

Publicatie: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
Aflevering: 2017/6
Vindplaats: 2017/262
Publicatiedatum: 18 augustus 2017
Auteurs: Haverkort, A.W., Kiebert, L.E.J.

Bedrijfseconomisch ontslag: toe aan een nieuwe fase

Het gefaseerd doorvoeren van een reorganisatie blijkt in de praktijk complex. De Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen (hierna: 'Uitvoeringsregels') bieden wat ons betreft onvoldoende helderheid. Ook bij een bedrijfsverhuizing en het nieuwe vereiste van omgekeerde afspiegeling bij het voortzetten van taken zien wij obstakels. In dit artikel signaleren wij – in volgorde qua reorganisatieproces – een aantal knelpunten en gaan wij in op de leemtes en onduidelijkheden in de huidige wet- en regelgeving. Tot slot komen wij tot zeven aanbevelingen.

1. Inleiding

Bij een reorganisatie vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ('Wwz') liet de wet- en regelgeving ruimte voor discussie, bijvoorbeeld over de kernbegrippen 'bedrijfsvestiging' en 'uitwisselbare functies'. Toch kon menig arbeidsrechtjurist hiermee wel uit de voeten, mede dankzij de aanknopingspunten uit de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: 'Beleidsregels') en de rechtspraak. Hoewel geen wijziging is beoogd,¹ zijn de spelregels voor een bedrijfseconomisch ontslag met de invoering van de WWZ veranderd. Zo geldt bij de vaststelling van de bedrijfsvestiging en bij de herplaatsingsplicht van de werkgever dat de redelijkheidstoets is komen te vervallen. Verder worden geografische aspecten niet meer meegenomen bij de beoordeling of sprake is van uitwisselbare functies. Ook is een geheel nieuwe stap in het herplaatsingstraject ingevoerd: de omgekeerde afspiegeling indien een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet. Wij hebben geconstateerd dat deze wijzigingen in de praktijk niet altijd goed toepasbaar zijn en zelfs tot ongewenste uitkomsten kunnen leiden. Wij zullen dit toelichten aan de hand van een fictieve casus: de gefaseerde reorganisatie en bedrijfsverhuizing van Concept B.V.

1.1 Casus Concept B.V.

Concept B.V. houdt zich bezig met het ontwikkelen, vervaardigen en verkopen van kantoorartikelen. Deze activiteiten zijn verspreid over de vestigingen Amsterdam, Eindhoven en Groningen. Concept B.V. heeft voor ogen de huidige vestigingen te sluiten en de werkzaamheden voort te zetten in een nieuw bedrijfspand in Utrecht. De activiteiten gaan gefaseerd over: op 1 januari 2018 sluit de vestiging in Amsterdam, op 1 mei 2018 volgt de vestiging in Eindhoven en op 1 september 2018 sluit ook de vestiging in Groningen haar deuren.

Aan de hand van deze casus pleiten wij in dit artikel voor een aanpassing van de Ontslagregeling en een herziening van de Uitvoeringsregels.

2. Afspiegeling per bedrijfsvestiging

Afspiegeling vindt plaats per bedrijfsvestiging. Om die reden dient bij iedere reorganisatie te worden vastgesteld of moet worden uitgegaan van één bedrijfsvestiging of van meerdere bedrijfsvestigingen. Als het om meerdere bedrijfsvestigingen gaat, kan de redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel met zich meebrengen dat bedrijfsvestigingen moeten worden samengenomen.² De Uitvoeringsregels geven als voorbeeld de situatie dat twee of meer bedrijfsvestigingen organisatorisch worden samengevoegd.³ Dit voorbeeld stond ook in de Beleidsregels. Daarin was echter toegevoegd dat een samenvoeging geen abnormale woon-werkafstanden tot gevolg zou moeten hebben. Bij het vaststellen van de bedrijfsvestiging(en) moest volgens de Beleidsregels een redelijk evenwicht worden gevonden tussen individuele (ontslag)bescherming, toepasbaarheid in de praktijk en efficiency in de bedrijfsvoering.⁴ Deze redelijkheidstoets ontbreekt in de Uitvoeringsregels.⁵ Vanuit onze praktijk weten we dat het UWV in dit verband inderdaad geen redelijkheidstoets (meer) toepast. Wat we niet weten, is hoe het UWV omgaat met een gefaseerde

samenvoeging van bedrijfsvestigingen. Binnen welk tijdsverloop brengt een redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel nog mee dat bedrijfsvestigingen moeten worden samengenomen?

2.1 Concept B.V.: één samengevoegde bedrijfsvestiging

Functies die binnen de bestaande vestigingen van Concept B.V. voorkomen, keren met een verminderd aantal arbeidsplaatsen terug op de nieuwe locatie in Utrecht. Om te kunnen bepalen welke medewerkers aanspraak maken op een functie binnen de nieuwe locatie lijkt Concept B.V. uit te moeten gaan van één (samengevoegde) bedrijfsvestiging, ondanks dat tussen de eerste en de laatste sluiting een periode van acht maanden zit. Dit zou betekenen dat alle huidige werknemers werkzaam in dezelfde of uitwisselbare functies bij de afspiegeling moeten worden betrokken. Voor Concept B.V. is dit niet goed werkbaar. Het leidt er namelijk toe dat een medewerker van de locatie Amsterdam die per 1 januari 2018 sluit dan boventallig wordt omdat in Groningen een medewerker in dezelfde leeftijdscategorie langer in dienst is. Dit terwijl het werk in Groningen nog tot 1 september 2018 doorloopt. Onduidelijk is hoe deze tijd moet worden overbrugd. Moet de medewerker uit Groningen dan voortijdig naar Utrecht en wordt zijn werk in Groningen dan opgevangen door een uitzendkracht? Of moet de medewerker uit Amsterdam dan naar Groningen nu het daar gaat om werk dat langer dan zes maanden beschikbaar is en dus niet als tijdelijk wordt beschouwd?

2.2 Aanbeveling: tijdvak samenvoeging

Onze aanbeveling is dat in de Uitvoeringsregels wordt opgenomen hoe om te gaan met een gefaseerde samenvoeging van bedrijfsvestigingen. Wij zien twee mogelijkheden. Een eerste optie is dat wordt aangesloten bij de redelijkheidstoets die immers al in artikel 14 lid 2 Ontslagregeling is opgenomen. Dat wil zeggen dat in de Uitvoeringsregels genuanceerder wordt aangegeven dat het genoemde voorbeeld slechts een voorbeeld is en dat wordt verduidelijkt dat er ook situaties denkbaar zijn waarin bij een (gefaseerde) samenvoeging van bedrijfsvestigingen niet van één (samengevoegde) bedrijfsvestiging hoeft te worden uitgegaan. Toegelicht kan worden dat dit bijvoorbeeld niet voor de hand ligt wanneer er een ruim tijdsverloop tussen de samenvoegingen zit.

Om voor de praktijk een duidelijk, maar daarmee ook enigszins arbitrair, handvat te bieden, kan er ook voor worden gekozen om in de Uitvoeringsregels op te nemen dat bij een gefaseerde samenvoeging van bedrijfsvestigingen uitsluitend van een samengevoegde bedrijfsvestiging moet worden uitgegaan indien de samenvoeging plaatsvindt binnen een periode van 26 weken.

3. Afspiegeling per uitwisselbare functie

Van een uitwisselbare functie is sprake indien de nieuwe functie vergelijkbaar is ten aanzien van de inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en competenties en de nieuwe functie gelijkwaardig is qua niveau en beloning. Deze factoren dienen in onderlinge samenhang te worden beoordeeld.⁶ In de Beleidsregels stond dat het belangrijk is om de omstandigheden waaronder de te vergelijken functies dienen te worden uitgeoefend, mee te wegen. Geografische aspecten werden hierbij als voorbeeld genoemd.⁷ In de Uitvoeringsregels wordt daarmee geen rekening gehouden. Dit maakt dat reisafstand geen relevante omstandigheid is bij de beoordeling of sprake is van uitwisselbare functies. Tegelijkertijd is in de hieraan voorafgaande stap in het proces, het vaststellen van de bedrijfsvestiging, de redelijkheidstoets verdwenen waardoor ook in die fase geen rekening wordt gehouden met abnormale woon-werkafstanden.

3.1 Concept B.V.: functies in Leeuwarden en Utrecht uitwisselbaar

Nu voor Concept B.V. van de samengevoegde bedrijfsvestiging moet worden uitgegaan, kan een functie in Groningen uitwisselbaar zijn met een functie binnen de nieuwe locatie. Concept B.V. is dus verplicht een medewerker uit Groningen in Utrecht te plaatsen als dat uit het afspiegelingsbeginsel volgt. Als Concept B.V. dat niet doet, zal het UWV geen toestemming voor ontslag verlenen. Tegelijkertijd kan de medewerker in uitgangspunt niet worden verplicht om mee te gaan.⁸ Dit is in juridische zin wellicht duidelijk maar vormt een probleem voor de praktische uitvoerbaarheid. In de situatie dat een medewerker niet mee wil, zal immers een beëindigingsovereenkomst (moeten) worden gesloten om een ontslag te bewerkstelligen. Voor Concept B.V. betekent dit dat de plaatsing pas definitief kan worden uitgevoerd zodra met alle medewerkers die niet mee willen een vaststellingsovereenkomst is gesloten en de bedenktijd is

verstrekken.

3.2 Aanbeveling: geografische aspecten relevant bij uitwisselbaarheid

Met het oog op een bedrijfsverhuizing of een reorganisatie waarbij meerdere geografische locaties (niet zijnde aparte bedrijfsvestigingen) betrokken zijn, ligt het wat ons betreft in de rede om geografische omstandigheden te betrekken bij de beoordeling of sprake is van uitwisselbare functies. De definitie van uitwisselbare functies in artikel 13 Ontslagregeling zal om die reden moeten worden aangepast. Afhankelijk van de (aard en het niveau van de) functie kan een toename van de reistijd voor woon-werkverkeer maken dat geen sprake is van uitwisselbare functies. Zo zal een functie op 1,5 uur afstand (enkele reis) voor een laaggeschoolde productiemedewerker eerder als niet-uitwisselbaar kwalificeren dan voor een ambulante salesmedewerker die dagelijks grote afstanden zakelijke kilometers aflegt. Omdat de toets op uitwisselbaarheid plaatsvindt per functie en niet per medewerker, zal het hierbij moeten gaan om een toename van de reisafstand tussen de oude en de nieuwe standplaats (ongeacht de woonplaats van de medewerker). Door een aanpassing van de definitie van uitwisselbare functies wordt de afspiegeling in de praktijk overzichtelijker en wordt voorkomen dat een reorganisatie leidt tot onacceptabele woon-werkafstanden.

4. Herplaatsing: voortgezette functie

Na te hebben afgespiegeld, komt herplaatsing aan de orde. Dit betekent dat ten aanzien van de medewerkers die op basis van het afspiegelingsbeginsel geen aanspraak kunnen maken op een functie, moet worden onderzocht of binnen de onderneming binnen een redelijke termijn een passende functie beschikbaar is. Als de onderneming deel uitmaakt van een groep in de zin van artikel 2:24b BW dienen arbeidsplaatsen in andere ondernemingen uit de groep bij de zoektocht naar herplaatsingsmogelijkheden te worden betrokken.⁹

Uit de Uitvoeringsregels volgt dat de werkgever in het kader van herplaatsing de medewerker mag selecteren die het meest geschikt is, maar dat dit anders is als een functie vervalt en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een nieuwe functie (hierna: 'voortgezette functie').¹⁰ In die situatie moet eerst worden bepaald welke medewerkers geschikt zijn om de functie te vervullen. Als er meer medewerkers geschikt zijn dan het aantal plaatsen, dan moet omgekeerd worden afgespiegeld. Wij zien dat deze nieuwe stap in het herplaatsingsproces een forse impact heeft en in de praktijk tot veel vragen leidt. Op dit moment zijn er in de Uitvoeringsregels slechts twee alinea's aan gewijd. Ook is op dit punt nog geen rechtspraak gepubliceerd. Het is dan ook belangrijk dat snel meer duidelijkheid wordt gegeven.

Als een functie komt te vervallen, gaan de daaraan verbonden taken en verantwoordelijkheden veelal niet in rook op maar worden deze bij andere functies ondergebracht. In de Uitvoeringsregels is niet gespecificeerd welk deel van de werkzaamheden moet overgaan om toe te komen aan een verplichte omgekeerde afspiegeling indien meerdere kandidaten geschikt zijn. Hieruit kan worden afgeleid dat bij *iedere* voortgezette functie (zelfs bij voortzetting van een enkele ondergeschikte taak) de omgekeerde afspiegeling bepaalt aan wie de functie toekomt. Dit is wat ons betreft niet wenselijk.

Ook is onduidelijk welke betekenis moet worden gehecht aan de term 'geschikt'. Dit begrip is niet nader in de Ontslagregeling of Uitvoeringsregels gedefinieerd en daarom is niet helder hoe 'geschikt' zich verhoudt tot het begrip 'passende functie'. Wegener-Belinfante en Zwemmer zijn van mening dat de werkgever bij een voortgezette functie beoordelingsvrijheid heeft om te bepalen welke werknemer geschikt is, mits voldoende is gewaarborgd dat geen sprake is van willekeur.¹¹ Zij komen om drie redenen tot die conclusie: 1) voor de invulling van het begrip 'geschikt' wordt niet gerefereerd aan de omschrijving van het begrip 'passende functie', 2) in de toelichting bij artikel 9 Ontslagregeling wordt gesproken over een sollicitatie en een sollicitatie impliceert keuzevrijheid en 3) nergens is uitdrukkelijk benoemd dat het niet (langer) is toegestaan om op basis van kwaliteit te selecteren.

Hoewel wij er voorstander van zijn dat een werkgever (nog steeds) beoordelingsvrijheid heeft bij het bepalen van geschiktheid, vinden wij de argumenten van Wegener-Belinfante en Zwemmer op basis van de huidige tekst van de Uitvoeringsregels niet overtuigend. Van een passende functie is volgens artikel 9 Ontslagregeling sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Gezegd kan worden dat een functie passend is als de werknemer voor die functie geschikt is. In de Beleidsregels stond in het hoofdstuk over herplaatsing bij de toelichting op het begrip passende functie ook expliciet: 'Er vindt aldus een beoordeling plaats of de boventallige

werknemer geschikt is voor deze functie.¹²

Verder zijn wij het niet eens met de stelling dat een sollicitatie keuzevrijheid en een discretionaire bevoegdheid van de werkgever impliceert. Een sollicitatie kan ook dienen om te toetsen of de functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Wegener-Belinfante en Zwemmer merken tot slot op dat niet is benoemd dat het niet langer is toegestaan om op basis van kwaliteit te selecteren. Daar stellen wij tegenover dat als de wetgever een selectie op basis van kwaliteit had willen handhaven, het voor de hand had gelegen om dit expliciet te benoemen bij de introductie van de omgekeerde afspiegeling bij gebleken geschiktheid. Kortom: het begrip 'geschikt' behoeft nadere toelichting.

4.1 Concept B.V.: toepassing omgekeerde afspiegeling bij voortgezette functie

Concept B.V. dient te onderzoeken of de medewerkers die op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen, herplaatst kunnen worden. Stel bijvoorbeeld dat in de nieuwe vestiging in Utrecht een nieuwe functie 'Accountmanager Frankrijk' ontstaat. Bovenallige medewerker Klaas hield zich in de vestiging in Eindhoven voor tien procent van zijn werkweek bezig met de afwikkeling van zendingen naar Frankrijk. Bovenallige medewerker Willem hield zich in de vestiging in Amsterdam voor zeventig procent van zijn werkweek bezig met distributieprocessen naar Frankrijk. Willem en Klaas zijn allebei geschikt voor de nieuwe functie. Klaas is een maand langer bij Concept B.V. in dienst dan Willem. Gelet op de Uitvoeringsregels heeft Klaas daarom voorrang, ondanks dat de voorkeur van het management uitgaat naar Willem. Ten opzichte van Klaas' takenpakket wordt namelijk een groter deel van de taken van Willem in de nieuwe functie voortgezet en Concept B.V. vindt Willem ook geschikter dan Klaas. Wij menen echter dat Concept B.V. op grond van de huidige wet- en regelgeving verplicht is om de functie aan Klaas aan te bieden, ondanks dat slechts een zeer beperkt deel van de taken uit zijn vervallen functie wordt voortgezet en Willem meer geschikt wordt bevonden voor de nieuwe functie. Wij vinden dit een ongewenste uitkomst.

Indien zowel bij Klaas als bij Willem slechts een onbelangrijk deel van de taken overgaat in de nieuwe functie dan zou Concept B.V. wat ons betreft de vrijheid moeten hebben om de meest geschikte kandidaat te kiezen.

4.2 Aanbeveling: verduidelijk voortgezette functie

Wij pleiten ervoor dat het nieuwe vereiste van omgekeerde afspiegeling alleen moet worden toegepast als sprake is van een voortzetting van *een wezenlijk dan wel kenmerkend deel* van de werkzaamheden. Wij vinden dat op deze wijze een betere balans wordt gevonden tussen het werkgevers- en het werknemersbelang. Het staat de werkgever dan immers nog steeds niet in alle gevallen vrij om op kwaliteit te selecteren: het vereiste van omgekeerde afspiegeling bij een voortgezette functie staat daaraan in de weg op het moment dat een wezenlijk deel van de taken overgaat in een nieuwe functie en meerdere medewerkers geschikt worden bevonden. Tegelijkertijd zal onze aanbeveling ertoe leiden dat minder snel aan een omgekeerde afspiegeling wordt toegekomen. Daardoor behoudt een werkgever de vrijheid om als ondernemer de beste kandidaat op een nieuwe functie te plaatsen indien slechts een ondergeschikt deel van de functie wordt voortgezet.

Daarnaast vinden wij het voor de praktijk van belang dat het begrip 'geschiktheid' wordt verduidelijkt. Wij menen dat zou moeten worden toegelicht dat hiermee niet beoogd is een ander criterium te introduceren dan het reeds bestaande criterium dat bij herplaatsing aan de hand van een beoordeling van de geschiktheid van de werknemer voor de functie moet worden bepaald of de functie passend is. Hiermee wordt aangesloten bij de Beleidsregels.

5. Herplaatsing: passende functie

Na de afspiegeling en de omgekeerde afspiegeling volgt de reguliere herplaatsing. De regels die hiervoor gelden, zijn in artikel 9 en 10 Ontslagregeling vastgelegd. Net als bij de vaststelling van de bedrijfsvestiging en de uitwisselbare functies is reistijd geen criterium voor de vraag of een functie passend is. Het gaat uitsluitend om – al dan niet met behulp van scholing – aansluiting bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.¹³ In de Beleidsregels stond vermeld dat in de concrete situatie moest worden bepaald wat in redelijkheid van de werkgever verlangd mocht worden om zich in te spannen om de werknemer te plaatsen. Deze redelijkheidstoets is komen te vervallen.

5.1 Concept B.V.: passende functie

Concept B.V. dient aan alle boventallige medewerkers op actieve wijze passende functies in Utrecht aan te bieden. Voor de beoordeling of sprake is van een passende functie voor een individuele medewerker mag Concept B.V. geen rekening houden met reistijd. Dit kan betekenen dat Concept B.V. een functie eerst moet aanbieden aan de meest geschikte kandidaat en wanneer deze de functie weigert, aan de op één na meest geschikte kandidaat, et cetera. Iedere individuele kandidaat met een reistijd langer dan één uur enkele reis zal immers de afweging moeten maken tussen het vangnet van de WW-uitkering en baanbehoud (inclusief reistijd of eventueel verhuizing). Juist wanneer het accepteren van een passende functie voor medewerkers leidt tot een substantiële toename in reistijd, zorgt de ongeclausuleerde herplaatsingsplicht potentieel voor een langdurig plaatsingsproces.

5.2 Aanbeveling: begrip passende functie

In de praktijk bestaat behoefte aan een beperking van de herplaatsingsplicht. Bij de beoordeling of een functie passend is voor een individuele medewerker zou naar onze mening ook de reistijd een criterium moeten zijn. Wij vinden dat een functie in uitgangspunt niet passend is als de reistijd per dag in totaal meer dan twee uur bedraagt.¹⁴

Uitzondering hierop is als van een medewerker vanwege de aard en inhoud van zijn functie een langere reistijd mag worden verlangd. Tot slot sluiten wij ons aan bij het in de literatuur breder gedragen standpunt dat de herplaatsingsverplichting in ieder geval beperkt zou moeten worden tot de Nederlandse vestiging(en) binnen de groep.¹⁵

6. Herplaatsing: termijn

De herplaatsingstermijn is gelijk aan de wettelijke opzegtermijn en vangt aan op de dag waarop wordt beslist op de ontslagaanvraag. Voor een gefaseerde reorganisatie betekent dit dat voor de verschillende groepen medewerkers, vanaf verschillende momenten in tijd door het UWV moet worden nagegaan of aan de herplaatsingsplicht is voldaan. Dit leidt tot praktische problemen in de uitvoerbaarheid.

6.1 Concept B.V.: herplaatsingstermijn

De wettelijke herplaatsingstermijn start voor een medewerker uit Amsterdam op een eerder moment dan voor een medewerker uit Eindhoven en Groningen. Voor Concept B.V. kan hieruit worden afgeleid dat een medewerker uit Amsterdam, voor wie de wettelijke herplaatsingstermijn reeds loopt, voorrang heeft boven een medewerker uit Groningen, die weet dat zijn functie op termijn ook komt te vervallen maar voor wie de wettelijke herplaatsingstermijn nog niet is aangevangen. Nu de kandidaat uit Groningen nog niet boventallig is, is het de vraag of toch voor de Groningse kandidaat gekozen mag worden. De Uitvoeringsregels regelen niet hoe hiermee om te gaan. Wij sluiten niet uit dat het UWV oordeelt dat Concept B.V. de herplaatsingsplicht heeft geschonden als blijkt dat een (nog) niet-boventallige medewerker op een functie is geplaatst die passend was geweest voor een boventallige medewerker uit Amsterdam waarvoor op dat moment een ontslagvergunning is aangevraagd.

6.2 Aanbeveling: herplaatsingstermijn

Wij vinden dat met het oog op gefaseerde reorganisaties in de Uitvoeringsregels moet worden toegelicht dat het een werkgever vrijstaat een passende functie aan een medewerker aan te bieden waarvan vaststaat dat deze binnen 26 weken boventallig wordt in plaats van aan een medewerker voor wie de wettelijke herplaatsingstermijn reeds loopt. Hiermee blijft de bedoeling van de herplaatsingsplicht onaangetast, namelijk dat ontslag zo veel als mogelijk moet worden voorkomen. Het voordeel van de door ons bepleite toelichting is dat meer duidelijkheid en flexibiliteit voor de werkgever wordt gecreëerd en discussies met medewerkers en het UWV worden voorkomen.

7. Flexkrachten

De werkgever die gefaseerd een reorganisatie wil doorvoeren, zal weloverwogen moeten omgaan met het sluiten van

tijdelijke contracten en de inzet van uitzendkrachten. Enerzijds moet de continuïteit van het werk worden geborgd, terwijl anderzijds het inzetten van flexibele krachten niet de reorganisatie in de wielen zal moeten rijden. Er geldt immers een rangorde bij het beëindigen van arbeidsrelaties. Op het moment waarop het UWV op de ontslagaanvraag beslist, moeten in uitgangspunt alle flexibele arbeidsrelaties in een functiecategorie waarbinnen arbeidsplaatsen vervallen, zijn beëindigd. Artikel 17 Ontslagregeling geeft twee uitzonderingen: er mogen op de datum van de beslissing van het UWV nog contracten bestaan die zien op kortdurende werkzaamheden gedurende ten hoogste 26 weken en er mogen op de datum beslissing van het UWV nog contracten voor bepaalde tijd zijn die vanaf de beslissing van het UWV langer duren dan 26 weken. Hoewel daarvoor in de wet geen expliciete uitzondering is opgenomen, volgt uit de Uitvoeringsregels dat het is toegestaan om contracten voor bepaalde tijd te laten aflopen na de datum beschikking van het UWV, mits de einddatum niet later is dan 26 weken na de beschikking. Bij een gefaseerde reorganisatie is het complex om vast te stellen in hoeverre flexibele arbeidsrelaties in de weg staan aan een ontslagaanvraag voor vast personeel. Ook is het de vraag hoe de wederindiensttredingsvoorwaarde zich verhoudt tot een gefaseerde sluiting.

7.1 Concept B.V.: inzet flexibele arbeidskrachten

Concept B.V. loopt tegen de volgende vragen aan. Kan zij een ontslagvergunning aanvragen voor een boventallige medewerker in Amsterdam, terwijl het werk in Groningen nog acht maanden voortduurt en er daar nog flexibele arbeidskrachten aan het werk zijn? Mag zij in de vestiging in Groningen een nieuw contract voor bepaalde tijd sluiten of moet zij deze functie dan vanwege de wederindiensttredingsvoorwaarde eerst aan de vanuit Amsterdam ontslagen medewerker aanbieden? Kan de reeds bestaande flexibele schil in Groningen nog enkele maanden worden gehandhaafd of staat dit een ontslag van medewerkers in de eerder sluitende vestigingen in de weg? Bij de huidige stand van zaken is een eenduidig antwoord op deze vragen niet mogelijk. Gesteld kan worden dat, om de uitkomst van de ontslagprocedure bij het UWV niet in gevaar te brengen, Concept B.V. ervoor moet kiezen om de werkzaamheden in Utrecht per 1 januari 2018 nog enkele maanden aan de boventallige medewerker uit Amsterdam aan te bieden totdat de medewerker uit Groningen per 1 september 2018 naar Utrecht overgaat. Ook zou gesteld kunnen worden dat de medewerker uit Groningen direct in Utrecht moet worden geplaatst en dat de resterende werkzaamheden in Groningen nog voor enkele maanden aan de medewerker uit Amsterdam moeten worden aangeboden. Beide scenario's zijn onwenselijk. In het gegeven voorbeeld zou Concept B.V. wat ons betreft de medewerker uit Groningen direct op de functie in Utrecht moeten kunnen plaatsen en zou het resterende werk in Groningen met flexibele arbeidskrachten opgevangen moeten kunnen worden zonder dat dit leidt tot een afwijzing van de ontslagaanvragen.

7.2 Aanbeveling: verduidelijking inzet flexkrachten bij gefaseerde samenvoeging

Wij pleiten ervoor dat aan de Uitvoeringsregels wordt toegevoegd dat bij een gefaseerde reorganisatie en/of verhuizing tijdelijke arbeidsovereenkomsten langer dan 26 weken zijn toegestaan om de te vervallen of de te verplaatsen werkzaamheden af te wikkelen.

Deze inzet van flexibele arbeidskrachten zou naar ons oordeel niet tot een afwijzing van een ontslagaanvraag voor vast personeel moeten leiden. Wij achten deze wijziging zowel in het belang van werkgevers als werknemers.

8. Conclusie

De ruimte voor maatwerk bij ontslag om bedrijfseconomische redenen is met de inwerkingtreding van de WWZ afgenomen. Wij menen dat de huidige regelgeving daardoor niet goed aansluit bij de praktijk, in het bijzonder als het gaat om een gefaseerde reorganisatie of bedrijfsverhuizing. Om die reden komen wij in dit artikel tot de volgende aanbevelingen voor een aanpassing van de Uitvoeringsregels:

1. Bij het bepalen van de bedrijfsvestiging zou moeten worden toegelicht hoe moet worden omgegaan met een *gefaseerde* samenvoeging.
2. Bij de beoordeling of sprake is van uitwisselbare functies zouden ook geografische omstandigheden – in het bijzonder de reisafstand tussen de vorige en de nieuwe standplaats – meegenomen moeten worden.
3. Het vereiste van omgekeerde afspiegeling bij een voortzetting van werkzaamheden zou uitsluitend aan de orde

moeten zijn als sprake is van een voortzetting van *een wezenlijk dan wel kenmerkend deel* van de werkzaamheden. Met het begrip 'geschiktheid' zou moeten worden aangesloten bij het reeds bestaande criterium dat bij herplaatsing moet worden onderzocht of een functie passend is.

4. Bij de beoordeling of een functie passend is voor een medewerker zou ook reistijd een criterium moeten zijn. In uitgangspunt is een functie niet passend als de reistijd in totaal meer dan twee uur per dag bedraagt. Uitzondering hierop is als van een medewerker met bijvoorbeeld een mobiele functie een langere reistijd mag worden verlangd. Daarnaast zou de herplaatsingsverplichting moeten worden beperkt tot de Nederlandse vestiging(en) binnen de groep.
5. In het kader van herplaatsing zou het een werkgever vrij moeten staan om een passende functie aan te bieden aan een medewerker van wie vaststaat dat deze binnen 26 weken boventallig wordt (in plaats van aan een medewerker voor wie de wettelijke herplaatsingstermijn reeds loopt).
6. Bij een gefaseerde reorganisatie en/of verhuizing zou de inzet van flexibele arbeidskrachten langer toelaatbaar moeten zijn om de te vervallen of de te verplaatsen werkzaamheden af te wikkelen.

Wij hopen dat deze aanbevelingen worden meegenomen in een aanpassing van de Ontslagregeling en de nog te volgen herziening van de Uitvoeringsregels, zodat meer duidelijkheid ontstaat bij een (gefaseerde) reorganisatie en bedrijfsverhuizing.

Mr. A.W. Haverkort

□

Advocaat arbeidsrecht bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat te Utrecht

Mr. L.E.J. Kiebert

□

Bedrijfsjurist bij KLM en juridisch medewerker bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat te Utrecht

1) *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43 en 98 (MvT).

2) Art. 14 lid 2 Ontslagregeling.

3) Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen juli 2016 (hierna: 'Uitvoeringsregels'), p. 57- 58.

4) Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012, 11-3.

5) De Kantonrechter Alkmaar oordeelde dat er geen basis is om de vervallen Beleidsregels Ontslagtaak UWV te blijven hanteren in een zaak waar het o.a. ging om de vraag of de overdrachtsperiode na invoering van de WWZ nog relevant is bij de beoordeling van de vraag of functies al dan niet uitwisselbaar zijn, zie Ktr. Alkmaar 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:499.

6) Art. 13 Ontslagregeling. Zie ook: M. Lathouwers, 'Hoe dienen uitwisselbare functies te worden vastgesteld?', *ArbeidsRecht* 2017/26.

7) Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012, 12-5.

8) Dit kan anders zijn afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden. Zie hierover: E.M.V. Saranen

o) Dit kan anders zijn, afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden. Zie hierover: E.M.T. Sørensen, 'Reisafstanden voor werknemers: wat is redelijk?', *ArbeidsRecht* 2004/19. Sociaalverzekeringsrechtelijk is arbeid in de eerste zes maanden voordat recht op een WW- of ZW-uitkering bestaat passend wanneer de reistijd niet meer dan twee uur bedraagt. Zie: Besluit Passende Arbeid WW en ZW, *Stb.* 2014, 525.

9) Art. 9 lid 2 Ontslagregeling.

10) Uitvoeringsregels par. 3.3 en 3.3.1.

11) T.M.J. Wegener-Belinfante & J.P.H. Zwemmer, 'Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit: de stoelendans na inwerkingtreding van de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/22.

12) Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012, 20-3.

13) Zie anders: Ktr. Rotterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5290. Hier werd een functie niet-passend geacht vanwege onder meer de te grote woon-werkafstand.

14) De reistijd wordt in principe berekend per openbaar vervoer. Hiermee wordt aangesloten bij het Besluit Passende Arbeid WW en ZW, *Stb.* 2014, 525.

15) Zie voor de discussie over de herplaatsingsplicht o.a.: F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13; L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82; R. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017/2 en R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67.
