

Afschaffing van het lifo-beginsel bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen

Inleiding

Op 22 november 2005 heeft de Minister van Sociale Zaken het wetsvoorstel 'Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht' naar de Tweede Kamer gestuurd (hierna: het Wetsvoorstel).¹ Het Wetsvoorstel houdt onder meer in een wijziging van de selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. In dit artikel worden de huidige selectiecriteria besproken en de beoogde wijzigingen als gevolg van het Wetsvoorstel.

Kern van het Wetsvoorstel is de afschaffing van het *last in, first out*- (hierna: lifo-)beginsel. In plaats van het lifo-beginsel wordt het zogenoemde afspiegelingsbeginsel voortaan het uitgangspunt. Bovendien introduceert het Wetsvoorstel de mogelijkheid dat sociale partners bij CAO zelf alternatieve selectiecriteria overeenkomen.

Wettelijk kader

Wanneer een werkgever voornemens is om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te beëindigen door middel van opzegging, heeft hij daartoe op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) een ontslagvergunning nodig van de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI). Bij de beoordeling of een ontslagvergunning zal worden afgegeven, toetst de CWI of de regels van het Ontslagbesluit² zijn nageleefd. Het Ontslagbesluit bevat regels die een werkgever in acht moet nemen bij opzegging van de arbeidsovereenkomst van een werknemer. Alleen als aan de regels van het Ontslagbesluit is voldaan, zal een ontslagvergunning worden afgegeven. Een opzegging zonder ontslagvergunning is vernietigbaar (art. 9 lid 1 BBA).

Hoofdstuk 4 van het Ontslagbesluit geeft regels met betrekking tot ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. In artikel 4:2 Ontslagbesluit (respectievelijk lid 1 en 3) zijn het lifo-beginsel en het afspiegelingsbeginsel neergelegd. Op beide beginsels wordt hierna nader ingegaan. In het geval van een bedrijfseconomisch ontslag (bijvoorbeeld als gevolg van een reorganisatie) zal de CWI toetsen of het lifo-beginsel dan wel het afspiegelingsbeginsel op correcte wijze is toegepast. Is dat niet het geval, dan zal geen ontslagvergunning worden afgegeven.

De werkgever kan, in plaats van de arbeidsovereenkomst op te zeggen, er ook voor kiezen om de kantonrechter te ver-

zoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW. In dat geval is een ontslagvergunning van de CWI niet nodig. De kantonrechter zal echter normaliter ook toetsen of het Ontslagbesluit is nageleefd. Is het lifo- of afspiegelingsbeginsel niet op de juiste wijze toegepast, dan is de kans groot dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek zal afwijzen. Wanneer er bijzondere omstandigheden zijn (bijvoorbeeld dat de ondernemingsraad en/of de betrokken vakverenigingen hebben ingestemd met afwijking van het lifo- of afspiegelingsbeginsel), kan de kantonrechter, ondanks dat het Ontslagbesluit niet is nageleefd, de arbeidsovereenkomst toch ontbinden.³

Het lifo-beginsel nader beschouwd

Het lifo-beginsel, ook wel anciënniteitsbeginsel genoemd, houdt in dat, wanneer één of meer werknemers moeten worden ontslagen, van de werknemers met onderling uitwisselbare functies, de werknemer met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking komt. Functies zijn onderling uitwisselbaar indien de aard en het niveau zodanig overeenkomen dat er min of meer sprake is van directe inzetbaarheid op elkaars functie. Bij het bepalen van de uitwisselbaarheid wordt naar de functies zelf gekeken en niet naar de capaciteiten van de werknemers die de betreffende functies vervullen.

De rechtvaardiging van het lifo-beginsel is dat het in het algemeen billijk wordt geacht dat een werknemer met een lang dienstverband meer aanspraak heeft op het behoud van zijn dienstverband dan zijn collega met minder dienstjaren. Hier geldt het adagium dat trouwe dienst moet worden beloond. Verder speelt mee dat werknemers met een lang dienstverband meestal ouder zijn, waardoor zij een moeilijker arbeidsmarktpositie hebben. Om die reden dient deze groep te worden ontzien.

Artikel 4:2 lid 5 Ontslagbesluit geeft één uitzonderingsgrond om onder het lifo-beginsel uit te komen. Indien de werkgever aannemelijk kan maken dat een werknemer die op grond van het lifo-beginsel zou moeten wijken, onmisbaar is voor de onderneming, kan het lifo-beginsel buiten toepassing blijven. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een werknemer die als enige binnen de onderneming over bepaalde specialistische kennis beschikt. Van de uitzondering van artikel 4:5 lid 5 Ontslagbesluit wordt in de praktijk niet veel gebruikgemaakt, omdat het voor een werkgever moeilijk is om aannemelijk te maken dat een werknemer onmisbaar is.

Het voornaamste bezwaar tegen het lifo-beginsel is dat het ertoe leidt dat bij een reorganisatie veelal jongere werknemers moeten vertrekken, terwijl de oudere werknemers

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

2. Regeling van 7 december 1998, Stcrt. 238, laatstelijk gewijzigd op 6 maart 2003, Stcrt. 49.

3. Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 6 januari 1994, JAR 1994/53; Ktr. Tilburg 15 december 1998, JAR 1999/23; Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, LJN AM2973; Ktr. Nijmegen 3 mei 2005 JAR 2005/163 en Ktr. Sittard 17 mei 2005, JAR 2005/143.

blijven zitten. Dit kan leiden tot een onevenwichtige leeftijdsopbouw binnen de onderneming.

Het afspiegelingsbeginsel als alternatief

Vanwege het bezwaar met betrekking tot de leeftijdsopbouw kan de werkgever in plaats van het lifo-beginsel ook het zogenoemde afspiegelingsbeginsel toepassen. Bij het afspiegelingsbeginsel is de leeftijdsopbouw van de groep voor ontslag geselecteerde werknemers een afspiegeling van de leeftijdsopbouw binnen de gehele bedrijfsvestiging. Het afspiegelingsbeginsel werkt als volgt. Eerst wordt binnen de bedrijfsvestiging gekeken naar de totale leeftijdsopbouw. Daarbij worden de werknemers gerangschikt in leeftijdscategorieën van 10 jaar (15-25 jaar, 15-25 jaar, enz.). Vervolgens wordt het lifo-beginsel toegepast per leeftijdsgroep, waarbij de onderlinge verhouding van het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking wordt gebracht, overeenkomt met de onderlinge verhouding van de werknemers over de gehele bedrijfsvestiging.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel, bedrijf X heeft 100 werknemers in dienst. De leeftijdsopbouw is als volgt: 20 werknemers in de leeftijdscategorie 25-35, 50 werknemers in de categorie 35-45 en 30 werknemers in de categorie 45-55. De bijbehorende percentages zijn: 20%, 50% en 30%. Er wordt een reorganisatie doorgevoerd als gevolg waarvan 10 arbeidsplaatsen komen te vervallen. Toepassing van het afspiegelingsbeginsel brengt mee dat van de 10 ontslagen, 2 ontslagen in de leeftijdscategorie 35-45 moeten vallen (20%), 5 in de categorie 45-55 (50%) en 3 in de categorie 45-55 (30%). Per leeftijdscategorie wordt vervolgens het lifo-beginsel toegepast. Op deze manier blijft de leeftijdsopbouw binnen de bedrijfsvestiging behouden.

Een beperking is dat het afspiegelingsbeginsel alleen kan worden toegepast bij groepsontslagen van 10 of meer werknemers. Wanneer dus minder dan 10 mensen worden ontslagen, dient per definitie het lifo-beginsel te worden toegepast.

Een probleem bij het afspiegelingsbeginsel is dat wordt gespiegeld aan de bedrijfsvestiging als geheel. Onder bedrijfsvestiging wordt verstaan een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband (vergelijk het begrip *onderneming*, zoals gedefinieerd in art. 1 lid 1 sub c WOR).⁴ Nog los van de problemen die kunnen ontstaan wanneer een werkgever meerdere vestigingen heeft, geldt als bezwaar dat de leeftijdsopbouw van de bedrijfsvestiging niet altijd representatief hoeft te zijn voor de functies die komen te vervallen. Als voorbeeld noem ik een bedrijf dat zijn verkoopafdeling wil saneren. De leef-

tijdsopbouw binnen de verkoopafdeling wijkt sterk af van die van het bedrijf als geheel. Afspiegelen aan de gehele bedrijfsvestiging leidt dan tot scheve uitkomsten (zie het voorbeeld hierna).

Het lifo-beginsel onder druk

Een van de bezwaren tegen het lifo-beginsel is hiervoor al genoemd, namelijk dat het leidt tot een onevenwichtige leeftijdsopbouw binnen de onderneming. In 2004 is het lifo-beginsel onder druk komen te staan. Vanuit de Tweede Kamer is aangevoerd dat het lifo-beginsel ten koste gaat van de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en van de diversiteit van het personeelsbestand. Bepaalde kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt, zoals vrouwen, jongeren en allochtonen, zouden door het lifo-beginsel worden benadeeld.⁵ Gesteld kan zelfs worden dat het lifo-beginsel om die reden discriminatoir is.⁶

De Minister van Sociale Zaken heeft vervolgens een aantal voorstellen gedaan met betrekking tot selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en, na raadpleging van onder meer de Stichting van de Arbeid (hierna: de STAR), het Wetsvoorstel ingediend.⁷ De kern daarvan is dat bij bedrijfseconomische ontslagen voortaan het afspiegelingsbeginsel in plaats van het lifo-beginsel wordt toegepast. Bovendien wordt het mogelijk om bij CAO alternatieve selectiecriteria overeen te komen. Op beide maatregelen wordt hierna nader ingegaan.

Het (aangepaste) afspiegelingsbeginsel als uitgangspunt

Het afspiegelingsbeginsel wordt voortaan het uitgangspunt bij de selectie van werknemers bij bedrijfseconomische ontslagen. Hoewel werkgeversorganisaties binnen de STAR daar wel op hebben aangedrongen,⁸ zal het de werkgever niet langer vrijstaan om een keuze te maken tussen het lifo- of het afspiegelingsbeginsel. Het afspiegelingsbeginsel wordt in beginsel verplicht gesteld.

Teneinde de hiervoor genoemde beperkingen/bezwaren te verhelpen wordt het afspiegelingsbeginsel op twee manieren aangepast. Ten eerste kan voortaan ook worden afgespiegeld bij ontslagen waarbij minder dan 10 werknemers betrokken zijn. Ook bij kleine reorganisaties wordt dus voortaan het afspiegelingsbeginsel toegepast.

4. Toelichting wijziging Ontslagbesluit, Stcrt. 2001, 249, p. 42. Voor een nadere uitwerking zie de Beleidsregels Ontslagtaak CWI d.d. 1 oktober 2005 (op te vragen bij de CWI), hoofdstuk 12.

5. Motie Verburg c.s., Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XV, nr. 48.

6. A.G. Veldman, Voorbij het 'lifo-beginsel' bij reorganisatie, *Arbeid Integraal* 2005, nr. 1, p. 43-59.

7. Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XV, nr. 87, Stichting van de Arbeid, Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag, 1 december 2004, publicatienr. 13/04. Zie verder het beleidsdocument van de Minister van Sociale Zaken 'Met de WW en het ontslagrecht aan het werk', Den Haag 2005, p. 31-33, te downloaden via www.szw.nl.

8. Zie het STAR-advies, p. 12.

De tweede aanpassing ziet op de manier waarop het afspiegingsbeginsel wordt toegepast. Hiervoor is gewezen op het bezwaar dat afspiegeling tot scheve uitkomsten kan leiden wanneer de leeftijdsopbouw binnen de functies waarin de ontslagen gaan vallen, afwijkt van de leeftijdsopbouw binnen de bedrijfsvestiging als geheel. Om aan dat bezwaar tegemoet te komen bepaalt het Wetsvoorstel dat voortaan eerst het personeel dat werkzaam is in uitwisselbare functies, moet worden ingedeeld in leeftijdsgroepen. Vervolgens moet, aan de hand van de daaruit volgende leeftijdsopbouw, per leeftijdsgroep worden bepaald hoeveel werknemers worden ontslagen. Per leeftijdsgroep wordt vervolgens weer het lifo-beginsel toegepast.

Een voorbeeld ter illustratie. Wederom wordt uitgegaan van onderneming X met 100 werknemers en de volgende leeftijdsopbouw: 20% in de leeftijdscategorie 25-35, 50% in de categorie 35-45 en 30% in de categorie 45-55. De verkoopafdeling wordt gereorganiseerd. Als gevolg daarvan komen binnen de verkoopafdeling 10 arbeidsplaatsen te vervallen. Er zijn in totaal 30 verkopers die, gezien de uitwisselbaarheid van hun functies, in beginsel allen in aanmerking komen voor ontslag. De verkopers zijn over het algemeen een stuk jonger dan de rest van het bedrijf. De leeftijdsopbouw binnen de groep van 30 verkopers is 18 in de leeftijdscategorie 25-35 (60%), 9 in de categorie 35-45 (30%) en 3 in de categorie 45-55 (10%). Indien zou worden afgespiegeld conform de *huidige* systematiek, zou het resultaat zijn dat 2 werknemers in de categorie 25-35 (20%), 5 werknemers in de categorie 35-45 (50%) en 3 werknemers in de categorie 45-55 (30%) hun baan zouden verliezen. Dit is een scheve uitkomst. Immers, de groep verkopers in de leeftijd 25-35 is verreweg het grootst, terwijl in die categorie maar 2 van de 10 ontslagen vallen. Terwijl er maar 3 verkopers zijn in de leeftijd 45-55, verliest de afdeling al deze ervaren medewerkers. Dit kan ten koste gaan van het functioneren van de verkoopafdeling. Indien wordt afgespiegeld conform de *beoogde* systematiek, worden de ontslagen gelijkmatiger verdeeld. In dat geval verliezen 6 verkopers in de leeftijd 25-35 (60%), 3 verkopers tussen de 35 en 45 (30%) en 1 verkoper in de leeftijdscategorie 45-55 (10%) hun baan. Dit resultaat ligt meer voor de hand. Immers, nu er relatief veel jonge verkopers zijn, worden relatief veel jonge verkopers ontslagen (6 van de 10). Van de drie oudere verkopers hoeft slechts één te wijken. Hierdoor blijft de leeftijdsopbouw binnen de verkoopafdeling gehandhaafd.

Afwijking bij CAO mogelijk

De tweede voorgestelde wijziging is verstrekkend. Voortaan kunnen bij CAO alternatieve selectiecriteria voor ontslag worden overeengekomen. In dat geval is niet langer een ontslagvergunning van de CWI vereist. Artikel 6 BBA wordt daartoe gewijzigd.

De meest geëigende weg om afwijkende selectiecriteria overeen te komen zal zijn via het sociaal plan, waarin de gevolgen van een reorganisatie worden geregeld, zoals

afspraken met betrekking tot de afvloeiingsregeling en eventuele herplaatsing of outplacement. Indien een sociaal plan wordt aangemeld bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verkrijgt het sociaal plan de status van een CAO.⁹ Dat heeft enerzijds tot gevolg dat de leden van de betrokken vakverenigingen (de zogenoemde gebonden werknemers) zich niet kunnen onttrekken aan het sociaal plan, en anderzijds dat ook niet-gebonden werknemers rechten kunnen ontlenen aan het sociaal plan. Indien de werkgever en de vakverenigingen alternatieve selectiecriteria overeenkomen, kunnen deze hun beslag krijgen in het sociaal plan, mits dat de status van CAO verkrijgt.

Door de mogelijkheid te bieden om alternatieve selectiecriteria overeen te komen wordt de arbeidsmarkt daadwerkelijk flexibeler. Voortaan kan rekening worden gehouden met specifieke omstandigheden binnen de onderneming of de bedrijfstak. Specifieke kwaliteitscriteria, zoals kennis, vaardigheden en het functioneren, kunnen worden gehanteerd, eventueel naast het lifo-beginsel. Hierdoor kan, meer dan thans mogelijk is, worden bewerkstelligd dat de meest geschikte mensen de overgebleven posities vervullen.

Tegelijkertijd kunnen, aldus de regering, afspraken worden gemaakt over maatregelen die zijn gericht op de zogenoemde *employability* van oudere werknemers.¹⁰ Daarmee wordt bedoeld dat werkgevers en werknemers dienen te investeren in de vaardigheden van oudere werknemers teneinde de kansen van deze groep op de arbeidsmarkt te vergroten.

Oudere werknemers de klos?

Als gevolg van het Wetsvoorstel zullen bij reorganisaties meer oudere werknemers hun baan verliezen. Dit lijkt op gespannen voet te staan met het streven van de regering om ouderen langer door te laten werken (in het kader waarvan recentelijk forse ingrepen zijn gedaan in VUT en prepensioen). De regering wil dit effect beteugelen door middel van premiedifferentiatie in de Werkloosheidswet: indien een werkgever meer ouderen ontslaat, stijgen zijn WW-lasten meer dan evenredig.¹¹ Dit lijkt een efficiënt instrument.

Voorts stelt de regering dat, vanwege de veronderstelde investeringen in *employability*, oudere werknemers makkelijker dan voorheen aan een nieuwe baan zullen komen. Hierbij past een kanttekening. Het is uiteraard een mooi streven dat werkgevers en werknemers gezamenlijk investeren in employability. Maar het is nog maar de vraag in hoeverre hieraan gevolg zal worden gegeven. Daarbij speelt mee dat het niet in iedere sector even goed mogelijk is om in employability te investeren. De lager gekwalificeerde productiemedewerker is op een gegeven moment gewoon 'uit-

9. W.J.P.M. Fase/J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer: Kluwer 2004, p. 50-51.

10. Kamerstukken II 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 26.

11. Kamerstukken II 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 26.

Vennootschap & Onderneming

geleerd'. En ook indien ervan wordt uitgegaan dat er wordt geïnvesteerd in employability, dan nog staat niet vast dat dit er daadwerkelijk toe zal leiden dat werkgevers meer ouderen zullen aannemen.

Conclusie

Door de afschaffing van het lifo-beginsel ten gunste van het afspiegelingsbeginsel zal voortaan meer, en op een betere manier, rekening worden gehouden met de leeftijdsopbouw binnen de onderneming. Het afspiegelingsbeginsel wordt de norm, zowel bij grote als kleine reorganisaties.

Het Wetsvoorstel leidt zonder twijfel tot een meer flexibele arbeidsmarkt. CAO-partijen kunnen immers zelf op maat gesneden selectiecriteria overeenkomen, in welk geval een

ontslagvergunning van de CWI niet langer nodig is. Op deze manier wordt tot op zekere hoogte beïnvloedbaar wie in aanmerking komt voor ontslag. Dat kan ertoe leiden dat de best gekwalificeerde werknemers blijven. De vakverenigingen zullen op hun beurt, in ruil voor medewerking aan alternatieve selectiecriteria, naast een redelijke afvloeiingsregeling, ook eisen stellen op het gebied van employability.

Het Wetsvoorstel zal waarschijnlijk leiden tot een toename van het aantal oudere werklozen. Of de door de regering voorgestelde tegenmaatregelen in dat verband voldoende zijn, is nog maar de vraag.

*Mr. H.C. Bijleveld
Loyens & Loeff*