

Notitie heroverweging van het Last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag

1. Inleiding

Op 18 december 2003 heeft de Tweede Kamer een motie van de leden Verburg, Weekers, Bakker en Noorman-den Uyl aanvaard, waarin de regering wordt verzocht het “last in, first out” beginsel (ook wel genoemd: dienstjarenbeginsel) te heroverwegen (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 XV, nr. 48). Daarbij werd overwogen, dat:

- flexibiliteit en zekerheid belangrijke voorwaarden zijn om te komen tot een anticiperende en assertieve arbeidsmarkt;
- diversiteit in het personeelsbestand, zoals leeftijd, kleur, sekse en deskundigheid, ook door sociale partners van groot belang wordt geacht.

Vervolgens werd geconstateerd, dat met genoemd beginsel, zoals toegepast bij de beoordeling van ontslagaanvragen door het Centrum voor Werk en Inkomen (hierna: CWI), thans onvoldoende wordt ingespeeld op de behoefte aan flexibiliteit en zekerheid.

In deze notitie wordt achtereenvolgens stilgestaan bij het huidige lifo- en afspiegelingsbeginsel en de voor- en nadelen hiervan. Verder wordt nagegaan of in dat licht bezien heroverweging inderdaad noodzakelijk is en of een betere selectiemethode om te bepalen wie voor ontslag in aanmerking komt mogelijk is.

2. Inhoud en achtergrond huidige lifo- en afspiegelingsbeginsel

Lifobeginsel

Het lifo-beginsel bij ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen is als toetsingcriterium opgenomen in het Ontslagbesluit, dat berust op artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). Op grond daarvan behoeft de werkgever voorafgaande toestemming van het CWI voor de opzegging van de arbeidsverhouding. Wanneer aan het verzoek om toestemming bedrijfseconomische redenen ten grondslag liggen dient de werkgever aannemelijk te maken, dat er een bedrijfseconomische noodzaak is voor het vervallen van arbeidsplaatsen en tevens de ontslagkeuze te rechtvaardigen. Voor de ontslagkeuze is het lifo-beginsel van belang. Het beginsel is, zoals eerder aan uw Kamer bericht bij brief van mijn ambtsvoorganger van 12 april 2001 (TK, vergaderjaar 2000-2001, 27 223, nr. 17), in de jurisprudentie aanvaard. Het beginsel gaat er vanuit, dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever toeneemt naar gelang de werknemer langer in dienst is, omdat de beroepskwalificaties van de werknemer naarmate het dienstverband langer voortduurt afgestemd raken op arbeid bij zijn of haar werkgever en oudere werknemers na ontslag minder gemakkelijk weer aan het werk komen dan jongere. Verder gaat het lifo-beginsel willekeur tegen, omdat het een objectief, controleerbaar en gemakkelijk toetsbaar criterium biedt ten behoeve van het opstellen van een ontslaglijst.

Het lifo-beginsel kan alleen worden toegepast als de te vervallen arbeidsplaatsen onderling uitwisselbaar zijn. Is dat niet het geval dan is het lifo-beginsel niet toepasbaar. Van onderlinge uitwisselbaarheid van functies is sprake, als de aard en het niveau van de functie van de betrokken werknemers zodanig overeenkomen, dat er min of meer sprake is van directe inzetbaarheid op elkaars functie. In de betreffende categorie uitwisselbare functies komen vervolgens die werknemers als eerste in aanmerking voor ontslag, die het laatst in dienst zijn getreden. Opmerking verdient, dat in de laatste decennia de diversiteit in functies is

toegenomen waardoor er minder sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid dan voorheen met als gevolg, dat ook het lifo-beginsel minder wordt toegepast dan voorheen.

Afspiegelingsbeginsel

Om te voorkomen, dat als gevolg van een onverkorte toepassing van het lifobeginsel, een werkgever na ontslag wordt geconfronteerd met een onevenwichtige leeftijdsopbouw van het overgebleven personeel in de onderneming, kan hij het CWI verzoeken het afspiegelingsbeginsel toe te passen. Dit is mogelijk bij groepsontslagen van tien of meer werknemers binnen een werkgebied van het CWI. Bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt het personeel van de bedrijfsvestiging die het betreft eerst ingedeeld in de vastgestelde leeftijdscategorieën (groepen van 15 - 25 jaar, 25 - 35 jaar, 35 - 45 jaar, 45 - 55 jaar en van 55 jaar en ouder). Vervolgens wordt vanuit de onderlinge leeftijdsverhoudingen vastgesteld, hoeveel arbeidsplaatsen binnen de verschillende leeftijdsgroepen én de in aanmerking komende categorieën uitwisselbare functie komen te vervallen. Binnen elke leeftijdsgroep van de in aanmerking komende categorie uitwisselbare functies afzonderlijk, wordt daarna door middel van het lifobeginsel bepaald wie voor ontslag in aanmerking komen. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld: Stel op bedrijfsniveau is elke leeftijdsgroep gelijk vertegenwoordigd. Als er tien arbeidsplaatsen komen te vervallen, zal er in elke leeftijdsgroep binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies twee werknemers met het kortste dienstverband moeten afvloeien.

Recentelijk is gebleken, dat het afspiegelingsbeginsel minder wordt toegepast dan men zou mogen verwachten. Debet hieraan is, dat alleen kan worden gespiegeld naar de leeftijdsopbouw in de onderneming als geheel en niet naar de leeftijdsopbouw in de categorie uitwisselbare functies waar arbeidsplaatsen komen te vervallen. Dit kan tot onevenwichtige uitkomsten leiden. Verder is in de praktijk gebleken, dat een bedrijfsvestiging waar arbeidsplaatsen komen te vervallen soms meerdere locaties heeft in verschillende werkgebieden van het CWI. Toepassing van het beginsel wordt dan niet alleen bemoeilijkt, maar kan evenzeer tot onevenwichtige uitkomsten leiden. Tot slot heeft de voorwaarde dat het moet gaan om groepsontslagen van tien of meer werknemers tot gevolg, dat alleen grotere werkgevers hierop een beroep kunnen doen. Deze knelpunten in de toepassing van het afspiegelingsbeginsel zijn inmiddels voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid teneinde in gezamenlijk overleg (met vertegenwoordigers van mijn ministerie en het CWI) tot een oplossing te komen.

Afwijkingsmogelijkheden

Het Ontslagbesluit kent een aantal mogelijkheden tot afwijking van het beginsel, namelijk:

- als de op grond van het beginsel voor ontslag in aanmerking komende werknemer onmisbaar is voor de onderneming;
- ingeval van driehoeksrelaties (uitlening, detachering e.d.), waarbij het ontslag van een daarvoor in aanmerking komende werknemer die bij een derde (onder diens toezicht en leiding) werkzaam is, (voor die derde) te bezwaarlijk is;
- als de voor ontslag in aanmerking komende werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie heeft en dit niet geldt voor de (qua dienstjaren) eerstvolgende werknemer.

Verder gelden wat betreft de ontslagkeuze bijzondere regels voor personeel in de schoonmaaksector (bijlage A bij het Ontslagbesluit) en voor uitzendkrachten (bijlage B bij het ontslagbesluit) waarbij een afwijkende invulling wordt gegeven aan de toepassing van het beginsel, rekening houdend met de specifieke omstandigheden in de genoemde bedrijfstakken.

3. Effecten van het lifo-beginsel

Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt het lifo-beginsel bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen niet onverkort toegepast. Daar waar het wel wordt toegepast zal het doorgaans in het voordeel van ouderen werken. Deze werknemers hebben over het algemeen de langste dienstverbanden met de werkgever. Tegelijkertijd betekent toepassing van het beginsel een nadeel voor werknemers die recenter bij bedrijven zijn binnengekomen. In het huidige tijdsgewricht, waarbij sprake is van een omslag in economische groei, zal dit ten koste gaan van groepen van werknemers die in het recente verleden zijn togetreden tot de arbeidsmarkt en waar het arbeidsmarktbeleid zich ook op heeft gericht (en nog richt), te weten: herintredende vrouwen, jongeren, allochtonen en arbeidsgehandicapten. Alleen al vanuit die invalshoek bezien kunnen vraagtekens worden gezet bij het beginsel als zodanig.

Echter ook uit het oogpunt van een gezond ondernemingsbeleid is het lifo-beginsel niet onomstreden. Hoewel het beginsel ook voor werkgevers voordelen biedt, te weten: een objectief criterium, dat nadere onderbouwing van de ontslagkeuze overbodig maakt, kan de uitkomst wel eens minder gelukkig zijn. Bijvoorbeeld omdat door de toepassing niet alleen de recent aangetrokken werknemers moeten afvloeien, maar tevens geen onderscheid kan worden gemaakt tussen werknemers wat betreft actuele kennis en potentie voor de toekomst. De “kwaliteit” van de werknemer voor de arbeidsorganisatie mag voor de werkgever immers geen rol spelen bij de ontslagkeuze.

Verder geldt dat van werknemers, óók van oudere werknemers, steeds meer wordt verwacht dat zij hun beroepskwalificaties op peil houden, mede met het oog op het verwerven van een functie elders. De situatie waarin een werknemer zijn gehele arbeidzame leven bij één werkgever doorbrengt, verliest terrein. Daarom investeren werknemers en werkgevers meer en meer in permanente scholing. Een en ander betekent, dat de concurrentiepositie ook van oudere werknemers op de arbeidsmarkt op termijn zal verbeteren, wat op zichzelf een gunstige ontwikkeling is. In die zin verandert het perspectief, zowel bij werkgevers als bij werknemers, en zullen zij naar verwachting minder krampachtig omgaan met mobiliteit op hogere leeftijd en/of na een langdurig dienstverband. Van een werkgever wordt verlangd dat hij investeert in zijn werknemers ongeacht de leeftijd en van een werknemer mag worden verlangd, dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die hem worden geboden en dat hij ook zelf initiatieven neemt om zijn arbeidsmarktpositie te versterken. Toepassing van het lifobeginsel kan in dat verband als een dis-incentive werken (vanwege de grotere ontslagbescherming ten opzichte van werknemers met een korter dienstverband) en ook een belemmering zijn om te komen tot flexibiliteit en mobiliteit van werknemers binnen arbeidsorganisaties en op de arbeidsmarkt vanwege het gevaar van verlies van anciënniteit.

Tot slot wijzen demografische ontwikkelingen op een aanstaand vertrek van de arbeidsmarkt van grote groepen oudere werknemers (babyboomers) in verband met het bereiken van de pensioenleeftijd. Hieraan doen vergroting en acceptatie van mogelijkheden om langer door te werken, ook na het bereiken van de pensioenleeftijd, vermoedelijk onvoldoende af, althans op korte termijn. Dit dwingt bedrijven met een relatief oud personeelsbestand om zich in te stellen op flinke verschuivingen in het personeelsbestand en om maatregelen te nemen met het oog op een toekomstbestendige personeelsvoorziening. In dat kader zullen zij jongere werknemers willen vasthouden, ook in geval van reorganisaties.

Op grond van het bovenstaande wordt geconcludeerd, dat het huidige ontslagcriterium bij bedrijfseconomisch ontslag zowel voor- als nadelen kent en dat de nadelen in de tijd gezien zullen toenemen. Er zijn dan ook goede redenen om na te gaan welke mogelijkheden er zijn om te komen tot een andere selectiemethode bij bedrijfseconomisch ontslag, waarmee (ook in de toekomst) recht wordt gedaan aan de belangen van de diverse groepen van werknemers en aan die van werkgevers.

4. Een andere selectiemethode

Bij een nieuwe selectiemethode dienen de belangen van werknemers en werkgevers op een evenwichtige wijze met elkaar te worden verbonden. Eerst dan zal er immers draagvlak kunnen ontstaan bij alle partijen die een rechtvaardig ontslag nastreven. Voor de werknemer is het daarbij van belang dat er een criterium wordt toegepast, dat hem vooraf zoveel mogelijk helderheid verschaft over zijn rechtspositie bij een onverhoopt bedrijfseconomisch ontslag en die mede beïnvloed kan worden door zijn of haar vaardigheden en functioneren binnen de arbeidsorganisatie. De werkgever heeft vanuit zijn verantwoordelijkheid voor de onderneming belang bij een qua leeftijd evenwichtige opbouw van het personeelsbestand en om die werknemers voor zijn arbeidsorganisatie te behouden die nodig zijn om de continuïteit van zijn onderneming en de werkgelegenheid van zoveel mogelijk werknemers te waarborgen. Tenslotte is het van belang dat aan de diverse groepen werknemers een gelijkmatiger ontslagbescherming wordt geboden.

Afspiegelingsbeginsel hoofdregel

Het voorgaande in aanmerking nemend, dient bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen in de eerste plaats meer nadruk te worden gelegd op de toepassing van het (te verbeteren) afspiegelingsbeginsel, ongeacht het aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt. Met andere woorden, de leeftijdsopbouw van werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies waar ontslagen moeten vallen geldt als vertrekpunt, waarna vervolgens op basis van het lifobeginsel wordt bepaald wie van de werknemers binnen de verschillende leeftijdscategorieën als eerste voor ontslag in aanmerking komt. Hiermee wordt tegelijkertijd afgerekend met de eerder gesignaleerde problemen in de uitvoering. Niet langer hoeft te worden afgespiegeld naar de leeftijdsopbouw in de bedrijfsvestiging, maar naar de leeftijdsopbouw in de categorie uitwisselbare functies waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen. Dit is voor werkgevers gemakkelijker toepasbaar, voor werknemers beter controleerbaar en voor het CWI beter uitvoerbaar. Nog belangrijker is, dat hiermee niet per definitie de laatst binnengekomen werknemers als eerste voor ontslag in aanmerking komen, maar sprake is van een gelijkmatiger ontslagbescherming van de verschillende groepen (jongeren, ouderen, herintreders enz.). Tot slot beperkt de toepassing van het afspiegelingsbeginsel zich niet langer tot groepsontslagen van 10 of meer werknemers, waardoor ook voor kleinere werkgevers een meer evenwichtige leeftijdsopbouw gegarandeerd is.

Het volgende voorbeeld dient ter verduidelijking: Stel een bedrijf heeft in een bepaalde categorie uitwisselbare functies per leeftijdscategorie de volgende aantallen werknemers: 10 werknemers van 15 tot 25 jaar, 20 werknemers van 25 tot 35 jaar, 20 werknemers van 35-45 jaar, 10 werknemers van 45 tot 55 jaar en 40 werknemers van 55 jaar en ouder. Door structurele omzetvermindering is de werkgever genooddaakt binnen deze categorie uitwisselbare functies van een tiental werknemers afscheid nemen. Op basis van genoemde leeftijdsindeling in deze categorie uitwisselbare functies, mag de werkgever 1 werknemer

voor ontslag voordragen in de categorie van 15 tot 25 jaar, 2 in de categorie van 25 tot 35 jaar, 2 in de categorie van 35 tot 45 jaar, 1 in de categorie van 45 tot 55 jaar en 4 in de categorie van 55 jaar en ouder. Wel geldt ook hier, dat de werknemers die de werkgever vervolgens mag aanwijzen binnen de betreffende leeftijdsgroepen degenen zijn die het laatst in dienst getreden.

Afwijkingsmogelijkheid bij CAO

De regeling als hiervoor verwoord voorziet niet in de mogelijkheid om kennis, vaardigheden en functioneren van de werknemer bij het ontslag te betrekken. Behoudens de mogelijkheid voor de werkgever om zich in individuele gevallen te beroepen op het onmisbaar zijn voor de onderneming van de voor ontslag in aanmerking komende werknemer en het om die reden voordragen van een ander. Om op het centrale niveau hierover regels te stellen, lijkt niet opportuun gezien de verschillen die zich hierbij in de praktijk kunnen voordoen. Ook spelen hierbij andere factoren een rol, zoals de vraag of werkgevers zelf voldoende inspanningen hebben verricht om het functioneren en de vaardigheden van werknemers op peil te houden en of over een adequaat toetsingsinstrumentarium wordt beschikt om de prestaties en inspanningen van werknemers te meten.

Wel is het mogelijk om dit op het decentrale niveau te beoordelen, door werkgevers en werknemers zelf. Ruimte hiervoor kan worden gecreëerd door in het Ontslagbesluit te bepalen, dat de aldaar geformuleerde regels van toepassing zijn, tenzij bij CAO hiervan afwijkende - voor een ieder objectief toetsbare - regelingen zijn getroffen die hiermee wel rekening houden en tegemoet kunnen komen aan de specifieke omstandigheden in een onderneming of bedrijfstak. Daarbij kunnen niet alleen afspraken worden gemaakt over te hanteren ontslagcriteria, maar kan tegelijkertijd overeenstemming worden bereikt over sociaal flankerend beleid, zoals maatregelen gericht op employability van werknemers en inspanningen van de werkgever op het terrein van outplacement. Op termijn zal dan een situatie kunnen ontstaan van minder sturing vanuit de overheid en meer bevoegdheid voor het decentrale niveau. De mogelijkheid voor het zelf formuleren van ontslagcriteria zal ook het treffen van afwijkende regelingen in het Ontslagbesluit voor bijzondere groepen overbodig maken. Daar kunnen sociale partners immers zelf toe besluiten en invulling aan geven. Zij kunnen dus mettertijd komen te vervallen waarmee wordt bijgedragen aan het streven naar verdere deregulering.

5. Slot

Met toepassing van het afspiegelingsbeginsel per categorie uitwisselbare functies bij een of meer bedrijfseconomische ontslagen en de mogelijkheid om bij CAO eigen selectiecriteria overeen te komen, wordt adequaat ingespeeld op de in de motie neergelegde wens te komen tot meer flexibiliteit en diversiteit. Door toepassing van het afspiegelingsbeginsel op centraal niveau als vertrekpunt te nemen en decentraal ruimte te bieden aan sociale partners, wordt bij ontslag niet langer het accent gelegd op nieuwe toetreders en krijgen werkgevers die in overleg met de vakbonden heldere en toetsbare selectie-criteria ontwikkelen meer invloed op de ontslagkeuze waardoor een adequate bedrijfsvoering kan worden nagestreefd.