



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit - de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz

Wegener-Belinfante, T.M.J.; Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Wegener-Belinfante, T. M. J., & Zwemmer, J. P. H. (2016). Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit - de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz. *ArbeidsRecht*, 23(5), 3-8. [22].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CBD764&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit: de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz

ArbeidsRecht 2016/22

De stoelendansmethode is een manier voor de werkgever om bij reorganisatie de selectie van werknemers in eigen hand te houden. Hierbij komen bestaande functies te vervallen waardoor alle betrokken werknemers boventallig worden en laat de werkgever deze werknemers vervolgens op een kleiner aantal nieuw gecreëerde functies solliciteren. Deze reorganisatiemethode staat op gespannen voet met het uitgangspunt bij bedrijfseconomische ontslagen dat met toepassing van het afspiegelingsbeginsel moet worden geselecteerd. Wat betekent de Wwz voor deze in de praktijk ontwikkelde reorganisatiemethode? In dit artikel worden de in de toelichting bij de Ontslagregeling en in de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV opgenomen regels en voorwaarden bij de stoelendans besproken. Tevens presenteren de auteurs aan de hand van enkele voorbeelden een stappenplan voor de uitvoering van de stoelendans Wwz-stijl.

1. Selectiecriteria

In de Wet werk en zekerheid heeft de wetgever het afspiegelingsbeginsel gehandhaafd als uitgangspunt bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen. In verschillende situaties kan de werkgever hiervan afwijken en aldus op basis van kwaliteit selecteren bij het aanwijzen van de op grond van bedrijfseconomische redenen voor ontslag in aanmerking komende werknemers. Allereerst geldt (en gold) dat de werkgever een zogenoemde onmisbare werknemer buiten beschouwing mag laten bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.² Daarnaast is met de Wwz het alternatieve afspiegelingsbeginsel geïntroduceerd. Op grond hiervan kan bij cao worden afgesproken dat maximaal 10% van het aantal voor bedrijfseconomisch ontslag in aanmerking komende werknemers buiten de selectie kan worden gehouden wanneer kan worden aangetoond dat zij bovengemiddeld functioneren.³ Ook kan het afspiegelingsbeginsel zelfs helemaal opzij worden gezet wanneer een cao-ontslagcommissie is ingesteld en deze in geval van bedrijfseconomische ontslagen op basis van bij cao afgesproken andere criteria – bijvoorbeeld kwaliteit – selecteert.

1 Mevr. mr. T.M.J. Wegener-Belinfante is advocaat bij Stibbe. Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat bij Stibbe en redacteur van dit tijdschrift.

2 Artikel 11 lid 5 Ontslagregeling.

3 Artikel 16 Ontslagregeling.

Bij gebruikmaking van deze selectiemethodes dient te worden voldaan aan specifieke in wet- en regelgeving opgenomen inhoudelijke voorwaarden (onmisbaarheid/bovengemiddeld functioneren) en/of formele (vorm)vereisten (vastgelegd in een cao/instellen cao-ontslagcommissie). Dat is niet het geval bij de in deze bijdrage door ons besproken andere methode waarmee wordt bewerkstelligd dat bij ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen op basis van kwaliteit kan worden geselecteerd. Deze zogenoemde stoelendansmethode (hierna 'stoelendans') heeft in de jaren 90 van de vorige eeuw haar intrede gedaan in de arbeidsrechtelijke reorganisatiepraktijk.⁴ Hoewel de stoelendans niet is gereguleerd, worden in de toelichting bij de door de Minister van SZW op 11 mei 2015 vastgestelde Ontslagregeling voor het eerst specifieke regels gesteld bij het gebruik van deze reorganisatiemethode.⁵ In deze bijdrage staan wij stil bij de ratio van de stoelendans en de wijze waarop deze zich verhoudt tot het uitgangspunt bij bedrijfseconomische ontslagen dat met toepassing van het afspiegelingsbeginsel moet worden geselecteerd. Daarna bespreken wij de in de toelichting bij de Ontslagregeling en in de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV opgenomen specifieke regels en voorwaarden bij de stoelendans en analyseren wij aan de hand van enkele voorbeeldsituaties de gevolgen die dit heeft voor het gebruik van deze reorganisatiemethode.

2. De stoelendans en selectie op basis van kwaliteit bij ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen

Van een stoelendans is sprake wanneer bij een reorganisatie één of meer bestaande functies komen te vervallen waardoor alle betrokken werknemers boventallig worden en zij vervolgens op een kleiner aantal nieuw gecreëerde functies bij hun werkgever mogen solliciteren. Als de werkgever de werknemer geschikt acht, wordt de werknemer geplaatst in de nieuw gecreëerde functie. Voor de werknemers die de werkgever niet geschikt acht en die niet in een andere passende functie kunnen worden geplaatst vraagt de werkgever het UWV om toestemming voor ontslag. Hoewel het ontslag van de werknemer wel van doen heeft met zijn functioneren (hij is immers op basis van kwaliteit afgeval-

4 Zie over de stoelendans o.a. M.A. de Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink, *Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet werk en zekerheid en Wet werk en zekerheid in arbeidsrechtelijke reflecties* 2014, reeks VvA 42; R. Hampsink, *selectie op basis van kwaliteit*, *TRA* 2012/55; M.E. Lips en A. Meulenveld, *Stoelendansen in het land van de bollebozen*, *ArbeidsRecht* 2011/22 en E.A. Roest en B.A. Spliet, *Selectie op competenties en andere wetenswaardigheden: wijzigingen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels*, *ArbeidsRecht* 2007/42.

5 Toelichting bij artikel 9 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, nr. 12685, p. 15.

len in de sollicitatie), is de grond voor het ontslag dan het komen te vervallen van de arbeidsplaats van de werknemer op grond van bedrijfseconomische redenen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW.⁶

Deze wijze van reorganiseren is enkel mogelijk, indien de nieuw gecreëerde functies niet uitwisselbaar zijn met de vervallen functies. Is dit wel zo, dan moet de werkgever de nieuwe functies in de afspiegeling meenemen en wordt het belangrijkste onderdeel van de stoelendans, boventalligverklaring van alle werknemers in de vervallen functies, onmogelijk.⁷ Zijn de nieuw gecreëerde functies niet uitwisselbaar met de vervallen functies, dan is de stoelendans in beginsel wel mogelijk. Wel ligt dan het gevaar van willekeur op de loer.

3. De toetsing van de stoelendans door het UWV en de kantonrechter vóór 1 juli 2015

Tot 1 juli 2015 was het beleid van het UWV bij de beoordeling van een verzoek om een ontslagvergunning vastgelegd in de Beleidsregels ontslagtaak UWV (hierna 'Beleidsregels').⁸ Op grond van deze Beleidsregels kon sprake zijn van een uitwisselbare functie als de nieuw gecreëerde functie duidelijke overeenkomsten vertoonde met een vervallen functie. Om dit vast te stellen diende in onderlinge samenhang te worden gekeken naar in de Beleidsregels genoemde factoren voor uitwisselbaarheid, te weten: functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, vereiste competenties, niveau en beloning.⁹ De werkgever diende tegenover het UWV aannemelijk te maken dat de nieuw gecreëerde functie "in voldoende mate" verschilde van de vervallen functie.¹⁰ Wanneer de werkgever hierin slaagde en het UWV oordeelde dat sprake was van bedrijfseconomische redenen voor de herinrichting van het functiehuis, toetste het UWV vervolgens of de werkgever voldoende inspanningen had verricht om de werknemer te herplaatsen in een passende functie. Was sprake van een herplaatsingsmogelijkheid, dan diende aan de hand van een beoordeling van de geschiktheid van de werknemer voor deze functie te worden bepaald of de functie passend was.¹¹ In de Beleidsregels werd benadrukt dat, anders dan bij de beoordeling of sprake was van een uitwisselbare functie, bij de beoordeling of sprake was van een passende functie werd gekeken naar de "subjectieve/persoonlijke mogelijkheden" van de werknemer. Daarbij werd van belang geacht of de functie voldoende aansloot bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de betrokken werknemer en mocht het loon niet te zeer afwijken van wat de werknemer eerder verdiende.¹² Hoewel in de Beleidsregels aan de werkgever de ruimte werd gegeven om de in zijn ogen

meest geschikte kandidaat te selecteren, werd van hem wel verwacht dat hij zijn besluit desgevraagd goed zou kunnen toelichten en mocht geen sprake zijn van willekeur.¹³ Van willekeur was op grond van de Beleidsregels bijvoorbeeld sprake als werkgever werknemer A selecteerde omdat deze werknemer een specifieke opleiding had gevolgd, terwijl de niet-geselecteerde werknemer B deze opleiding ook had gevolgd, of zelfs een betere opleiding.

Omdat besluiten van het UWV tot weigering of verlening van ontslagvergunningen nauwelijks werden gepubliceerd (en hiertegen geen hoger beroep openstond), valt moeilijk te zeggen hoe vaak en in welke omstandigheden het UWV voor 1 juli 2015 oordeelde dat bedrijfseconomische omstandigheden de stoelendans rechtvaardigden en het nieuwe functiehuis de toets van de niet-uitwisselbaarheid doorstond.¹⁴ Wanneer de werkgever verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomsten van de na de stoelendans boventallig geworden werknemers kende de rechter reflexwerking toe aan de hiervoor aangehaalde Beleidsregels van het UWV. Uit de gepubliceerde lagere rechtspraak blijkt dat kantonrechters zeer terughoudend waren bij het aanvaarden van de stoelendans als reorganisatiemethode. Dat blijkt uit het feit dat, terwijl afwijzing van een ontbindingsverzoek voor de inwerkingtreding van de Wwz nog behoorde tot de regel die de uitzondering bevestigde, een ontbindingsverzoek in deze situatie vaak werd afgewezen.¹⁵ De kantonrechters overwoogen dat het aan de werkgever was om zijn onderneming zo in te richten als door hem noodzakelijk en wenselijk werd geacht en aanvaardden dat een nieuw bedrijfsmodel en een in het verlengde daarvan gewijzigd functiehuis kon kwali-

6 Zie J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 14.

7 Artikel 11 jo. artikel 13 Ontslagregeling. Tot 1 juli 2015: artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit.

8 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV versie (laatste) 1 september 2012, *Stcrt.* 2012/16614.

9 Beleidsregels ontslagtaak UWV, 12-5/12-6.

10 Beleidsregels ontslagtaak UWV, 12-6.

11 Beleidsregels ontslagtaak UWV, 20-3.

12 Beleidsregels ontslagtaak UWV, 20-3.

13 Beleidsregels ontslagtaak UWV, 20-4.

14 Hoewel het Ontslagbesluit die ruimte niet bood, kwamen sommige (grote) werkgevers soms in een Sociaal Plan met vakorganisaties of met de ondernemingsraad een selectiemethodiek overeen die afweek van het afspiegelingsbeginsel. Wanneer de werknemer in een dergelijk geval zijn boventalligheid in rechte betwistte, volgde de rechter dan niet zelden de in dat Sociaal Plan overeengekomen selectiemethodiek indien deze op objectieve en toetsbare gronden was gebaseerd. Zie o.a. Ktr. Amsterdam 5 juni 2014, *JAR* 2014/181; Ktr. 's-Gravenhage 22 december 2004, *JAR* 2005/55; Ktr. Utrecht 4 december 2003, *JAR* 2004/23; Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AM2973 en Ktr. Tilburg 15 december 1998, *JAR* 1999/23. In het oorspronkelijke wetsvoorstel Wet wijziging WW-stelsel van 22 november 2005 is wel eens een aanpassing van artikel 6 BBA 1945 voorgesteld op basis waarvan bij cao alternatieve selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag konden worden overeengekomen (*Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 2, p. 21).

15 Zie over de periode 2011-2015: Ktr. Enschede 17 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2410; Ktr. Utrecht 16 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7191; Ktr. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373; Ktr. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX2411. In 'Stoelendans in het land van de bollebozen', *ArbeidsRecht* 2011/22, stellen M.E. Lips en A. Meulenveld vast dat van de in de periode 2008-2011 verschenen uitspraken in één geval werd geoordeeld dat een ontslag na de stoelendans kennelijk onredelijk was, negen ontbindingsverzoeken werden afgewezen en twee ontbindingsverzoeken werden toegewezen onder toekenning van een (hoge) vergoeding aan de werknemer. Uit de door Roest en Spliet besproken rechtspraak van voor 2008 blijkt dat rechters tot die tijd ruimhartiger waren bij het toewijzen van een ontbindingsverzoek voor een als gevolg van een stoelendans boventallig geworden werknemer. E.A. Roest en B.A. Spliet, 'Selectie op competenties en andere wetenswaardigheden: wijzigingen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels', *ArbeidsRecht* 2007/42.

ficeren als een bedrijfseconomische reden.¹⁶ Daar zetten zij dan echter tegenover dat de werkgever in een dergelijke situatie niet vrij was in zijn beslissing over welke werknemers in aanmerking kwamen voor de nieuw gecreëerde functie(s) en voor welke werknemers ontslag onvermijdelijk was.

In alle gevallen vroegen rechters zich af of de door de werkgever voor ontslag voorgedragen werknemer degene was die voor ontslag in aanmerking kwam. Zo overwoog de kantonrechter te Leiden in zijn uitspraak van 25 februari 2010¹⁷ over de selectie van de werknemers die bij een stoelendans op nieuw gecreëerde functies werden geplaatst:

“Voor deze bijzondere wijze van het herinrichten van de bestaande organisatie geldt dat stevige en toetsbare waarborgen aanwezig dienen te zijn ter bescherming van de rechtspositie van de werknemer en ter voorkoming van willekeur en subjectiviteit. Deze wijze van reorganiseren brengt voorts grote onzekerheid met zich voor vrijwel alle werknemers in het betreffende bedrijfsonderdeel. Van de werkgever mag in die omstandigheden een aanzienlijke en aantoonbare inspanning worden verwacht in het kader van de herplaatsing. De werknemer moet, niet alleen op papier maar ook defacto, een werkelijke en faire kans te krijgen zijn loopbaan in de nieuwe opzet voort te zetten.”

In deze procedure had de werkgever besloten alle bestaande ICT-functies binnen de organisatie te laten vervallen en daarvoor in de plaats overwegend zwaardere of andere functies te creëren waarop de boventallige werknemers al dan niet konden solliciteren. De kantonrechter wees het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de niet op een nieuwe functie geplaatste werknemer af omdat de werkgever niet aannemelijk had gemaakt dat geen enkele functie voor de werkgever passend was. Nu sprake was van een stoelendans, achtte de rechter het curieus dat volgens de werkgever slechts een gering aantal van de nieuw gecreëerde functies uitwisselbaar was met de vervallen functies. Dat de werknemer niet zelf op een nieuwe functie had gesolliciteerd, rekende de rechter hem niet aan. Het ging erom, dat aan de hand van relevante concrete functies op een inzichtelijke wijze – in behoorlijk overleg met de werknemer en na weging van zijn argumenten – duidelijk werd gemaakt welke afwegingen hadden geleid tot de stelling van de werkgever, dat in de nieuwe organisatie geen plaats meer voor hem was. Dat was bij deze stoelendans niet gebeurd en daardoor kon naar het oordeel van de kantonrechter niet worden uitgesloten dat de werkgever hier

eigenhandig op basis van het cv van de werknemer had geoordeeld dat geen van de nieuwe functies passend was.

Ook in de andere gepubliceerde uitspraken overwogen de kantonrechters dat bij een ‘bedrijfseconomisch gerechtvaardigde stoelendans’ waarbij geen sprake was van uitwisselbare functies, de werkgever in beginsel de ruimte had om de in zijn ogen meest geschikte kandidaat te selecteren. Voorwaarde daarbij was dat de werkgever deze keuze desgevraagd gemotiveerd kon toelichten en daarbij kon aantonen dat geen sprake was geweest van willekeur bij het selecteren van de geschikte kandidaat (of kandidaten).¹⁸ Dat kon bijvoorbeeld aan de hand van verslagen van functienerings- en/of beoordelingsgesprekken waaruit bleek dat de geselecteerde werknemer inderdaad de beste kandidaat was óf door de verschillende kandidaten voor de nieuw gecreëerde functie een assessment te laten afleggen.¹⁹ Dat de geselecteerde werknemer over de vereiste kennis voor de nieuw gecreëerde functie beschikte, vormde geen factor van doorslaggevend belang wanneer niet-geselecteerde werknemers zich deze kennis op korte termijn eigen zouden kunnen maken door middel van praktijktraining of cursussen.²⁰

4. De stoelendans na de Wwz

Hoewel een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de bij een stoelendans boventallig geworden werknemer vaak resulteerde in een afwijzing, werd deze methode in de praktijk vaak toegepast. Dit had dan de meeste kans van slagen wanneer de werkgever in een met vakorganisaties of met de ondernemingsraad gesloten Sociaal Plan afspraken had gemaakt over de selectiemethodiek.²¹ Bij gelegenheid van de inwerkingtreding van de Wwz hebben de Minister van SZW en het UWV er niet voor gekozen deze reorganisatiemethode onmogelijk te maken, maar hierbij wel enkele specifieke regels en voorwaarden geformuleerd.

In de parlementaire geschiedenis bij de Wwz benadrukt de wetgever dat met de inhoudelijke ontslaggronden uit artikel 7:669 BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels.²² Dit geldt ook specifiek voor de ontslaggrond bedrijfseconomische redenen en het bijbehorende afspiegelingsbeginsel (met uitzondering van de introductie van de 10%-regel en de cao-ontslagcommissie).²³ De parlementaire geschiedenis zwijgt over de stoelendans. Wel vermeldt de toelichting bij de Ontslagregeling in het kader van de herplaatsings-

16 In zijn uitspraak van 24 augustus 2010 overwoog de kantonrechter Almelo dat hoe meer sprake was van een serieuze nieuwe functie met een navenant hoger salaris en meer verantwoordelijkheden de stoelendans als reorganisatiemethode meer kan van slagen had: Ktr. Almelo 24 augustus 2010, JAR 2010/235. De kantonrechter te Enschede overwoog in zijn uitspraak van 17 april 2014 (ECLI:NL:RBOVE:2014:2410) dat het feit dat het salarisniveau van de nieuw gecreëerde functie lager was dan dat van de voorafgaand aan de stoelendans door de werknemer beklede functie niet afdeed aan het feit dat sprake kon zijn van uitwisselbare functies.

17 Ktr. Leiden 25 februari 2010, JAR 2010/187.

18 Vgl. Ktr. Utrecht 6 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6647 en Ktr. Almelo 24 december 2010, JAR 2011/26.

19 Zie Ktr. Utrecht 16 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7191.

20 Zie Ktr. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX2411.

21 Zie o.a. Ktr. Amsterdam 5 juni 2014, JAR 2014/181; Ktr. 's-Gravenhage 22 december 2004, JAR 2005/55; Ktr. Utrecht 4 december 2003, JAR 2004/23 en Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AM2973. Zie anders Ktr. Almelo 24 december 2010, JAR 2011/26.

22 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98, nr. 7, p. 43. Zie hiervoor ook: Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 457 en p. 465.

23 Kamerstukken II 2013/14, 33 18, nr. 3, p. 43-44 en 46-48. Zie hiervoor ook: Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 449-451 en p. 626-628.

verplichting dat de werkgever mag kiezen welke werknemer het meest geschikt is voor het vervullen van eventuele vacatures. Maar als “een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare) 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”.²⁴

In de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV (“Uitvoeringsregels”) wordt deze passage uit de Ontslagregeling nader uitgelegd. De Uitvoeringsregels schrijven voor dat de werkgever bij herplaatsing van een boventallige werknemer “ingeval van een vacature of een bestaande arbeidsplaats de werknemer [mag] selecteren die daarvoor het *meest* geschikt is. Dat is anders als een functie vervalt en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een nieuwe functie die niet uitwisselbaar is met de vervallen functie. Dan moet op basis van het (omgekeerde) afspiegelingsbeginsel worden bepaald aan welke werknemer, die geschikt is om de functie te vervullen, deze functie als eerste moet worden aangeboden.”²⁵

5. Omgekeerd afspiegelingsbeginsel versus selectie van de meest geschikte werknemer

Het omgekeerde afspiegelingsbeginsel is nieuw. Voor de toepassing ervan geven de Uitvoeringsregels een beknopt voorbeeld.²⁶ Binnen een bedrijf vervallen drie van de vijf arbeidsplaatsen in de functie van technisch tekenaar en alle vijf arbeidsplaatsen in de functie van projectleider. Daarnaast ontstaan drie arbeidsplaatsen in de nieuwe functie van projectcoördinator, met deels dezelfde werkzaamheden als de projectleider. Vier projectleiders en één technisch tekenaar blijken geschikt voor deze nieuwe functie. De werkgever moet dan het omgekeerde afspiegelingsbeginsel toepassen op de vier geschikte projectleiders. De drie projectleiders met de ‘hoogste afspiegelingsrechten’ worden herplaatst in de nieuwe functie. De geschikte technisch tekenaar komt pas aan bod als na herplaatsing van alle geschikte projectleiders nog een vacature over zou zijn.

Dit korte voorbeeld geeft wel een indicatie van de mogelijke uitkomst, maar roept vragen op over de toepassing van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel. De belangrijkste vraag is of het de werkgever nog vrij staat om op kwaliteit te selecteren. Duidelijk is dat binnen de groep van geschikte kandidaten geen ruimte meer is voor een eigen afweging: deze ruimte wordt nu ingenomen door het nieuwe omgekeerde afspiegelingsbeginsel. Het is de vraag of deze ruimte nog wel te vinden is bij de selectie van de groep van geschikte

werknemers. Hierbij staat centraal hoe het hier gehanteerde begrip ‘geschikt’ moet worden geïnterpreteerd.

6. Beoordelingsvrijheid bij de selectie van geschikte werknemer(s)

Het begrip ‘geschikt’ wordt niet gedefinieerd in de Ontslagregeling. Op zich zou het voor de hand liggen hier aan te sluiten bij de wijze waarop passende functies bij herplaatsing worden afgebakend, nu in dat geval moet worden beoordeeld of de werknemer in kwestie persoonlijk geschikt is voor een (potentieel) vacante functie.²⁷ Aangezien de stoelendans zich ook afspeelt in het kader van herplaatsing, zou voor de nieuwe geschiktheidstoets kunnen worden aangeknoopt bij de criteria voor de passende functie. Hierbij moet dan, kort gezegd, worden getoetst of de nieuwe functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer (artikel 9 lid 3 Ontslagregeling). In deze interpretatie zou de werkgever zich bij de selectie van de geschikte werknemers moeten schikken naar het passendheidsbegrip en bij de selectie van de te herplaatsen werknemers naar het omgekeerde afspiegelingsbeginsel. Er lijkt dan geen ruimte meer te zijn voor een eigen afweging.

Een dergelijke vergaande beperking van de vrijheid van de werkgever om buiten afspiegelingssituaties op kwaliteit te selecteren achten wij om drie redenen niet logisch. Ten eerste wordt in de toelichting van de Ontslagregeling en in de Uitvoeringsregels bij de invulling van het begrip geschikt niet verwezen naar de in artikel 9 lid 3 Ontslagregeling opgenomen omschrijving van wat onder een passende functie wordt verstaan. Als dit wel zo zou zijn bedoeld, had een dergelijke verwijzing voor de hand gelegen, nu het hier gaat om een regeling in de context van herplaatsing, waar ‘passend’ een bekend en gedefinieerd begrip is. Ten tweede zou een selectie enkel op basis van passendheid niet goed te rijmen zijn met de hiervoor aangehaalde passage uit de toelichting op de Ontslagregeling. Hierin wordt immers gesproken van aanvaarding na sollicitatie. Een sollicitatie impliceert keuzevrijheid, een discretionaire bevoegdheid van de werkgever. Bij een selectie op basis van passendheid is een sollicitatie niet aan de orde; een functie is passend of niet-passend. Eerder zou dan sprake zijn van een aanmelding door werknemers die in aanmerking willen komen voor herplaatsing in de nieuwe functie. Ten derde is nergens expliciet benoemd dat selectie op basis van kwaliteit bij verval van een gehele kring van uitwisselbare functies niet meer is toegestaan. Een helder verbod van deze praktijk of zelfs enige expliciete verwijzing naar de stoelendans ontbreken. Wat is veranderd, is dat regels en voorwaarden zijn geformuleerd als gevolg waarvan bij een stoelendans uit de groep werknemers die geschikt zijn voor de nieuw gecreëerde functie niet meer de werknemer kan worden geselecteerd die naar de mening van de werkgever het meest geschikt is. Om deze redenen menen wij dat de werkgever, in geval van een bedrijfseconomisch gerechtvaardigde stoelendans waarbij geen sprake is van uitwisselbare functies,

²⁴ Toelichting bij artikel 9 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, nr. 12685, p. 15. Vgl. toelichting bij artikel 13, p. 20.

²⁵ Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, januari 2016, p. 58-59, zoals laatstelijk gewijzigd bij het Besluit tot wijziging van het Besluit uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2015, *Stcrt.* 2016, nr. 5031.

²⁶ Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, januari 2016, p. 58-59.

²⁷ Toelichting bij artikel 13 Ontslagregeling, p. 19.

(nog steeds) de vrijheid heeft om te bepalen welke werknemers geschikt zijn zolang voldoende gewaarborgd is dat geen sprake is van willekeur. Gelet op dat laatste zal de werkgever bij de selectie van de geschikte werknemers gebruik moeten maken van objectief bepaalde, persoonlijke geschiktheidscriteria die volgen uit de functieomschrijving van de nieuwe functie.

7. Meer vragen bij het omgekeerde afspiegelingsbeginsel

Het in de Uitvoeringsregels opgenomen voorbeeld van de toepassing van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel bij een stoelendans roept vragen op. Zo zijn de projectleiders en de technisch tekenaars werkzaam bij een 'bedrijf'. De nieuwe functie wordt ook binnen het 'bedrijf' gecreëerd. Evenals het begrip 'geschikt', is het begrip 'bedrijf' niet gedefinieerd in de Ontslagregeling. In het kader van het afspiegelingsbeginsel bestaat wel het begrip 'bedrijfsvestiging' (artikel 1 sub d Ontslagregeling). Toepassing van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel enkel binnen de bedrijfsvestiging, zou echter tot ongewenste resultaten leiden. Het is immers niet ondenkbaar dat een nieuwe functie binnen één bedrijfsvestiging ontstaat, maar dat zich binnen verschillende bedrijfsvestigingen geschikte kandidaten bevinden. Indien de omgekeerde afspiegeling enkel beperkt zou blijven tot de bedrijfsvestiging waar de nieuwe functies zich bevinden, vallen de andere geschikte kandidaten buiten de boot. Dit strookt niet met de context van de herplaatsingsverplichting, waarin niet de vergelijkbaarheid van functies op basis van hun plaats binnen de onderneming, maar de mogelijkheden van de werknemer centraal staan. Bij herplaatsing in een passende functie wordt de gehele groep betrokken (artikel 9 lid 2 jo. 1 sub e Ontslagregeling). Daarom zou ook bij de omgekeerde afspiegeling moeten worden gekeken naar geschikte werknemers uit de gehele groep.

Ook is niet zonder meer duidelijk hoe moet worden vastgesteld of de werkzaamheden van de vervallen functies en de nieuwe functie deels overlappen. Kan dit aan de hand van de functiebeschrijvingen zoals bij de beoordeling van uitwisselbaarheid? Of gebeurt dit aan de hand van de feitelijke werkzaamheden, zoals bij de beoordeling van passendheid? Nu sprake is van een vergelijking van functies, ligt een geobjectiverende beoordeling meer voor de hand. Evenals als bij de beoordeling van uitwisselbaarheid van functies, zou dan de functiebeschrijving het uitgangspunt moeten vormen.²⁸ Tot slot roept het voorbeeld uit de Uitvoeringsregels de vraag op wat er zou gebeuren als er voldoende nieuwe functies zouden zijn voor zowel alle geschikte projectleiders als meer dan één geschikte technisch tekenaar. In lijn met het voorbeeld zouden dan eerst alle geschikte projectleiders in de nieuwe functie moeten worden geplaatst. Voor de overige herplaatsingsmogelijkheden in de nieuwe functie is dan van belang of nog sprake is van een stoelendanssituatie. De functie van technisch tekenaar overlapt niet met de nieuwe functie van projectcoördinator, dus in dat geval zou een se-

lectie op basis van kwaliteit nog wel mogelijk moeten zijn. Dit is immers ook het geval, indien een functie met geheel nieuwe werkzaamheden wordt gecreëerd. Er vinden dus potentieel twee herplaatsingsrondes plaats:

1. eerst met de groep geschikte werknemers uit vervallen functies die overlappen met de nieuwe functies op basis van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel; en als deze allen geplaatst kunnen worden;
2. vervolgens met de groep geschikte werknemers uit overige vervallen functies. Hier kan de werkgever wel nog de meest geschikte werknemers selecteren, zonder toepassing van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel.

8. Toepassing van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel op drie stoelendansvarianten

Welke gevolgen heeft de legitimatie en tegelijkertijd begrenzing van de stoelendans onder de Wwz? Hiertoe zullen wij – naast het voorbeeld uit de Uitvoeringsregels – een concreet voorbeeld bespreken en een stappenplan formuleren. De stoelendans kent grofweg drie varianten. Allereerst bestaat de zuivere variant, waarin nieuwe functies met geheel andere werkzaamheden worden gecreëerd. Deze variant lijkt, zeker in grote organisaties, puur theoretisch. Daarnaast wordt deze variant niet nader genormeerd onder de Wwz, nu deze aanknoopt bij (deels) overlappende werkzaamheden. De volgende twee varianten zijn realistischer.

- Een nieuwe functie wordt gecreëerd uit een bestaande functie, waarbij eventueel nieuwe taken worden toegevoegd en oude worden herverdeeld (divergentie).
- Twee bestaande functies worden samengevoegd tot een nieuwe functie (convergentie).

Het voorbeeld van de projectcoördinator uit de Uitvoeringsregels ziet op de divergentievariant. De convergentievariant zou er als volgt uit kunnen zien. Binnen serviesfabriek Porcelino's werken drie Packaging Developers, R&D-werknemers die zich bezighouden met de ontwikkeling van nieuwe verpakkingsmogelijkheden. Daarnaast werken zes Logistics Managers aan een zo efficiënt mogelijke planning van het inladen van de verschillende serviezen in de containers voor distributie. Nu de afzet van serviezen als gevolg van de financiële malaise in de retail sterk is teruggelopen, wil Porcelino's reorganiseren. Uit advies van een consultant blijkt dat de functies van Packaging Developer en Logistics Manager kunnen worden samengevoegd tot de nieuwe functie Packaging & Logistics Planner. Hierbij wordt een deel van de creatieve en rekenkundige vaardigheden en werkzaamheden van beide functies gebundeld. Specialistische R&D- en logistieke werkzaamheden komen te vervallen, nu R&D door de financiële malaise geen prioriteit meer heeft en logistiek deels aan gespecialiseerde logistieke ondernemingen kan worden uitbesteed. Bijkomend voordeel van deze synergie is dat maar drie Packaging & Logistics Planners nodig zijn.

Hoe dient Porcelino's te werk te gaan? Hierbij zou het volgende aangepaste stappenplan kunnen worden gehanteerd,

²⁸ Uitvoeringsregels, p. 47.

gebaseerd op het stappenplan voor het afspiegelingsbeginsel uit paragraaf 2.7.1 van de Uitvoeringsregels.

- (1) Vervallen alle arbeidsplaatsen binnen een categorie van uitwisselbare functies? Ja: de Packaging Developer en de Logistics Manager zijn unieke functies waarbinnen alle arbeidsplaatsen vervallen (door naar stap 2). Als niet alle arbeidsplaatsen vervallen, moet op de gebruikelijke wijze worden afgespiegeld.
- (2) Is de nieuw gecreëerde functie uitwisselbaar met de vervallen functies? Dit dient Porcelino's te beoordelen aan de hand van de functiebeschrijvingen van de oude en nieuwe functies. Indien blijkt dat deze functies niet uitwisselbaar zijn, kan Porcelino's door naar stap 3. Zo niet, dan zou Porcelino's het normale afspiegelingsbeginsel moeten toepassen op alle met elkaar uitwisselbare functies bij elkaar.
- (3) Wordt in de nieuw gecreëerde functie een deel van de werkzaamheden uit de vervallen functies feitelijk voortgezet? Zo nee, dan staat het de werkgever vrij om (door middel van sollicitatie) de *meest geschikte* kandidaat te kiezen. De functie van Packaging & Logistics Planner overlapt deels met de vervallen functies, dus moet Porcelino's door naar stap 4.
- (4) De werknemers uit de overlappende vervallen functies moeten worden ingedeeld in de groepen 1 t/m 5 uit paragraaf 2.4 Uitvoeringsregels (kort gezegd: oplopend van meest extern/flexibel naar meest intern/vast).²⁹ Vervolgens dient te worden nagegaan of de herplaatsing zonder nadere selectie kan geschieden, indien de werknemers uit groepen 1 t/m 4 buiten beschouwing worden gelaten.
- (5) Selecteer (door middel van sollicitatie) welke werknemers uit de groepen 2 t/m 5 van de overlappende vervallen functies *geschikt* zijn voor de nieuwe functie.

(a) Zijn dit evenveel of minder werknemers als arbeidsplaatsen in de nieuwe functie? Dan dient de werkgever hen allemaal in deze arbeidsplaatsen te plaatsen. Indien er dan nog arbeidsplaatsen over zijn, kan de werkgever hiervoor de meest geschikte werknemers selecteren uit overige vervallen functies.

(b) Zijn er meer geschikte werknemers dan arbeidsplaatsen in de nieuwe functie? Stap 6.

Uit de functiebeschrijving voor Packaging & Logistics Planners blijkt dat het noodzakelijk is dat de betreffende werknemers beschikken over competenties, opleiding en werkervaring op het gebied van zowel R&D

als logistiek. Porcelino's stelt een vacaturetekst op waar deze kwalitatieve eisen uit blijken en schrijft een interne sollicitatie uit. Na sollicitatie blijkt dat twee van de drie Packaging Developers en vier van de zes Logistics Managers de vereiste kwaliteiten bezitten, waaronder de uitzendkracht en de bepaaldetijder. De omgekeerde afspiegeling zal uit deze zes werknemers de drie nieuwe Packaging & Logistics Planners moeten selecteren (stap 6).

- (6) Tot slot dient de afspiegelingsberekening te worden toegepast op de geschikte werknemers. Hierbij kan het stappenplan voor de gewone afspiegelingsberekening *mutatis mutandis* worden gebruikt om te bepalen welke van de geschikte werknemers moeten afvallen bij de selectie voor herplaatsing in de nieuwe functie.³⁰ Bij Porcelino's valt eerst de uitzendkracht af (groep 1). Na indeling in leeftijdsgroepen zullen vervolgens de werknemer met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met korte resterende looptijd (groep 4) en één werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (groep 5) afvallen. De overgebleven drie geschikte werknemers moeten worden herplaatst in de nieuwe functie.

9. Conclusie: de stoelendans onder de Wwz is eerder afgelopen, maar gedanst wordt er nog steeds

In navolging van de Wwz zijn regels geïntroduceerd die de stoelendans als reorganisatiemethode legitimeren, maar is tegelijkertijd de vrijheid van de werkgever beperkt om zelf te kunnen bepalen wie op de nieuw gecreëerde functies worden geplaatst. Indien de werkgever een categorie van uitwisselbare functies laat vervallen, terwijl hij een nieuwe categorie daarmee niet uitwisselbare nieuwe functies creëert, zal de werkgever eerst op basis van strikte, objectief bepaalbare persoonlijke geschiktheidscriteria moeten vaststellen welke van de op de nieuw gecreëerde functies solliciterende werknemers geschikt zijn. Deze criteria zouden kunnen worden vastgelegd in een functieomschrijving bij de nieuw gecreëerde functie, liefst onder auspiciën van een consultant op het gebied van (her)inrichting van functiehuisen, en/of in een stoelendansprotocol bij een sociaal plan. Daarnaast zou in een door die werknemer af te leggen (extern) assessment kunnen worden vastgesteld of de werknemer voldoet aan de bij de nieuw gecreëerde functie behorende geschiktheidscriteria. Hiermee wordt – zonder dat daarbij sprake is van willekeur – in de hand gewerkt dat de groep werknemers die geschikt blijkt te zijn voor de nieuw gecreëerde functies niet groter is dan het aantal nieuw gecreëerde functies. Daarmee kan een selectie op basis van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel toch achterwege blijven.

²⁹ De onderverdeling in vijf in plaats van vier groepen is in de Uitvoeringsregels van januari 2016 nieuw ten opzichte van de Uitvoeringsregels van november 2015. Zie: Uitvoeringsregels, p. 26 en het nieuwe rekenvoorbeeld op p. 40-41.

³⁰ Vanaf stap 6, Uitvoeringsregels, p. 34.