmerking. Vervolgens komt de werknemer met het kortste dienstverband binnen de leeftijdsgroep als eerste voor ontslag in aanmerking. Zie artikel 15 van de Ontslagregeling voor regels om de duur van het dienstverband te berekenen.

Het kan voorkomen dat een categorie uitwisselbare functies in meerdere of wellicht alle leeftijdsgroepen evenveel werknemers telt. Uitgangspunt in die situaties is dat het afspiegelingsbeginsel wordt toegepast tot waar dat mogelijk is. Voor zover op basis van afspiegeling de noodzakelijke inkrimping in een categorie uitwisselbare functies niet (geheel) kan worden bereikt, moet de (resterende) inkrimping over de leeftijdsgroepen worden verdeeld. Zie de rekenvoorbeelden hierna.

Het kan voorkomen dat binnen een leeftijdsgroep de voor ontslag voor te dragen werknemer niet kan worden vastgesteld omdat twee of meer werknemers op dezelfde datum in dienst zijn getreden of dezelfde arbeidsduur hebben. Deze situatie kan zich ook voordoen bij leeftijdsgroepen met een gelijke vertegenwoordiging. In dat geval mag werkgever op grond van artikel 11 lid 3 van de Ontslagregeling gemotiveerd beslissen welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt.

### 2.7.2. Rekenvoorbeelden bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel

De volgende rekenvoorbeelden zijn opgenomen:

1. Standaard
2. Combinatie van ontslagen
3. Alle voorkomende leeftijdsgroepen tellen evenveel werknemers
4. Enkele van de voorkomende leeftijdsgroepen tellen evenveel werknemers
5. Afwijking afspiegeling toegestaan, maar de leeftijdsgroep is uitgeput

#### Rekenvoorbeeld 1.

##### Standaard

In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 12 werknemers werkzaam. Deze 12 werknemers moeten worden ingedeeld in de vijf leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
3 wn	4 wn	0 wn	2 wn	3 wn	12 wn

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met 4 werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$3/12 \times 4 =$	$4/12 \times 4 =$	$0/12 \times 4 =$	$2/12 \times 4 =$	$3/12 \times 4 =$	
1	1,3333...	--	0,6666...	1	4 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	1 wn	--	--	1 wn	3 wn

In dit voorbeeld is er één voor ontslag voor te dragen werknemer te weinig berekend. De leeftijdsgroep met de hoogste waarde na de komma levert de voor ontslag voor te dragen werknemer op. Leeftijdsgroep 45-54 jaar heeft het hoogste cijfer achter de komma (,6666...) en deze leeftijdsgroep levert de dan voor ontslag voor te dragen werknemer.

Uiteindelijk is de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	1 wn	--	1 wn	1 wn	4 wn

De werknemer met het kortste dienstverband in de betreffende leeftijdsgroep komt voor ontslag in aanmerking.

*Per categorie uitwisselbare functies waarin ontslagen vallen, moet deze berekening telkens worden herhaald.*

## Rekenvoorbeeld 2.

### Combinatie van ontslagen

In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 25 werknemers werkzaam. Deze 25 werknemers moeten worden ingedeeld in de vijf leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
3 wn	7 wn	4 wn	5 wn	6 wn	25 wn

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met **8** werknemers worden ingekrompen. Van 2 werknemers staat het vertrek al vast. Het gaat om het aflopen van een tijdelijk dienstverband en de vervroegde pensionering van een werknemer. Voor 6 werknemers wordt een ontslagvergunning bij UWV aangevraagd. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$3/25 \times 8 =$	$7/25 \times 8 =$	$4/25 \times 8 =$	$5/25 \times 8 =$	$6/25 \times 8 =$	
0,96	2,24	1,28	1,6	1,92	8 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
--	2 wn	1 wn	1 wn	1 wn	5 wn

In dit voorbeeld zijn er drie voor ontslag voor te dragen werknemers te weinig berekend. De leeftijdsgroepen met de hoogste waarden na de komma leveren de voor ontslag voor te dragen werknemer op. Leeftijdsgroep 15-24 jaar heeft het hoogste cijfer achter de komma (,96) en deze leeftijdsgroep levert als eerste een voor ontslag voor te dragen werknemer. Vervolgens leeftijdsgroep 55 jaar tot AOW-gerechtigde leeftijd (,92) en tot slot leeftijdsgroep 45-54 jaar (,6).

Uiteindelijk is de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	2 wn	1 wn	2 wn	2 wn	8 wn

De 2 werknemers, waarvan eerst afscheid genomen moet worden (aflopen tijdelijk contract) dan wel het vertrek (binnen 26 weken) al vaststaat (vervroegde pensionering), zijn als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	--	--	--	1 wn	2 wn

De 6 werknemers waarvoor een toestemming wordt aangevraagd, zijn als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
--	2 wn	1 wn	2 wn	1 wn	6 wn

De situatie kan zich voordoen dat de anderszins vertrekkende werknemers beiden in bijvoorbeeld de leeftijdsgroep 35-44 jaar zitten, terwijl op basis van afspiegeling slechts 1 werknemer uit deze leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komt. De leeftijdsgroep die als laatste werd aangewezen voor het leveren van een voor ontslag voor te dragen werknemer hoeft nu een werknemer minder te leveren. De ontslagaanvraag voor de werknemer met het langste dienstverband uit deze leeftijdsgroep dient te worden ingetrokken (anders volgt een afwijzing). Toegepast op dit rekenvoorbeeld betekent dit dat uit leeftijdsgroep 45-54 jaar een werknemer minder voor ontslag in aanmerking komt.

### Rekenvoorbeeld 3.

#### Alle voorkomende leeftijdsgroepen tellen evenveel werknemers

In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 20 werknemers werkzaam. Deze 20 werknemers moeten worden ingedeeld in de vijf leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
4 wn	4 wn	4 wn	4 wn	4 wn	20 wn

Vast komt te staan dat elke voorkomende leeftijdsgroep een gelijk aantal werknemers telt. De volgende situaties kunnen zich dan voordoen:

#### 1. Er kan volledig worden afgespiegeld

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met **5** werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$4/20 \times 5 =$	$4/20 \times 5 =$	$4/20 \times 5 =$	$4/20 \times 5 =$	$4/20 \times 5 =$	
1 wn	1 wn	1 wn	1 wn	1 wn	5 wn

In dit geval kan de noodzakelijke inkrimping volledig met afspiegeling worden bereikt.

#### 2. Slechts een deel van de noodzakelijke inkrimping kan gelijk over de leeftijdsgroepen worden verdeeld

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met **7** werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$4/20 \times 7 =$	$4/20 \times 7 =$	$4/20 \times 7 =$	$4/20 \times 7 =$	$4/20 \times 7 =$	
1,40	1,40	1,40	1,40	1,40	7 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	1 wn	1 wn	1 wn	1 wn	5 wn

In dit voorbeeld zijn er twee voor ontslag voor te dragen werknemers te weinig berekend. De leeftijdsgroepen met de hoogste waarden na de komma leveren de voor ontslag voor te dragen werknemers op. Deze zijn echter allemaal gelijk. De resterende krimp met 2 werknemers wordt bereikt door de eerstvolgende in aanmerking komende werknemer van elk van de vijf leeftijdsgroepen bij elkaar te nemen **en** van deze 5 werknemers de 2 werknemers, die het kortst in dienst zijn, voor ontslag voor te dragen.



3. Met vaststelling van de cijfers voor de komma wordt de noodzakelijke inkrimping niet bereikt

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met **4** werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$4/20 \times 4 =$	$4/20 \times 4 =$	$4/20 \times 4 =$	$4/20 \times 4 =$	$4/20 \times 4 =$	
0,80	0,80	0,80	0,80	0,80	4 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
--	--	--	--	--	0 wn

In dit geval kan noodzakelijke inkrimping (4 werknemers) niet worden vastgesteld. Ook het vaststellen van het hoogste cijfer achter de komma biedt hier geen uitkomst. In dit geval moet de kortst in dienst zijnde werknemers van elk van de vijf leeftijdsgroepen bij elkaar worden genomen **en** van deze 5 werknemers de 4 werknemers, die het kortst in dienst zijn, voor ontslag worden voorgedragen. Aldus wordt de noodzakelijke inkrimping met 4 werknemers bereikt.

#### Rekenvoorbeeld 4.

##### Enkele van de voorkomende leeftijdsgroepen tellen evenveel werknemers

In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 20 werknemers werkzaam. Deze 20 werknemers moeten worden ingedeeld in de vijf leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
3 wn	5 wn	3 wn	6 wn	3 wn	20 wn

Vast komt te staan dat 3 van de 5 voorkomende leeftijdsgroepen een gelijk aantal werknemers tellen. De volgende situaties kunnen zich dan voordoen:

1. Slechts een deel van de noodzakelijke inkrimping kan gelijk over de leeftijdsgroepen worden verdeeld

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met **9** werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$3/20 \times 9 =$	$5/20 \times 9 =$	$3/20 \times 9 =$	$6/20 \times 9 =$	$3/20 \times 9 =$	
1,35	2,25	1,35	2,7	1,35	9 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	2 wn	1 wn	2 wn	1 wn	7 wn

In dit voorbeeld zijn er twee voor ontslag voor te dragen werknemers te weinig berekend. De leeftijdsgroep met de hoogste waarde achter de komma levert als eerste de voor ontslag voor te dragen werknemer op. Leeftijdsgroep 45-54 jaar heeft het hoogste cijfer achter de komma (,7) en deze leeftijdsgroep levert de dan voor ontslag voor te dragen werknemer. Het volgende hoogste cijfer achter de komma (,35) komt echter in drie leeftijdsgroepen voor (15-24 jaar, 35-44 jaar en 55 jaar tot AOW-gerechtigde leeftijd).

De resterende krimp met 1 werknemer wordt bereikt door de eerstvolgend voor ontslag in aanmerking komende werknemer van de drie gelijk vertegenwoordigde leeftijdsgroepen (de leeftijdsgroepen 15-24, 35-44 en 55 jaar tot AOW-gerechtigde leeftijd) bij elkaar te nemen **en** van deze 3 werknemers de werknemer met het kortste dienstverband voor ontslag voor te dragen.

2. Met vaststelling van de cijfers voor de komma wordt de noodzakelijke inkrimping niet bereikt

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met 1 werknemer worden ingekrompen. Het ontslag wordt als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
$3/20 \times 1 =$	$5/20 \times 1 =$	$3/20 \times 1 =$	$6/20 \times 1 =$	$3/20 \times 1 =$	
0,15	0,25	0,15	0,3	0,15	1 wn

In dit geval kan de noodzakelijke inkrimping (1 werknemer) niet worden vastgesteld. Het vaststellen van het hoogste cijfer achter de komma biedt hier uitkomst. Leeftijdsgroep 45-54 jaar kent het hoogste cijfer achter de komma (,3) en levert de voor ontslag voor te dragen werknemer op. Derhalve:

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
--	--	--	1 wn	--	1 wn

### Rekenvoorbeeld 5.

#### Afwijking afspiegeling toegestaan, maar de leeftijdsgroep is uitgeput

Als een beroep op afwijking van afspiegeling wordt toegestaan, dan heeft dit in beginsel tot gevolg dat de eerstvolgende werknemer binnen de betreffende leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komt.

Het is mogelijk dat deze werknemer niet uit deze leeftijdsgroep is te halen (m.a.w. de betreffende leeftijdsgroep is uitgeput). In dat geval komt *die* leeftijdsgroep in aanmerking met het hoogste cijfer achter de komma, die voor de vaststelling van de voor ontslag voor te dragen werknemers nog niet is gebruikt. Een voorbeeld ter verduidelijking.

In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 20 werknemers werkzaam. De noodzakelijke krimp bedraagt 16 werknemers.

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW leeftijd	Totaal
1 wn	2 wn	3 wn	4 wn	10 wn	20 wn
<b>De noodzakelijke krimp is 16 werknemers</b>					
$1/20 \times 16 =$	$2/20 \times 16 =$	$3/20 \times 16 =$	$3/20 \times 16 =$	$10/20 \times 16 =$	
0,8	1,6	2,4	3,2	8	16 wn
<b>Vaststelling krimp op basis van cijfer voor de komma</b>					
--	1 wn	2 wn	3 wn	8 wn	14 wn
<b>Aanvullende vaststelling krimp op basis van hoogste cijfers achter de komma</b>					
1 wn	1 wn	--	--	--	2 wn
<b>Verdeling noodzakelijke krimp</b>					
1 wn	2 wn	2 wn	3 wn	8 wn	16 wn

In leeftijdsgroep 25-34 jaar wordt een verzoek om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel toegestaan. Binnen deze leeftijdsgroep kan niemand anders meer voor ontslag worden voorgedragen. Stel dan vast welke leeftijdsgroep met het hoogste cijfer achter de komma nog niet is gebruikt voor de krimp. Leeftijdsgroep 15-24 jaar (,8) en 25-34 jaar (,6) zijn al gebruikt. De eerstvolgende, nog niet gebruikte leeftijdsgroep is 35-44 jaar (namelijk ,4). De werknemer met het kortste dienstverband daarvan, die nog niet voor ontslag is voorgedragen, komt nu voor ontslag in aanmerking.

### 2.7.3. Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel bij deeltijdontslag

Bij de vaststelling van de ontslagvolgorde bij deeltijdontslag wordt zoveel als mogelijk rekening gehouden met de afspiegelingsrechten van de individuele werknemers.<sup>5</sup> Voorkomen moet worden dat werknemers met hoge afspiegelingsrechten meer arbeidsuren verliezen dan medewerkers met lagere afspiegelingsrechten.

#### 1. Afspiegelingsoverzicht

Eerst wordt een afspiegelingsoverzicht gemaakt conform 2.7.1. 'Stappenplan toepassing afspiegelingsbeginsel'. Dit bevat een overzicht van de ontslagvolgorde zonder dat rekening is gehouden met deeltijdontslag.

#### 2. Rangordelijst

Vervolgens dient de werkgever een zogeheten rangordelijst te maken. In deze rangordelijst staan alle medewerkers gerangschikt op basis van hun afspiegelingsrechten; de medewerker met de hoogste afspiegelingsrechten staat bovenaan en de medewerker met de laagste afspiegelingsrechten staat onderaan.<sup>6</sup> De volgorde van deze lijst wordt als volgt vastgesteld. Aan de hand van het afspiegelingsoverzicht wordt vastgesteld welke medewerker de laagste afspiegelingsrechten heeft; dit is de medewerker die als eerste voor ontslag in aanmerking komt oftewel de medewerker die voor ontslag voorgedragen zou moeten worden indien er een krimp van één medewerker plaatsvindt. Vervolgens wordt vastgesteld welke medewerker als tweede voor ontslag in aanmerking komt; dit is de medewerker die, naast de als eerste geselecteerde medewerker, voor ontslag voorgedragen zou moeten worden indien er een krimp van twee medewerkers plaatsvindt. De lijst wordt dus vastgesteld door telkens een nieuwe afspiegelingsberekening te maken voor één extra medewerker. Hieronder staat een voorbeeld van een rangordelijst.

#### 3. Inventarisatie diensten/uren

Alle beschikbare, te verdelen diensten/uren, worden geïnventariseerd.

#### 4. (Her)verdeling diensten/uren

De beschikbare diensten/uren worden (her)verdeeld over de medewerkers waarbij de medewerker met de hoogste afspiegelingsrechten als eerste aan de beurt is (in die zin dat deze medewerker een aanbod dient te krijgen dat in elk geval qua uren zo dicht mogelijk aanligt tegen de omvang van zijn dienstverband) en de medewerker met de laagste afspiegelingsrechten als laatste.

#### 5. Voorstel herverdeelde diensten/uren in twee rondes

De werkgever doet zijn werknemers een voorstel overeenkomstig de in stap 4 (her)verdeelde diensten/uren. Werknemers kunnen dit voorstel accepteren of (gedeeltelijk) weigeren. Voor de werknemers die het voorstel (gedeeltelijk) weigeren, volgt een tweede ronde. In deze tweede ronde verdeelt de werkgever, rekening houdend met de afspiegelingsrechten, alle in de eerste ronde afgewezen diensten/uren. De werkgever doet een tweede (aanvullend) voorstel aan de werknemers die in de eerste ronde (gedeeltelijk) uren/diensten hebben afgewezen.

#### 6. Schriftelijk aanbod wijziging arbeidsovereenkomst

De in de eerste respectievelijk tweede ronde voorgestelde diensten/uren vormen (gezamenlijk) het aanbod van de werkgever.

Indien de werknemer het aanbod (gedeeltelijk) heeft aanvaard, waarbij sprake is van minder uren dan voorheen, moet uit de ontslagaanvraag blijken dat de werkgever de werknemer schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur (in lijn met artikel 4 'Deeltijdontslag' van de Ontslagregeling).

<sup>5</sup> Daarbij geldt natuurlijk ook de regel dat eerst afscheid genomen moet worden van groep 1 (de externe medewerkers/werknemers), groep 2 (de AOW-gerechtigden) en groep 3 (de werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst die binnen 26 weken afloopt en de werknemers als bedoeld in art. 7:628a BW). Zie ook paragraaf 2.4 'Nadere toelichting: eerst beëindigen andere relaties'.

<sup>6</sup> Let op: de werknemers uit groep 3 worden wel betrokken bij de afspiegeling maar staan niet op de rangordelijst. Van hen wordt immers eerst afscheid genomen. Zie ook paragraaf 2.6.1. 'Het afspiegelingsbeginsel'.

Indien een medewerker het aanbod volledig heeft afgewezen, kan de werkgever deze medewerker voor ontslag voordragen zonder dat hij hem een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt.

Met de hierboven beschreven methodiek leveren medewerkers met de hoogste afspiegelingsrechten het minste aantal uren in en medewerkers met de laagste afspiegelingsrechten het meeste aantal uren. Voor de medewerkers kan het gevolg zijn dat zij op een andere locatie (wel binnen de bedrijfsvestiging) moeten gaan werken en wellicht ook volgens andere werktijden.

### Voorbeeld vaststellen rangordelijst

Er zijn 10 werknemers (A tot en met J) werkzaam in een categorie uitwisselbare functies. In het overzicht wordt tien keer een afspiegelingsberekening gemaakt, steeds voor een extra werknemer. Daaruit volgt de rangordelijst.

15-24 jaar	25-34 jaar	35-44 jaar	45-54 jaar	55 jr tot AOW	Krimp	Voor te dragen werknemers
A (2012) <sup>7</sup>	B (2003) C (2010)	D (2004) E (2005) F (2009) G (2011)	H (1999) I (2003)	J (1993)		
1/10 (0,1)	2/10 (0,2)	4/10 (0,4)	2/10 (0,2)	1/10 (0,1)	1 wns	G
2/10 (0,2)	4/10 (0,4)	8/10 (0,8)	4/10 (0,4)	2/10 (0,2)	2 wns	C (+ G)
3/10 (0,3)	6/10 (0,6)	12/10 (1,2)	6/10 (0,6)	3/10 (0,3)	3 wns	I (+ G, C)
4/10 (0,4)	8/10 (0,8)	16/10 (1,6)	8/10 (0,8)	4/10 (0,4)	4 wns	F (+ G, C, I)
5/10 (0,5)	10/10 (1)	20/10 (2)	10/10 (1)	5/10 (0,5)	5 wns	A (+ G, C, I, F)
6/10 (0,6)	12/10 (1,2)	24/10 (2,4)	12/10 (1,2)	6/10 (0,6)	6 wns	J (+ G, C, I, F, A)
7/10 (0,7)	14/10 (1,4)	28/10 (2,8)	14/10 (1,4)	7/10 (0,7)	7 wns	E (+ G, C, I, F, A, J)
8/10 (0,8)	16/10 (1,6)	32/10 (3,2)	16/10 (1,6)	8/10 (0,8)	8 wns	B (+ G, C, I, F, A, J, E)
9/10 (0,9)	18/10 (1,8)	36/10 (3,6)	18/10 (1,8)	9/10 (0,9)	9 wns	H (+ G, C, I, F, A, J, E, B)
10/10 (1)	20/10 (2)	40/10 (4)	20/10 (2)	10/10 (1)	10 wns	D (+ G, C, I, F, A, J, E, B, H)

Gelet op bovenstaande tien afspiegelingsberekeningen ziet de rangordelijst (van hoogste naar laagste afspiegelingsrechten) er als volgt uit:  
D, H, B, E, J, A, F, I, C en G.

## 2.8. Ontslagregeling: peildatum

### Artikel 12 Peildatum

1. Bij de toepassing van artikel 11 wordt uitgegaan van de werknemers die op het moment waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomsten te beëindigen wordt ingediend werkzaam waren binnen een categorie uitwisselbare functies.
2. De werkgever kan voor de toepassing van artikel 11, eerste lid, uitgaan van een eerder objectief vast te stellen moment dan het moment, bedoeld in het eerste lid, indien daar een redelijke grond voor is en voor zover dat moment niet gelegen is voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat arbeidsplaatsen zouden vervallen.
3. Indien het beëindigen van een inleenopdracht leidt tot het vervallen van één of meer arbeidsplaatsen bij een uitzendwerkgever, wordt, in afwijking van het eerste lid en tweede lid, bij de toepassing van artikel 11 uitgegaan van het moment waarop de inleenopdracht eindigt.

### Toelichting bij artikel 12

Een relevante vraag in dit verband is wat de peildatum is aan de hand waarvan de indeling van werknemers in de verschillende leeftijdsgroepen moet plaatsvinden. Als hoofdregel hiervoor geldt op grond van het *eerste lid* dat de peildatum de datum is waarop de aanvragen voor toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden ingediend. Dat is alleen anders (op grond van het *tweede lid*) als een eerdere objectieveerbare datum is aan te wijzen die in redelijkheid door de werkgever als peildatum mag worden gehanteerd. Hieraan ligt de volgende overweging ten

<sup>7</sup> Jaartal tussen haakjes is jaar van indiensttreding.

grondslag. Aan grote reorganisaties gaat dikwijls een behoorlijke voorbereidingstijd vooraf (werknemers en vakorganisaties worden ingelicht, de ondernemingsraad wordt om advies gevraagd, er wordt een melding collectief ontslag gedaan). Al deze stappen hebben dikwijls tot gevolg dat er reeds mutaties in het personeelsbestand plaatsvinden voordat toestemming wordt gevraagd. Als de werkgever tot aan de dag van indiening van de aanvraag om toestemming rekening moet houden met deze mutaties, verandert dikwijls ook per dag wie voor ontslag moet(en) worden voorgedragen. Dit veroorzaakt niet alleen onrust onder het personeel maar leidt er ook toe dat de werkgever voortdurend zijn lijst met voor ontslag voor te dragen werknemers moet aanpassen, met als gevolg dat de werkgever geen gericht herplaatsingsbeleid kan voeren. Om die redenen mag de werkgever de peildatum stellen op een objectiveerbaar moment, gelegen vóór de datum waarop aanvragen om toestemming worden ingediend. Voorwaarde is dat dit moment niet is gelegen voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat arbeidsplaatsen zouden vervallen. Een objectiveerbaar moment kan bijvoorbeeld zijn de datum van de boventaligheidsverklaring, waarna een herplaatsings- of mobiliteitstraject gaat lopen.

Van belang in dit verband is dat het hanteren van een eerdere peildatum geen afbreuk mag doen aan de regeling bedoeld in artikel 11, tweede lid, te weten het bij voorrang voor ontslag voordragen van werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt. Met andere woorden, als een dergelijke werknemer op de peildatum die leeftijd nog niet heeft bereikt maar bij het verzoek om toestemming of op de datum van de beslissing blijkt dat deze werknemer op dat moment die leeftijd wel heeft bereikt, en hij niet voor ontslag is voorgedragen, zal toestemming voor ontslag van werknemers uit andere leeftijdsgroepen worden geweigerd. De mogelijkheid om uit te gaan van een andere peildatum ziet immers uitsluitend op het eerste lid van artikel 11. Voor het tweede lid van dat artikel wordt derhalve niet de afwijkende peildatum gehanteerd. De werkgever dient hier dus rekening mee te houden bij het bepalen van de ontslagvolgorde op een eerdere peildatum.

Voor de uitzendsector geldt een afwijkende regeling voor afspiegeling en het daarbij in acht te nemen personeelsbestand. Dit heeft gevolgen voor de peildatum. Voor de uitzendsector geldt op grond van het *derde lid* als peildatum de datum waarop de inleenopdracht wordt beëindigd.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## 2.9. Ontslagregeling: uitwisselbare functies

### Artikel 13 Uitwisselbare functies

1. Een functie is uitwisselbaar met een andere functie, indien:
  - a. de functies vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties, en de tijdelijke of structurele aard van de functie; en
  - b. het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn.
2. De factoren, bedoeld in het eerste lid, worden in onderlinge samenhang beoordeeld.

### Toelichting bij artikel 13

In dit artikel wordt in het *eerste lid* geregeld wat onder uitwisselbare functies wordt verstaan, te weten functies die met elkaar vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie en de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties en die gelijkwaardig zijn als het gaat om het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning. In het *tweede lid* van dit artikel is geregeld dat deze factoren in onderlinge samenhang worden beoordeeld.

Ter verduidelijking worden enkele voorbeelden genoemd van situaties waarin *geen* sprake is van uitwisselbare functie. Een buschauffeur en een taxichauffeur verrichten vergelijkbare werkzaamheden, te weten het vervoeren van passagiers. Daarmee is nog niet gezegd dat de functies ook uitwisselbaar zijn. Gelet op bijvoorbeeld een verschil in vereiste vakspecifieke kennis en vaardigheden (stratenkennis, diploma's, certificaten en type rijbewijs) is dat in de regel niet het geval. Een onderneming heeft twee secretaresses, te weten een secretaresse van de Raad van bestuur en een afdelingssecretaresse. De functie van secretaresse van de Raad van bestuur

impliceert een hoger niveau van functioneren dan de functie van afdelingssecretaresse, bijvoorbeeld doordat sprake is van een groter afbreukrisico. Beide secretarissen verrichten secretariële werkzaamheden maar hun functies zijn niet gelijkwaardig (en waarschijnlijk ook niet vergelijkbaar).

In de IT-sector komt het regelmatig voor dat de functie van werknemers wordt omschreven als 'software ontwerper'. Maar bij een nadere beschouwing hebben zij geen uitwisselbare functies vanwege hun specialisatie naar software applicaties (verschil in functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden).

Andere voorbeelden zijn, de potentiële opvolger van de leiding van een familiebedrijf die in het kader van een loopbaantraject diverse functies vervult vooral ook met het oog op de opvolging. Het feit dat hij op een bepaald moment dezelfde functie (werkzaamheden) verricht als andere werknemers in het bedrijf, is dan niet doorslaggevend. Gelet op de context is de functie dan niet vergelijkbaar met de functie van de andere werknemers. Dat betekent dat de beoogd opvolger een unieke functie heeft en dus niet wordt toegekomen aan afspiegeling. Een vergelijkbare situatie betreft werknemers die als trainee werkzaam zijn waarbij zij door het achtereenvolgens werken in verschillende functies op diverse afdelingen binnen de onderneming (bijvoorbeeld) worden opgeleid voor een managementfunctie en de meewerkend partner in een klein familiebedrijf die (op papier) werkzaam is in dezelfde functie als collega's maar vanwege zijn of haar hoedanigheid ook andere taken, bevoegdheden en/of verantwoordelijkheden heeft. Dan is geen sprake van uitwisselbare functies.

### **Salarisschaal**

Een verschil in salarisschaal duidt al snel op een verschil in functieniveau zodat functies niet gelijkwaardig zijn. Bij een verschil in beloning van één salarisschaal zal – gesteld dat aannemelijk is geworden dat de functies vergelijkbaar zijn – een inhoudelijke beoordeling dienen plaats te vinden of de functies ook gelijkwaardig zijn. Dat betekent dat een verschil van één salarisschaal een sterke aanwijzing is dat functies niet gelijkwaardig zijn. De salarisschaal die aan de functie is gekoppeld, is derhalve het uitgangspunt voor de bepaling van uitwisselbaarheid. Dit is dus niet perse de salarisschaal die aan een willekeurige werknemer met de desbetreffende functie daadwerkelijk is toegewezen dan wel die deze werknemer heeft weten te bedingen, maar de salarisschaal waarin de functie is ingedeeld. Indien aan twee werknemers in dezelfde functie een verschillende trede binnen de salarisschaal is toegekend, is ook dat (enkele) feit geen reden voor het oordeel dat er geen sprake is van uitwisselbare functies. Veelal zal een dergelijke toekenning een blijk van verschil in anciënniteit zijn.

### **Omvang van de functie**

Verder kan de omstandigheid dat een functie in deeltijd of op een specifieke dag wordt uitgeoefend een aanwijzing zijn voor de al dan niet uitwisselbaarheid van de functie. Het enkele feit dat er een andere arbeidsomvang is of er andere werktijden zijn, is onvoldoende. In beginsel zijn de taken verbonden aan de functie doorslaggevend. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een zaterdaghulp in een winkel die niet bevoegd is de kassa op te maken en in een andere salarisschaal zit dan de reguliere winkelbedienden. Of aan twee secretarissen waarvan er één parttime werkt en de andere fulltime, waarbij de fulltimer bepaalde coördinerende taken verricht en op vaste dagen verslag moet leggen van vergaderingen. In beide gevallen is er geen sprake van uitwisselbare functies. Voor een werknemer die op woensdag en vrijdag werkt en een werknemer die alle dagen werkt, terwijl hetzelfde werk wordt gedaan, geldt weer dat enkel en alleen de arbeidsomvang niets afdoet aan de uitwisselbaarheid van de functies die zij uitoefenen.

### **Tijdelijkheid van de functie**

Naast de hiervoor genoemde aspecten speelt ook het al dan niet tijdelijke karakter van een functie bij de beoordeling een rol. Zo dienen functies waar mogelijk dezelfde werkzaamheden worden verricht maar die duidelijk een tijdelijk karakter hebben, buiten beschouwing te worden gelaten. Te denken hierbij is aan kortdurende werkzaamheden die worden verricht voor het opvangen van pieken in de productie, of bij vervanging wegens ziekte of vakantie. Onder kortdurend wordt verstaan, korter dan 26 weken (zie artikel 17). Het wel betrekken van dergelijke werkzaamheden zou ertoe kunnen leiden dat tijdelijke werknemers moeten worden vervangen door vaste werknemers waarvoor vervolgens bij het beëindigen van de piekwerkzaamheden/de vervanging alsnog toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst moet worden gevraagd. Dat is ongewenst. Wel wordt hierbij opgemerkt dat bij het beoordelen van de bedrijfseconomische

noodzaak van het structureel vervallen van arbeidsplaatsen dergelijke piek- of vervangingswerkzaamheden moeten worden betrokken. In die zin dat nagegaan moet worden of door een andere inrichting van de werkzaamheden (bijvoorbeeld een andere spreiding) incidentele werkzaamheden kunnen worden getransformeerd tot structurele werkzaamheden waardoor het vervallen van structurele arbeidsplaatsen kan worden voorkomen.

### **In relatie tot een nieuwe functie**

Een werkgever kan aangeven dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel zijns inziens niet aan de orde is omdat de functie geheel is vervallen dan wel komt te vervallen. In deze situatie kan het voorkomen dat binnen de onderneming een nieuwe functie is of wordt gecreëerd die duidelijke overeenkomsten vertoont met de (te) vervallen functie. Als deze nieuwe functie als uitwisselbaar moet worden beschouwd met de (te) vervallen functie, te beoordelen aan de hand van de hiervoor genoemde factoren voor uitwisselbaarheid, is geen sprake van het verval van een arbeidsplaats.

### **Verskil uitwisselbare en passende functie**

Ten slotte is van belang dat het gaat om de uitwisselbaarheid van functies, dus niet van medewerkers. Als een medewerker bijvoorbeeld toevallig een achtergrond heeft die hem persoonlijk geschikt maakt voor een functie die niet uitwisselbaar is met zijn eigen functie, dan zal een beroep door de desbetreffende medewerker op uitwisselbaarheid niet worden gehonoreerd. De toets op uitwisselbaarheid is kortom objectief gerelateerd aan de functie en niet subjectief aan de medewerker. Dit in tegenstelling tot het begrip 'passende functie', waar wordt gekeken naar de subjectieve/persoonlijke mogelijkheden van de werknemer. Of een boventallige werknemer kan worden herplaatst in een passende functie, is immers afhankelijk van de beoordeling of hij geschikt is voor deze functie. In de tijd gezien, vindt allereerst de selectie van de voor ontslag voor te dragen werknemers plaats. Dit gebeurt op basis van objectieve criteria (toepassing afspiegelingsbeginsel per categorie uitwisselbare functies). Indien er vervolgens een functie vacant is of binnen de termijn bedoeld in artikel 9 wordt, dient aan de hand van een beoordeling van de geschiktheid van de werknemer voor deze functie te worden bepaald of de functie voor hem/haar een passende functie is. Het begrip 'passende functie' is derhalve anders en ruimer dan het begrip 'uitwisselbare functie'.

## **2.10. Nadere toelichting: uitwisselbare functies**

De werkgever moet aangeven wat naar zijn inzicht de categorieën uitwisselbare functies zijn waarover de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers dient te worden toegepast. Ter onderbouwing van de categorisering dient de werkgever een overzicht te geven van zijn functiegebouw of functiestructuur. Daarmee wordt inzicht verkregen in de opbouw van en de relatie tussen de functies.

Uitgangspunt voor het vaststellen van de functie-inhoud e.d. is de functiebeschrijving, zo nodig aangevuld met aandachtsgebieden (bij algemeen beschreven functies), nadere functie-eisen en 'algemene' planningsafspraken (bij functiereeksen). Zijn er binnen de onderneming functiebeschrijvingen aanwezig dan dient de werkgever deze over te leggen.

Het feit dat een bepaalde werknemer zijn functie uitvoert op een wijze die overeenkomt met de uitvoering van een andere functie, wil niet zeggen dat die functies per definitie uitwisselbaar zijn. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een werknemer die in een junior functie zijn werk uitvoert op een wijze die overeenkomt met de senior functie. De werkgever zal dan duidelijkheid moeten geven over wat nu de functie van de werknemer is.

Bij het ontbreken van een schriftelijke functiebeschrijving of ingeval deze beschrijving sterk afwijkt van de feitelijke situatie, wordt uitgegaan van de feitelijke situatie. De werkgever zal daar dan duidelijkheid over moeten geven.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## 2.11. Ontslagregeling: in aanmerking te nemen uitwisselbare functies

### Artikel 14 In aanmerking te nemen uitwisselbare functies

1. Bij de toepassing van artikel 11 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.
2. Indien de redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel dit, gelet op de omstandigheden, met zich meebrengt, worden, in afwijking van het eerste lid, uitwisselbare functies bij verschillende ondernemingen van de werkgever of onderdelen van een onderneming van de werkgever die worden aangemerkt als bedrijfsvestiging, samengenomen.
3. In afwijking van het eerste lid wordt, bij het vervallen van een inleenopdracht bij een uitzendwerkgever, bij de toepassing van artikel 11 uitgegaan van de inleenopdrachten met uitwisselbare functies bij het bedrijf waar de werknemer laatstelijk werkzaam was en de inleenopdrachten op grond waarvan bij andere bedrijven per bedrijf in totaal vier of meer werknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies, met dien verstande dat van de inleenopdrachten in andere bedrijven, de inleenopdrachten buiten beschouwing blijven waarvan de resterende duur twee maanden of minder bedraagt te rekenen vanaf het moment waarop de inleenopdracht is komen te vervallen.
4. In afwijking van het eerste lid, wordt bij het vervallen van arbeidsplaatsen bij een werkgever in de thuiszorg, de kraamzorg, de jeugdgezondheidszorg, de gehandicaptenzorg, de jeugdhulp, de geestelijke gezondheidszorg met inbegrip van de verslavingszorg, de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening of bij een verpleeg- of verzorgingshuis, uitgegaan van de gemeente waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen, tenzij de werkgever:
  - a. binnen de betreffende gemeente beschikt over meerdere bedrijfsvestigingen, in welk geval bij de toepassing van artikel 11 wordt uitgegaan van die bedrijfsvestigingen; en
  - b. aannemelijk maakt dat vanwege de wijze waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd, uitgegaan moet worden van de onderneming of van een bedrijfsvestiging binnen de onderneming.
5. Indien een werknemer zijn werkzaamheden in meerdere gemeenten uitvoert, of heeft uitgevoerd, wordt bij de toepassing van het vierde lid, aanhef, uitgegaan van de gemeente waar de werknemer het meest werkzaam is, of geweest is, te rekenen over een periode van twaalf maanden voorafgaande aan het indienen van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. De periode van twaalf maanden wordt naar rato toegepast indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter is dan twaalf maanden.

### Toelichting bij artikel 14

In dit artikel wordt geregeld dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies in de onderneming van de werkgever. Dat betekent dat wordt uitgegaan van de formele werkgever (de natuurlijke of rechtspersoon) bij wie de werknemer in dienst is. Dit is geregeld in het eerste lid. Hierop is vervolgens een aantal uitzonderingen geformuleerd.

In de eerste plaats geldt dat niet van alle uitwisselbare functies in de onderneming van de werkgever wordt uitgegaan als de werkzaamheden van een onderneming zijn verspreid over verschillende bedrijfsvestigingen, deze vestigingen in de maatschappij als zelfstandige eenheden zijn te herkennen en bij die vestigingen sprake is van een interne zelfstandige bedrijfsvoering. Bij de beoordeling of de vestigingen in de maatschappij als zelfstandige eenheid zijn te herkennen is van belang hoe deze zich naar buiten toe, extern, (maatschappelijk) presenteert en daarmee voor derden als zelfstandige eenheid zichtbaar is. Bij de beoordeling of hiervan sprake is, kan onder meer indicatief zijn (en in onderlinge samenhang te beoordelen) in hoeverre de eenheid zich extern publiekelijk als zelfstandige aanbieder van goederen en diensten presenteert, de eenheid een eigen adres c.q. bedrijfslocatie heeft, deze als aparte vestiging/locatie bij de Kamer van Koophandel is geregistreerd, deze een eigen klantenkring of doelgroep kent, deze een eigen product- en/of dienstenlijn kent, een eigen naam bezigt, een eigen website, eigen briefpapier, een eigen logo of huisstijl kent en de geografische afstand tussen verschillende locaties. Bij de



bepaling of sprake is van een interne zelfstandige bedrijfsvoering is van belang hoe de eenheid intern is georganiseerd, of er al dan niet interne zelfstandigheid qua bedrijfsvoering bestaat. Elementen die hierbij indicatief kunnen zijn (en in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld) zijn of sprake is van een aparte rechtspersoon, of er zelfstandig (financieel) wordt gerapporteerd, of deze eenheid als zelfstandig onderdeel in de (financiële) rapportage is opgenomen (blijkt bijvoorbeeld uit jaarplannen en een eigen winst- en verliesverantwoordelijkheid), in hoeverre een eigen management verantwoordelijk is voor de bedrijfsvoering, of de eenheid zelfstandig personeel in dienst kan nemen en ontslaan en of sprake is van een eigen, separate medezeggenschap.

Als van een bedrijfsvestiging sprake is, wordt uitgegaan van de uitwisselbare functies binnen een bedrijfsvestiging waar arbeidsplaatsen komen te vervallen. Dit is eveneens in het eerste lid geregeld.<sup>4</sup> Deze uitzondering geldt, voor zover dit niet tot onredelijke uitkomsten leidt. Dit vloeit voort uit het tweede lid. Van dat laatste is bijvoorbeeld sprake als het personeel van twee of meer bedrijfsvestigingen als gevolg van wisselingen in de hoeveelheid werkzaamheden – naar gelang de toe- en afname van die werkzaamheden, anders dan wegens ziekte of vakantie bijvoorbeeld – op regelmatige basis onderling tussen verschillende vestigingen wordt uitgewisseld. In dat geval moet worden uitgegaan van het totaal van de uitwisselbare functies bij de verschillende vestigingen samen. Hetzelfde geldt als twee of meer bedrijfsvestigingen organisatorisch worden samengevoegd, bijvoorbeeld vanwege kostenbesparing en synergie-effecten.<sup>5</sup> Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin werknemers voorafgaande aan de peildatum, anders dan wegens herplaatsing als bedoeld in deze regeling, in een andere bedrijfsvestiging (of in een aan de werkgever gelieerde rechtspersoon) zijn geplaatst en het vermoeden bestaat dat de werkgever de bedoeling heeft het ontslag van deze werknemers te bevorderen, of de toepassing van het afspiegelingsbeginsel te ontwijken.<sup>6</sup> Een volgend voorbeeld betreft de situatie waarin sprake is van verschillende rechtspersonen die zelf geen zelfstandige bedrijfsvoering hebben. Ook dan kan het redelijk zijn dat voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van de werknemers die bij de verschillende rechtspersonen werkzaam zijn op uitwisselbare functies die komen te vervallen.

Opgemerkt wordt ten slotte dat bij het vervallen van arbeidsplaatsen in een bepaald project, of op een bepaalde locatie, voor het bepalen van de ontslagvolgorde het totale personeelsbestand van de onderneming van de werkgever of van de bedrijfsvestiging waaronder het project valt in ogenschouw moet worden genomen. Dit betekent dat nagegaan moet worden of de werknemers die werkzaam zijn op het project (of locatie) dat komt te vervallen, rechten kunnen claimen ten opzichte van werknemers die werkzaam zijn op andere projecten (of locaties). Als eenmaal is vastgesteld wie van de werknemers in een project of op een locatie waar arbeidsplaatsen komen te vervallen niet voor ontslag in aanmerking komen, moet worden nagegaan of de desbetreffende werknemers bereid zijn op de arbeidsplaatsen aan de slag te gaan van werknemers die (bij een ander project of op een andere locatie) wel voor ontslag in aanmerking komen. Als dat in een individueel geval niet het geval is, kan deze werknemer alsnog voor ontslag worden voorgedragen.

In het derde lid wordt voor uitzendwerkgevers afgeweken van het eerste lid ten aanzien van de groep uitwisselbare functies. In het geval sprake is van het vervallen van een inleenopdracht bij een uitzendwerkgever wordt uitgegaan van een andere groep uitwisselbare functies. Hier wordt niet uitgegaan van alle uitwisselbare functies in de onderneming, of van alle uitwisselbare functies binnen een bedrijfsvestiging van de onderneming, maar enkel van de inleenopdrachten met uitwisselbare functies bij het inleenbedrijf waar de werknemer laatstelijk werkzaam was en de inleenopdrachten bij de desbetreffende bedrijfsvestiging op grond waarvan bij andere inleenbedrijven per inleenbedrijf in totaal vier of meer werknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies. Dat laatste geldt met dien verstande dat van de inleenopdrachten in andere inleenbedrijven, de inleenopdrachten buiten beschouwing blijven waarvan de resterende duur twee maanden of minder bedraagt te rekenen vanaf het moment waarop de inleenopdracht is komen te vervallen. Deze regeling is gelijklopend aan de regeling die gold op grond van Bijlage B bij het voormalige Ontslagbesluit.

<sup>4</sup> Een hiermee vergelijkbare situatie betreft de situatie waar werknemers in dienst zijn van een zogenoemde personeel B.V. en van daaruit worden geplaatst bij verschillende werkmaatschappijen. In dat geval zal voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden uitgegaan van de werkmaatschappij waar arbeidsplaatsen komen te vervallen.

<sup>5</sup> De voorbeelden zijn ontleend aan de Toelichting bij de wijziging van het Ontslagbesluit, *Stcrt.* 27 december 2001, 249, p. 42.

<sup>6</sup> Zie het antwoord van de minister van SZW op Kamervragen Vermeij/Bosman, TK, 2009/2010, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1614.

In het vierde lid is een bijzondere regeling opgenomen voor het bepalen van de ontslagvolgorde bij het vervallen van arbeidsplaatsen binnen categorieën uitwisselbare functies die worden vervuld op het terrein van de zorg, welzijn en maatschappelijke dienstverlening zoals die was opgenomen in Bijlage C bij het Ontslagbesluit. Voor deze bijzondere regels is destijds gekozen omdat onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel per bedrijfsvestiging voor werkgevers en werknemers (in deze sectoren) tot onredelijke uitkomsten kan leiden. Meer specifiek betreft het de branches thuiszorg, kraamzorg, jeugdgezondheidszorg, verpleeg en verzorgingshuis, gehandicaptenzorg, jeugdhulp, geestelijke gezondheidszorg (met inbegrip van de verslavingszorg) en welzijn en maatschappelijke dienstverlening. De bedrijfsvestiging wordt bepaald aan de hand van de wijze waarop de eenheid zich naar buiten toe presenteert en de wijze waarop de eenheid intern is georganiseerd. Indien een werkgever landelijk of regionaal georganiseerd is, kan dit er dan zonder nadere maatregelen toe leiden dat het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast op werknemers met uitwisselbare functies bij meerdere gemeenten. Het gevolg hiervan is dat de betreffende werkgevers met het indienen van hun verzoek om toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst moeten wachten totdat de besluitvorming over inkoop (tot het leveren van voorzieningen door zorgaanbieders) van gemeenten is afgerond in alle gemeenten om te kunnen vaststellen wie voor ontslag in aanmerking komt.

Een ander gevolg van onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel is dat werknemers met een uitwisselbare functie van wie het werk in een gemeente niet vervalt, toch voor ontslag in aanmerking komen. Het werk van de betreffende werknemers moet worden overgenomen door werknemers met uitwisselbare functies uit een andere gemeente die niet voor ontslag in aanmerking komen, maar waar het werk wel vervalt. Dit kan tot onacceptabele reisafstanden voor de betreffende werknemers leiden. Het is tevens tegengesteld aan hetgeen wordt beoogd, namelijk dat zorgcliënten zoveel mogelijk hun 'eigen' hulpverlener als vast gezicht behouden en dat de zorg in die zin wordt gecontinueerd.

Verder wordt geregeld dat als een werknemer op wie deze regeling van toepassing is, zijn werkzaamheden in meerdere gemeenten uitvoert, uitgegaan wordt van de gemeente waar de werknemer het meest werkzaam is. Dat laatste moet worden berekend over een periode van twaalf maanden voorafgaande aan het indienen van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Als een werknemer over een kortere periode in dienst is van de werkgever, wordt uitgegaan van die kortere periode. Deze regeling geldt ook als een werknemer in meerdere gemeenten werkzaam is geweest. Dat laatste om te voorkomen dat door het enkele feit dat een werknemer (recent) in een andere gemeente is geplaatst, de ontslagvolgorde wordt beïnvloed.

Ten slotte wordt voorzien in twee uitzonderingen. In de eerste plaats betreft dat de situatie waar sprake is van meerdere bedrijfsvestigingen van een werkgever binnen dezelfde gemeente. In dat geval wordt het afspiegelingsbeginsel toegepast op de werknemers die werkzaam zijn bij de afzonderlijke bedrijfsvestigingen. In de tweede plaats geldt een uitzondering als een werkgever aannemelijk maakt dat het bepalen van de ontslagvolgorde aan de hand van de werkzaamheden die binnen de afzonderlijke gemeenten komen te vervallen, niet in overeenstemming is met de wijze waarop de werkzaamheden in zijn organisatie zijn ingericht. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de werkzaamheden regionaal zijn georganiseerd en het werk van de werknemers zich uitstrekt over verschillende gemeenten. In dat geval kan het onwenselijk zijn het afspiegelingsbeginsel per gemeente toe te passen en zal bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden uitgegaan van de onderneming of een bedrijfsvestiging van de onderneming. Het is aan het UWV om te beoordelen, aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, of een werkgever terecht gebruik maakt van deze uitzonderingsmogelijkheid.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' onder 'Bedrijfsvestiging' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## **2.12. Nadere toelichting: in aanmerking te nemen uitwisselbare functies in de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening (WMD)**

Lid 4 van artikel 14 bepaalt dat voor de zorgsector en de WMD-branche het afspiegelingsbeginsel in beginsel wordt toegepast binnen de gemeente waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen. Het gaat hier om de 'officiële' gemeente en niet een stad, dorp of andere woonkern binnen die gemeente.

Als binnen de onderneming (of bedrijfsvestiging) meerdere gemeenten vallen, is uitgangspunt dat de werkgever het afspiegelingsbeginsel toepast per gemeente. De werkgever mag hiervan afwijken als hij aannemelijk maakt dat vanwege de wijze waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd (bijvoorbeeld regionaal), uitgegaan moet worden van de onderneming (of van een bedrijfsvestiging binnen de onderneming).

Wanneer de onderneming van een werkgever in de zorgsector en de WMD-branche bestaat uit meerdere bedrijfsvestigingen, dan is het mogelijk dat de werkgever met betrekking tot de ene bedrijfsvestiging het afspiegelingsbeginsel toepast binnen de gemeente waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen en met betrekking tot de andere bedrijfsvestiging uitgaat van de bedrijfsvestiging. In het laatste geval moet de werkgever op grond van de regelgeving wel aannemelijk maken dat de werkzaamheden zodanig (bijvoorbeeld regionaal) zijn georganiseerd dat uitgegaan moet worden van de bedrijfsvestiging. Uit de regelgeving volgt tevens dat de werkgever niet binnen één en dezelfde bedrijfsvestiging voor de ene afdeling/functie kan kiezen voor afspiegeling per gemeente en voor de andere voor bijvoorbeeld regionale afspiegeling.

Lid 5 bepaalt dat wanneer een werknemer zijn werkzaamheden in meerdere gemeenten uitvoert of heeft uitgevoerd, wordt uitgegaan van de gemeente waar de werknemer in de voorafgaande twaalf maanden het meest werkzaam is of is geweest. Ingeval de werknemer in genoemde periode in de betreffende gemeenten even veel uren werkzaam is (geweest), wordt uitgegaan van de gemeente waar hij het langste heeft gewerkt.

Een werkgever kan actief zijn in zowel de kinderopvang als in het peuterspeelzaalwerk. Op peuterspeelzalen is artikel 14 lid 4 van de Ontslagregeling van toepassing, op werkgevers in de kinderopvang niet. Het komt meer en meer voor dat werkgevers het peuterspeelzaalwerk integreren in de kinderopvang en de werknemer zowel voor de peuterspeelzaal als voor de kinderopvang laat werken. In dergelijke gevallen moet voor toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden uitgegaan van de hoofdregel, dus van de onderneming van de werkgever dan wel de bedrijfsvestiging zoals genoemd in artikel 14 lid 1 van de Ontslagregeling en niet van de gemeente(n) waarbinnen arbeidsplaatsen vervallen.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## **2.13. Ontslagregeling: opvolgende arbeidsovereenkomsten**

### **Artikel 15 Opvolgende arbeidsovereenkomsten**

1. Voor de berekening van de duur van het dienstverband, bedoeld in artikel 11, eerste en tweede lid, worden een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.
2. Voor de toepassing van het eerste lid worden arbeidsovereenkomsten geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.
3. Voor de toepassing van het eerste lid worden arbeidsovereenkomsten geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die deel uitmaken van een groep, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst is

overeengekomen dat van werknemers die in dienst zijn bij deze werkgevers verwacht wordt dat zij regelmatig binnen deze groep van functie veranderen.

4. In afwijking van het eerste lid worden voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet samengeteld als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden.

### **Toelichting bij artikel 15**

In het *eerste lid* van dit artikel wordt geregeld dat voor de berekening van de duur van het dienstverband van een werknemer bij de toepassing van artikel 11 een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, of tussen een werknemer en een opvolgende werkgever, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, worden samengeteld. In het *tweede lid* is geregeld dat onder een opvolgende werkgever wordt verstaan de situatie waarin een werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moet worden opvolger te zijn, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, waarmee aangesloten wordt bij de formulering van opvolgend werkgeverschap in de zogenoemde ketenbepaling.

Het *derde lid* regelt dat voor de toepassing van het eerste lid arbeidsovereenkomsten daarenboven worden geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die deel uitmaken van een groep, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst is overeengekomen dat van werknemers die in dienst zijn bij deze werkgevers verwacht wordt dat zij regelmatig binnen deze groep van functie veranderen. De ratio van deze bepaling is hierin gelegen dat er concerns zijn die een employability-beleid voeren waarbij van de werknemer in beginsel wordt verwacht dat zij regelmatig van functie veranderen. Het is in dat geval redelijk om eerdere dienstverbanden binnen dezelfde groep mee te tellen bij de berekening van de duur van het dienstverband ook als er geen sprake is van elkaar ten aanzien van de arbeid opvolgende werkgevers.

Het vierde lid regelt dat in afwijking van eerste lid voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet worden samengeteld voor de berekening van de duur van het dienstverband als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden. Voor alle arbeidsovereenkomsten die voorafgaan aan de laatste arbeidsovereenkomst die voor 1 juli 2015 is aangegaan geldt dus dat ze alleen worden samengeteld als de onderbreking drie maanden of korter was. Als de onderbreking langer duurt dan zes maanden geldt op grond van de hoofdregel reeds dat voorafgaande arbeidsovereenkomsten niet worden samengeteld. Opgemerkt wordt dat het moment waarop de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, dat is dus het moment waarop beide partijen gebonden zijn aan de overeenkomst, bepalend is voor de vraag of het vierde lid van toepassing is. Het moment waarop de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk ingaat speelt daarbij geen rol.

In het aanvraagformulier deel B worden in rubriek 4 'Arbeidsovereenkomst' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## **2.14. Ontslagregeling: alternatief afspiegelingsbeginsel**

### **Artikel 16 Alternatief afspiegelingsbeginsel**

1. Bij de toepassing van artikel 11 kan ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt buiten beschouwing worden gelaten, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is bepaald dat van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt.
2. Werknemers kunnen uitsluitend op grond van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten, indien:
  - a. aannemelijk is dat de werknemer bovengemiddeld functioneert dan wel naar verwachting in de toekomst zich bovengemiddeld zal ontwikkelen;
  - b. de werknemers periodiek zijn beoordeeld, waarbij steeds aangegeven is of een werknemer bovengemiddeld functioneert of zich naar verwachting in de toekomst bovengemiddeld zal ontwikkelen;

- c. voor alle werknemers kenbaar is gemaakt dat werknemers die bovengemiddeld functioneren of waarvan de verwachting is dat zij zich bovengemiddeld zullen gaan ontwikkelen buiten beschouwing gelaten kunnen worden bij de toepassing van artikel 11; en
  - d. aan alle werknemers dezelfde mogelijkheden zijn geboden om zich, al dan niet in de toekomst, te ontwikkelen tot een bovengemiddeld functionerende werknemer.
3. Toepassing van het eerste lid is toegestaan, voor zover dit er niet toe leidt dat meer werknemers uit de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar en van 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet genoemde leeftijd voor ontslag in aanmerking worden gebracht dan zonder toepassing van het eerste lid.
  4. Het aantal werknemers dat op grond van het eerste lid buiten beschouwing wordt gelaten, wordt naar boven afgerond.

### **Toelichting bij artikel 16**

In het *eerste lid* van dit artikel wordt geregeld dat een werkgever ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan laten als bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is bepaald dat van deze mogelijkheid gebruikt kan worden gemaakt. Het totale aantal werknemers betreft uiteraard het aantal werknemers gemoeid met het vervallen van arbeidsplaatsen binnen een categorie uitwisselbare functies dat betrokken is bij de afspiegeling ingevolge het eerste lid van artikel 11 en niet het totale aantal werknemers dat werkzaam is op uitwisselbare functies.

Bij het invoeren van deze gekwalificeerde (in plaats van een generieke) mogelijkheid tot afwijking is het volgende overwogen. Het afspiegelingsbeginsel is enerzijds bedoeld om ontslagen evenwichtig te spreiden over de verschillende leeftijdscategorieën en anderzijds als objectief criterium voor het bepalen van de ontslagkeuze. Het voordeel van het afspiegelingsbeginsel voor werkgevers is dat zij zich niet tegenover hun werknemers hoeven te verantwoorden over de ontslagkeuze. Het nadeel is dat een werkgever niet kan selecteren op basis van kwaliteit van werknemers, waardoor het kan voorkomen dat werknemers die aantoonbaar beter functioneren (of waarvan de werkgever meent dat zij over veel potentie voor de toekomst beschikken), ontslagen moeten worden en (in vergelijking) minder goed presterende kunnen blijven. Het voordeel voor werknemers is dat de ontslagkeuze geschiedt aan de hand van objectieve getalscriteria, eventuele willekeur wordt voorkomen en werkgevers gedwongen worden in al hun werknemers in gelijke mate te investeren. Het nadeel voor werknemers is dat werknemers die aantoonbaar beter functioneren dan andere werknemers desondanks toch voor ontslag in aanmerking kunnen komen. Hoewel beide partijen, werkgevers en werknemers, er dus belang bij kunnen hebben dat afwijking van afspiegeling mogelijk wordt, mag de afwijkingsmogelijkheid niet leiden tot willekeur, zowel als het gaat om de uiteindelijke ontslagvolgorde, als om de investeringsbereidheid van werkgevers in hun werknemers. Om die reden is dan ook gekozen voor een zogenoemde gekwalificeerde mogelijkheid tot afwijking (gebaseerd op de kwaliteit van werknemers) en niet voor een generieke regeling.

De werkgever zal voor een beroep op de regeling aannemelijk moeten maken dat de werknemers die het betreft meer dan gemiddeld functioneren of over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst. De werkgever zal echter ook aannemelijk moeten maken dat andere werknemers dezelfde kansen hebben gehad als deze werknemers. Dat betekent dat de werkgever zich dus niet alleen moet verantwoorden voor de keuze die hij maakt, maar ook over het door hem gevoerde beleid als het gaat om scholing van werknemers. Het voorgaande vergt ook dat een werkgever een personeelsbeleid voert waar het periodiek beoordelen van werknemers en het identificeren van werknemers met veel potentie voor de toekomst, onderdeel van uitmaken. Verder mag van de werkgever worden verlangd dat het voor werknemers op voorhand duidelijk is dat hun functioneren deel uit kan maken van de beoordeling wie voor ontslag in aanmerking komt. Deze vereisten voor het toepassen van de regeling zijn opgenomen in het *tweede lid* van onderhavig artikel.

In het *derde lid* is een restrictie aangebracht als het gaat om jongere (15–25) en oudere werknemers (55–AOW leeftijd). Als het gaat om jongere werknemers, omdat zij nog onvoldoende de gelegenheid hebben gehad zich te manifesteren en als het gaat om oudere werknemers, gezien hun kwetsbare positie op de arbeidsmarkt en om te voorkomen dat de investeringsbereidheid van

werkgevers ten aanzien van deze groep af zal nemen. Deze restrictie betekent echter niet dat de maatregel niet kan worden toegepast binnen de genoemde leeftijdscategorieën, wel dat de maatregel als zodanig niet mag leiden tot meer ontslagen binnen deze leeftijdscategorieën. Ter toelichting: de 10%-regel kan gebruikt worden om werknemers die bij volledige toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking zouden komen, vanwege bovengemiddelde prestaties of een meer dan gemiddeld potentieel voor de toekomst te behouden. In plaats daarvan komen andere werknemers voor ontslag in aanmerking, waarbij het afspiegelingsbeginsel bepaalt welke werknemer volgens dit beginsel binnen dezelfde leeftijdscategorie vervolgens voor ontslag in aanmerking komt. Slechts in het geval de bedoelde leeftijdscategorie is uitgeput en aldus een werknemer vanwege toepassing van de 10%-regel uit een andere leeftijdscategorie volgens de afspiegeling als eerstvolgende voor ontslag in aanmerking komt, kan de beperking van de leeftijdscategorieën 15–25 en 55 jaar tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd een rol spelen. Dit kan zich voordoen als een werknemer uit bijvoorbeeld de leeftijdscategorie 25–35 jaar bovengemiddeld presteert (en overigens aan de voorwaarden voor toepassing van de 10%-regel is voldaan), maar hij de enige is binnen zijn leeftijdscategorie die voor ontslag in aanmerking komt. In dat geval is zijn leeftijdscategorie uitgeput en zal de eerstvolgende werknemer die voor ontslag in aanmerking komt afkomstig zijn uit een andere leeftijdscategorie, met dien verstande dat dit niet kan betreffen een werknemer uit de leeftijdscategorie 15–25 dan wel 55 jaar tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd.

Om mogelijke misverstanden te voorkomen, het gaat bij deze regeling niet om het beter functioneren van de werknemer die volgens afspiegeling voor ontslag in aanmerking komt (en die de werkgever wil behouden), in vergelijking tot een werknemer die daar in eerste instantie niet voor in aanmerking komt. Dat zou met zich brengen dat niet alleen de werkgever maar ook UWV (of de rechter) telkens de vergelijking tussen de ene en de andere werknemer moet maken. Dat is ongewenst, niet in de laatste plaats vanwege de uitvoerbaarheid van de regeling. Voor deze regeling geldt, dat werknemers die aan de door de werkgever gestelde kwaliteitseisen voldoen, buiten de toepassing van afspiegeling worden gehouden (mits aan de randvoorwaarden is voldaan). Als het gaat om de toetsing door UWV of de rechter geldt ten aanzien van de beoordeling van het bovengemiddeld functioneren of het bezitten van een bovengemiddelde potentie voor de toekomst van de werknemer, dat het oordeel van de werkgever leidend is. Enerzijds omdat hij daar het beste zicht op heeft, anderzijds omwille van de uitvoerbaarheid van de regeling. Van UWV of rechter kan niet worden verlangd de beoordeling door de werkgever over te doen (als dat al zou kunnen), wel om te bezien of aan de hiervoor genoemde randvoorwaarden is voldaan.

Voor de situatie waarin uit de berekening van 10% van het totale aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt, geen hele getallen komen, regelt het vierde lid dat het aantal werknemers dat op grond van het eerste lid buiten beschouwing wordt gelaten, naar boven wordt afgerond. Als bijvoorbeeld 21 werknemers voor ontslag in aanmerking komen, dan kunnen op grond van het eerste lid 2,1 werknemers buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden gelaten. Gelet op het vierde lid, wordt dit naar boven afgerond tot 3.

### **2.15. Nadere toelichting: alternatief afspiegelingsbeginsel**

De werkgever kan bij ontslag een beroep doen op de *zogenheten 10% regeling* (artikel 16 van de Ontslagregeling). Deze regeling houdt in dat onder een aantal strikte voorwaarden (waaronder een cao-afpraak) per categorie uitwisselbare functie 10% van het aantal werknemers buiten beschouwing mag worden gelaten bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

Voorbeeld:

Bij een werkgever zijn 12 metselaars in dienst. Binnen deze functie komen twee arbeidsplaatsen te vervallen. Werkgever mag 10% van deze te vervallen arbeidsplaatsen buiten beschouwing laten: 10% van 2 is 0,2. Dit wordt naar boven afgerond tot 1 werknemer.

Als de werkgever van deze mogelijkheid gebruik maakt, heeft dit tot gevolg dat de eerstvolgende werknemer die volgens het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt, voor ontslag moet worden voorgedragen. Dit is (in beginsel) de eerstvolgende werknemer met het kortste dienstverband binnen de betreffende leeftijdsgroep.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

### 3. HERPLAATSING BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN

*Een werkgever kan pas toestemming krijgen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als naast een redelijke grond voor ontslag, herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk is, al dan niet met behulp van scholing (artikel 7:669 lid 1 BW). Nadere regels hieromtrent zijn gesteld in paragraaf 3 van de Ontslagregeling.*

#### 3.1. Wet en Memorie van Toelichting

##### Artikel 7:669 van het BW

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.

2. Herplaatsing, bedoeld in lid 1, is niet vereist, indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt.

...

5. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden:  
a. nadere regels gesteld met betrekking tot ... de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, bedoeld in lid 1, waarbij onderscheid kan worden gemaakt naar categorieën van werknemers;

##### Memorie van toelichting

(p. 98)

De hoofdregel in Boek 7 van het BW luidt dat een arbeidsovereenkomst opgezegd kan worden. In artikel 7:669, eerste lid, BW wordt geregeld dat de werkgever voor die opzegging wel een redelijke grond dient te hebben. Bovendien dient de werkgever aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Deze vereisten zijn ontleend aan het huidige Ontslagbesluit, dat zal komen te vervallen. Met het voorgestelde artikel 7:669 BW en de daarop gebaseerde lagere regelgeving wordt geen wijziging beoogd ten opzichte van hetgeen in het huidige Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV is geregeld. Bij het 'niet in de rede' liggen van herplaatsing kan bijvoorbeeld worden gedacht aan verwijtbaar handelen van de werknemer.

...

(p. 46)

In het wetsvoorstel wordt voorzien in de mogelijkheid tot het stellen van nadere regels over wat onder een redelijke grond voor ontslag wordt verstaan, over de herplaatsing van de werknemer (al dan niet met behulp van scholing) en over wat daarbij onder een redelijke termijn moet worden verstaan. Bij het stellen van deze regels kan onderscheid worden gemaakt naar categorieën van werknemers. Bij deze regeling zullen regels worden gesteld voor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij een werkgever, zodanig dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever. Tevens zal voor arbeidsgehandicapten de termijn van herplaatsing op een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, worden gesteld op 26 weken (zoals voor deze categorie van werknemers thans ook het geval) en in andere gevallen op een termijn gelijk aan de opzegtermijn die voor een werknemer in acht genomen moet worden (zoals thans in de uitvoeringspraktijk als vuistregel wordt gehanteerd).



### 3.2. Ontslagregeling: herplaatsing

#### **§ 3. Regels met betrekking tot herplaatsing en de redelijke termijn, bedoeld in artikel 669 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek**

In artikel 7:669 BW is geregeld dat een werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen als daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie bij de werkgever binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In het vijfde lid, onderdeel a, van genoemd artikel is onder meer geregeld dat nadere regels zullen worden gesteld met betrekking tot de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, waarbij onderscheid kan worden gemaakt naar categorieën van werknemers. De hierna te bespreken artikelen in de hierboven genoemde paragraaf strekken hiertoe.

#### **Artikel 9 Herplaatsing**

1. Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, worden arbeidsplaatsen betrokken:
  - a. waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, een vacature zal ontstaan;
  - b. van werknemers of personen die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst of op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, of die, anders dan door een payrollwerkgever, door een derde ter beschikking zijn gesteld, voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht gedurende ten hoogste 26 weken.
2. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, worden bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is mede arbeidsplaatsen in andere tot deze groep behorende ondernemingen betrokken.
3. Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.

#### **Toelichting bij artikel 9 van de Ontslagregeling**

De mogelijkheid van herplaatsing van een werknemer wordt gezien aan de hand van vacatures die er bij een werkgever zijn of mogelijk binnen afzienbare termijn komen. Dat is geregeld in het *eerste lid, onderdeel a*. Daarbij geldt, net als thans het geval, dat als de bedrijfsactiviteiten van een werkgever over meerdere vestigingen zijn gespreid, of als een onderneming deel uitmaakt van een concern, daarbij ook andere vestigingen, respectievelijk ondernemingen die deel uitmaken van een concern, betrokken dienen te worden dan die waar een werknemer werkzaam is. Het *tweede lid* van het onderhavige artikel strekt hiertoe.

In het *eerste lid, onderdeel b*, wordt geregeld dat als een passende functie wordt bezet door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, door ingeleend personeel (niet zijnde payrollwerknemers) of door een oproepkracht, deze functie, indien die als passend kan worden aangemerkt, bij het beoordelen van de mogelijkheden tot herplaatsing van een werknemer wordt betrokken, hetgeen tot gevolg kan hebben dat genoemde werknemers plaats moeten maken voor een werknemer wiens arbeidsplaats komt te vervallen. Hiermee wordt enerzijds aangesloten bij de thans bestaande praktijk. Anderzijds bij de regel in artikel 7:671a, zevende lid, BW op grond waarvan toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden slechts wordt verleend als een werkgever de arbeidsrelatie met de hiervoor genoemde categorieën van personen heeft beëindigd. De regel geldt echter niet als het werkzaamheden betreft van niet-structurele aard. Dat is ook logisch, enerzijds omdat de verplichting tot herplaatsing (veelal) werknemers zal betreffen met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, anderzijds omdat als het tijdelijke werkzaamheden betreft (waaronder wordt verstaan: met een duur van korter dan 26 weken) een wisseling van personeel voor (veelal) een relatief korte periode niet voor de hand ligt.

In het *derde lid* is geregeld wat in dit verband onder een passende functie wordt verstaan, namelijk een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van een werknemer (of waarvoor hij binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn). In de regel zal het hierbij gaan om functies die aansluiten bij het niveau van de werkzaamheden die een werknemer verricht maar dat hoeft niet het geval te zijn. Bij disfunctioneren kan bijvoorbeeld

sprake zijn van een passende functie wanneer dit ligt onder het functieniveau van de functie die wordt vervuld. Dat ligt ook in de rede als de reden voor disfunctioneren is dat een werknemer het vereiste niveau niet of niet langer aan kan. Bij de bepaling of een functie passend is voor een arbeidsgehandicapte, zal in ogenschouw moeten worden genomen of de functie aansluit bij de arbeids/medische mogelijkheden van de werknemer. Ook dat kan ertoe leiden dat een functie die beneden het niveau van de oorspronkelijke functie ligt als passend moet worden aangemerkt.

Met betrekking tot scholing wordt opgemerkt dat deze optie is gekoppeld aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op herplaatsing in een passende functie. De duur (in relatie tot de in acht te nemen redelijke termijn, zie hierna bij de toelichting op artikel 10) en de kosten van scholing zijn bepalend voor de vraag welk scholingsaanbod bij een mogelijk geschikte functie van werkgever geveerd kan worden, waarbij de financiële positie van een onderneming relevant is.

Het is aan de werkgever om te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is voor het vervullen van eventuele vacatures waarbij hij zijn keuze uiteraard wel moet verantwoorden als die ter discussie wordt gesteld. Echter, in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare; zie artikel 13) functie, ligt het in de rede dat de werknemer die hiervoor geschikt is en op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, als eerste in de gelegenheid wordt gesteld deze functie – na sollicitatie – te aanvaarden. Het spreekt voorts voor zich dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een externe sollicitant. Dat betekent dat als een werkgever (of een andere werkgever binnen een concern) een vacature vervult door een externe kandidaat terwijl die vacature als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer de werkgever zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld. UWV zal dan geen toestemming voor opzegging kunnen verlenen en de rechter zal de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden.

### **3.3. Nadere toelichting: herplaatsing**

Uit de vereisten die staan in artikel 9 blijkt dat de werkgever in de ontslagaanvraag toe moet lichten waarom het niet mogelijk is om de werknemer binnen de redelijke termijn te herplaatsen op een passende functie binnen de onderneming of groep. Op grond van artikel 9, lid 1 moet hij hierbij arbeidsplaatsen betrekken waarvoor een vacature bestaat of binnen de voor de werknemer geldende redelijke termijn zal komen, alsmede arbeidsplaatsen van uitzendkrachten, oproepkrachten of ingeleend personeel (uitgezonderd payrollwerknemers), voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard (ten hoogste 26 weken) worden verricht. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt binnen de redelijke termijn voor herplaatsing, komt die arbeidsplaats ook in aanmerking voor herplaatsing, tenzij op die arbeidsplaats werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht.

Daarbij mag de werkgever op grond van de regeling ingeval van een vacature of een bestaande arbeidsplaats de werknemer selecteren die daarvoor het *meest* geschikt is. Dat is anders als een functie vervalt en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een nieuwe functie die niet uitwisselbaar is met de vervallen functie. Dan moet op basis van het (omgekeerde) afspiegelingsbeginsel worden bepaald aan welke werknemer, die geschikt is om de functie te vervullen, deze functie als eerste moet worden aangeboden. Dit wordt onderstaand aan de hand van een voorbeeld verduidelijkt. Tevens wordt ingegaan op de situatie waar sprake is van de mogelijkheid tot herplaatsing in een passende functie voor een minder aantal uren en hoe een herplaatsingsverplichting in een sociaal plan zich verhoudt tot de wettelijke herplaatsingsverplichting.

#### **3.3.1. Voorbeeld verval functie en ontstaan nieuwe functie**

Een bedrijf heeft twee niet uitwisselbare functies (technisch tekenaar en projectleider). In de functie van technisch tekenaar vervallen drie van de vijf arbeidsplaatsen. In de functie van projectleider zijn vijf arbeidsplaatsen. Deze vervallen allemaal omdat de functie van projectleider wordt opgeheven. Tegelijkertijd ontstaat de nieuwe functie van projectcoördinator met drie arbeidsplaatsen/vacatures. Deze functie is niet uitwisselbaar met de functie van technisch tekenaar en projectleider omdat andere functie-eisen gelden. Wel wordt in deze functie een deel van de werkzaamheden van de functie van projectleider voortgezet.

Slechts één van de boventallige technisch tekenaars is geschikt voor de nieuwe functie van projectcoördinator. Dit geldt ook voor vier van de vijf projectleiders. Aan wie moet de werkgever de nieuwe functie van projectcoördinator aanbieden? De werkgever mag in deze situatie niet selecteren wie het meest geschikt is maar moet de vacatures allereerst aanbieden aan de projectleiders. Omdat er meer geschikte projectleiders zijn dan arbeidsplaatsen, moet de werkgever de nieuwe functie aanbieden aan de drie projectleiders die op basis van het afspiegelingsbeginsel (berekend over de vier geschikte projectleiders) de hoogste afspiegelingsrechten hebben. De werkgever zou de functie van projectcoördinator pas aan de technisch tekenaar moeten aanbieden als er, na herplaatsing van alle geschikte projectleiders, nog een vacature zou zijn.

### **3.3.2. Passende functie voor minder uren**

Als de arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen is vervallen en de werknemer kan worden herplaatst in een passende functie voor minder uren dan de oorspronkelijke functie, en de werkgever de aanvraag wegens ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst handhaaft, dan moet de werkgever de werknemer schriftelijk hebben aangeboden de arbeidsovereenkomst voort te zetten in de andere functie onder vermelding van de arbeidsduur en de arbeidsvoorwaarden, in lijn met artikel 4 'deeltijdontslag' van de Ontslagregeling.

### **3.3.3. In relatie tot herplaatsingsverplichting in een sociaal plan**

Als de werkgever in het kader van een sociaal plan bepaalde inspanningen betreffende herplaatsing en/of begeleiding naar ander werk binnen de (groep van) onderneming(en) heeft toegezegd gedurende een bepaalde periode voorafgaand aan mogelijk ontslag, moeten die uiteraard worden nageleefd alvorens toestemming voor ontslag kan worden aangevraagd. Dit staat los van de voor de betrokken werknemer in acht te nemen redelijke termijn van herplaatsing. Die ziet immers op de periode vanaf de datum van de beslissing op de ontslagaanvraag. Vaak wordt er een begeleidings- of bezwarencommissie ingesteld die op een juiste naleving van een sociaal plan toeziet. Deze commissie zal vaak ook de taak hebben om bezwaren van werknemers over naleving daarvan te beoordelen. Als een uitspraak van de bezwarencommissie *bepalend* is voor de vraag of een werknemer terecht voor ontslag is voorgedragen, zal geen toestemming voor ontslag verleend worden zolang geen uitspraak is gedaan.

In het aanvraagformulier deel C wordt in rubriek 11 'Herplaatsing' de hierop betrekking hebbende vraag gesteld.

## **3.4. Ontslagregeling: redelijke termijn voor herplaatsing**

### **Artikel 10 Redelijke termijn**

1. De redelijke termijn, bedoeld in artikel 669, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is gelijk aan de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
2. Voor een werknemer met een arbeidshandicap bedraagt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste lid, 26 weken.
3. Als werknemer met een arbeidshandicap, bedoeld in het tweede lid, wordt aangemerkt de werknemer:
  - d. die voor 29 december 2005 als arbeidsgehandicapte is aangemerkt op grond van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten voor zolang aanspraak bestaat op voorzieningen op grond van die wet;
  - e. met een uitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen of een uitkering of recht op arbeidsondersteuning op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten;
  - f. waarvoor voorzieningen zijn getroffen tot behoud, herstel of ter bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid; of
  - g. die bij ziekte recht heeft op ziekgeld als bedoeld in artikel 29b van de Ziektewet.
4. De redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
5. Indien sprake is van het beëindigen van een inleenopdracht:
  - a. vangt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, aan op de dag waarop de inleenopdracht eindigt;

- b. wordt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, verlengd met de perioden waarin de werknemer wegens ziekte of gebreken niet in staat is arbeid te verrichten.

### **Toelichting bij artikel 10 van de Ontslagregeling**

De verplichting tot herplaatsing (al dan niet met behulp van scholing) geldt voor zover herplaatsing van een werknemer binnen een redelijke termijn mogelijk is. Zoals in de memorie van toelichting bij de Wwz reeds is aangegeven, wordt in het eerste lid van onderhavig artikel deze termijn gesteld op de wettelijke opzegtermijn (één tot vier maanden afhankelijk van de lengte van het dienstverband) die voor een werknemer in acht genomen moet worden (zoals thans in de uitvoeringspraktijk als vuistregel wordt gehanteerd), zonder aftrek van de proceduretijd UWV of rechter. Hiermee komt tot uitdrukking dat de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naarmate het dienstverband een langere looptijd heeft. De termijn wordt, op grond van het vierde lid, berekend vanaf de datum waarop wordt beslist omtrent het verzoek tot opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat een werkgever bij een verzoek aan UWV of de rechter aannemelijk moet maken dat herplaatsing binnen de genoemde redelijke termijn niet mogelijk is, rekening houdend met de proceduretijd van UWV en de rechter. Voor uitzendwerkgevers geldt, op grond van artikel 7 een afwijkende regeling, namelijk dat de herplaatsingstermijn in acht moet zijn genomen alvorens toestemming voor opzegging kan worden verleend of de arbeidsovereenkomst door de rechter kan worden ontbonden. In het vijfde lid is geregeld dat deze termijn aanvangt op de dag waarop de inleenovereenkomst eindigt. Voor werknemers met een arbeidshandicap wordt in het tweede lid de termijn gesteld op 26 weken zoals voor deze categorie van werknemers voorheen ook het geval was (dit was geregeld in de artikelen 4:4, eerste lid, en 5:2, onderdeel b, van het Ontslagbesluit). Deze termijn hangt samen met een toezegging aan de Tweede Kamer die gedaan is tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Kamerstukken II 2004/05, 30 034) en de Wet invoering en financiering Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Kamerstukken II 2004/05, 30 118). In het derde lid wordt aangegeven wat onder een werknemer met een arbeidshandicap wordt verstaan. Deze omschrijving wijkt niet af van hetgeen in het Ontslagbesluit was geregeld. In het vierde en vijfde lid is geregeld op welk moment de redelijke termijn gaat lopen. De hoofdregel, welke in het vierde lid is opgenomen, is dat deze termijn gaat lopen op de dag waarop het UWV of de rechter beslist op een verzoek om toestemming voor opzegging respectievelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In het vijfde lid is geregeld dat voor een uitzendwerkgever de redelijke termijn gaat lopen vanaf het vervallen van een inleenopdracht.

### **3.5. Nadere toelichting: redelijke termijn**

Artikel 10 van de Ontslagregeling bepaalt dat de redelijke termijn gelijk is aan de wettelijke opzegtermijn, tenzij sprake is van een werknemer met een arbeidshandicap. In dat geval is de herplaatsingstermijn 26 weken. Er vindt geen aftrek van de proceduretijd plaats. Indien in een (collectieve) arbeidsovereenkomst of sociaal plan een langere of kortere opzegtermijn is afgesproken, wordt daarmee bij de bepaling van de redelijke herplaatsingstermijn geen rekening gehouden. De herplaatsingstermijn wordt berekend vanaf de dag dat een beslissing op de aanvraag wordt genomen. De werkgever moet daar bij indiening van een ontslagaanvraag rekening mee houden.

De redelijke herplaatsingstermijn is:

<b>Aantal jaren in dienst</b>	<b>herplaatsingstermijn</b>
Tot 5 jaren	1 maand
5 tot 10 jaren	2 maanden
10 tot 15 jaren	3 maanden
15 jaren en langer	4 maanden
werknemer met arbeidshandicap	altijd 26 weken

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 11 'Herplaatsing' de hierop betrekking hebbende vraag gesteld.

## 4. OPZEGVERBODEN

*UWV verleent geen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen als er een opzegverbod geldt als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 tot en met 4 en 10 BW. Dat is anders als het opzegverbod naar verwachting niet meer geldt binnen 4 weken na de beslissing op de ontslaanvraag. Dat is geregeld in artikel 7 van de Regeling UWV ontslagprocedure.*

### 4.1. Wet en Memorie van toelichting

#### **Artikel 7: 670 lid 1 tot en met 4 en lid 10 (tot en met 13) BW**

1. De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid:
  - a. ten minste twee jaren heeft geduurd, of
  - b. een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen of door de commissie, bedoeld in artikel 671a, lid 2, is ontvangen.Voor de berekening van de termijn, bedoeld in onderdeel a, worden perioden van ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid ten gevolge ten gevolge van zwangerschap voorafgaand aan het zwangerschapsverlof en perioden van ongeschiktheid tijdens het zwangerschaps- of bevallingsverlof, bedoeld in artikel 3:1, tweede en derde lid, van de Wet arbeid en zorg, niet in aanmerking genomen. Voorts worden perioden van ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid, anders dan bedoeld in de vorige zin, samengeteld, indien zij elkaar met een onderbreking van minder dan vier weken opvolgen, of indien zij direct voorafgaan aan en aansluiten op een periode waarin zwangerschaps- of bevallingsverlof wordt genoten overeenkomstig artikel 3:1, tweede en derde lid, van de Wet arbeid en zorg, tenzij de ongeschiktheid redelijkerwijs niet geacht kan worden voort te vloeien uit dezelfde oorzaak.
2. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met een werkneemster niet opzeggen gedurende de zwangerschap. De werkgever kan ter staving van de zwangerschap een verklaring van een arts of van een verloskundige verlangen. Voorts kan de werkgever de arbeidsovereenkomst van de werkneemster niet opzeggen gedurende de periode waarin zij bevallingsverlof als bedoeld in artikel 3:1, derde lid, van de Wet arbeid en zorg geniet en na werkhervatting, gedurende het tijdvak van zes weken aansluitend op dat bevallingsverlof, dan wel aansluitend op een periode van ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid die haar oorzaak vindt in de bevalling of de daaraan voorafgaande zwangerschap en die aansluit op dat bevallingsverlof. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de werknemer voorts niet opzeggen gedurende de periode dat hij verlof geniet als bedoeld in artikel 3:1a, eerste of vierde lid, van de Wet arbeid en zorg.
3. De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, omdat hij als dienstplichtige is opgeroepen ter vervulling van zijn militaire dienst of vervangende dienst.
4. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen met de werknemer die lid is van:
  1. een ondernemingsraad, een centrale ondernemingsraad, een groepsondernemingsraad, een vaste commissie van die raden of van een onderdeelcommissie van de ondernemingsraad, of van een personeelsvertegenwoordiging;
  2. een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de Europese ondernemingsraden, dan wel die krachtens die wet optreedt als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers;
  3. een bijzondere onderhandelingsgroep, of een SE-ondernemingsraad of als werknemersvertegenwoordiger lid is van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de SE als bedoeld in hoofdstuk 1 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen, dan wel die krachtens die wet optreedt als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers;
  4. een bijzondere onderhandelingsgroep, of een SCE-ondernemingsraad of als werknemersvertegenwoordiger lid is van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van

de SCE als bedoeld in hoofdstuk 2 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen dan wel die krachtens hoofdstuk 2 van die wet optreedt als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers.

5. Indien de werkgever aan de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging een secretaris heeft toegevoegd, is de eerste volzin op die secretaris van overeenkomstige toepassing. Indien de werkgever aan de ondernemingsraad een secretaris heeft toegevoegd, is de eerste volzin van dit lid van overeenkomstige toepassing op die secretaris.

...

10. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen met een werknemer die:
  - a. geplaatst is op een kandidatenlijst voor een ondernemingsraad dan wel een personeelsvertegenwoordiging of korter dan twee jaar geleden lid is geweest van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad, van een groepsondernemingsraad of van een commissie van die raden, van een personeelsvertegenwoordiging of van een bijzondere onderhandelingsgroep of een Europese ondernemingsraad, een SE-ondernemingsraad of een SCE-ondernemingsraad als bedoeld in de Wet op de Europese ondernemingsraden respectievelijk de hoofdstukken 1 respectievelijk 2 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen dan wel korter dan twee jaar geleden krachtens een van die wetten is opgetreden als vertegenwoordiger bij een andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging van werknemers;
  - b. lid is van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad, van een centrale ondernemingsraad of van een groepsondernemingsraad;
  - c. als deskundige werknemer als bedoeld in artikel 13, leden 1 en 2, van de Arbeidsomstandighedenwet of als deskundige persoon als bedoeld in artikel 14, lid 1, van die wet werkzaam is; of
  - d. als een functionaris voor de gegevensbescherming als bedoeld in artikel 62 van de Wet bescherming persoonsgegevens werkzaam is.
11. De termijn van twee jaren, bedoeld in lid 1, onderdeel a, wordt verlengd:
  - a. met de duur van de vertraging indien de aanvraag, bedoeld in artikel 64, eerste lid, van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen later wordt gedaan dan in of op grond van dat artikel is voorgeschreven;
  - b. met de duur van de verlenging van de wachttijd, bedoeld in artikel 19, eerste lid, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, indien die wachttijd op grond van het zevende lid van dat artikel wordt verlengd; en
  - c. met de duur van het tijdvak dat het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen op grond van artikel 24, eerste lid, of artikel 25, negende lid, van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen dan wel op grond van artikel 71a, negende lid, van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft vastgesteld.
12. Voor de toepassing van lid 4 en artikel 670a lid 1 en lid 10 wordt tevens onder de SE-ondernemingsraad verstaan: het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt in een SE die haar statutaire zetel heeft in een andere lidstaat, en dat is ingesteld krachtens de bepalingen in het nationale recht van die lidstaat ter omzetting van de richtlijn nr. 2001/86 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers (PbEG L 294).
13. Voor de toepassing van het vierde lid en artikel 670a lid 1 en lid 10 wordt tevens onder de SCE-ondernemingsraad verstaan: het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt in een SCE die haar statutaire zetel heeft in een andere lidstaat, en dat is ingesteld krachtens de bepalingen in het nationale recht van die lidstaat ter omzetting van de richtlijn nr. 2003/72/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van de Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers (PbEG L 207).

#### **Artikel 7: 670a lid 2 tot en met 4 BW**

...

2. Artikel 670, leden 1 tot en met 4 en lid 10, en daarmee naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift, zijn niet van toepassing, indien:

...

d. de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, met dien verstande dat de opzegging niet kan betreffen de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 van de Wet arbeid en zorg;

...

3. Indien de opzegging geschiedt op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, anders dan wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, en de werknemer ten minste 26 weken werkzaam is geweest op de arbeidsplaats die vervalt:
- is artikel 670, lid 2, niet van toepassing, indien de werkzaamheden van het onderdeel van de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, worden beëindigd, met dien verstande dat de opzegging niet kan betreffen de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 van de Wet arbeid en zorg;
  - is artikel 670, lid 3, niet van toepassing, indien de werkzaamheden van het onderdeel van de onderneming waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, worden beëindigd;
  - is artikel 670, leden 4 en 10, niet van toepassing.
4. Lid 3 is van overeenkomstige toepassing op opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift die naar aard en strekking vergelijkbaar zijn met de opzegverboden, bedoeld in lid 3.

### **Memorie van toelichting**

Artikelsgewijze toelichting (p. 102-103)

Het voorgestelde tweede lid regelt wanneer de opzegverboden, bedoeld in artikel 7:670, eerste tot en met vierde en tiende lid, BW niet van toepassing zijn. Dat geldt tevens voor de opzegverboden die 'naar aard en strekking' vergelijkbaar zijn met de opzegverboden, bedoeld in het eerste tot en met vierde en tiende lid. Het gaat daarbij om verboden om op te zeggen tijdens een periode dat een bepaalde omstandigheid zich voordoet (absolute opzegverboden). Een opzegverbod dat vergelijkbaar is met de opzegverboden, bedoeld in artikel 7:670, eerste tot en met vierde en tiende lid, BW behoort ook een verbod om op te zeggen tijdens een bepaalde omstandigheid in te houden. Een voorbeeld van een opzegverbod dat vergelijkbaar is, is het opzegverbod van artikel 104 van de Pensioenwet. Daarin is onder andere opgenomen het verbod om op te zeggen tijdens de periode dat de werknemer lid is van het bestuur van een pensioenfonds.

Een verbod om op te zeggen in strijd met artikel 7:646 BW bijvoorbeeld valt hier niet onder aangezien dat geen met de verboden genoemd in het eerste tot en met vierde en tiende lid van artikel 7:670 BW vergelijkbare aard en strekking heeft. Dat verbod behelst evenals de verboden, bedoeld in artikel 7:670, vijfde tot en met negende lid, BW een verbod op te zeggen wegens een bepaalde hoedanigheid van de werknemer. Het is niet wenselijk een opzegverbod wegens die bepaalde hoedanigheid te laten vervallen in de in dit artikel genoemde situaties; die blijven dan ook onverkort gelden. Het ontslag moet immers op een grond gebaseerd zijn ('wegens' een grond zijn) als opgenomen in artikel 7:669 BW. De opzegverboden, bedoeld in artikel 7:670, eerste tot en met vierde en tiende lid, BW zijn niet van toepassing indien de werknemer met de opzegging instemt, als het een opzegging tijdens de proeftijd betreft of als er sprake is van – kort gezegd – de sluiting van het bedrijf. In dat laatste geval wordt alleen de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in artikel 3:1 van de Wet arbeid en zorg (WAZO) beschermd (als uitzondering op de uitzondering op de ontslagbescherming, huidige artikel 7:670b, tweede lid, BW). Ten aanzien van het ontslag op staande voet geldt eveneens dat de genoemde opzegverboden niet van toepassing zijn.

In het derde lid is vervolgens geregeld in welke gevallen de opzegverboden niet van toepassing zijn bij een opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Opgemerkt wordt dat in het tweede lid, onderdeel d, reeds geregeld is dat de opzegverboden niet gelden als de werkzaamheden van het bedrijf in het geheel beëindigd worden.

Als voorwaarde voor het niet van toepassing zijn van de opzegverboden bij een opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden, anders dan wegens beëindiging van het bedrijf, geldt telkens dat de werknemer tenminste 26 weken werkzaam geweest moet zijn op de arbeidsplaats die vervalt. Daarmee wordt voorkomen dat een opzegverbod wordt omzeild door werknemers voor wie een opzegverbod geldt op een arbeidsplaats te plaatsen die toch spoedig

zal vervallen.

In onderdeel a is geregeld dat het opzegverbod voor zwangere werkneemsters niet geldt indien de werkzaamheden van het bedrijfsonderdeel waar de werkneemster werkt vervallen. Ook hier wordt, net als bij beëindiging van het hele bedrijf (tweede lid, onderdeel d), de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet beschermd.

In onderdeel b is geregeld dat het opzegverbod voor een werknemer die de dienstplicht vervult niet geldt indien de werkzaamheden van het bedrijfsonderdeel waarin deze werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is, worden beëindigd. Uit het tweede lid, onderdeel d, vloeit reeds voort dat dit opzegverbod ook niet geldt bij beëindiging van het hele bedrijf.

In onderdeel c is geregeld dat de opzegverboden uit artikel 7:670, vierde lid en tiende lid, BW niet gelden bij een opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

In het vierde lid is geregeld dat hetgeen in het derde lid is bepaald ten aanzien van de verschillende opzegverboden van overeenkomstige toepassing is op opzegverboden die naar aard en strekking vergelijkbaar zijn met de opzegverboden, bedoeld in het derde lid.

## 4.2. Regeling UWV ontslagprocedure

### Artikel 7 Geen toestemming bij opzegverbod

Indien uit een verzoek om toestemming, of tijdens de behandeling daarvan blijkt dat een opzegverbod als bedoeld in artikel 670, eerste tot en met vierde en tiende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift geldt, geeft het UWV geen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, tenzij redelijkerwijs verwacht mag worden dat het opzegverbod binnen vier weken na de dag waarop het UWV beslist op het verzoek niet meer geldt.

### *Toelichting bij artikel 7*

Als uit het verzoek om toestemming of tijdens de behandeling van een verzoek om toestemming duidelijk wordt dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd mag worden door de werkgever, omdat een opzegverbod geldt, dan geeft UWV geen toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Daarom is het voor de werkgever niet zinvol om in een dergelijk geval toch een verzoek om toestemming te doen. Als lopende de behandeling van het verzoek blijkt dat een opzegverbod geldt, ligt het voor de hand dat de werkgever het verzoek intrekt. Tot een afwijzing van een verzoek om toestemming omdat een opzegverbod van toepassing is, zal het in de praktijk dus niet vaak komen.

Als sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte en geen toestemming zal worden verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van deze zieke werknemer, kan in plaats daarvan een andere werknemer voor ontslag worden voorgedragen. Dat eerstbedoelde werknemer ziek is en voorlopig zal blijven, zal de werkgever aan de hand van een verklaring van de bedrijfsarts moeten aantonen.

Dit is anders als verwacht kan worden dat het opzegverbod op korte termijn niet langer van toepassing zal zijn op de werknemer. Als, naar verwachting, het opzegverbod niet meer zal gelden uiterlijk vier weken na de dag waarop UWV beslist op het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, kan UWV wel besluiten om toestemming te verlenen. De werkgever zal in deze situatie moeten aangeven waarom verwacht kan worden dat het opzegverbod binnen die termijn niet meer geldt. Dat kan hij bijvoorbeeld, in het geval de werknemer ziek is, doen aan de hand van een verklaring van de bedrijfsarts, waaruit blijkt dat de medewerker spoedig hersteld zal zijn.

UWV zal in de beschikking vermelden dat indien mocht blijken dat het opzegverbod na de beslissing op het verzoek voortduurt, de arbeidsovereenkomst bij de aanwezigheid van het opzegverbod niet kan worden opgezegd. Indien bij de behandeling van een verzoek om toestemming niet naar voren is gekomen dat er een opzegverbod van toepassing is, kan het zich voordoen dat UWV toestemming verleent, terwijl een opzegverbod van toepassing is. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst dan niet rechtsgeldig opzeggen met een beroep op de gegeven toestemming.



### **4.3. Nadere toelichting: geen toestemming bij opzegverbod**

#### **4.3.1. De tijdens opzegverboden**

Uit de regelgeving volgt dat geen toestemming verleend mag worden als sprake is van een zogenoemd 'tijdens'-opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 tot en met 4 en lid 10 BW, tenzij redelijkerwijs te verwachten valt dat dit verbod vervalt binnen 4 weken na verlening van de toestemming de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Het betreft hier, samengevat, onder meer de volgende opzegverboden:

- a. tijdens de eerste twee jaar van ziekte;
- b. tijdens zwangerschap;
- c. tijdens de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof en zes weken na hervatting;
- d. gedurende het vervullen van dienstplicht of vervangende dienst;
- e. de werknemer die lid is van de OR of een personeelsvertegenwoordiging (pvt), of als secretaris is toegevoegd aan de OR of personeelsvertegenwoordiging (korteidshalve);
- f. de werknemer die geplaatst is op een kandidatenlijst voor een OR of pvt, of korter dan twee jaar geleden daarvan lid is geweest (korteidshalve);
- g. de werknemer die lid is van een voorbereidingscommissie van een OR;
- h. de deskundige werknemer in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet (korteidshalve);
- i. de werknemer die werkzaam is als functionaris voor de gegevensbescherming, bedoeld in de Wet bescherming persoonsgegevens;
- j. tijdens de verlengde wachttijd.

#### **4.3.2. Uitzonderingen op opzegverboden bij bedrijfseconomische ontslag**

In sommige situaties – bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen – gelden de verschillende opzegverboden niet. Dit is geregeld in artikel 7:670a BW.

##### *Ziekte van de werknemer*

Op grond van artikel 7:670 lid 11 BW wordt het opzegverbod tijdens ziekte van (normaal) 104 weken in een aantal situaties verlengd. Als bijvoorbeeld een loonsanctie is opgelegd wordt de wachttijd met maximaal een jaar verlengd. Het opzegverbod wordt dan met dezelfde duur verlengd.

Het opzegverbod tijdens ziekte geldt niet als sprake is van volledige bedrijfsbeëindiging (artikel 7:670a lid 2 onderdeel d BW). Als alleen een onderdeel van een bedrijf ophoudt te bestaan is het opzegverbod tijdens ziekte wel van toepassing (werkgever kan de werknemer immers nog steeds re-integreren in eerste dan wel in tweede spoor).

##### *Zwangerschap, zwangerschaps- en bevallingsverlof van de werkneemster*

Dit opzegverbod geldt ook gedurende zes weken na werkhervatting aansluitend op het bevallingsverlof. Als de moeder tijdens het bevallingsverlof overlijdt, gaat het resterende recht op verlof in verband met bevalling - en daarmee ook de bescherming van het opzegverbod - over op de partner.

Het opzegverbod tijdens zwangerschap geldt niet als sprake is van volledige bedrijfsbeëindiging (artikel 7:670a lid 2 onderdeel d BW) en ingeval van het beëindigen van de activiteiten van een onderdeel van het bedrijf (artikel 7:670a lid 3 onderdeel a BW). In de laatste situatie geldt als aanvullende voorwaarde dat de werkneemster ten minste een half jaar op de vervallen arbeidsplaats werkzaam moet zijn geweest wil opheffing van het opzegverbod aan de orde zijn (artikel 7:670a lid 3 aanhef BW).

Tijdens de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof is het opzegverbod absoluut.

De arbeidsovereenkomst van de werkneemster kan tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof ook niet worden opgezegd bij bedrijfsbeëindiging of het beëindigen van de activiteiten van een onderdeel van het bedrijf.

##### *Gedurende het vervullen van dienstplicht of vervangende dienst*

Deze regeling is van belang voor werknemers die hun dienstplicht in een ander land dan Nederland vervullen. In deze situatie geldt het opzegverbod niet als sprake is van volledige bedrijfsbeëindiging (artikel 7:670a lid 2 onderdeel d BW) en bij het beëindigen van de activiteiten van een onderdeel van het bedrijf (artikel 7:670a lid 3 onderdeel b BW). In de laatste situatie geldt als aanvullende voorwaarde dat de werknemer ten minste een half jaar op de vervallen arbeidsplaats werkzaam moet zijn geweest wil opheffing van het opzegverbod aan de orde zijn (artikel 7:670a lid 3 aanhef BW).

*Overige gevallen (diverse medezeggenschap e.a.)*

In de overige situaties genoemd in de hierboven genoemde onderdelen e t/m i gelden de opzegverboden niet bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen (volledige bedrijfsbeëindiging, gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging, personeelsinkrimping enz.) voor zover de werknemer ten minste een half jaar op de vervallen arbeidsplaats werkzaam is geweest (artikel 7:670a lid 3 aanhef en onderdeel c).

#### **4.3.3. Verval opzegverbod binnen 4 weken na de beslissing**

Als er een opzegverbod is, moet de werkgever motiveren waarom redelijkerwijs verwacht mag worden dat het opzegverbod binnen vier weken na de dag waarop het UWV op het verzoek beslist niet meer geldt. Dit betekent dat de werkgever bij het indienen van de aanvraag twee maanden vooruit moet kijken, ervan uitgaande dat de procedure bij UWV circa 4 weken duurt en de eventuele toestemming 4 weken geldig is.

Als de werknemer op de datum indiening van de aanvraag ziek is, moet de werkgever aannemelijk maken dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de werknemer binnen twee maanden zal herstellen. Hij kan dit bijvoorbeeld doen met een verklaring van de bedrijfsarts. De werkgever hoeft dit niet aannemelijk te maken als de werknemer zelf heeft meegedeeld dat hij verwacht binnen deze periode weer arbeidsgeschikt te zijn.

Bij zwangerschap/bevalling kan de werkgever bijvoorbeeld een verklaring van een arts of verloskundige dan wel een geboortekaartje overleggen waaruit de datum kan worden afgeleid waarop het opzegverbod naar verwachting niet meer geldt.

In het aanvraagformulier deel B worden in rubriek 7 'Opzegverboden' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

#### **4.3.4. Werkgever draagt een andere werknemer voor**

Als een opzegverbod naar verwachting niet zal vervallen binnen 4 weken na de beslissing op de aanvraag, dan mag de werkgever een andere werknemer voor ontslag voordragen.

Het spreekt voor zich dat de werkgever in deze situatie stukken moet verstrekken waaruit blijkt dat het opzegverbod naar verwachting niet binnen twee maanden na indiening van de aanvraag zal vervallen. Als sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte *moet* de werkgever een verklaring van de bedrijfsarts overleggen, waaruit blijkt dat de werknemer ziek is en naar verwachting niet binnen twee maanden zal herstellen. Deze verklaring is gebaseerd op het medisch oordeel van een arts, waarbij de medische gegevens van de zieke werknemer wegens vertrouwelijkheid aan de werkgever noch de andere werknemer bekend mogen worden gemaakt. Er is om die reden geen ruimte voor een inhoudelijke discussie. Dat is uiteraard anders als de zieke werknemer inmiddels is hersteld. Dan ligt het in de rede dat de werkgever de aanvraag voor de andere werknemer intrekt en alsnog een aanvraag voor de herstelde werknemer indient. Doet hij dat niet dan wordt de aanvraag voor de andere werknemer afgewezen.

Ingeval van andere opzegverboden zal de werkgever geschikte andere documenten moeten verstrekken waaruit blijkt dat het opzegverbod naar verwachting niet binnen twee maanden zal vervallen.

Uit het systeem van de regelgeving volgt dat de regels over ontslagvolgorde (paragraaf 2.4) en afspiegelingsbeginsel (paragraaf 2.6.) eveneens van toepassing zijn op de vraag welke andere werknemer voor ontslag in aanmerking komt. De werkgever mag dus niet naar willekeur een andere werknemer voor ontslag voordragen.

In het aanvraagformulier deel C worden in rubriek 10 'Ontslagvolgorde' de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

## 5. ONTSLAGADVIESCOMMISSIE

*UWV kan advies vragen aan de Ontslagadviescommissie. Dat is geregeld in artikel 6 van de Regeling UWV ontslagprocedure.*

### 5.1. Regeling UWV ontslagprocedure: Ontslagadviescommissie

#### Artikel 6 Ontslagadviescommissie

Na ontvangst van het in artikel 4, eerste lid, bedoelde verweer van de werknemer dan wel nadat de werkgever en werknemer hun zienswijze krachtens artikel 4, tweede, derde en vijfde lid, naar voren hebben gebracht, kan het UWV het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op grond van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de daarop betrekking hebbende gegevens en bescheiden voor advies aan de ontslagadviescommissie voorleggen.

#### *Toelichting Algemeen*

Onderdeel van de procedure kan zijn dat advies wordt ingewonnen van de Ontslagadviescommissie (OAC), bestaande uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties, alvorens UWV over een verzoek om toestemming beslist. Het spreekt voor zich dat het inwinnen van dat advies leidt tot een langere proceduretijd en dat zulks daarom beperkt moet worden tot situaties van ontslag om bedrijfseconomische redenen waar onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de regels bij de beslissing die genomen moet worden met betrekking tot een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en daar waar (sector)specifieke kennis, waarover de leden van deze commissie uit hoofde van hun hoedanigheid beschikken, noodzakelijk is voor het kunnen beoordelen van het verzoek.

Voor het betrekken van de Ontslagadviescommissie bij ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid bestaat geen aanleiding, nu deze zaken geen (sector)specifieke kennis vereisen waarover vertegenwoordigers van werknemers en werkgeversorganisaties vanuit die hoedanigheid beschikken en, voor zover dat noodzakelijk is, UWV een oordeel kan vragen van een deskundige (arbeidsdeskundige of verzekeringsarts) omtrent de arbeids-/medische mogelijkheden van een werknemer om binnen een termijn van 26 weken de bedongen arbeid al dan niet in aangepaste vorm of andere passende arbeid (al dan niet met behulp van scholing) te kunnen verrichten.

#### *Toelichting bij artikel 6*

Nadat de procedure op grond van de voorgaande artikelen is afgerond, kunnen het verzoek en de daarop betrekking hebbende bescheiden voor advies worden voorgelegd aan de Ontslagadviescommissie indien het een voornemen van ontslag betreft op grond van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) (bedrijfseconomische redenen). Nadat deze commissie heeft geadviseerd, neemt UWV een beslissing op het verzoek van de werkgever en worden partijen hierover geïnformeerd.

### 5.2. Nadere toelichting: Ontslagadviescommissie

Uit de regelgeving volgt dat UWV in geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen de ontslagadviescommissie om advies kan vragen indien:

- onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de regels bij de beslissing die genomen moet worden; of
- (sector)specifieke kennis noodzakelijk is voor het kunnen beoordelen van het verzoek. In deze situatie zal advies gevraagd worden aan leden van deze commissie die daarover uit hoofde van hun hoedanigheid beschikken.

#### *Onduidelijkheid over toepassing van de regels*

Hier wordt bedoeld op de situatie waarin UWV tot de conclusie komt dat over (een onderdeel van)

het te nemen besluit op de ontslagaanvraag onduidelijkheid blijft bestaan. Bijvoorbeeld op het punt van de vaststelling van de bedrijfsvestiging(en) of de uitwisselbaarheid van functies.

*Behoeftte aan (sector)specifieke kennis:*

Dit kan aan de orde zijn als er ontwikkelingen binnen een sector/branche (bijvoorbeeld zorg of vervoer) zijn over hoe bepaalde zaken in een sector/branche werken, geregeld zijn of geregeld gaan worden dan wel wat daar gebruikelijk is. UWV kan behoefte hebben aan bijvoorbeeld specifieke financiële kennis over een sector/branche of over daarin aanwezige functies en functiewaarderingsystemen.

Het advies omvat een zo concreet mogelijk antwoord op de door AJD voorgelegde vraag of vragen omtrent de toepassing van de regels waarmee de bestaande onduidelijkheid kan worden opgeheven of de voor een beslissing noodzakelijke (sector)specifieke informatie.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Zie ook Het Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015, *Stcrt.* Nr. 27412, 1 september 2015.

## 6. OVERBRUGGINGSREGELING TRANSITIEVERGOEDING VOOR KLEINE WERKGEVERS

*De werkgever en de werknemer kunnen UWV vragen te beoordelen of de werkgever heeft voldaan aan de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van de tijdelijke overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers (artikel 7:673d lid 1 BW). Nadere regels hieromtrent zijn gesteld in artikel 24 van de Ontslagregeling.*

### 6.1. Wet en Toelichting

#### Artikel 7: 673d BW

1. In afwijking van artikel 673, tweede lid, kunnen onder bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te bepalen voorwaarden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buiten beschouwing worden gelaten, indien:
  - a. de werknemer in dienst was bij een werkgever, die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had; en
  - b. de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 669, lid 3, onderdeel a, die het gevolg zijn van de slechte financiële situatie van de werkgever.
2. Dit artikel vervalt met ingang van 1 januari 2020.

#### Toelichting

*Dit artikel is bij amendement tot stand gekomen. De toelichting luidt als volgt:*

Met dit amendement wordt voorzien in een overbruggingsregeling voor kleine MKB werkgevers als het gaat om de verschuldigde transitievergoeding. De introductie van de transitievergoeding leidt ertoe dat werkgevers die voorheen via de UWV route niet altijd een vergoeding verschuldigd waren, nu wel bij ontslag een transitievergoeding verschuldigd zullen zijn.

Met name voor kleine werkgevers, die nu relatief vaak gebruik maken van de UWV-route, kan het verschuldigd zijn van de transitievergoeding ertoe leiden dat zij (verder) in de problemen komen als het financieel gezien slecht gaat en zij om die reden werknemers moeten ontslaan, omdat hiervoor geen middelen zijn gereserveerd (nu daar tot het sluiten van het sociaal akkoord ook geen aanleiding voor was). Dat is ongewenst. Daarom wordt voorzien in een overgangsregeling die er als volgt uit ziet.

Werkgevers met minder dan 25 werknemers mogen bij de berekening van de omvang van de verschuldigde transitievergoeding uitgaan van de duur van het dienstverband te rekenen vanaf 1 mei 2013. Met deze datum wordt aangesloten bij de datum waarop het sociaal akkoord is gesloten, te weten 11 april 2013. Dienstjaren gelegen voor die datum blijven bij de berekening van de omvang van de transitievergoeding buiten toepassing. Voor dienstjaren gelegen na die datum geldt dat de werkgever wist of in redelijkheid kon weten dat hij in de toekomst een transitievergoeding verschuldigd zou zijn en daarvoor een reservering moest doen.

De kleine werkgever kan van deze regeling gebruik maken bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen maar louter indien dat ontslag is ingegeven door de slechte financiële situatie waarin de werkgever verkeert (wat veelal gepaard zal gaan met een vermindering van werkzaamheden). Die slechte financiële situatie zal moeten blijken uit onder meer jaarrekeningen over de drie voorafgaande jaren en een prognose over de eerstvolgende zes maanden (deze voorwaarden moeten nader worden uitgewerkt in een ministeriële regeling).

De overgangsregeling geldt dus alleen voor ontslag om bedrijfseconomische redenen als hiervoor bedoeld. Als geen sprake is van een slechte financiële situatie, geldt de regeling niet. Bij individuele ontslagen om andere redenen geldt dat de financiële nood minder snel hoog zal zijn en als dat toch het geval is, de werkgever gebruik kan maken van de betalingsregeling waar het wetsvoorstel in voorziet.

Ten slotte, de regeling geldt tot 1 januari 2020. Hiermee wordt aangesloten bij de overbruggingsregeling voor oudere werknemers (waar dezelfde categorie werkgevers ook van is uitgezonderd). Deze periode biedt ook kleine werkgevers voldoende tijd om reserves op te bouwen. Bij een ontslag na de genoemde datum zullen de dienstjaren voor 1 mei 2013 weer mede worden betrokken bij het vaststellen van de omvang van de transitievergoeding.

Deze regeling zal tussentijds worden geëvalueerd. Aan de hand daarvan zal worden besloten de looptijd te verlengen als uit de evaluatie blijkt dat de noodzaak hiertoe bestaat, of te bekorten als hieruit blijkt dat de regeling een averechts effect heeft als het gaat om het door werkgevers treffen van voorzieningen ter bekostiging van de transitievergoeding.

## **6.2. Ontslagregeling: Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers**

### ***§ 8. Regels met betrekking tot de transitievergoeding***

#### **Artikel 24 Kleine werkgever**

1. Op een werkgever die deel uitmaakt van een groep zijn de artikelen 673a, tweede lid, en 673d van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing, indien de werkgevers die deel uitmaken van deze groep samen gemiddeld 25 of meer werknemers in dienst hadden in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet.
2. Maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 kunnen voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst uitsluitend op grond van artikel 673d, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek buiten beschouwing worden gelaten, indien:
  - a. het netto resultaat van de onderneming van de werkgever over de drie boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet kleiner is geweest dan nul;
  - b. de waarde van het eigen vermogen van de onderneming van de werkgever, als bedoeld in het Besluit modellen jaarrekening, negatief was aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet; en
  - c. binnen de onderneming van de werkgever aan het einde van het boekjaar dat eindigt voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet, de waarde van de vlottende activa kleiner is dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar.
3. Indien in een boekjaar aan de eigenaar van de onderneming geen loon is toegekend, wordt voor de toepassing van het tweede lid, onderdeel a, het netto resultaat van de onderneming in dat boekjaar verminderd met het bedrag, bedoeld in artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964. Indien meerdere eigenaren arbeid verrichten ten bate van de onderneming, wordt het bedrag, bedoeld in de eerste zin, voor elk van deze eigenaren in mindering gebracht op het resultaat van de onderneming.
4. Dit artikel vervalt met ingang van 1 januari 2020.

#### ***Toelichting bij artikel 24 van de Ontslagregeling***

In artikel 7:673d, BW is geregeld dat in afwijking van artikel 7:673, tweede lid, BW onder bij ministeriële regeling te bepalen voorwaarden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buiten beschouwing worden gelaten als de werknemer in dienst was bij een werkgever, die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had en de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW (bedrijfseconomische redenen) die het gevolg zijn van de slechte financiële situatie van de werkgever.

In het eerste lid van het onderhavige artikel wordt zowel met betrekking tot artikel 7:673a BW als met betrekking tot artikel 7:673d BW geregeld dat deze artikelen niet van toepassing zijn op een

werkgever die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had, als deze werkgever onderdeel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW. Het gemiddeld aantal werknemers wordt bepaald door het aantal werknemers op 1 juli en het aantal werknemers op 31 december bij elkaar op te tellen en door tweeën te delen. Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat ook het element centrale leiding essentieel is. De groep wordt geacht draagkrachtig genoeg te zijn voor het de werkgever kunnen laten betalen van de tijdelijk verhoogde transitievergoeding voor oudere werknemers. Uiteraard geldt zulks enkel indien de groep in zijn geheel in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet gemiddeld 25 of meer werknemers in dienst had.

Verder wordt in het tweede lid van dit artikel geregeld onder welke cumulatieve voorwaarden artikel 7:673d BW van toepassing is. Het is aan de werkgever die gebruik maakt van de mogelijkheid om een lagere transitievergoeding te betalen om aan te tonen dat aan deze voorwaarden voldaan is. In de eerste plaats (onderdeel a) moet worden aangetoond dat over de drie voorafgaande boekjaren het netto resultaat van de onderneming van de werkgever kleiner is geweest dan nul. Het gaat dan om de boekjaren gelegen voor het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit de enkelvoudige jaarrekeningen over de afgelopen drie boekjaren en de winst- en verliesrekening.

Het kan voorkomen dat de onderneming nog geen drie jaren bestaat of de onderneming nog niet beschikt over definitieve financiële gegevens over de gevraagde boekjaren. In dat geval kan worden uitgegaan van de periode dat de onderneming feitelijk bestaat respectievelijk voorlopige financiële stukken.

In de tweede plaats dient binnen de onderneming van de werkgever sprake te zijn van een negatief eigen vermogen (onderdeel b), dat wil zeggen dat waarde van de activa van de onderneming kleiner zijn dan de waarde van de passiva van de onderneming. Het gaat daarbij om het eigen vermogen dat is vastgesteld conform de regels die daaromtrent worden gesteld in het Besluit modellen jaarrekening. Ten slotte moeten de vlottende activa binnen de onderneming van de werkgever per het einde van het boekjaar dat eindigt voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet, kleiner zijn dan de kortlopende schulden (onderdeel c). Naar bedrijfseconomische maatstaven is van een dergelijke slechte liquiditeitspositie sprake als de zogenoemde current ratio minder dan 1 is.

In het derde lid wordt geregeld dat indien in een boekjaar aan de eigenaar van de onderneming geen loon is toegekend, voor de toepassing van het tweede lid, onderdeel a, het resultaat van de onderneming in dat boekjaar wordt verminderd met een forfaitair bedrag. Dit betreft het bedrag bedoeld in artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964 dat op grond van het vijfde lid van dat artikel jaarlijks bij ministeriële regeling wordt vervangen. De rechtsvorm van de onderneming brengt met zich mee dat het loon voor de eigenaar (bijvoorbeeld bij een eenmanszaak, v.o.f., maatschap of commanditaire vennootschap) niet steeds in het resultaat betrokken wordt. In dat geval wordt de fictie gehanteerd dat de eigenaar zichzelf het in artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964 bedoelde bedrag als loon uitkeert. Indien er meerdere eigenaren zijn die arbeid ten bate van de onderneming verrichten, wordt dit bedrag voor elk van deze eigenaren in mindering gebracht op het netto resultaat van de onderneming.

Partijen kunnen UWV bij de behandeling van een verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, UWV vragen te beoordelen of aan deze voorwaarden is voldaan. Dit is geregeld in artikel 8 van de Regeling UWV ontslagprocedure. Als de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden door de rechter, dan kan de werkgever of de werknemer de rechter verzoeken vast te stellen of aan de genoemde voorwaarden is voldaan.

### **6.3. Nadere toelichting: Overbruggingsregeling transitievergoeding**

Partijen kunnen UWV bij de behandeling van een ontslagaanvraag om bedrijfseconomische redenen die (mede) gelegen zijn in een slechte financiële situatie van de onderneming verzoeken om een verklaring of voldaan wordt aan de voorwaarden van artikel 24 van de Ontslagregeling. Als de ontslagaanvraag niet (mede) wegens een slechte financiële situatie van de onderneming is ingediend, kan de werkgever geen gebruik maken van deze regeling en zal geen verklaring worden

gegeven.

De werkgever moet gegevens overleggen waaruit blijkt dat hij conform de regels van lid 1 van artikel 24 een kleine werkgever is met gemiddeld minder dan 25 werknemers.

De werkgever hoeft in het kader van het artikel 24 verzoek geen (nadere) boekhoudkundige stukken aan te leveren over de slechte financiële positie van de onderneming omdat de werkgever die conform 1.3.1. 'Slechte of slechter wordende financiële situatie' al moet verstrekken bij de ontslagaanvraag.

Als in een boekjaar geen loon is uitgekeerd aan de ondernemer, wordt op grond van lid 3 van artikel 24 van de Ontslagregeling het forfaitaire bedrag van (thans) € 44.000 als genoemd in onderdeel c van artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964 in mindering gebracht op het resultaat. Als een onderneming (bijvoorbeeld een vof) de eigenaren geen loon uitkeert (en dus geen loon op de resultatenrekening vermeld staat), en uit het jaarverslag blijkt dat de eigenaren een winstuitkering hebben ontvangen, blijft die voor de toepassing van artikel 24 buiten beschouwing. Dat is ook logisch omdat de winstuitkering ná vaststelling van het resultaat plaatsvindt en geen invloed heeft op de hoogte van het netto resultaat.

In het aanvraagformulier 'Verklaring overbruggingsregeling transitievergoeding' worden de hierop betrekking hebbende vragen gesteld.

#### **6.4. Regeling UWV ontslagprocedure: Beoordeling financiële omstandigheden**

##### **Artikel 8 Beoordeling financiële omstandigheden**

1. Op verzoek van de werkgever, bedoeld in artikel 673d, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, die een verzoek om toestemming heeft ingediend, of de werknemer op wie het verzoek om toestemming betrekking heeft, geeft het UWV een oordeel over de toepasselijkheid van de voorwaarden, bedoeld in artikel 24, tweede lid, onderdelen a tot en met c, van de Ontslagregeling.
2. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid wordt door de werkgever gelijktijdig met het verzoek om toestemming gedaan.
3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid wordt door de werknemer ten laatste gelijktijdig met zijn verweer, bedoeld in artikel 4, eerste lid, gedaan.
4. Dit artikel vervalt met ingang van 1 januari 2020.

##### **Toelichting bij artikel 8 van de Regeling UWV ontslagprocedure**

Op grond van artikel 7:673d BW kunnen onder bij ministeriële regeling te bepalen voorwaarden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst ten behoeve van de berekening van de transitievergoeding maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buiten beschouwing worden gelaten. Hiervan kan volgens artikel 7:673d BW alleen gebruik worden gemaakt als het betreft een kleine werkgever die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had en de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens bedrijfseconomische omstandigheden (als bedoeld in artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW) wegens een slechte financiële situatie van de werkgever. De ministeriële regeling met hierin opgenomen de voorwaarden als bedoeld in artikel 7:673d BW betreft de Ontslagregeling (artikel 24). Hierin is bijvoorbeeld geregeld wanneer sprake is van een kleine werkgever. In artikel 8 van onderhavige regeling is opgenomen dat de kleine werkgever of de werknemer die bij hem in dienst is, UWV kan verzoeken een oordeel te geven over de vraag of aan de drie voorwaarden, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Ontslagregeling is voldaan. Als aan alle drie voorwaarden is voldaan, dan kan de werkgever bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buiten beschouwing laten. Het oordeel van het UWV over deze situatie betreft geen beschikking in de zin van de Awb. Het betreft slechts een niet op rechtsgevolg gerichte verklaring.

In het tweede en derde lid is geregeld op welk moment de werkgever en de werknemer het UWV kunnen verzoeken te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 24 van de Ontslagregeling is voldaan. De werkgever kan dit verzoek uitsluitend tegelijk met het verzoek om toestemming doen. Voor de werknemer geldt dat het verzoek op zijn laatst tegelijk met het verweer kan worden gedaan. De behandeling van het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op



te zeggen en de beoordeling of aan de voorwaarden van artikel 24 van onderhavige regeling is voldaan, zullen aldus in dezelfde procedure plaatsvinden. De door werkgever aangeleverde financiële stukken vormen immers de basis voor zowel het verzoek om toestemming voor opzegging als een beoordeling op grond van onderhavig artikel. Benodigde stukken voor het geven van een oordeel of aan de in artikel 24 Ontslagregeling opgenomen drie voorwaarden is voldaan, maken onderdeel uit van het volledig verzoek dat benodigd is om het verzoek om toestemming in behandeling te kunnen nemen. UWV zal partijen tegelijk met de beslissing op een verzoek om toestemming voor opzegging op de hoogte stellen van de beoordeling van het verzoek op grond van onderhavig artikel, alsmede andere werknemers die betrokken zijn in de ontslagprocedure.

### **6.5. Nadere toelichting: Samenloop ontslagaanvraag en verzoek om verklaring overbruggingsregeling transitievergoeding**

Het verzoek om een verklaring overbruggingsregeling transitievergoeding is gekoppeld aan de ontslagaanvraag wegens (mede) een slechte of slechter wordende financiële situatie. Uit artikel 8 van de Regeling UWV ontslagprocedure en de toelichting volgt dat de procedures samen oplopen: de werkgever moet de artikel 24 aanvraag samen met de ontslagaanvraag indienen (de werknemer niet later dan bij het indienen van het verweer) en de artikel 24 verklaring wordt gelijktijdig met de beslissing op de ontslagaanvraag verstuurd. De artikel 24 procedure maakt daarmee onderdeel uit van de ontslagprocedure; er is geen separate artikel 24 procedure. De procedureregels van artikel 4 van de Regeling UWV ontslagprocedure zijn niet zelfstandig van toepassing op de artikel 24 procedure.

Het systeem van gelijktijdige behandeling heeft onder meer de volgende gevolgen:

- Als een ontslagaanvraag wegens onvolledigheid niet in behandeling wordt genomen, wordt ook het artikel 24 verzoek niet in behandeling genomen.
- Als een onvolledig verzoek om een artikel 24 verklaring wordt ingediend, is sprake van een onvolledige ontslagaanvraag. De werkgever wordt in de gelegenheid gesteld om het artikel 24 verzoek tezamen met de ontslagaanvraag binnen 8 dagen aan te vullen. Wordt het verzoek om een artikel 24 verklaring binnen deze termijn niet gecompleteerd? Dan wordt het niet in behandeling genomen. Vervolgens wordt alleen de ontslagaanvraag in behandeling genomen, mits deze wel volledig is.
- Als een ontslagaanvraag wegens bijvoorbeeld een opzegverbod direct wordt geweigerd (artikel 4 lid 6 van de Regeling UWV ontslagprocedure), vervalt het artikel 24 verzoek in die specifieke aanvraag. Als de werkgever voor meerdere werknemers een ontslagaanvraag heeft ingediend, kan een verzoek om een artikel 24 verklaring wel in behandeling worden genomen in de andere aanvragen waar een directe weigering van de ontslagaanvraag niet aan de orde is.
- Als een ontslagaanvraag wordt ingetrokken, wordt ook de behandeling van het artikel 24 verzoek gestopt.
- Als voor de beoordeling van het verzoek om een artikel 24 verklaring een reactie van de werkgever nodig is op het verweer (bijv. als het verzoek om een verklaring door de werknemer bij het indienen van het verweer is gedaan en onduidelijkheid bestaat of de werkgever een kleine werkgever is) wordt tezamen met de ontslagaanvraag een tweede ronde van hoor en wederhoor ingesteld.
- Als na een inhoudelijke beoordeling van de ontslagaanvraag (dus na hoor en wederhoor) geen toestemming wordt verleend (bijvoorbeeld wegens een onjuiste ontslagvolgorde), kan wel een artikel 24 verklaring worden gegeven.