

Deeltijdontslag in de kinderopvang

ArbeidsRecht 2015/31

Dit artikel behandelt de speciale regels die gelden bij een reorganisatie met deeltijdontslag in de kinderopvangbranche en geeft handvatten waarop te letten.

1. Speciale regels

Hoofdstuk 21 (Deeltijdontslag) van de reguliere Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie april 2014 ('Beleidsregels') blijkt onvoldoende handvatten te bieden voor de praktische uitvoering van deeltijdontslag en de wens van kinderopvangorganisaties om een flexibele schil te behouden. UWV heeft daarom speciale regels voor deeltijdontslag in de kinderopvangbranche, geformuleerd in de notitie: 'Toepassing ontslagaanvragen kinderopvang – UWV, april 2014' ('Notitie kinderopvang'). Deze notitie bevat geen nieuw uitvoeringsbeleid, maar een nadere uitwerking/toepassing van de Beleidsregels betreffende deze twee aspecten voor de kinderopvang. Bij toepassing van de Notitie kinderopvang blijven de Beleidsregels van kracht (inzake bedrijfseconomische redenen, bedrijfsvestiging, categorie uitwisselbare functies, herplaatsing, deeltijdontslag in het algemeen etc.).

Er zijn momenteel geen vergelijkbare regels voor andere sectoren dan de kinderopvang. Als in een andere sector zich een vergelijkbare situatie voordoet, dan kan dit aan UWV worden voorgelegd. Zoals in paragraaf 8 aan de orde komt, zal het beleid onder de WWZ inhoudelijk ongewijzigd worden voortgezet.

2. Premisse

De hoofdregel is dat deeltijdontslag niet is toegestaan omdat een arbeidsverhouding als rechtsbetrekking ondeelbaar zou zijn. De verleende toestemming of weigering van UWV geldt dan ook voor de *gehele* arbeidsverhouding en niet slechts voor een gedeelte daarvan. Omdat deeltijdontslag in bijzondere praktijksituaties een goede en maatgerichte oplossing kan bieden, werkt UWV onder bepaalde restricties hieraan mee. De werkgever dient dan wel direct aansluitend aan de rechtsgeldig beëindigde dienstbetrekking een nieuwe, in arbeidsduur beperkte, arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit (onvoorwaardelijke) aanbod wordt in de ontslagbeschikking vermeld. Deze vermelding heeft het karakter van een *vóór*onderstelling, een *premissa* op basis waarvan de vergunning mede is verleend, en zonder welke de toestemming niet voor dit aantal werknemers zou zijn verleend.

3. Onvermijdelijkheid deeltijdontslag

De werkgever moet op grond van artikel 4:3 Ontslagbesluit aannemelijk maken dat deeltijdontslag *onvermijdelijk* is. Hij moet de gronden niet alleen noemen, maar ook onderbouwen. In de kinderopvang moet hij met name de door hem gekozen omvang motiveren en wel zo concreet mogelijk, aan de hand van cijfers, voorbeelden e.d. Dit geldt ook voor de vaak gehanteerde argumenten bij deeltijdontslag in de kinderopvang dat bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel: i. de werkgever niet meer kan voldoen aan het wettelijk vereiste aantal pedagogisch medewerkers per kind/groep (het zgn. leidster-kind-ratio); en ii. de werkgever op bepaalde dagen te veel personeel overhoudt (met als gevolg leegloopkosten) en op andere dagen juist te weinig personeel kan inzetten.

4. Vaststelling ontslagvolgorde bij deeltijdontslag

Ook bij deeltijdontslag is het afspiegelingsbeginsel het uitgangspunt. Leidraad daarbij is de arbeidsomvang en bijvoorbeeld niet het werkrooster of de locatie waar wordt gewerkt. De vaststelling van de ontslagvolgorde vindt plaats binnen de bedrijfsvestiging (let wel: in de kinderopvang zullen vaak meerdere of alle opvanglocaties onder één bedrijfsvestiging vallen). De werknemers met lagere afspiegelingsrechten moeten meer arbeidsuren verliezen dan de werknemers met de hoge afspiegelingsrechten. Er is dus geen sprake van het zogenoemde kaasschaaf-principe (bijvoorbeeld: bij krimp van 1 fte met deeltijdontslag op 5 werknemers (5 fte), levert dus niet elke werknemer 0,2 fte in).

UWV beschrijft in Notitie kinderopvang zes stappen voor de werkgever:

- 1) Afspiegelingsoverzicht: maak een afspiegelingsoverzicht conform het 'gewone' afspiegelingsbeginsel.
- 2) Rangordelijst: maak vervolgens een zogenaamde rangordelijst. In deze rangordelijst staan alle werknemers gerangschikt op basis van hun afspiegelingsrechten: de werknemer met de hoogste afspiegelingsrechten bovenaan en de werknemer met de laagste onderaan. De ontslagvolgorde wordt allereerst vastgesteld door telkens een nieuwe afspiegelingsberekening te maken bij krimp van steeds één extra medewerker en eindigt als het totaal aantal medewerkers in de categorie uitwisselbare functies is bereikt. De volgorde is dan van de medewerker met de laagste naar die met de hoogste afspiegelingsrechten. Als de hele berekening voltooid is, dient de lijst 'omgekeerd' te worden, zodat de medewerker met de hoogste afspiegelingsrechten bovenaan staat. Bijvoorbeeld, in het geval van 5 werknemers in een categorie uitwisselbare functies wordt 5 keer een afspiegelingsberekening gemaakt, steeds voor een extra werknemer, zie onderstaand voorbeeld:

¹ Mevrouw mr. C.S.M. Allegra is advocaat bij Benvalor Advocaten & Belastingadviseurs te Utrecht.

Krimp	15-24 jr.	25-34 jr.	35-44 jr.	45-54 jr.	55+	Voor te dragen werknemers
	A (2013)*	B (2009) C (2011)	D (2012)	E (2004)		
1 wn	1/5 (0,2)	2/5 (0,4)	1/5 (0,2)	1/5 (0,2)		C
2 wns	2/5 (0,4)	4/5 (0,8)	2/5 (0,4)	2/5 (0,4)		A (+C)
3 wns	3/5 (0,6)	6/5 (1,2)	3/5 (0,6)	3/5 (0,6)		D (+C,A)
4 wns	4/5 (0,8)	8/5 (1,6)	4/5 (0,8)	4/5 (0,8)		E (+C,A,D)
5 wns	5/5 (1)	10/5 (2)	5/5 (1)	5/5 (1)		B(+C,A,D,E)

De rangordelijst ziet er in dit geval (van hoogste naar laagste afspiegelingsrechten) er als volgt uit: B, E, D, A, C. De Notitie kinderopvang bevat tevens een voorbeeld van een rangordelijst.

- 3) Inventarisatie diensten: inventariseer vervolgens de beschikbare, te verdelen diensten.
- 4) (Her)verdeling diensten: verdeel deze diensten over de medewerkers waarbij de medewerker met de hoogste afspiegelingsrechten als eerste aan de beurt is (in die zin dat deze medewerker een aanbod dient te krijgen dat in elk geval qua uren zo dicht mogelijk aanligt tegen de omvang van zijn huidige dienstverband) en de medewerker met de laagste afspiegelingsrechten als laatste.
- 5) Aanbod: de herverdeelde diensten worden aan de werknemers aangeboden. Zij kunnen dit accepteren of (gedeeltelijk) weigeren. Voor de werknemers die het aanbod (gedeeltelijk) weigeren, volgt een tweede ronde. De in de eerste ronde geweigerde uren worden in een denkbeeldige pot gestopt en herverdeeld onder de werknemers die in de eerste ronde (gedeeltelijk) geweigerd hebben, rekening houdend met hun afspiegelingsrechten. De werkgever doet hen dit tweede en tevens laatste aanbod. Een werkgever kan niet verplicht worden een derde bod te doen.
- 6) Premisse: Bij acceptatie van het aanbod, zegt de werkgever in de ontslaanvraag toe dat de werknemer aansluitend aan de rechtsgeldig beëindigde dienstbetrekking een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden voor het aantal uren van het aanbod. Indien een werknemer een tweede aanbod gedeeltelijk weigert, zegt de werkgever in de ontslaanvraag toe dat de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden voor het aantal geaccepteerde uren. Indien een werknemer een tweede aanbod geheel weigert, kan de werkgever deze medewerker voor volledig ontslag voordragen.

Met deze methode wordt optimaal rekening gehouden met het afspiegelingsbeginsel. Voor de werknemers kan het gevolg zijn dat zij op een andere locatie (wel binnen de bedrijfsvestiging) moeten gaan werken en wellicht ook volgens andere werktijden. Een werknemer werkzaam in de buitenschoolse opvang ('BSO') kan bijvoorbeeld de voor-

schoolse en/of tussenschoolse opvangdiensten kwijtraken en daar een naschoolse opvangdienst voor terugkrijgen (of andersom).

5. Tips & tricks inzake onvermijdelijkheid deeltijdontslag, vaststelling ontslagvolgorde en aanbiedingen

- Denk voorafgaand aan de ontslaanvraag goed na over de bedrijfsvestiging en de categorie uitwisselbare functies. Zo hoeft een pedagogisch medewerker BSO niet per definitie uitwisselbaar te zijn met een pedagogisch medewerker kinderdagverblijf. Het voorgaande geldt in zijn algemeenheid, maar in het bijzonder voor deeltijdontslag. De rangordelijst is heel bewerkelijk, zeker als de uitgangspunten van deze lijst gaande het proces wijzigen (meer of minder werknemers in de categorie per bedrijfsvesting).
- Ook handig om (vooraf) te weten, UWV heeft een tool voor de afspiegelingsberekening én rangordelijst, zie UWV-tool Berekening Afspiegeling, www.werk.nl/xpsimage/wdo211760 en voor de handleiding www.werk.nl/xpsimage/wdo211761.
- Denk voorafgaand aan de ontslaanvraag na of de werkgever het aanbod 1^e en 2^e ronde herverdeelde diensten vóór indiening ontslaanvraag afgerond wenst te hebben. De werkgever kan zowel het 1^e als 2^e aanbod van deze diensten gedurende de ontslagprocedure, dus na de ontslaanvraag, doen. Dit heeft als voordeel dat werknemers zich niet net voor indiening van de aanvraag nog ziek gaan melden. Nadeel kan zijn dat veel werknemers hun uren (gedeeltelijk) weigeren, waardoor er grote verschuivingen in de berekende ontslag urenverlies per medewerker/nieuwe werkroosters kunnen ontstaan.
- Beschrijf bij onvermijdelijkheid van het deeltijdontslag vanwege bedrijfseconomische redenen heel concreet de te vervallen contracturen door bijvoorbeeld daling van de kindbezetting in de ontslaanvraag. Leg een overzicht van de benodigde diensten per locatie over, waarbij rekening is gehouden met het wettelijk leidster-kindratio. Spiegel volgens het normale afspiegelingsbeginsel af en leg deze berekening over. Beschrijf hoeveel medewerkers voor volledig ontslag in aanmerking komen en waarom dit in de praktijk niet mogelijk is (bijvoorbeeld niet meer voldoen aan

* jaar van indiensttreding

leidster-kindratio). Leg bijvoorbeeld een werkrooster over met de gevolgen van de volledige afspiegeling (de ontstane gaten) en beschrijf dit ook in woorden.

- Maak de rangordelijst op binnen de categorie uitwisselbare functies en leg deze over.
- Leg een cijfermatig overzicht over van het urenverlies 'omgeslagen' per medewerker binnen de categorie uitwisselbare functies volgens de rangordelijst van hoogste naar laagste afspiegelingsrechten. Geef daarbij ook een beschrijving hoe de herverdeelde diensten zijn omgeslagen naar de betreffende werknemers, dus welke methode de werkgever heeft gehanteerd en laat deze beschrijving vergezeld gaan van enkele praktijkvoorbeelden. De 'omslag' en de toelichting hierop is de crux voor de ontslagvolgorde.
- Leg ook een nieuw werkrooster over met de herverdeelde diensten per locatie.
- Uiteindelijk (dit kan ook gedurende de ontslagaanvraag) dient de kinderopvangorganisatie een overzicht over te leggen van de medewerkers, op volgorde van de reeds vastgestelde rangorde, per medewerker uitgesplitst de (deels) geweigerde/geaccepteerde uren van het 1^e en eventueel 2^e aanbod. Tevens dienen de aangeboden uren van zowel het 1^e als 2^e aanbod te worden weergegeven als percentages van de huidige arbeidsovereenkomsten.
- Concludeer voor hoeveel werknemers er derhalve deeltijdontslag aangevraagd dient te worden. Op deze wijze is de benodigde omvang goed beargumenteerd.

6. Flexibele schil

Het voorgaande is al een hele kluit voor de werkgever maar er wacht hem vervolgens nog een pittig obstakel: de flexibele schil. Kinderopvangorganisaties willen graag hun flexibele schil (eventueel in afgeslankte vorm) behouden vanwege de aard van de dienstverlening, ook nadat zij (gedeeltelijk) afscheid hebben genomen van vaste medewerkers. Dit staat haaks op het uitgangspunt dat aan vaste medewerkers een grotere rechtsbescherming toekomt dan aan flexibele medewerkers. Deze wens vloeit voort uit de onmogelijkheid om afwezige vaste medewerkers te laten vervangen door (andere) vaste medewerkers, met name bij de BSO. Op de piekdagen maandag, dinsdag en donderdag zijn dan doorgaans alle vaste medewerkers aan het werk en bij ziekte, vakantie of kortdurend verlof van een vaste medewerker kan deze niet vervangen worden door een andere vaste medewerker. Gelet op de wettelijke vereisten moet een minimum vereiste aantal medewerkers aanwezig zijn op een groep kinderen en vaak *moet* de vaste verhinderde medewerker dan ook vervangen worden. De flexibele schil wordt in dat geval ingezet.

UWV begrijpt het dilemma en heeft – in afstemming met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid – de volgende criteria vastgesteld voor behoud van de flexibele schil bij gelijktijdig (deeltijd) ontslag van vaste medewerkers:

1. De werkgever moet aannemelijk maken dat bij afwezigheid van vaste medewerkers op piekdagen de andere vaste medewerkers hun afwezige collega's niet kunnen vervangen omdat zij allemaal al werkzaam zijn op die dagen.
2. De werkgever moet aannemelijk maken dat bij afwezigheid van vaste medewerkers op niet-piekdagen (woensdag en vrijdag) er geen andere mogelijkheden zijn om de afwezigheid op te vangen. Van de werkgever wordt dan ook verlangd dat hij de organisatie en/of het werkproces anders organiseert, bijvoorbeeld door flexibilisering van werktijden, bijvoorbeeld door introductie van een jaarurenmodel waarin werknemers meer uren werken tijdens vakantieperioden en zij dit compenseren tijdens de schoolweken. Kortom, 'interne flex gaat voor op externe flex'.
3. De werkgever moet aannemelijk maken dat bij afwezigheid van vaste medewerkers op niet-piekdagen aan de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen een aanbod is gedaan, dat zij hebben geweigerd, om bij hem werkzaam te blijven, hetzij volgens een aangepast arbeidspatroon als onder 2. beschreven of, als dit niet mogelijk is, voor het verrichten van resterende onverwachte vervangwerkzaamheden (oproepwerk). Dit laatste geldt ook als de werkgever hiervoor al oproepkrachten in dienst heeft. Deze oproepkrachten dienen dus te wijken voor de vaste medewerkers waar geen/minder werk voor is.

Deze stap is bewerkelijk, maar niet ondoenlijk.

7. Tips & tricks inzake de flexibele schil

- Geef aan – voor zover juist en praktisch mogelijk – dat werkgever de contracten niet zal voortzetten van werknemers met een binnen 26 weken aflopend contract voor bepaalde tijd. Voor deze tijdelijke medewerkers behoeft in principe geen deeltijdontslag te worden aangevraagd, indien de werkgever het voorgaande schriftelijk aan UWV bevestigt.
- Ga na – op basis van historische (verzuim)gegevens (waaronder het gemiddelde jaarlijkse ziektepercentage, de benodigde totale vakantie-uren op jaarbasis, gerealiseerde invaluren) – wat het volume is van de verwachte uren die door de oproepkrachten moeten worden ingevuld, bijvoorbeeld voor het aankomende jaar. Beschrijf en/of leg over de historische (verzuim)gegevens.
- Ga na hoe het aantal te handhaven oproepkrachten zich verhoudt tot het aantal in te vullen uren. Bezie of het – los van het jaarurenmodel – mogelijk is dat (een deel van) de vaste medewerkers op permanente basis flexibel ingezet kunnen worden. Deze vaste, maar flexibele medewerkers hebben dan een contract voor een bepaald aantal uren per week, maar werken op verschillende locaties (naargelang waar nodig is). Deze interne flexibele invalpool wordt – bij afwezigheid van de vaste medewerkers – dan eerst ingezet. Ook op deze wijze kan (deels) tegemoetgekomen worden aan het principe

'interne flex gaat voor externe flex'. Pas als na inzet van deze medewerkers nog steeds extra vervanging nodig is, worden de oproepkrachten opgeroepen. Doe tevens een concreet (schriftelijk) aanbod aan de vaste medewerkers om – op basis van hun afspiegelingsrechten – de op te vangen uren in te vullen (voor de interne flexpool of oproepwerkzaamheden) en geef hun reactie op het aanbod weer. Kopieën van de concrete aanbiedingen dienen overgelegd te worden. Construeer dat de medewerkers van de interne flexibele invalpool niet ook (deels) oproepkracht zijn. Dit ter voorkoming van kwalificatie van dezelfde categorie uitwisselbare functies in de toekomst.

- Indien als gevolg van het bovenstaande in combinatie met de toekomstige omvang van de kinderopvangorganisatie (reductie veelal door daling kindbezetting) de externe flexibele schil (oproepkrachten) te ruim wordt, overweeg dan het volgende: een verklaring aan UWV dat bepaalde-tijd-contracten voor oproepkrachten niet worden verlengd en neem afscheid van oproepkrachten voor onbepaalde tijd, eventueel door een ontslagvergunningaanvraag bij het UWV in dezelfde procedure.
- Wijs UWV tevens op het belang van de kinderopvangorganisatie om de externe flexibele schil ook weer niet te krap te laten zijn: oproepkrachten zijn niet altijd beschikbaar (veelal werken ze voor meerdere kinderopvangorganisaties), het aantal gelijktijdige ziekmeldingen kan schrikbarend hoog zijn en bij een te krappe schil kunnen de oproepkrachten bij frequente inschakeling wellicht aanspraak maken op een arbeidsovereenkomst met een bepaalde omvang. Ook valt vooraf nu eenmaal niet te voorspellen hoeveel vaste medewerkers zwanger worden, langdurig ziek etc.
- Door bij de vervangwerkzaamheden allereerst een beroep te doen op de vaste andere medewerkers, vervolgens op de medewerkers van de interne flexibele schil (invalpool en/of jaarurenmodel), daarna op de vaste medewerkers die het aanbod van oproepwerk hebben geaccepteerd en dan pas de oproepkrachten, wordt de systematiek van 'interne flex voor externe' helemaal gevolgd.

8. Algemene handvatten

Nog een paar algemene adviezen:

- Schat samen met de cliënt vooraf in of (de omvang van het) deeltijdontslag in de gegeven situatie ook de kostenbesparing zal opleveren, die – gelet op de bewerkelijkheid van deeltijdontslag en de daarmee gepaarde kosten hiervan – cliënt beoogd heeft.
- Na indiening van de ontslagaanvra(a)g(en) is het mogelijk met de UWV-behandelaar(s) om de tafel te gaan zitten. UWV beschouwt dergelijke zaken ook als bewerkelijk en kan zo snel helderheid geven over de vraag welke gegevens en onderbouwing nog nodig zijn.

9. WWZ en de bijzondere regels voor de kinderopvang

Het Ontslagbesluit, de Beleidsregels en dus ook de Notitie kinderopvang zullen in verband met de WWZ per 1 juli 2015 vervallen. Artikel 4 (deeltijdontslag) en de toelichting daarop van de onlangs gepubliceerde Ontslagregeling² lijken in lijn met hoofdstuk 21 van de Beleidsregels. De Ontslagregeling verwijst niet expliciet naar de Notitie kinderopvang, maar dat doen de Beleidsregels nu ook niet. Uit mondelinge informatie die mijn collega op 24 maart 2015 en ikzelf op 11 mei 2015 van het UWV verkreeg, blijkt dat het beleid inhoudelijk ongewijzigd gecontinueerd zal worden. Wat met de WWZ per 1 juli 2015 uiteraard wel wijzigt, is dat de ontslagroute afhankelijk zal zijn van de ontslaggrond. Maar omdat deeltijdontslag in de kinderopvang in de regel bedrijfseconomisch gerelateerd is, zal UWV meestal de beoordelingsinstantie blijven. Interessant is natuurlijk hoe de rechter bijvoorbeeld bij een hoger beroep met deze (bewerkelijke) materie omgaat. Immers, de rechter dient dezelfde regels als UWV te volgen. De bepaling over de wederindiensttrekingsvoorwaarde, dient mijns inziens (gelijk aan artikel 19 Ontslagregeling voor het reguliere afspiegelingsbeginsel) zo te worden toegepast dat een nieuwe vacature allereerst aangeboden moet worden aan degene die als laatste voor ontslag in aanmerking kwam conform de rangordelijst. Maar – anders dan artikel 19 Ontslagregeling – tenzij dit in alle redelijkheid niet van de werkgever is te vergen. Bijvoorbeeld omdat de urenomvang van de nieuwe baan veel groter is dan het urenverlies van de betreffende medewerker en deze uren ook in alle redelijkheid niet over meerdere medewerkers verdeeld kunnen worden. Dan biedt de werkgever de baan aan de daaropvolgende in de rangordelijst aan etc.

² Stcrt. 2015, 12685, met name p. 2 jo 12.