



Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling)

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op de artikelen 669, vijfde lid, onderdelen a en b, 671a, zevende lid, 673a, derde lid, 673c, tweede lid, 673d, eerste lid, en 682a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1, eerste lid, onderdeel e, en tweede lid, van de Wet melding collectief ontslag;

Besluit:

§ 1. Algemene bepalingen

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;
- b. *werknemer*: de werknemer, bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
- c. *werkgever*: de werkgever, bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
- d. *bedrijfsvestiging*: een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft;
- e. *groep*: de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
- f. *payrollwerkgever*: de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen;
- g. *payrollwerknemer*: de werknemer, bedoeld in onderdeel f;
- h. *opdrachtgever*: de derde, bedoeld in onderdeel f;
- i. *uitzendwerkgever*: de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
- j. *inleenopdracht*: een overeenkomst tussen een uitzendwerkgever en een derde, niet zijnde een opdrachtgever als bedoeld in onderdeel h;
- k. *UWV*: het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, bedoeld in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.

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

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.

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.



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.

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 uitbesteedt 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 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.

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.

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.

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

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.

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:
 - a. 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;
 - b. 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;
 - c. waarvoor voorzieningen zijn getroffen tot behoud, herstel of ter bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid; of
 - d. 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.

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

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 uitsluitsel 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. Arbeidsbeperkten 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.

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.

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.

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.

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.

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.

§ 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.

§ 6. Regels met betrekking tot de wederindiensttredingsvoorwaarde

Artikel 18 Wederindiensttredingsvoorwaarde buiten toepassing

De artikelen 681, eerste lid, onderdelen d en e, en 682, vierde en vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing, indien de werkgever nadat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 6 is opgezegd of ontbonden, de werkzaamheden laat verrichten door een persoon als bedoeld in artikel 6, onderdelen a tot en met c.

Artikel 19 Wederindiensttredingsvoorwaarde na groepsontslag

Indien meer dan één arbeidsovereenkomst met betrekking tot dezelfde werkzaamheden wegens bedrijfseconomische omstandigheden is opgezegd of ontbonden, stelt de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op grond van artikel 11 als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden te hervatten dan wel als kandidaat bij een derde te worden voorgedragen. Indien een werknemer geen gebruik van die gelegenheid maakt, of een werknemer door die derde niet geschikt wordt geacht, stelt de werkgever telkens de werknemer die daarna in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding in de gelegenheid de werkzaamheden te hervatten of te worden voorgedragen bij die derde.

§ 7. Regels met betrekking tot het ontslag van de payrollwerknemer

Artikel 20 Redelijke grond bij ontslag van payrollwerknemer

Indien een overeenkomst tussen een payrollwerkgever en een opdrachtgever wordt beëindigd, wordt aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever bepaald of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer, waarbij:

- a. voor de toepassing van paragraaf 2 tot en met 5 de payrollwerknemer geacht wordt in dienst te zijn bij de opdrachtgever; en
- b. de opdrachtgever geacht wordt de werkgever, bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te zijn.

Artikel 21 Afwijking afspiegelingsbeginsel

Voor zover de regels voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen bij de opdrachtgever afwijken van paragraaf 4, wordt bij de toepassing van die paragraaf uitgegaan van de afwijkende regels.

Artikel 22 Wederindiensttredingsvoorwaarde bij payrolling

Indien de arbeidsovereenkomst met een payrollwerknemer is opgezegd of ontbonden nadat de overeenkomst tussen een payrollwerkgever en een opdrachtgever is beëindigd, wordt de opdrachtgever geacht de werkgever te zijn die dezelfde werkzaamheden door een ander laat verrichten, bedoeld in de artikelen 681, eerste lid, onderdeel d, en 682, vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 23 Einde payrollovereenkomst bij niet-nakoming

Indien de overeenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever op initiatief van de payrollwerkgever wordt beëindigd, omdat de opdrachtgever de financiële verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst gedurende een periode van ten minste drie maanden in het geheel niet is nagekomen en de payrollwerkgever in voldoende mate heeft getracht nakoming van de overeenkomst af te dwingen:



- a. zijn de artikelen 11, 20 en 22, alsmede de artikelen 681, eerste lid, onderdelen d en e, en 682, vierde en vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing; en
- b. kan 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 worden verleend zonder dat de payrollwerkgever arbeidsrelaties of inleenovereenkomsten als bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, heeft beëindigd.

§ 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.

Artikel 25 Betalen in termijnen

Indien van de mogelijkheid om de transitievergoeding in termijnen te betalen, bedoeld in artikel 673c, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gebruik wordt gemaakt, wordt de betaling van de transitievergoeding verspreid over een periode van ten hoogste zes maanden na de dag waarop op grond van artikel 686a, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de wettelijke rente verschuldigd is over het bedrag van de transitievergoeding.

§ 9. Regels met betrekking tot de Wet melding collectief ontslag

Artikel 26 Werkgebieden Wet melding collectief ontslag

1. De werkgebieden, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet melding collectief ontslag zijn:
 - a. Friesland, Groningen en Drenthe;
 - b. Overijssel en Gelderland;
 - c. Noord-Brabant en Limburg;
 - d. Zuid-Holland en Zeeland;
 - e. Flevoland en Utrecht;
 - f. Noord-Holland.
2. Indien het UWV een melding van een collectief ontslag ontvangt, zendt het hiervan een afschrift, vergezeld van een rapport waarin de gemelde gegevens en verdere bijzonderheden zijn samengevat, toe aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.



Artikel 27 Gelijikstelling payrollwerknemer

Voor de toepassing van de Wet melding collectief ontslag worden payrollwerknemers gelijkgesteld met werknemers als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van die wet.

§ 10. Slotbepalingen

Artikel 28 Intrekken Ontslagbesluit en overgangsrecht

1. Het Ontslagbesluit wordt ingetrokken.
2. Het Ontslagbesluit, zoals dat luidde op 30 juni 2015, blijft van toepassing op een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en een opzegging gedaan na dat tijdstip op grond van een verzoek om toestemming van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en op de gedingen die daarop betrekking hebben.

Artikel 29 Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Ontslagregeling.

Artikel 30 Inwerkingtreding

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 juli 2015.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 23 april 2015

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher*



TOELICHTING

Algemeen

De Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) biedt de kaders voor wijzigingen op het terrein van flexibele arbeid, ontslagrecht en werkloosheidsregelingen. Op onderdelen is de mogelijkheid gecreëerd om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen.

In deze ministeriële regeling worden allereerst nadere regels gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor ontslag waaronder regels met betrekking tot de mogelijkheid van deeltijdontslag en van ontslag bij het uitbesteden van werkzaamheden door een werkgever aan derden. Voorts worden hierin nadere regels gesteld met betrekking tot het herplaatsen van werknemers op een andere passende functie, wat onder een passende functie moet worden verstaan en de termijn die geldt om te bezien of herplaatsing mogelijk is. Ook worden regels gesteld voor het bepalen van de ontslagvolgorde bij het vervallen van arbeidsplaatsen binnen een categorie uitwisselbare functies, regels om te bepalen in welke volgorde werknemers in aanmerking komen voor wederindiensttreding en regels waarin wordt aangegeven wanneer het voorschrift, bedoeld in artikel 7:671a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) dat geen toestemming wordt gegeven voor opzegging indien de werkgever niet eerst andere arbeidsrelaties heeft beëindigd, niet geldt.

Bij het stellen van deze regels is mede betrokken hetgeen in het Ontslagbesluit en de beleidsregels van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: UWV) met betrekking tot ontslag was geregeld, uiteraard voor zover de bepalingen van het Ontslagbesluit en de beleidsregels van het UWV niet reeds hun weerslag hebben gevonden in de Wwz en de memorie van toelichting bij deze wet. Daarenboven geldt meer in het bijzonder met betrekking tot de beleidsregels UWV dat deze in de onderhavige ministeriële regeling hun weerslag vinden voor zover deze regels (vaak in aanvulling op het toenmalige Ontslagbesluit) nog meer materiële normen behelzen met betrekking tot het ontslag van werknemers. Voor zover de beleidsregels UWV hier geen betrekking op hebben – bijvoorbeeld als het gaat om welke gegevens een werkgever moet aanleveren voor het onderbouwen van de bedrijfs-economische noodzaak van ontslag – zijn zij hier niet opgenomen. UWV zal dergelijke regels opnemen in uitvoeringsregels.

Verder is van belang dat in deze ministeriële regeling specifieke regels worden gesteld met betrekking tot payrollrolling. Bij payrollrolling bestaat een bijzondere contractuele relatie tussen de formele werkgever, de werknemer en de opdrachtgever.¹ De formele werkgever sluit weliswaar een arbeidsovereenkomst met de werknemer maar heeft geen zeggenschap over de werknemer. De zeggenschap ligt op basis van het contract tussen de formele werkgever en de opdrachtgever (of feitelijk) bij de opdrachtgever. Deze heeft zelf de werknemer geworven en geselecteerd en vervult het materiële werkgeverschap. De band tussen de formele werkgever en de werknemer is een beperkte en bestaat vooral uit de verplichting tot betaling van het loon. Toch is de formele werkgever de juridische werkgever. Dit heeft tot gevolg dat als de opdrachtgever de relatie met een payrollwerknemer wil beëindigen en om die reden de opdracht voor de desbetreffende werknemer beëindigt, het payrollbedrijf (zijnde de formele werkgever) de aangewezen partij is als het gaat om het ontslag van de desbetreffende werknemer.

Gelet op de specifieke aard van de contractuele relatie tussen het payrollbedrijf, de payrollwerknemer en de opdrachtgever – en de afspraken die bij het sociaal akkoord van 11 april 2013 met sociale partners zijn gemaakt over de ontslagbescherming van werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij een werkgever – worden in deze regeling voor hen regels gesteld, zodanig dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever.

Voorts worden nadere regels gesteld over de betalingsregeling als bedoeld in artikel 7:673c BW die ten aanzien van de transitievergoeding kan worden getroffen indien betaling tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever leidt. Verder worden nadere regels gesteld over de werkgever met minder dan 25 werknemers (kleine werkgever) die is uitgezonderd van het betalen van de tijdelijk hogere transitievergoeding voor oudere werknemers (artikel 7:673a BW) en die tijdelijk uitgezonderd kan worden van de verplichting tot het betalen van de gehele transitievergoeding als de bedrijfseconomische reden voor ontslag is gelegen in een slechte financiële situatie van de werkgever (artikel 7:673d BW).

Ten slotte worden nadere regels gesteld met betrekking tot de toepassing van de zogenoemde wederindiensttredingsvoorwaarde als bedoeld in de artikelen 7:681 en 7:682 BW, worden in deze

¹ Zie de brief van de minister van SZW aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 24 maart 2010, referentie: AV/AR/2010/4573.



regeling de werkgebieden, bedoeld in de Wet melding collectief ontslag (WMCO), vastgesteld en worden payrollwerknemers voor de toepassing van de WMCO gelijkgesteld met de eigen werknemers bij een opdrachtgever.

Nu de financiële gevolgen, de gevolgen voor de uitvoering, de administratieve lasten en de nalevingskosten reeds uitvoerig zijn behandeld in de memorie van toelichting bij de Wwz en deze ministeriële regeling hier geen wijzigingen in aanbrengt, wordt wat deze aspecten van de regeling betreft volstaan met hiernaar te verwijzen.

Artikelsgewijs

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 1 Begripsbepalingen

Onderdeel a Bedrijfseconomische omstandigheden

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.

Onderdelen b t/m d en k

In deze onderdelen wordt een aantal begrippen geduid waar in de regeling regelmatig naar wordt verwezen.

Onderdeel e

In dit onderdeel wordt aangesloten bij de definitie van een groep, zoals deze is opgenomen in artikel 2:24b BW. Een groep betreft een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen, groepsmaatschappijen genaamd, organisatorisch zijn verbonden.

Onderdelen f t/m h

In deze onderdelen worden definities gegeven van de payrollwerkgever, de payrollwerknemer en van de opdrachtgevende werkgever, namelijk degene met wie de payrollwerkgever een overeenkomst heeft gesloten.

Onderdeel i

In dit onderdeel wordt de uitzendwerkgever gedefinieerd zoals deze was gedefinieerd in Bijlage B bij het voormalige Ontslagbesluit. Of de werkgever als doelstelling heeft het in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden (opdrachtgevers) om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen, kan blijken uit de statuten van de werkgever dan wel uit andere feiten en omstandigheden zoals het openstellen van de mogelijkheid tot inschrijving door werkzoekenden. Duidelijk moet zijn dat de bedrijfsactiviteiten gericht zijn op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Dit impliceert een actieve werving van uitzendkrachten (de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en een actieve werving van inleners (al dan niet via internet), waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) onderbrengen bij inleners.

Onderdeel j

In dit onderdeel wordt aangegeven wat onder de inleenopdracht wordt verstaan. Daarbij is aangegeven dat een opdracht tussen een uitzendwerkgever en een derde, die aangemerkt kan worden als de opdrachtgever van een payrollwerkgever, geen inleenopdracht is. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de, op sommige punten afwijkende, regels die gelden voor de uitzendwerkgever niet van toepassing zijn als sprake is van payrolling. Het soort opdracht is daarbij dus bepalend.

§ 2. Regels met betrekking tot een redelijke grond voor ontslag als 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 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

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 Wwv 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 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.

Artikel 3 Verval arbeidsplaatsen groep

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.

Artikel 4 Deeltijdontslag

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.²

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 avonduren 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 toegekommen 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.

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

Artikel 5 Uitbesteden werkzaamheden

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 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.

Artikel 6 Uitbesteden werkzaamheden aan zelfstandigen

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.³ Het volgende voorbeeld ter

³ 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.

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.

Artikel 7 Redelijke grond voor ontslag uitzendkracht

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 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 herplaatsingsstermijn. 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.

Artikel 8 Verval arbeidsplaatsen over toekomstige periode bezien

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.

§ 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

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 geleverd 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.

Artikel 10 Redelijke termijn

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 proceduurtijd 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 proceduurtijd 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 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.

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

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

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 vervolgoedragen 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 vervalt 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 vervalt 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.

Artikel 12 Peildatum

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 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 objectieveerbaar 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 objectieveerbaar moment kan bijvoorbeeld zijn de datum van de boventalligheidsverklaring, 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.

Artikel 13 Uitwisselbare functies

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 secretaresses 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 management-functie 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 secretaresses 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.

Verschil 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'.

Artikel 14 In aanmerking te nemen uitwisselbare functies

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.⁴ 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.⁵ 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.⁶ 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 gelijkkluidend aan de regeling die gold op grond van Bijlage B bij het voormalige Ontslagbesluit.

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

⁴ 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.

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

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

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.

Artikel 15 Opvolgende arbeidsovereenkomsten

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.

Artikel 16 Alternatief afspiegelingsbeginsel

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.

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

Artikel 17 Opzeggen terwijl andere relaties nog niet zijn beëindigd

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.

§ 6 Regels met betrekking tot de wederindiensttreddingsvoorwaarde

In de artikelen 7:681, eerste lid, onderdelen d en e, en 7:682, vierde en vijfde lid, BW is de zogenoemde wederindiensttreddingsvoorwaarde geregeld. Deze voorwaarde houdt onder meer in dat als een werkgever binnen 26 weken na opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ander in dienst neemt voor dezelfde werkzaamheden als die welke de werknemer voor zijn ontslag verrichtte, de werknemer de rechter kan verzoeken de opzegging te vernietigen of de arbeidsovereenkomst te herstellen (of in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen) als de werkgever niet eerst aan hem een aanbod heeft gedaan zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Op grond van artikel 7:682a BW kunnen ten aanzien van deze voorwaarde nadere regels worden gesteld over wat in dit verband mede onder een werkgever moet worden verstaan, in welke gevallen en onder welke voorwaarden deze artikelen niet van toepassing zijn en in welke volgorde de voorwaarde wordt toegepast als het ontslag meer werknemers betreft. Deze nadere regels zijn in de navolgende artikelen opgenomen.

Artikel 18 Wederindiensttreddingsvoorwaarde buiten toepassing

In dit artikel wordt geregeld dat de wederindiensttreddingsvoorwaarde niet geldt als een werkgever de vroegere werkzaamheden van de werknemer in het kader van uitbesteding van werkzaamheden, waar op grond van artikel 5 van deze regeling een redelijke grond voor bestaat, laat verrichten door 'echte' zelfstandigen nadat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 6 van deze regeling is opgezegd of ontbonden. Daarvoor wordt als voorwaarde gesteld dat de persoon die deze werkzaamheden verricht, voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 6, onderdelen a tot en met c.

De wederindiensttreddingsvoorwaarde is aldus wel van toepassing als de vroegere werkzaamheden van een werknemer worden verricht door een persoon die niet aan genoemde voorwaarden voldoet en in de situatie waar de arbeidsovereenkomst niet met toepassing van artikel 6 is opgezegd of ontbonden en de vroegere werkzaamheden door een ander worden verricht waaronder tevens wordt verstaan een 'echte' zelfstandige.

Artikel 19 Wederindiensttreddingsvoorwaarde na groepsontslag

In dit artikel wordt geregeld dat als meer dan één arbeidsovereenkomst met betrekking tot dezelfde werkzaamheden wegens bedrijfseconomische omstandigheden is opgezegd of ontbonden, de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid stelt zijn vroegere werkzaamheden te hervatten dan wel als kandidaat bij een derde te worden voorgedragen. Als een werknemer daar geen gebruik van maakt of een werknemer door een derde niet geschikt wordt geacht, dient de werkgever de werknemer die alsdan als laatste voor ontslag in aanmerking kwam een aanbod te doen of als kandidaat bij een derde voor te dragen.

§ 7 Regels met betrekking tot het ontslag van een payrollwerknemer

Artikel 20 Redelijke grond bij ontslag van payrollwerknemers

In de memorie van toelichting bij de Wwz is aangegeven dat bij het stellen van regels ook regels zullen worden gesteld voor werknemers die via een payrollwerkgever werkzaam zijn bij een opdrachtgever, zodanig dat hun bescherming tegen ontslag niet afwijkt van de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgevende werkgever. Het onderhavige artikel strekt hiertoe.

In dit artikel is geregeld dat voor de beoordeling of sprake is van een redelijke grond voor ontslag (als bedoeld in artikel 7:669 BW) ingeval van een voorgenomen ontslag door een payrollwerkgever de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend zijn. Er moet dus worden gezien of – bij het beëindigen van een overeenkomst tussen de opdrachtgever en de payrollwerkgever die leidt tot een voornemen tot ontslag door de payrollwerkgever – er bij de opdrachtgever zodanige omstandigheden zijn dat er een redelijke grond is voor ontslag van de payrollwerknemer. Dit betekent dat als een opdrachtgever een overeenkomst opzegt, bijvoorbeeld omdat hij meent dat de werknemer onvoldoende functioneert, er voor de payrollwerkgever alleen sprake is van een redelijke grond voor ontslag als aan de voorwaarden voor een ontslag wegens onvoldoende functioneren bij (en door) de opdrachtgever is voldaan. Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin een opdrachtgever een

overeenkomst opzegt vanwege het feit dat er onvoldoende werk is voor de payrollwerknemer. In dat geval zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat het vervallen van een arbeidsplaats bij de opdrachtgever noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering. Een volgend voorbeeld betreft de situatie waar een payrollwerkgever besluit zijn bedrijf te beëindigen. In dat geval geldt dat dit niet leidt tot een redelijke grond voor ontslag omdat, beoordeeld naar de omstandigheden bij de opdrachtgever, de bedrijfsbeëindiging door de payrollwerkgever niet leidt tot het vervallen van een arbeidsplaats bij de opdrachtgever. Het wel toestemming verlenen voor opzegging aan de payrollwerkgever wegens bedrijfsbeëindiging zou er toe zou leiden dat aan de payrollwerknemer niet de ontslagbescherming wordt geboden waar hij aanspraak op zou kunnen maken als hij rechtstreeks in dienst was geweest bij de opdrachtgever. Visa versa geldt dat als de reden voor het beëindigen van de overeenkomst is gelegen in het beëindigen van het bedrijf van de opdrachtgever, of in het faillissement van de opdrachtgever, er arbeidplaatsen komen te vervallen bij de opdrachtgever en er aldus sprake is van omstandigheden bij de opdrachtgever die leiden tot een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst door de payrollwerkgever.

Het voorgaande betekent ook dat de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend zijn voor de bevoegdheid van UWV respectievelijk de kantonrechter om het ontslag preventief te toetsen aan de hand van de door de payrollwerkgever over te leggen (van door hem van de opdrachtgever te verkrijgen) informatie en dat de toepassing van de bepaling niet afhankelijk is van de vraag door wie de overeenkomst wordt opgezegd (opdrachtgever of payrollwerkgever). Dat laatste voorkomt ook misbruik. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat de payrollwerkgever een verzoek om toestemming voor de opzegging op grond van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW, indient bij het UWV, ook indien op de opdrachtgever een cao van toepassing is waarin is bepaald dat een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie is ingesteld aan wie toestemming voor opzegging moet worden gevraagd.

In *onderdeel a* is geregeld dat als het ontslag van de payrollwerknemer wordt beoordeeld aan hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever, § 2 tot en met § 5 van deze regeling worden toegepast als ware de opdrachtgever de werkgever van de payrollwerknemer. Dit betekent bijvoorbeeld dat bij het beëindigen van een overeenkomst met de payrollwerkgever om bedrijfseconomische redenen, niet alleen aan de overige voorwaarden voor een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomisch omstandigheden moet zijn voldaan (zie paragraaf 2), maar ook aan de verplichting tot herplaatsing binnen een redelijke termijn (paragraaf 3) en dient de werknemer die wordt voorgedragen voor ontslag ook de werknemer te zijn die volgens het afspiegelingsbeginsel (paragraaf 4), toegepast bij de opdrachtgever, hiervoor in aanmerking komt. Ten slotte, artikel 7:671a, zevende lid, BW biedt de grondslag om te bepalen wie tevens als werkgever bedoeld in het vijfde lid van dat artikel kan worden beschouwd. In *onderdeel b* is gebruik gemaakt van deze mogelijkheid door te regelen dat de opdrachtgever geacht wordt de werkgever van de payrollwerknemer te zijn bij de toepassing van artikel 7:671a, vijfde lid, BW. Voordat de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer beëindigd kan worden, dienen derhalve eerst de in dat artikellid benoemde arbeidsrelaties beëindigd te worden. Uit artikel 17 vloeit voort dat bepaalde arbeidsrelaties van de plicht, bedoeld in artikel 7:671a, vijfde lid, BW zijn uitgezonderd. Die uitzondering is, ingevolge onderdeel a, ook van overeenkomstige toepassing op de opdrachtgever.

Artikel 21 Afwijking afspiegelingsbeginsel

Op grond van artikel 20 zijn de omstandigheden van de opdrachtgever bepalend voor de vraag of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer. In geval een payrollwerknemer feitelijk werkzaam is bij een (overheids)organisatie waarbij niet het afspiegelingsbeginsel bepalend is voor de ontslagvolgorde, maar een andere volgorde als bijvoorbeeld lifo, is de ontslagvolgorde die geldt bij de opdrachtgever bepalend.

Artikel 22 Wederindiensttredingsvoorwaarde bij payrollling

In dit artikel is geregeld dat voor de toepassing van de wederindiensttredingsvoorwaarde in geval van payrollling de opdrachtgever waar de payrollwerknemer op basis van een inleenovereenkomst met het payrollbedrijf in dienst was, als werkgever die een ander in dienst neemt, wordt aangemerkt. Dit betekent dat als een dergelijke opdrachtgever binnen 26 weken na opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ander in dienst neemt, de payrollwerknemer door de opdrachtgever (al dan niet via de payrollwerkgever) in de gelegenheid gesteld moet worden zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Als daar niet aan wordt voldaan, kan de payrollwerknemer de rechter verzoeken de opzegging te vernietigen, of de payrollwerkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer te herstellen, dan wel aan hem een billijke vergoeding toe te kennen ten laste van de payrollwerkgever. Ook hiermee wordt bereikt dat de bescherming van payrollwerknemers niet afwijkt van de bescherming van andere werknemers in dienst van de opdrachtgevende werkgever.

Artikel 23 Einde payrollovereenkomst bij niet-nakoming

In dit artikel is onder meer geregeld in welke situatie de omstandigheden bij de opdrachtgever niet bepalend zijn voor de vraag of er een redelijke grond voor ontslag is. Dat is het geval als de opzegging van de overeenkomst door de payrollwerkgever aantoonbaar het gevolg is van het gedurende een periode van ten minste drie maanden door de opdrachtgever in het geheel niet naleven van de financiële verplichtingen (jegens de payrollwerkgever) die volgen uit de overeenkomst. De payrollwerkgever zal daarbij moeten aantonen dat hij zich heeft ingespannen om de opdrachtgever alsnog te bewegen om de financiële verplichtingen na te komen. Dit kan hij bijvoorbeeld aantonen door inzage te verschaffen in zijn boekhouding, alsmede door een bewijs van het inschakelen van een deurwaarder om de opdrachtgever te bewegen aan zijn verplichtingen te voldoen. De periode van drie maanden, alsmede het bewijs dat een payrollwerkgever moet aanleveren, zijn bedoeld om het omzeilen van de regeling, bedoeld in het eerste en tweede lid, te voorkomen wat bij het hanteren van een kortere periode mogelijk het geval zal kunnen zijn en tevens om te voorkomen dat wanprestatie te snel wordt afgewenteld op de werknemer.

Als deze situatie zich voordoet en de payrollwerkgever geen ander werk heeft voor de payrollwerknemer, kan – vanwege bedrijfseconomische redenen – toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden verleend (of in voorkomende gevallen de arbeidsovereenkomst om die reden door de rechter worden ontbonden). Wel geldt hierbij, net als voor andere werkgevers, dat een payrollwerkgever zich moet inspannen om ontslag te voorkomen. Als een overtoollige werknemer herplaatst kan worden, is niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de werknemer noodzakelijk is en zal geen toestemming voor opzegging worden verleend en de arbeidsovereenkomst niet door de kantonrechter kunnen worden ontbonden. In een situatie als hier aan de orde heeft dit voor de payrollwerkgever tot gevolg dat nagegaan moet worden of er bij andere aangesloten opdrachtgevers vacatures zijn dan wel op korte termijn vrij komen waar een overtoollig geworden werknemer voor in aanmerking zou kunnen komen. Is dat het geval, dan moet daar serieus werk van worden gemaakt. Bij een ontslagverzoek moet dan ook blijken dat de payrollwerkgever is nagegaan of er bij andere bij hem aangesloten opdrachtgevers geschikte vacatures zijn (of op korte termijn komen). Informatie van de verschillende opdrachtgevers is hiervoor noodzakelijk. Ook moet blijken dat de payrollwerkgever de payrollwerknemer op het bestaan van vacatures heeft gewezen en hem met de desbetreffende opdrachtgever in contact heeft gebracht. Een reactie van de payrollwerkgever dat mogelijkheden om de overtoollige werknemer te herplaatsen ontbreken omdat derden zelf hun werving en selectie doen, volstaat niet.

In deze situatie geldt het afspiegelingsbeginsel niet. Dat is ook logisch, enerzijds omdat het wel van toepassing verklaren van deze regels tot gevolg kan hebben dat andere payrollwerknemers bij andere opdrachtgevers voor ontslag moeten worden voorgedragen. Dat verhoudt zich niet tot de contractuele relatie die een payrollwerkgever met zijn opdrachtgevers heeft, op grond waarvan in feite alleen de opdrachtgever zeggenschap heeft over de desbetreffende werknemers. Anderzijds omdat in geval van het niet nakomen van financiële verplichtingen dat niet beperkt zal zijn tot een enkele payrollwerknemer, maar betrekking zal hebben op alle payrollwerknemers die via dezelfde payrollwerkgever bij een opdrachtgever werkzaam zijn. Ten slotte is in dit artikel geregeld dat in een situatie als hier aan de orde om dezelfde reden de zogenoemde wederindiensttredingsvoorwaarde niet geldt, net zo min als de verplichting voor de werkgever op grond van artikel 7:671a, vijfde lid van het BW, om alvorens toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden verleend bijvoorbeeld eerst de arbeidsrelaties met werknemers te moeten beëindigen die niet op basis van een dergelijke overeenkomst werkzaam zijn.

§ 8 Regels met betrekking tot de transitievergoeding

Artikel 24 Kleine werkgever

In artikel 7:673a, eerste lid, BW is geregeld dat indien de werknemer bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst 50 jaar of ouder is en de arbeidsovereenkomst ten minste 120 maanden heeft geduurd, in afwijking van artikel 7:673, tweede lid, BW, de transitievergoeding over elke periode van zes maanden dat de werknemer na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar bij de werkgever in dienst is geweest, gelijk is aan de helft van het in geld vastgestelde loon per maand. In artikel 7:673a, tweede lid, BW is vervolgens opgenomen dat het eerste lid niet van toepassing is op de 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. Zoals in de memorie van toelichting bij de Wvz is aangegeven worden kleine werkgevers hiermee beschermd tegen een relatief te zware financiële verplichting die de tijdelijke regeling voor oudere werknemers met zich kan brengen. Artikel 7:673a, derde lid, BW biedt de mogelijkheid om bij ministeriële regeling werkgevers aan te wijzen waarop het tweede lid niet van toepassing is.

In artikel 7:673d, BW is geregeld dat in afwijking van artikel 7:673, tweede lid, BW onder bij ministeriële

le 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 centraleleiding essentieel is.⁷ 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.

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25 (Nota naar aanleiding van het Nader Verslag), p. 13–14.

Artikel 25 Betalen in termijnen

In artikel 7:673c, tweede lid, BW is geregeld dat in het geval de betaling van de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 7:673, tweede lid, en 7:673a, eerste lid, BW leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever onder bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te bepalen voorwaarden in termijnen kan worden betaald en dat daarbij kan worden bepaald dat de transitievergoeding met een bij die ministeriële regeling te bepalen percentage wordt verhoogd.

In onderhavig artikel wordt geregeld dat de betaling in termijnen zich over maximaal zes maanden mag uitstrekken. Deze periode gaat lopen op het moment waarop de wettelijke rente verschuldigd is over het bedrag van de transitievergoeding: een maand nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Deze termijn biedt voldoende ruimte aan een werkgever en bewerkstelligt anderzijds dat de werknemer binnen een afzienbare termijn zijn volledige transitievergoeding ontvangt.

In artikel 7:686a, eerste lid, tweede zin, BW is opgenomen dat over het bedrag van de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 7:673, 7:673a en 7:673c BW, de wettelijke rente verschuldigd is, te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Uit deze systematiek volgt dat bij de toepassing van de betalingsregeling de werkgever steeds wettelijke rente verschuldigd is over dat deel van de transitievergoeding dat als gevolg van de betalingsregeling nog niet door de werkgever aan de werknemer is betaald.

Artikel 26 Werkgebieden Wet melding collectief ontslag

De werkingsfeer van de WMCO wordt bepaald door het antwoord op de vraag of een voorgenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst van 20 of meer werknemers binnen drie maanden plaatsvindt binnen één van de werkgebieden van de WMCO. Voor de werkingsfeer van de WMCO wordt aangesloten bij de in dit artikel bepaalde clustering van provincies. De clustering is niet gewijzigd ten opzichte van hetgeen geregeld was in artikel 1:3 van het Ontslagbesluit.

Artikel 27 Gelijikstelling payrollwerknemer

Gelet op artikel 2 van deze regeling, wordt voor de beoordeling van de noodzaak van het verval van arbeidsplaatsen in geval sprake is van een collectief ontslag als bedoeld in de WMCO voor de toepassing van artikel 7:669, derde lid, onderdeel a, BW 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 vereniging van werknemers als bedoeld in artikel 3, derde lid, WMCO, tenzij sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden. In het geval met toepassing van artikel 20, eerste lid, van deze regeling een payrollwerknemer wordt ontslagen wegens bedrijfseconomische omstandigheden bij de opdrachtgever, wordt – gelet op de gelijkstelling voor ontslag van de payrollwerknemer en de werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever – de payrollwerknemer gelijk gesteld met werknemers als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van de WMCO. Dit betekent dat de melding op grond van de WMCO ook betrekking dient te hebben de beëindiging van een overeenkomst tussen de opdrachtgever en de payrollwerkgever voor zover dit tezamen met voorgenomen beëindigingen van andere arbeidsovereenkomsten met werknemers van de opdrachtgever binnen de reikwijdte van de WMCO valt.

Artikel 28 Intrekken Ontslagbesluit en overgangsrecht

Dit artikel regelt dat het Ontslagbesluit wordt ingetrokken. Op grond van artikel XXII van de Wvz blijft het oude recht onder meer van toepassing bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst, indien voor de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is gedaan. De lagere regelgeving blijft in dat geval ook van toepassing. Nu in deze regeling het Ontslagbesluit expliciet wordt ingetrokken, waardoor onduidelijkheid zou kunnen bestaan over de vraag of het Ontslagbesluit nog wel van toepassing is ten aanzien van overgangssituaties, is in het tweede lid geregeld dat het Ontslagbesluit, zoals dat luidde op 30 juni 2015, van toepassing blijft indien reeds een verzoek om toestemming was gedaan voor de inwerkingtreding van deze regeling.

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher*