
Juridisch up to Date

2019-0035 - Juridisch up to Date 2019-05 d.d. 15-03-2019

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

De beoordeling van de uitwisselbare functie

Inleiding

In Nederland hebben ondernemers grote vrijheid bij het inrichten van hun onderneming. Gaat het echter slecht met de onderneming en zijn zij genoodzaakt afscheid te nemen van werknemers, dan geldt voor het bepalen van de ontslagvolgorde het afspiegelingsbeginsel. In een groep van *'uitwisselbare functies'*, per leeftijdsgroep, komt de werknemer met het kortste dienstverband als eerst voor ontslag in aanmerking. In de praktijk stuit deze methode op kritiek. Het afspiegelingsbeginsel kan immers met zich brengen dat goede werknemers plaats moeten maken terwijl minder goed presterende werknemers blijven zitten.

De *'stoelendansmethode'* kan in dit geval soelaas bieden. Bij de stoelendansmethode komt een functie in zijn geheel te vervallen waardoor alle betrokken werknemers boventallig worden. De werkgever stelt deze werknemers vervolgens in de gelegenheid om te solliciteren op (meestal een kleiner aantal) nieuw creëerde functieplaatsen. De werkgever kan op deze wijze toch selecteren op kwaliteit.

In de praktijk is het van groot belang dat de werkgever kan aantonen dat het gaat om een nieuwe functie, die essentieel verschilt van de oude functie. Met andere woorden: de functies mogen niet onderling *'uitwisselbaar'* zijn. In de praktijk zorgt dit begrip meer dan eens voor discussie.

De praktijk

Zo speelde de discussie over de uitwisselbaarheid ook kortgeleden bij de reorganisatie bij KLM. Binnen KLM zijn 135 werknemers werkzaam in de functie van Teamleider Airside Operations ("TAO"). KLM heeft op enig moment besloten de organisatie te reorganiseren met als doel deze oude functie te laten vervallen en een nieuwe functie te introduceren, getiteld Shiftleader. Aan de TAO's is meegedeeld dat deze nieuwe functie niet uitwisselbaar is met hun oude functie.

In dit kort geding hebben vier TAO's primair gevorderd KLM te bevelen de TAO's te werk te stellen in de functie van Shiftleader en subsidiair KLM te bevelen de sollicitatieprocedure voor de nieuwe functie van Shiftleader op te schorten totdat een uitspraak in een bodemprocedure is gedaan over de uitwisselbaarheid van de functies TAO en Shiftleader.

De kantonrechter heeft de vordering tot plaatsing als Shiftleader niet toewijsbaar geacht. Tegen dit vonnis komen de TAO's in hoger beroep. Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt KLM om de werknemers toe te laten tot het werk in de functie van Shiftleader. Het hof overweegt daartoe onder meer dat de nieuwe functie van Shiftleader moet worden beschouwd als een uitwisselbare functie ten opzichte van de voormalige functie van de TAO's. KLM is het hiermee oneens en stelt cassatieberoep in. In haar cassatieberoep stelt KLM, kort gezegd, de vraag aan de orde op welke wijze moet worden beoordeeld of sprake is van uitwisselbare functies.

Oordeel Hoge Raad

Het hof heeft geoordeeld dat de nieuwe functie van Shiftleader moet worden beschouwd als uitwisselbare functie ten opzichte van de voormalige functie TAO omdat:

- bij de beoordeling van de uitwisselbaarheid van beide functies alle omstandigheden van het geval van belang zijn;
- de beloning voor beide functies in dezelfde schaal valt;
- beide functies vaste functies betreffen;
- de kennis- en ervaringseisen in hoge mate vergelijkbaar zijn;
- de vereiste competenties voor beide functies grotendeels overeenkomen;
- een groot aantal medewerkers vanuit de functie TAO geplaatst zijn in de functie van Shiftleader (77 van de 135); kennelijk waren zij, op basis van de kwaliteitsbeoordeling, wel in staat vanuit de oude functie direct door te stromen in de functie van Shiftleader;
- niet aan de TAO's kan worden tegengeworpen dat zij onvoldoende kennis hebben om direct te kunnen voldoen aan de nieuwe functievereisten, nu niet gesteld of aannemelijk is geworden dat slechts de geselecteerde TAO die tot de functie van Shiftleader zijn toegelaten die ervaring al wel hadden. Van KLM mag bovendien worden verwacht dat zij enige tijd inruimt voor gewenning.

Volgens KLM had het hof slechts mogen kijken naar de benodigde competenties van de verschillende functies en niet

naar alle omstandigheden van het geval. KLM stelt dat dit niet de bedoeling is van artikel 13 Ontslagregeling. In dit artikel zou namelijk sprake zijn van een limitatieve opsomming van omstandigheden.

De Hoge Raad oordeelt als volgt.¹ In artikel 13 Ontslagregeling wordt bepaald dat een functie uitwisselbaar is met een andere functie, indien:

- a. de functies vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties, en de tijdelijke of structurele aard van de functie; en
- b. het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn.

De Hoge Raad leidt uit de tekst van het artikel af dat bij de beoordeling of sprake is van een uitwisselbare functie slechts deze twee gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen. Artikel 13 Ontslagregeling geeft met andere woorden dus inderdaad een limitatieve opsomming van de in acht te nemen gezichtspunten.

Bij de beoordeling of bepaalde functies uitwisselbaar zijn vindt volgens de Hoge Raad een objectieve, niet aan een individuele werknemer gekoppelde, vergelijking plaats van de functies. Het gaat er dus niet om de vraag hoe een individuele werknemer zijn functie in de praktijk uitoefent of om de vraag of een werknemer zowel de ene functie als de andere kan vervullen.

Dat de functie centraal wordt gesteld, en niet de betrokken werknemers, brengt niet met zich dat de functie-inhoud en de daarvoor vereiste kennis en vaardigheden uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van de functiebeschrijving, al is dit volgens de Hoge Raad wel een belangrijke bron van informatie. Naast de functieomschrijving kunnen ook overige omstandigheden van belang zijn die op de gezichtspunten van artikel 13 Ontslagregeling een licht kunnen werpen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de vraag wat een bepaalde functie in de praktijk in het algemeen feitelijk behelst en over de vraag onder welke algemene omstandigheden de functie uitgeoefend dient te worden. Bij de beoordeling of functies uitwisselbaar zijn gaat het er immers om dat de vergelijking wordt gemaakt op basis van de werkelijke inhoud van de functies en niet om een vergelijking van de functies zoals deze op papier wordt gepresenteerd.

Toegespitst op KLM

Het hof is van oordeel dat niet is gebleken dat de geselecteerde groep TAO's wat betreft kennis, vaardigheden en competenties niet representatief was voor de totale groep medewerkers in de functie van TAO. Niet kan worden gezegd dat deze geselecteerde groep in het verleden meer ervaring heeft opgedaan in dezelfde of in een andere functie. Volgens de Hoge Raad mocht het hof dit punt meewegen bij de beantwoording van de vraag of de voormalige functie van TAO wat betreft de daarvoor vereiste kennis, vaardigheden en competenties objectief bezien vergelijkbaar was met de nieuw gecreëerde functie van Shiftleader.

Het hof had daarnaast geoordeeld dat het nieuwe vereiste van inzetbaarheid op verschillende afdelingen geen doorslaggevend verschil opleverde tussen de beide functies, nu een medewerker die beschikt over de voor de functie van TAO vereiste kennis en ervaring, na een korte gewenningsperiode aan dat vereiste kon voldoen. Ook deze beoordeling blijft volgens de Hoge Raad binnen de lijnen van artikel 13 Ontslagregeling.

De Hoge Raad oordeelt dat de verplichting van KLM tot tewerkstelling komt te vervallen, maar slechts voor zover komt vast te staan dat de TAO's op grond van het afspiegelingsbeginsel niet in aanmerking komen voor de functie van Shiftleader. De Hoge Raad doet de zaak zelf af.

Gevolgen uitwisselbaarheid

Deze uitspraak laat opnieuw zien dat een reorganisatie niet eenvoudig is. Als een oude functie wordt opgeheven en een nieuwe wordt gecreëerd (door toepassing van de stoelendans), moet het verschil tussen de functies heel duidelijk zijn. De door de werkgever te nemen vervolgstappen hangen daar immers nauw mee samen.

Functies zijn niet uitwisselbaar

Als de functie die de werkgever laat vervallen niet uitwisselbaar is met de nieuwe functie, heeft dat tot gevolg dat werknemers die werkzaam zijn in de oude functie boventallig worden. Daarbij dient de opmerking te worden geplaatst dat de werkgever een herplaatsingsplicht heeft². De boventallige werknemers zullen door de werkgever in de gelegenheid moeten worden gesteld om te solliciteren op passende functies die beschikbaar zijn. De vraag of een functie passend is wordt beoordeeld aan de hand van de kwaliteiten van de individuele werknemer. Anders dan bij uitwisselbaarheid, waar het zoals we net hebben gezien gaat het om een objectieve vergelijking van functies, die los staat van de wijze waarop een individuele werknemer deze vervult, gaat het bij de vraag of een functie passend is juist wél om de individuele kwaliteiten van een werknemer.

Daarnaast moet worden gekeken naar de functies waarvoor de werknemer binnen redelijke termijn met behulp van scholing geschikt 'gemaakt' kan worden. Ook op dit punt wijkt de beoordeling van een passende functie af van de beoordeling van een uitwisselbare functie.

Functies zijn uitwisselbaar

Komt vast te staan dat de oude en de nieuwe functie uitwisselbaar zijn, dan heeft dit tot gevolg dat de werknemers uit de oude functie in aanmerking komen voor de nieuwe functie. Als er minder nieuwe functies beschikbaar zijn dan oude functies, zal een deel van de werknemers boventallig zijn. Wie voor de nieuwe functie in aanmerking komt, wordt vastgesteld door middel van de methode van de omgekeerde afspiegeling.

Deze methode houdt in dat, net als op grond van het afspiegelingsbeginsel, aan de hand van hetzelfde principe wordt bepaald welke werknemers voor de nieuwe functie in aanmerking komen. De werknemer die op basis van het afspiegelingsbeginsel het laatste voor ontslag in aanmerking komt (de werknemer die per leeftijdscategorie het langste dienstverband heeft), komt als eerste voor de nieuwe functie in aanmerking. Deze werknemer wordt automatisch geplaatst, er hoeft geen sollicitatie plaats te vinden.

Noten :
1. Hoge Raad 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229.
2. Artikel 7:669 lid 1 BW.

Auteur(s): Mr. Suzanne Hogendoorn, Houthoff, Amsterdam

© Euroforum Uitgeverij BV NL
