

# HR Rendement

## Dit artikel wordt u aangeboden door HR Rendement

HR Rendement is een nieuws- en adviesmagazine voor human resources professionals bij (middel)grote, kennisintensieve organisaties. De insteek is: hoe kan een HR-manager, unitmanager of HR-specialist bijdragen aan een beter rendement van de factor arbeid in zijn organisatie. HR Rendement behandelt voornamelijk de 'harde' kant van human resources, zoals fiscaal voordelige beloningsvormen, arbeidsrechtelijke regelgeving, premies en belastingen, werktijden en arbeidsomstandigheden, kosten van opleidingen en werving & selectie, implementatie van personeelsinformatiesystemen.

HR Rendement onderscheidt zich door:

- Veel signalerend nieuws over veranderende regelgeving;
- Beknopte artikelen met veel tips die de lezer direct in de dagelijkse praktijk kan gebruiken;
- Elke keer een gedegen vergelijkend warenonderzoek onder HR- dienstverleners;
- Interactieve, persoonlijke e-mailservice met nieuwe vacatures, sites, congressen en publicaties.

Meer informatie op: [www.rendement.nl/hr](http://www.rendement.nl/hr)

**Voordelig proefabonnement aanvragen? [www.rendement.nl/hr/abonneren](http://www.rendement.nl/hr/abonneren)**



HOE KUNT U SELECTEREN OP KWALITEIT IN ONTSLAGSITUATIES?

# De beste behouden bij ontslag

**In economisch slechtere tijden is het vaak zoeken naar manieren waarop u zo snel mogelijk afscheid kunt nemen van een deel van het personeel om de kosten te reduceren. Het klinkt u misschien niet onbekend in de oren dat u bepaalde talentvolle werknemers graag wilt behouden, terwijl u van andere personeelsleden liever afscheid neemt. Hoe kunt u bij grote ontslagrondes selecteren op kwaliteit?**

Als uw organisatie moet bezuinigen, zijn de personeelskosten vaak een belangrijke kostenpost waarin u moet snijden. Bij het collectief ontslaan van personeel moet u een reorganisatieplan opstellen met meestal ook een sociaal plan. Het reorganisatieplan vermeldt de ontslaggronden die nodig zijn om op grond van bedrijfs-economische redenen een ontslagvergunning aan te vragen bij UWV. Deze ontslagvergunning is nodig om het contract te mogen opzeggen. U bent hierbij gebonden aan het in het Ontslagbesluit opgenomen afspiegelingsbeginsel.

## Afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel houdt in dat u verplicht bent om boventallige werknemers in te delen in een categorie uitwisselbare functies. Deze categorie uitwisselbare functies verdeelt u vervolgens weer in leeftijdsgroepen, waarbij u binnen de leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband ontslaat. Werkgevers hebben vaak de wens om van dit afspiegelingsbeginsel af te wijken en zelf te bepalen wie zij ontslaan. Zij willen

uiteeraard het personeel dat kwalitatief het beste is behouden en door het afspiegelingsbeginsel toe te passen, kunnen zij dit niet altijd bereiken.

## Stoelendansmethode

Een veelgebruikte constructie om invloed uit te oefenen op wie precies voor ontslag in aanmerking komt, is de stoelendansmethode. De eerste stap van de stoelendansmethode is dat u een hele functiegroep laat vervallen. Alle werknemers in die functiegroep worden dan boventallig verklaard. Afspiegeling binnen de categorie uitwisselbare functies is voor die

functiegroep dan niet meer nodig. De tweede stap is nieuwe functies creëren waarop de boventallige werknemers kunnen solliciteren. U heeft hierbij de mogelijkheid om kwalitatief goede werknemers te selecteren voor de nieuwe functies. Op die manier zorgt u ervoor dat werknemers die anders op basis van het afspiegelingsbeginsel waren ontslagen, behouden blijven.

Als u alle stappen objectief en transparant uitvoert, kan de stoelendansmethode succesvol zijn. De praktijk wijst echter uit dat kantonrechters deze methode vaak afwijzen, omdat werkgevers hun werknemers onvoldoende objectief selecteren op boventaligheid. Willekeur kan dan al snel om de hoek komen kijken.

## Objectief

Een belangrijk aspect bij de beoordeling of het reorganisatieproces objectief en transparant is verlopen, is of de nieuwe functies voldoende verschillen van de oude functies. In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV staat namelijk dat de werkgever aannemelijk moet maken dat de nieuwe functie in voldoende mate verschilt van de vervallen functie. Denk bijvoorbeeld aan andere kerntaken of een ander opleidingsniveau. Het is verstandig om hierbij te werken met duidelijke functieomschrijvingen. Er kan dan gemakkelijk worden vastgesteld wat het verschil is tussen de oude en de nieuwe functie. Zodra er nieuwe functies zijn gecreëerd, kunnen de boventallige werknemers hier op solliciteren. Hierbij ligt willekeur op de loer, omdat de werkgever kan kiezen

## Wat is de rol van de OR?

Bij de stoelendansmethode schrapt u in feite een hele functielaag in uw organisatie. Om dit te kunnen doen moet u de ondernemingsraad om advies vragen. De ondernemingsraad heeft ook adviesrecht bij het creëren van nieuwe functies.

welke werknemers hij wel en niet herplaatst in de nieuwe functie. Het is daarom van belang dat de organisatie objectief kan onderbouwen waarom de ene kandidaat wel en de andere kandidaat niet geschikt is voor de nieuwe functie. Een extern assessmentbureau inschakelen kan helpen bij het objectief selecteren van personeel voor de nieuwe functies. De ondernemingsraad kan tot slot ook een rol spelen (zie kader linksonder). Uit de praktijk blijkt dat als de OR een positioneel advies heeft gegeven over de reorganisatie en de selectiemethode, de kantonrechter dit meeweegt bij zijn beoordeling.

### Faillissement

Een geheel andere methode waarbij organisaties proberen te selecteren op kwaliteit is door een doorstart na faillissement te realiseren. Hierbij gaat het om het in gewijzigde (afgeslankte) vorm voortzetten van de organisatie (vaak met minder personeel), na een faillissement. Het voordeel van deze constructie is dat bij een succesvolle doorstart u niet alleen kunt kiezen met welk personeel u doorgaat, maar dat u ook nieuwe arbeidsvoorwaarden kunt aanbieden. Er bestaat namelijk geen verplichting om werknemers dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden als vóór het faillissement. Toch is deze constructie ook niet zonder risico's. In het Buitengewoon Besluit Arbeidsver-

### Flitsfaillissement

In de praktijk komt het wel eens voor dat organisaties gebruikmaken van het zogenoemde flitsfaillissement. De oude werkgever wijst dan een stille bewindvoerder aan die in stilte de doorstart voorbereidt en op voorhand bij de gesprekken over een potentiële doorstart aanwezig is. Op het moment dat het faillissement daar is, vindt er direct aansluitend een doorstart plaats, zonder dat de werkzaamheden van de organisatie tot stilstand zijn gekomen. Gelet op jurisprudentie ligt misbruik van faillissement hier al snel op de loer.

## Misbruik van het faillissementsrecht

Indicaties van misbruik zijn dat:

- de organisatie vlak voor de faillissementsaanvraag tevergeefs heeft geprobeerd personeel te ontslaan;
- de organisatie het faillissement zelf heeft aangevraagd;
- de organisatie door een nieuw rechtspersoon in een afgeslankte vorm wordt voortgezet;
- er vóór het faillissement al een plan klaar ligt voor een doorstart van de organisatie.

houdingen (BBA) staat dat u geen toestemming nodig heeft van UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen als de opzegging (door de curator) geschiedt ten gevolge van een faillissement. De curator zegt in de praktijk dan vaak alle arbeidsovereenkomsten op, direct nadat het fail-

“ Een doorstart na een faillissement is niet zonder risico's ”

lissement is uitgesproken. Vervolgens gaat hij in gesprek met potentiële overnamemerkandidaten voor de gefailleerde organisatie.

### Bescherming

Door de voordelen van deze constructie, ligt het misbruik van faillissementsrecht echter al snel op de loer. De discussie hierover begon met het Ammerlaan-arrest (JOR 1996/16). In deze zaak kwam een werknemer in verzet tegen een faillissementsverklaring van een werkgever. De werkgever had deze verklaring zelf aangevraagd een week nadat de kantonrechter in een ontbindingsprocedure had geoordeeld dat hij meer informatie wens- te alvorens hij over het ontslag van de werknemer zou beslissen. Het hof 's-Gravenhage stelde de werknemer in het gelijk. Er was sprake van misbruik van het faillissementsrecht nu de werkgever faillissement had aangevraagd met het vooropgezette doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming waar de werknemer recht op had. Als de rechter

oordeelt dat er sprake is van misbruik van het faillissement, loopt u het risico dat hij het faillissement vernietigt. Op grond van de faillissementswet krijgen werknemers dan een deel van hun arbeidsrechtelijke bescherming terug. Zo kunnen werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst is opgezegd door de curator, een schadevergoeding vorderen op grond van onregelmatige opzegging, dan wel kennelijk onredelijk ontslag. Daarnaast kan er een onrechtmatigedaadsanctie worden ingesteld.

### Afwijken

Buiten de hiervoor besproken constructies om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel, heeft u per 1 juli 2015 de mogelijkheid om 10% van uw werknemers, die op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen, te behouden. Deze mogelijkheid om voor 10% van het personeel af te wijken geldt niet voor de leeftijdscategorieën 15-25 en 55 jaar en ouder. In deze leeftijdscategorieën mogen niet meer ontslagen vallen dan bij volledige toepassing van het afspiegelingsbeginsel het geval zou zijn geweest. De nadere voorwaarden voor deze afwijkingmogelijkheid worden vastgelegd in een ministeriële regeling. Bij het gebruikmaken van deze regeling zal het in elk geval van belang zijn om het bovengemiddeld presteren van de werknemers die buiten het afspiegelingsbeginsel gehouden worden, aannemelijk te maken. De maatregel is een onderdeel van de Wet werk en zekerheid.

*Naomi Giling, arbeidsrechtadvocaat bij Pallas Advocaten, e-mail: [naomi.giling@pallas.nl](mailto:naomi.giling@pallas.nl), [www.pallas.nl](http://www.pallas.nl)*