

Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de WWZ

Vereniging voor Arbeidsrecht
Bijeenkomst 22 mei 2014
René Hampsink & Marloes Diepenbach

Praktijk behoefte aan meer flexibiliteit

- Wijziging Ontslagbesluit in 2006: anciënniteitsbeginsel vervangen door afspiegelingsbeginsel.
- Ondanks wijziging Ontslagbesluit behoefte bij wg, en in toenemende mate ook bij wn en OR, aan meer flexibiliteit om maatwerk op ondernemingsniveau te kunnen realiseren.
- Ontslagbesluit biedt onvoldoende mogelijkheden tot gewenste maatwerk.
- Jurisprudentie en praktijk van alledag:
 - Wgs zoeken naar mogelijkheden om creatieve invulling te geven aan basisbegrippen uit afspiegelingsbeginsel, al dan niet in overleg met of onder goedkeurend oog van vakorganisaties en/of OR.
 - Wgs komen met vakorganisaties en/of OR alternatieve selectiecriteria overeen, waarbij kwaliteit wordt meegewogen.

Welke mogelijkheden zijn er nu? binnen Ontslagbesluit

- Afspiegelingsbeginsel gedefinieerd in art. 4:2 lid 1
- In praktijk komt het voor dat van afspiegelingsbeginsel wordt “afgeweken” voor wat betreft:
 - Basisbegrippen:
 - Vaststelling categorieën uitwisselbare functies
 - Invulling begrip ‘bedrijfsvestiging’
 - Aantal en/of samenstelling leeftijdsgroepen
 - Berekening duur dienstverband
 - Specifieke afwijkingsmogelijkheid van art. 4:2 lid 5 Ontslagbesluit: ‘de onmisbare werknemer’.

Welke mogelijkheden zijn er nu? binnen Ontslagbesluit

- UWV past Ontslagbesluit en daarop gebaseerde Beleidsregels strikt toe.
- Hoewel civiele rechter niet aan Ontslagbesluit is gebonden, blijkt uit jurisprudentie dat hij in praktijk in beginsel aansluiting zoekt bij Ontslagbesluit en daarop gebaseerde Beleidsregels UWV.
- Wel is civiele rechter eerder dan UWV bereid minder strikte uitleg van afspiegelingsbeginsel toe te staan.
- Bereidheid civiele rechter is groter indien “afwijking” is overeengekomen met vakorganisaties (in sociaal plan) en in mindere mate indien afwijking is overeengekomen met OR.

Welke mogelijkheden zijn er nu? binnen Ontslagbesluit

- OK gaat flexibel met afspiegelingsbeginsel om.
 - OK 30-9-2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4771 (OR/Open Universiteit): wanneer OR besluit aanvecht, omdat volgens OR van onjuiste toepassing afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan, beoordeelt OK niet of ondernemer afspiegelingsbeginsel juist heeft toegepast, maar of ondernemer niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot door hem voorgestane uitleg afspiegelingsbeginsel.

Welke mogelijkheden zijn er nu? buiten Ontslagbesluit om

- In hoeverre kan maatwerk buiten Ontslagbesluit om worden gerealiseerd? Kan kwaliteit worden meegewogen?
- Beleidsregels --> Afspiegelingsbeginsel blijft in 2 gevallen buiten toepassing:
 - Unieke functie komt te vervallen
 - Categorie uitwisselbare functies komt in zijn geheel te vervallen
 - Doet zich voor bij zogenaamde stoelendansmethode: bestaande functies komen te vervallen en er worden nieuwe functies gecreëerd die niet uitwisselbaar zijn met vervallen functies. Aan toepassing afspiegelingsbeginsel komt men daardoor niet toe.

Stoelendansmethode

- Beleidsregels UWV t.a.v. nieuwe functie: *“Een werkgever kan in een ontslagaanvraag aangeven dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet aan de orde is omdat de functie van de voor ontslag voorgedragen werknemer geheel is vervallen dan wel komt te vervallen. In deze situatie kan het echter voorkomen dat binnen de onderneming een nieuwe functie is/ wordt gecreëerd die duidelijke overeenkomsten vertoont met de vervallen functie.”*
- Wgs zijn geneigd dergelijke zaken niet aan het UWV voor te leggen en verkiezen veelal andere wegen.

Stoelendansmethode

- Uit jurisprudentie blijkt dat civiele rechter stoelendansmethode goedkeurt, indien:
 - Wg onderbouwt dat sprake is van bedrijfseconomische redenen waardoor bestaande functies vervallen en nieuwe functies (moeten) worden gecreëerd;
 - Vakorganisaties en/of OR erkennen dat sprake is van nieuwe functies en bij selectiemethode worden betrokken;
 - Selectiemethode objectief en transparant is;
 - Wns bezwaarmogelijkheid wordt geboden;
 - Boventallige wns adequaat worden begeleid.
- Gezien stringente eisen die aan deze methodiek worden gesteld, biedt deze niet in alle gevallen uitkomst.

OK en stoelendansmethode

- In rechtspraak OK beperkt aandacht besteed aan stoelendansmethode.
 - OK 5-8-2011, RAR 2011/148 (OR/Printronic): OK sluit gebruik stoelendansmethode niet uit, maar ziet deze methode niet als voor de hand liggende methode. Ondernemer moet daarom op zijn minst goed kunnen onderbouwen waarom hij daarvoor kiest.

WWZ

- In hoeverre kan bestaande praktijk worden voortgezet na invoering WWZ?
 - Toetsing ontslag in beginsel voorbehouden aan UWV.
 - Rol kantonrechter wordt ingeperkt.
 - Afwijkingen alleen bij cao. Rol vakorganisaties wordt uitgebreid, terwijl representativiteit vakorganisaties afneemt.
- Welke (aanvullende) afwijkingsmogelijkheden zijn wenselijk?
- Welke rol kan OR hier (nog) vervullen?
- Naar welke mogelijkheden zal in de praktijk worden gezocht na invoering WWZ?

WWZ

- Art. 7:669 lid 5 onder b BW (nieuw): *“Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen (...)”* --> AMvB
- Art. 7:669 lid 6 BW (nieuw): De regels, bedoeld in lid 5, onder b, zijn niet van toepassing indien *“bij cao andere regels worden gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen en een onafhankelijke commissie wordt aangewezen”*.
- MvT (p. 46-48): in AMvB wordt afspiegelingsbeginsel wederom als uitgangspunt genomen.

WWZ

- 'Talent' regeling: wg mag ten hoogste 10% getalenteerde wns buiten afspiegeling houden.
 - Strikte eisen --> vgl. onmisbaarheids criterium (in praktijk vrijwel dode letter gebleken)
 - Geldt niet voor laagste en hoogste leeftijdsgroep
 - Slechts overeen te komen bij cao
- Afwijking van afspiegelingsbeginsel zodat maatwerk kan worden geleverd (kwaliteit)
 - Slechts overeen te komen bij cao
 - Cao moet voorzien in instelling onafhankelijke commissie die in plaats van UWV ontslag toetst

WWZ

- Ondernemingen waar geen cao van toepassing is en waar vakorganisaties niet onderhandelen over reorganisaties worden uitgesloten van de mogelijkheid om maatwerk op ondernemingsniveau te realiseren.
- OR lijkt buitenspel te worden gezet. Dit terwijl OR laatste jaren steeds vaker rol heeft bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en wgs steeds vaker 'sociaal plan' afsluiten met OR.
- Na invoering WWZ kan alleen bij cao worden overeengekomen dat wg mogelijkheid heeft om met OR af te wijken van het afspiegelingsbeginsel (decentralisatiebepalingen). Let wel:
 - bij gratie vakorganisaties
 - 'probleem' van doorwerking van dergelijke decentrale afspraken in arbeidsovereenkomst, m.n. bij ongebonden wns. Huidige systeem ziet niet op decentralisatiebepalingen.

Aanbevelingen

- Tweeledige aanbeveling in artikel:
 - Aanbeveling I: ken OR alsnog onder bepaalde procedurele en materiële randvoorwaarden rol toe die recht doet aan reeds verworven positie.
 - Aanbeveling II: doe alsnog recht aan motie Verburg c.s. waarin er op wordt aangedrongen om diversiteit in personeelsbestand rol te laten spelen bij bepaling ontslagvolgorde. Wijze waarop onderneming is samengesteld kan nu niet meespelen als wg gaat reorganiseren. Als wg gericht diversiteitsbeleid voert, zou hiervoor ruimte moeten worden gecreëerd.

Standpunt regering

- Aanbevelingen zijn onder aandacht Eerste Kamer gebracht. Antwoord van regering op vragen Eerste Kamer (MvA aan Eerste Kamer p. 19 e.v.):
 - Aan motie Verburg c.s. is reeds uitvoering gegeven met wijziging Ontslagbesluit waardoor het anciënniteitsbeginsel - dat toegang nieuwe groepen tot arbeidsmarkt belemmerde - is vervangen door afspiegelingsbeginsel.
 - Afwijking alleen bij cao. Regering ziet geen aanleiding voor het creëren van een bevoegdheid voor OR om afspraken te maken over afwijkingen van het afspiegelingsbeginsel. Het roept de vraag op naar de verhouding tussen de bevoegdheden van de vakorganisaties enerzijds en OR anderzijds. Ook zou dit vragen kunnen oproepen over de positie en belangen van OR (-leden) bij besluiten omtrent afwijkingen van het afspiegelingsbeginsel.

Conclusie

- Antwoord regering doet deur op slot! Alles via bandbreedte cao.
- Ondernemingen waar geen cao van toepassing is, worden uitgesloten van de mogelijkheid om maatwerk op ondernemingsniveau te realiseren.
- De WWZ voorziet niet in de behoefte die wordt waargenomen in de praktijk. Behoefte aan flexibiliteit/ maatwerk zal blijven bestaan.
- In praktijk zal naar andere mogelijkheden worden gezocht om maatwerk op ondernemingsniveau te bewerkstelligen.

Mogelijkheden maatwerk na WWZ

- Toename van cao's afgesloten met LBV-achtige bonden --> "afstempelen op verzoek"?
- Oprichting werknemersorganisaties met OR-leden?
- Samenwerking vakorganisaties – OR op gebied van selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag--> tripartite afspraken?
 - Zie bijv. Hof A'dam 4-3-2014, JAR 2014/119 (FNV Kiem, OR/TMG, COR): gebondenheid wns aan ondernemingsovk tussen TMG en COR vloeit voort uit delegatiebepaling in Grafimedia CAO op grond waarvan wg bevoegd is tot maken van arbeidsvoorwaardelijke afspraken met OR.