

Stoelendans aan boord van de KLM

mr. Mirjam de Blécourt*

1. Inleiding

Veel bedrijven willen hun organisatie efficiënter inrichten om zo hun bedrijfsvoering doelmatiger te laten verlopen. Dat gaat in de meeste gevallen gepaard met het ontslag van werknemers. Voor bedrijven is het bovendien belangrijk om de concurrentie voor te blijven. In de praktijk blijkt dat bij werkgevers de behoefte aan een ‘high performance culture’ bestaat. De stoelendansmethode kan daaraan invulling geven.¹ Het is een door werkgevers veelgebruikte manier van reorganiseren om na een reorganisatie de ‘best (wo)man on the job’ te behouden. De stoelendansmethode lijkt na de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) (nog) belangrijker geworden, omdat ontslag wegens disfunctioneren onder de Wwz een ‘vrijwel onmogelijk te nemen horde blijkt te zijn’.² Bij de stoelendansmethode richt een werkgever (een deel) van zijn organisatie op een andere, efficiëntere wijze in. Hij laat vanwege bedrijfseconomische omstandigheden bestaande functies vervallen en creëert (minder) nieuwe functies. De werknemers die de vervallen functies bekleden, solliciteren op de nieuwe functies, waarbij de werkgever de meest geschikte werknemers mag benoemen. In deze bijdrage zal worden bekeken hoe de stoelendansmethode vóór de Wwz kon worden toegepast en zal de stand van zaken na invoering van de Wwz worden gezien. Daarbij zal een kort inzicht in de geschiedenis niet achterwege blijven. De begrippen ‘uitwisselbare functies’ en ‘(omgekeerde-)afspiegelingsbeginsel’ komen uitgebreid aan de orde. Ook de relevante jurisprudentie wordt behandeld. Tevens zal een stroomschema worden gepresenteerd aan de hand waarvan inzichtelijk wordt gemaakt hoe er onder de Wwz op basis van de stoelendansmethode kan worden gereorganiseerd.

* Mirjam de Blécourt is partner bij Baker McKenzie.

1. De stoelendansmethode wordt in de literatuur en rechtspraak ook wel aangeduid als ‘de methode De Blécourt’. Zie over de stoelendansmethode ook: R. Hampsink, ‘Selectie op basis van kwaliteit’, *TRA* 2012/55, M.E. Lips en A. Meuleveld, ‘Stoelendansen in het land van bollebozen’, *ArbeidsRecht* 2011/22, M.A. de Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink, ‘Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid’, in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014 en T.M.J. Wegener-Belifante en J.P.H. Zwemmer, ‘Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit: de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2016/22.
2. VAAN – VVA Evaluatieonderzoek 6 juli 2016, p. 117.

2. Uitwisselbaarheid onder de Wwz

In de parlementaire geschiedenis van de Wwz geeft de wetgever aan dat met de inhoudelijke ontslaggronden uit artikel 7:669 BW en de daarop gebaseerde lagere regelgeving geen wijziging is beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.³ Dat geldt ook voor de ontslaggrond bedrijfseconomische redenen en het afspiegelingsbeginsel.⁴ Met de invoering van de Wwz is het voorgaande in artikel 13 Ontslagregeling verankerd. Een toets ten aanzien van tijdelijke of structurele aard van de functie is toegevoegd. In de jurisprudentie vóór de Wwz werd aangenomen dat het moest gaan om *onderling* uitwisselbare functies.⁵ Het aspect van wederzijdsheid is daarentegen niet verankerd in wet- of regelgeving. De vraag is of dat aspect is komen te vervallen.⁶

2.1 Uitwisselbaarheid-Ontslagregeling

Op grond van artikel 13 Ontslagregeling is een functie uitwisselbaar met een andere functie als de functies: a. vergelijkbaar zijn voor zover het betreft (1) de inhoud van de functie, (2) de voor de functie vereiste kennis, (3) vaardigheden en competenties, (4) de tijdelijke of structurele aard van de functie; en b. gelijkwaardig zijn ten aanzien van (5) het niveau van de functie en (6) de bij de functie behorende beloning. Deze factoren moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld om vast te stellen of functies onderling uitwisselbaar zijn. Rechtsbank Amsterdam bepaalde voor invoering van de Wwz dat dit betekende dat de werknemers over en weer elkaars functie volledig moeten kunnen overnemen.⁷ In de Toelichting van artikel 13 Ontslagregeling wordt nader gepreciseerd dat het gaat om uitwisselbaarheid van *functies*. Dat betekent dat naar objectieve criteria moet worden gekeken en niet naar subjectieve criteria.

3. *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 98-101. Zie hiervoor ook: G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaers, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: BJu 2015, p. 457 en p. 465.
4. Met uitzondering van de introductie van de 10% regel en de cao-ontslagcommissie. *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 43-44 en p. 46-48. Zie hiervoor ook G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaers, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: BJu 2015, p. 559-451 en p. 626-628.
5. Ktr. Apeldoorn 11 november 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9137, *Prg.* 1995, 4283.
6. De reden zou kunnen zijn dat de toets of werknemers over en weer elkaars functie kunnen doen, geen objectieve toets is en daarmee niet thuishoort bij de toets voor uitwisselbaarheid van functies. Ik kom daar bij de jurisprudentie behandeling in deze bijdrage op terug.
7. Rb. Amsterdam 26 juli 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AG2593, *JAR* 2000/189.

Het feit dat een werknemer de achtergrond heeft om een bepaalde functie te doen, maakt zijn functie niet uitwisselbaar met een andere functie. Dat was onder het Ontslagbesluit niet anders. Ook onder het Ontslagbesluit diende de achtergrond van een werknemer niet meegenomen te worden in de toets over uitwisselbaarheid.⁸ In de toelichting op de Ontslagregeling wordt een aantal van bovengenoemde termen nader uitgewerkt en worden voorbeelden gegeven waarbij geen sprake is van uitwisselbaarheid. Een voorbeeld betreft de softwareontwerper binnen de IT-branche. Hoewel functies binnen de IT-branche dezelfde benaming kunnen hebben, kan het zijn dat de functie-inhoud door andersoortig specialisme van softwareapplicaties niet vergelijkbaar is (1). Een verschillende salarisschaal bij dezelfde functie hoeft niet te betekenen dat de functies niet uitwisselbaar zijn indien enkel sprake is van een andere indeling door verschil in anciënniteit. Het enkele feit dat er een andere arbeidsomvang is of andere werktijden zijn, is op zichzelf niet voldoende om te bepalen dat de functies niet uitwisselbaar zijn. De taken verbonden aan de functie zijn in beginsel doorslaggevend (1). Eveneens worden voorbeelden genoemd van functies die tijdelijk worden bekleed, maar waarbij beoogd wordt een management-functie te gaan bekleden (4). Gelet op de context is de functie dan niet vergelijkbaar met de functie van de andere werknemers. De functie vereist dan immers andere kennis en vaardigheden en er is een verschil in functie-inhoud. De functies secretaresse en directie-secretaresse zijn veelal niet uitwisselbaar. De laatste functie is immers van een hoger niveau, waardoor de functie niet gelijkwaardig is (5). Een verschil in salaris duidt al snel op verschil in functieniveau, waardoor de functies niet gelijkwaardig zijn (5). Het gaat daarbij om de salarisschaal waarin de functie is ingedeeld en niet om het salaris dat de werknemer ontvangt (bijvoorbeeld omdat hij goed heeft onderhandeld).⁹

2.2 Ontslagvolgorde-Uitvoeringsregels

Volgens de Uitvoeringsregels moet de werkgever aangeven wat naar zijn inzicht de categorieën uitwisselbare functies zijn waarover de selectie van voor ontslag voor te dragen werknemers dient te worden toegepast. Ter onderbouwing dient de werkgever een overzicht te verstrekken van zijn functiegebouw of functiestructuur. De functiebeschrijving is het uitgangspunt voor het vaststellen van de functie-inhoud.¹⁰ De functiebeschrijving dient bij algemeen beschreven functies aangevuld te worden met aandachtsgebieden. Bij functiereeksen dient de functiebeschrijving aangevuld te worden met nadere

8. Dit overigens in tegenstelling tot het begrip passende functie, waar het juist gaat om een subjectieve toets: wat zijn de mogelijkheden van die bepaalde werknemer.
9. Ten aanzien van het al dan niet tijdelijke karakter van een functie wordt in de toelichting uitgelegd dat functies met een tijdelijk karakter buiten beschouwing moeten worden gelaten. Onder kortdurend wordt verstaan korter dan 26 weken (4). Wel moet worden nagegaan of door een andere inrichting van de werkzaamheden incidentele werkzaamheden kunnen worden veranderd in structurele werkzaamheden.
10. Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, versie juli 2016, p. 56.

functie-eisen. Indien er binnen de onderneming functiebeschrijvingen aanwezig zijn, dient de werkgever deze aan het UWV te verstrekken. Indien er geen functiebeschrijving bestaat, is de feitelijke situatie het uitgangspunt. Hetzelfde geldt als de functiebeschrijving *sterk* afwijkt van de feitelijke situatie.

3. Stoelendansmethode beschreven in toelichting op de Ontslagregeling

In de toelichting op de Ontslagregeling wordt de stoelendansmethode beschreven, waarbij het afspiegelingsbeginsel als volgt een rol krijgt:

‘Een werkgever kan aangeven dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel zijns inziens niet aan de orde is omdat de functie geheel is vervallen dan wel komt te vervallen. In deze situatie kan het voorkomen dat binnen de onderneming een nieuwe functie is of wordt gecreëerd die duidelijke overeenkomsten vertoont met de (te) vervallen functie. Als deze nieuwe functie als uitwisselbaar moet worden beschouwd met de (te) vervallen functie, te beoordelen aan de hand van de hiervoor genoemde factoren voor uitwisselbaarheid, is er geen sprake van het verval van een arbeidsplaats.’¹¹

Het voorgaande betekent dat indien oude te vervallen en nieuw gecreëerde functies uitwisselbaar zijn, het afspiegelingsbeginsel toegepast dient te worden. Als er minder nieuwe functies worden gecreëerd dan dat er functies komen te vervallen en de functies zijn uitwisselbaar, dienen de werknemers op basis van het afspiegelingsbeginsel in aanmerking te komen voor ontslag. De overige werknemers dienen dan automatisch geplaatst te worden in de nieuwe functie. Veelal wordt hier in de literatuur en jurisprudentie de term geplaatst gebruikt. Dat is verwarrend, omdat de term plaatsing kan duiden op het feit dat er eerst sprake is geweest van een sollicitatieprocedure waarbij geschiktheid voor de functie is getoetst, hetgeen bij het afspiegelingsbeginsel niet aan de orde is.

3.1 Omgekeerde-afspiegelingsbeginsel nieuwe term onder Wwz

Als de oude en nieuwe functies onder de stoelendansmethode niet uitwisselbaar zijn, kom je toe aan de vraag of er sprake is van een passende functie. Indien er sprake is van een passende functie mocht de werkgever voor de Wwz de meest geschikte werknemer kiezen om de nieuwe functie te gaan bekleden. Onder de Wwz wordt voor het eerst de term omgekeerde afspiegeling geïntroduceerd en wel in relatie tot een passende functie.

11. Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, versie juli 2016, p. 55.

3.1.1 *Passende functie en omgekeerde afspiegeling*

Er is een verschil tussen de begrippen uitwisselbare en passende functies. Bovendien is er een verschil in volgorde van toetsing. Om met dat laatste te beginnen. Bij een reorganisatie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden dient eerst te worden getoetst of er uitwisselbare functies zijn (ook in geval van nieuw gecreëerde functies), waarna het afspiegelingsbeginsel binnen die uitwisselbare functies dient te worden toegepast om te bepalen welke volgorde van ontslag moet worden toegepast. Pas als een werknemer na die toets en uit hoofde van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt, komt de toets van een passende functie aan de orde. Die toets komt ook aan de orde als er geen sprake is van uitwisselbare functies. Bij het begrip uitwisselbare functie gaat het om een objectieve toets, gerelateerd aan de functie. Deze toets heeft niets van doen met (de achtergrond van) de betreffende medewerker. Bij het begrip passende functie gaat het om een subjectieve toets. Er wordt getoetst aan de persoonlijke mogelijkheden van de werknemer en of de functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van een werknemer (*of waarvoor hij binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn*). Er dient bekeken te worden of de werknemer geschikt is voor de functie. Een werknemer die met ontslag wordt bedreigd heeft voorrang boven een externe kandidaat. Het is aan de werkgever om te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is om de passende functie te gaan verrichten. De werkgever dient zijn keuze uiteraard wel te (kunnen) verantwoorden (zie § 4.1 en 4.2).¹² In de Toelichting bij de Ontslagregeling komt aansluitend op vorenstaande in verband met de stoelendansmethode voor het eerst het omgekeerde-afspiegelingsbeginsel als volgt ter sprake:

‘Echter, in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functie wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare; zie artikel 13) 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.’¹³

Dit betekent een inperking van de stoelendansmethode. Als functies daadwerkelijk dusdanig veel van elkaar verschillen dat er geen sprake is van uitwisselbaarheid, maar er wel taken van de oude functie terugkomen in de nieuwe functie – moet in geval van geschiktheid – die werknemer in aanmerking voor de nieuwe functie komen, die volgens het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen. In die zin dat hij als eerste in de gelegenheid moet worden gesteld om de functie *te aanvaarden*. De werknemers die een functie bekleden die komt te vervallen en wiens functie deels

wordt voortgezet in de nieuwe functie moeten wel solliciteren en vervolgens bepaalt de werkgever wie van die sollicitanten geschikt is. Hij mag in dit geval niet de meest geschikte kandidaat kiezen en op de nieuwe functie plaatsen. De werkgever dient *eerst* de werknemers van wie taken in de nieuwe functie terugkomen – na sollicitatie en geschiktheitsbevinding – op basis van omgekeerde afspiegeling alsnog automatisch te plaatsen. Omdat er in dit geval wel een sollicitatie aan voorafgaat zou – naar mijn mening – ‘alsnog automatisch plaatsen’ de juiste terminologie zijn. Geschiktheid wordt niet gedefinieerd in de Ontslagregeling en wordt ook overigens niet nader toegelicht.¹⁴ Het ligt voor de hand dat de werkgever geschiktheid dient vast te stellen aan de hand van objectieve criteria (in de praktijk veelal aan de hand van een competentiematrix), na een uitgebreid assessment en sollicitatiegesprek. Uit de Toelichting bij artikel 9 Ontslagregeling blijkt dat de mogelijkheid van herplaatsing van een werknemer moet worden bekeken aan de hand van vacatures die er bij de werkgever zijn of binnen afzienbare tijd komen.¹⁵ Als de bedrijfsactiviteiten van een werkgever over meerdere vestigingen zijn verspreid of als de onderneming deel uitmaakt van een concern, dan moeten die eveneens in de zoektocht betrokken worden. Dat kan zelfs betekenen dat buiten Nederland binnen het concern gezocht moet worden.¹⁶ In de UWV Uitvoeringsregels wordt als volgt een nadere toelichting gegeven op artikel 9:

‘Daarbij mag de werkgever op grond van de regeling in geval van een vacature of een bestaande arbeidsplaats de werknemer 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.’

Dit wordt vervolgens met een voorbeeld verduidelijkt. In het voorbeeld vervallen de 5 functies van projectleider, waarbij een deel van de werkzaamheden van deze functie in de nieuwe 3 functies van projectcoördinator wordt voortgezet (of terugkomen). De functie van projectleider en projectcoördinator zijn vanwege andere functie-eisen niet uitwisselbaar. 4 van de 5 projectleiders zijn geschikt. Daarnaast komen ook 3 van de 5 functies van technisch tekenaar te vervallen. 1 technisch tekenaar is geschikt. De vraag is of de werkgever ook in deze situ-

12. Zie de bijdrage van P. Kruit en J. Sap, ‘Herplaatsingsplicht in de praktijk’ elders in deze uitgave.

13. Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, versie juli 2016, p. 67.

14. Rb. Amsterdam 1 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654, JAR 2016/236.

15. Arbeidsplaatsen van uitzendkrachten, oproepkrachten of ingeleend personeel (met uitzondering van payroll-werknemers, voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard (ten hoogste 26 weken) worden verricht. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt binnen de redelijke termijn voor herplaatsing, komt die arbeidsplaats ook in aanmerking voor herplaatsing, tenzij het werkzaamheden van tijdelijke aard betreft.

16. Rb. Noord-Holland 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9361.

atie de meest geschikte kandidaten mag selecteren. De Uitvoeringsregels geven antwoord:

‘De werkgever mag in deze situatie niet selecteren wie het meest geschikt is maar moet de vacatures allereerst aanbieden aan de projectleiders. Omdat er meer geschikte projectleiders zijn dan arbeidsplaatsen, moet de werkgever de nieuwe functie aanbieden aan de drie projectleiders die op basis van het afspiegelingsbeginsel (berekend over de vier geschikte projectleiders) de hoogste afspiegelingsrechten hebben.’

3.2 Tussenconclusie

De stoelendansmethode wordt in de toelichting op de Ontslagregeling beschreven. Daarbij krijgt het afspiegelingsbeginsel eenzelfde plaats als vóór de Wwz. Er moet allereerst bekeken worden of de (te) vervallen oude functies uitwisselbaar zijn met de nieuw gecreëerde functies. Als dat het geval is, dienen de werknemers op basis van omgekeerde afspiegeling automatisch geplaatst te worden. Is dat niet het geval dan dient bekeken te worden of de nieuwe functies passend zijn. Als dat zo is dan mag de werkgever de meest geschikte werknemer plaatsen. Dat is alleen anders als in de nieuwe – niet uitwisselbare – functie een deel van de werkzaamheden van de (te) vervallen oude functie wordt voortgezet. In dat laatste geval dient de werkgever de geschiktheid van de werknemer te toetsen. Als er meerdere geschikte werknemers voor die passende functie zijn, van wie werkzaamheden terugkomen, dient de werkgever op basis van omgekeerde afspiegeling alsnog automatisch te plaatsen. Pas daarna mag hij andere geschikte werknemers plaatsen.

4. Jurisprudentie vóór de Wwz

In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV werd het begrip uitwisselbare functies beschreven. Het moet gaan om functies die vergelijkbaar zijn naar functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, vereiste competenties en gelijkwaardig zijn naar niveau en beloning. Al deze factoren moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld. In de praktijk hanteerde het UWV een zogenoemde overgangsfase voor functies die niet helemaal gelijkwaardig en vergelijkbaar waren, maar naar inhoud en benodigde kennis toch dicht genoeg bij elkaar lagen.¹⁷ Het ging in de praktijk om enkele weken tot enkele maanden. Naarmate de overdrachtsperiode langer was, was minder snel sprake van uitwisselbaarheid. In de regel werd een periode van drie maanden voor zaken die bij het UWV terecht kwamen gehanteerd. De gedachte was dat indien bepaalde taken in drie maanden niet konden worden bijgeschoold, de functies niet onderling uitwisselbaar waren. Van de regels van het

UWV ging reflexwerking uit. Kantonrechters hanteerden deze regels, zij het minder stringent.¹⁸

4.1 Jurisprudentie tot invoering Wwz-stoelendans

Uit de jurisprudentie blijkt dat maatstaf is of bepaalde functies onderling uitwisselbaar zijn en niet of de functies met elkaar te vergelijken zijn.¹⁹ Iemand moet geschikt zijn zonder te veel bijscholing. De werknemers moeten over en weer elkaars functie volledig kunnen overnemen (onderling uitwisselbaar).²⁰ Ook volgens de jurisprudentie gaat het in beginsel om objectieve gegevens om vast te stellen of functies onderling uitwisselbaar zijn. Het gaat om de overeengekomen functie-inhoud, de functiebeschrijving en de wijze waarop de functie moet worden uitgeoefend.²¹ Een functie met hetzelfde functieprofiel maar een lager salaris kan toch uitwisselbaar zijn.²² Kantonrechter Almelo vond een schaal verschil in salaris te weinig om aan te nemen dat sprake was van een niet uitwisselbare nieuwe functie.²³ In geval van toepassing van de stoelendansmethode dient de werkgever aannemelijk te maken dat de nieuwe functie in voldoende mate verschilt van de vervallen functie.²⁴ De nieuwe functie moest niet voorkomen in het functiehuis, de functiebeschrijving moest op belangrijke punten afwijken van bestaande functies. De functieschaal moest verschillen als er wel veel overeenkomsten waren. Daarbij was van belang dat de selectiemethodiek inclusief wegingsfactoren transparant,²⁵ vooraf duidelijk aan de werknemer en objectief is.²⁶ Ook de functiebeschrijving moest vooraf duidelijk zijn. Het helpt als de vakorganisatie(s) of ondernemingsraad erkennen dat er sprake is van nieuwe functies en de selectiemethode met (een van) hen is overeengekomen.²⁷ Als de nieuwe functie niet onderling uitwisselbaar is met de te vervallen functie dan heeft de werkgever in begin-

17. Het lijkt erop dat het hof hierbij aanhaakt in de KLM uitspraak. Zie § 4.4.5.

18. Ktr. Haarlem 22 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA0276, *RAR* 2013/116; zie voor een overzicht van jurisprudentie ook: T.M.J. Wegener-Belifante en J.P.H. Zwemmer, ‘Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit; de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2016/22.

19. Ktr. Apeldoorn 11 november 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9137, *PrG.* 1995/4283.

20. Rb. Amsterdam 26 juli 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AG2593, *JAR* 2000/189.

21. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2002.

22. Ktr. Enschede 17 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2410.

23. Ktr. Almelo 24 augustus 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BO0117, *JAR* 2010/235.

24. Centrale organisatie werk en inkomen 30 augustus 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB6508, *JAR* 2007/234. In de praktijk was sprake van een nieuwe functie als de nieuwe functie meer dan 50% verschilde van de oude functie.

25. Ktr. Tilburg 15 december 1998, ECLI:NL:KTGTIL:1998:AG2479, *JAR* 1999/23.

26. Rb. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373.

27. Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AM2973 en 9 december 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AN9783 en ECLI:NL:RBLEE:2003:AN9784 en Ktr. Den Haag 22 december 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AT0769, *JAR* 2005/55 en Ktr. Utrecht 4 december 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AO3203, *JAR* 2004/23. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting: M.A. de Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink, ‘Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid’, in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 191-197.

sel de vrijheid om voor een nieuwe functie de meest geschikte kandidaat te selecteren, maar de werkgever dient zijn besluit van meest geschikte kandidaat goed toe te lichten. Dat kan door middel van bijvoorbeeld functieneringsverslagen of een assessment.²⁸ Een assessment inclusief een sollicitatiegesprek van minimaal 45 minuten was in de praktijk in de regel afdoende.

Kantonrechter Leiden overwoog in een zaak waar de werkgever de stoelendansmethode gebruikte als volgt:

‘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 rechtpositie van de werknemer en ter voorkoming van willekeur en subjectiviteit. Deze wijze van organiseren brengt voorts grote onzekerheid met zich voor vrijwel alle werknemers in het betreffende bedrijfs onderdeel. 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 de facto, een werkelijke en faire kans krijgen zijn loopbaan in de nieuwe opzet voort te zetten.’²⁹

De plaatsingsprocedure moet op voldoende objectieve en zorgvuldige wijze zijn beslag krijgen, waarbij van de werknemer een proactieve houding mag worden verwacht.³⁰

4.2 Jurisprudentie uitwisselbaarheid na Wwz-stoelendans

Rechters lijken bij de beoordeling over uitwisselbaarheid van functies niet altijd op één lijn te zitten over het antwoord op de vraag of de functiebeschrijving of de feitelijke werkzaamheden doorslaggevend moeten zijn. Kantonrechter Zwolle overwoog in 2017 als volgt:

‘Vooropgesteld wordt dat voor de vraag welke functie werknemer thans heeft niet de naam van zijn functie, maar de feitelijke werkzaamheden doorslaggevend zijn.’³¹

Dit lijkt niet in lijn met de Uitvoeringsregels die bepalen dat de feitelijke werkzaamheden slechts doorslaggevend zijn als er geen functiebeschrijvingen zijn of als die sterk afwijken van de feitelijke situatie (zie § 2.2). Hof Den Bosch oordeelde wel in lijn hiermee in een zaak waarin een chef-kok meende dat zijn collega-chef-koks feitelijk als ‘gewone’ koks werkten, waardoor het afspiegelingsbeginsel onjuist was toegepast en hij ten onrechte was ontslagen. Het hof oordeelde in dit geval als volgt:

‘Bepalend voor de vraag wie werkzaam zijn in de categorie van uitwisselbare functies waartoe de functie van chef-kok behoort, is de aanstelling (en bijbe-

horende loonschaal) die medewerkers op grond van hun arbeidsovereenkomst hebben en de werkzaamheden die [de werkgever] op grond daarvan kan verlangen, niet de werkzaamheden die zij hen feitelijk laat uitvoeren.’³²

Ondanks dat de feitelijke werkzaamheden in dit geval lijken af te wijken van de functiebeschrijving, houdt het hof vast aan de arbeidsovereenkomst om te bepalen of afspiegelingsbeginsel juist is toegepast. Dat is in overeenstemming met de Ontslagregeling, nu er geen sprake is van een sterke afwijking van de feitelijke werkzaamheden ten opzichte van de arbeidsovereenkomst (zie § 2.2). Kantonrechter Utrecht nam de functiebeschrijvingen als uitgangspunt en hoewel hij constateerde dat die goeddeels overeenkwamen toetste hij vervolgens aan de feitelijke situatie.³³ In de praktijk komt het veelvuldig voor dat werkgevers geen gedegen functiebeschrijvingen voorhanden hebben waardoor het vaststellen van al dan niet-uitwisselbaarheid lastig wordt. Zorginstelling Careyn vond daar een praktische oplossing voor. De zorginstelling liet de werknemers zelf hun feitelijke werkzaamheden beschrijven, waarbij Careyn aangaf dat de exercitie bedoeld was om in een plaatsingsprocedure met de juiste functies te kunnen matchen en spiegelen. Careyn maakte op basis van de door de werknemers aangeleverde feitelijke werkzaamheden een indeling, waartegen de werknemers bezwaar mochten maken. Zij werden daarbij gewezen op de consequenties als zij ervoor kozen om geen bezwaar te maken. De werknemer maakte geen bezwaar tegen de indeling, maar stelde in de procedure dat de vervallen functie niet overeenkomt met de werkzaamheden die zij verrichtte en dat voor de vraag of sprake is van uitwisselbaarheid van de functies niet naar de functie(benaming) maar naar de werkelijk door haar verrichte werkzaamheden moet worden gekeken. Hof Arnhem-Leeuwarden accepteerde de hiervoor geschetste praktische benadering van het beschrijven van de feitelijke werkzaamheden en oordeelde dat omdat de werkneemster ervoor koos om geen bezwaar te maken tegen de indeling, zij zich er niet achteraf met succes op kon beroepen dat de functie niet strookt met haar feitelijke werkzaamheden.³⁴ Opmerkelijk in deze zaak is dat het hof overweegt dat het bij de beoordeling van uitwisselbaarheid van functies gaat: ‘(...) om de (objectieve) onderlinge uitwisselbaarheid van de functies.’ Hoewel het woord onderling niet terugkomt in de Wwz en lagere regelgeving houdt het hof toch vast aan het aspect *onderling*.

De rechter is eerder geneigd om aan te nemen dat sprake is van uitwisselbaarheid van functies – ook in kort geding – als er overleg met vakorganisaties heeft plaatsgevonden over de nieuwe functies wat betreft functieprofielen en de voor de nieuwe functie benodigde competenties. Bovendien is in dat kader van belang dat de belangrijkste informatie over de nieuwe functies en de

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

29. Ktr. Leiden 25 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN6220, JAR 2010/187.

30. Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2517.

31. Rb. Overijssel 20 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3122. In dezelfde zin zie: Ktr. Leiden, 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16926.

32. Hof Den Bosch 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046.

33. Rb. Midden-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614.

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:924.

selectieprocedure *vooraf* met de kandidaten is gedeeld en dat zij over de sollicitatieprocedure zijn geïnformeerd. Daarbij kan een tweede kans voor de niet geselecteerde kandidaat die geen aanbod voor een nieuwe functie heeft gekregen een rol spelen om het proces niet te schorsen.³⁵ Kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2016 na toewijzing door UWV in beroep dat een verschil in beloning van een salarisschaal een sterke aanwijzing is dat functies niet gelijkwaardig zijn. Daarbij overwoog hij dat een salarisverschil van zeven procent substantieel is.³⁶ De rechter achtte van belang dat vier van de negen bepalende gezichtspunten van het cao-functie-waarderingsysteem hoger uitvielen in de nieuwe functie. Bovendien was de span of control in de nieuwe functie groter. Dat werknemster tijdelijke waarneming had gedaan tijdens vakantie met een grotere span of control was volgens de rechter niet vergelijkbaar met het dragen van de eindverantwoordelijkheid. Hij achtte de oude en nieuwe functie uitwisselbaar. Werknemster had gesolliciteerd op de nieuwe functie, maar was door werkgever niet geschikt bevonden. Het functioneren van werknemster mag bij beoordeling van geschiktheid worden meegewogen. Het functioneren van de werknemster was in deze zaak niet lang daarvoor schriftelijk als voldoende beoordeeld, maar het besluit is genomen op basis van haar huidige functioneren, waarin de werknemster niet samenwerkt met haar collega's en zich niet altijd kan conformeren aan het beleid van werkgever en daarmee soms gezag ondermijnt. De kantonrechter overweegt dat in de toelichting op artikel 9 lid 3 Ontslagregeling is opgenomen dat het aan de werkgever is om te beoordelen welke werknemer 'het meest geschikt' is voor het vervullen van eventuele vacatures. De werkgever moet aannemelijk maken dat er geen sprake is van uitwisselbare functies of dat een functie uniek is en dat daarmee het afspiegelingsbeginsel niet geldt. Rechtbank Den Haag oordeelde in een zaak waarbij werkgever (Air Energi) een unieke functie (Method Engineer SCE), die bij een klant van haar (Total) werd vervuld, liet vervallen en vacatures openstelde voor functies bij haar andere klanten, dat de werkgever onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake zou zijn van een unieke functie.³⁷ Daardoor kan de rechter niet toetsen of het afspiegelingsbeginsel terecht buiten toepassing is gelaten. Om vast te stellen of er sprake is van een unieke functie is een *functiebeschrijving* of een omschrijving van de feitelijke werksituatie en voorts welke beloning hoort bij een bepaalde functie van evident belang, aldus de rechtbank. De werkgever dient expliciet te vermelden welke kennis, ervaring en opleiding voor de nieuwe functies vereist zijn en welke beloning daarbij hoort. De kantonrechter in kort geding kent een gevorderde schorsing van een plaatsingsproces niet snel toe. Een dergelijke maatregel grijpt – na een belangenafweging – veelal

te diep in in de lopende reorganisatie.³⁸ Fruytier wijst er terecht op dat het nadeel daarvan is dat de reorganisatietrein gewoon doorstoomt en dat het – zelfs als in een bodemprocedure een voor de werknemers gunstige uitspraak zou volgen – niet aannemelijk is dat de veranderingen daarna nog aan te passen zijn, laat staan dat alles kan worden teruggebracht in de oude situatie.³⁹ Daar lijkt de kantonrechter in de recente KLM-zaak een oplossing voor te hebben gevonden, die in deze bijdrage uitgebreid zal worden besproken. Slechts als in grote mate van waarschijnlijkheid zou kunnen worden vastgesteld dat van uitwisselbaarheid van de oude en de nieuwe functie sprake is en de werkgever desondanks, tegen beter weten in, de reorganisatie zou doorvoeren, is er ruimte om het plaatsingsproces een voorlopige halt toe te roepen. Kantonrechter Apeldoorn overweegt:

‘... dat het oordeel over de uitwisselbaarheid van de functies in eerste instantie is voorbehouden aan het UWV dat over dit punt zal oordelen indien voor werknemers toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst zal worden verzocht.’⁴⁰

4.3 Tussenconclusie

Het is aan de werkgever om aannemelijk te maken dat de (te) vervallen oude functie niet uitwisselbaar is met de nieuw gecreëerde functie. Als de werkgever functiebeschrijvingen heeft, kan hij die daarvoor gebruiken. In de praktijk komt het veel voor dat de werkgever geen gedegen functiebeschrijvingen voorhanden heeft. In dat geval kan hij als onderdeel van het reorganisatieproces de werknemers verzoeken om zelf de feitelijke situatie te beschrijven. Hij dient hen er dan wel vooraf op te wijzen waartoe dat dient. Bovendien verdient het aanbeveling om een dergelijk proces met de ondernemingsraad af te stemmen. Overleg met vakorganisaties over de nieuwe functies, de functieprofielen en benodigde competenties alsmede het selectieproces levert het voordeel op dat een rechter gemakkelijker tot de conclusie komt dat het een fair proces is geweest. Bovendien is in dat kader van belang dat de werknemers vooraf zijn geïnformeerd over dat proces. Een bezwaarprocedure, waarbij bezwaar kan worden gemaakt tegen de indeling, draagt eveneens bij aan een gedegen proces. De bezwaarprocedure dient dan wel hoor en wederhoor in zich te houden en de uitspraak dient bij voorkeur bindend te zijn. Het sollicitatieproces dient objectief te zijn, waarbij geschiktheid bij voorkeur wordt bepaald aan de hand van een competentiematrix waarbij de weging van de competenties vooraf vaststaat. Tijdens het gesprek dient de manager van de werknemer aanwezig te zijn, mocht zijn functioneren ook een rol spelen.

35. Rb. Gelderland 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559, JAR 2017/43 m.nt. C.G.M. Fruytier.

36. Ktr. Amsterdam 1 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654.

37. Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12912.

38. Rb. Gelderland 20 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:342, JAR 2017/42 en Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:893, JAR 2017/41.

39. Rb. Gelderland 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559, JAR 2017/43 m.nt. C.G.M. Fruytier.

40. Rb. Gelderland 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559, JAR 2017/43 m.nt. C.G.M. Fruytier.

4.4 De KLM-zaak

4.4.1 Korte samenvatting van de feiten

De KLM liet in het kader van een reorganisatie de functies teamleider Airside Operations (tAO) en de functies Manager Passenger Services (MPS), die daarboven stond, vervallen.⁴¹ Er werd een nieuwe functie Shiftleader (SL) gecreëerd. KLM gaf de tAO-werknemers te kennen dat de functies niet uitwisselbaar waren met functies in de nieuwe organisatie. Zes werknemers die vervolgens solliciteerden op de functie SL werden geselecteerd om de nieuwe functie SL te bekleden. In het kader van de reorganisatie was een Geschillencommissie ingesteld, die op advies van de Commissie van Classificatiedeskundigen de functies tAO en SL *niet* uitwisselbaar heeft geacht. De tAO-werknemers spannen een kort geding aan en vorderen primair *tewerkstelling* in de functie van SL. Subsidiair vorderen zij om KLM op te dragen om de sollicitatieprocedure voor de functie van SL op te schorten totdat een uitspraak in de gelijktijdig aangespannen bodemprocedure inzake de uitwisselbaarheid van de functies tAO en SL is gedaan.

4.4.2 Kernvraag

De vraag die centraal staat is of de nieuwe functie van SL uitwisselbaar is met de te vervallen functie van tAO.

4.4.3 Kantonrechter Amsterdam

De kantonrechter overweegt als volgt:

‘De primaire vordering tot directe plaatsing in de functie van Shiftleader is alleen al daarom niet toegewezen, omdat eisers onvoldoende hebben gesteld om te mogen aannemen dat zij zonder meer zouden kunnen worden geplaatst indien de functies wel uitwisselbaar zouden zijn. Immers, in dat geval zou er in beginsel een proces van aanwijzing op basis van de beginselen van afspiegeling en anciënniteit moeten plaatsvinden. Eisers hebben niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat zij op basis van die beginselen voor die positie in aanmerking zouden komen.’⁴²

Direct valt op dat de kantonrechter de vordering tot *tewerkstelling* in de functie SL vertaalt naar *directe plaatsing* in de functie van SL. Het hof gaat daar anders mee om. De kantonrechter overweegt dat eisers moeten aantonen dat het om uitwisselbare functies gaat, terwijl op basis van de Ontslagregeling de werkgever dient aan te tonen dat het om niet-uitwisselbare functies gaat. Ook dat ziet het hof anders. De kantonrechter lijkt die verdergaande plicht voor de werknemer toe te lichten in zijn overwegingen wat betreft de subsidiaire vordering:

‘(...) Toewijzing van de vordering om in afwachting van een uitspraak van de bodemrechter de sollicitatieprocedure stop te zetten zal, naar valt aan te nemen,

diep ingrijpen in de uitvoering van de reorganisatieplannen van KLM (...)’

Mede gelet daarop en op het feit dat de functiewaarderingcommissie van de KLM het advies gaf dat de functies niet uitwisselbaar zijn en niet is gebleken van schendingen door KLM van enige procedure die tot de verklaring van niet-uitwisselbaarheid leidde, ligt volgens de kantonrechter op eisers een zware stelplicht om aannemelijk te maken dat de bodemrechter zal oordelen dat KLM ten onrechte is uitgegaan van niet-uitwisselbaarheid van de functies. De kantonrechter is van oordeel dat eisers daarin niet zijn geslaagd, ondanks het feit dat een (groot) deel van de competenties van de functie SL overeenkomt met die van tAO. Immers, aan de taken van de SL is een deel van de taken van de opgeheven functie toegevoegd. Het betreft taken op het beleidsmatig vlak en op het gebied van leidinggeven. Juist die taken zal het hof aangrijpen om tot een ander oordeel te komen.

4.4.4 Hof Amsterdam – korte samenvatting

De werknemers gaan in hoger beroep.⁴³ Dat hoger beroep legt hen geen windeieren. Het hof oordeelt dat de functies uitwisselbaar zijn en dat de werknemers moeten worden *tewerkgesteld* (en dus niet geplaatst) in de nieuwe functie van SL totdat:

1. de desbetreffende appellant (hierna ook: werknemer) eventueel is geplaatst. Hier zal het hof – naar alle waarschijnlijkheid – doelen op automatische plaatsing, mocht uitwisselbaarheid van functies komen vast te staan. De werknemers die niet op basis van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen, dienen immers automatisch te worden geplaatst. Of;
2. de desbetreffende appellant na een aangezegde redelijke termijn van verbetering niet aan de functievereisten van SL blijkt te voldoen. Op die manier moet hen een kans worden gegeven om aan te tonen of zij geschikt zijn voor plaatsing in de nieuwe functie, aldus het hof. Hier doelt het hof – naar alle waarschijnlijkheid – op plaatsing na een sollicitatie (op een passende functie) waarin de werknemers geschikt zijn bevonden. Het hof heeft door gebruik te maken van de term plaatsing een creatieve oplossing gevonden om aan de ene kant het plaatsingsproces geen halt toe te hoeven roepen en daarmee niet te diep in te grijpen in de reorganisatieplannen van de werkgever, en aan de andere kant geen uitspraak te doen die tot onomkeerbare gevolgen voor de werknemers leidt. Zo heeft het hof een oplossing gecreëerd om bij de stoelendansmethode – in een kortgedingprocedure – de geit en de kool te sparen.⁴⁴ Mocht in de bodemprocedure vast komen te staan dat de functies toch niet uitwisselbaar zijn, dan wordt het interessant of er omgekeerd afgespie-

41. Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:893, JAR 2017/41 en Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5024, JAR 2018/7.

42. Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:893, JAR 2017/41.

43. Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5024, JAR 2018/7.

44. Zie voor een geval waarin dat niet geschiedde Ktr. Apeldoorn 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559.

geld moet worden. Dat zal mogelijk zo zijn omdat er taken terugkomen in de nieuwe functie en het zo zou kunnen zijn dat er sprake is van gelijke geschiktheid bij een aantal van de kandidaten.

4.4.5 Hof Amsterdam

Het geschil spitst zich toe op de vraag of de nieuwe functie (SL) beschouwd dient te worden als een uitwisselbare functie ten opzichte van de voormalige functie (tAO). Het hof betreft in zijn beoordeling de bepalingen van de Ontslagregeling, meer in het bijzonder het bepaalde in artikel 13.⁴⁵ Het hof betreft in zijn beoordeling tevens hetgeen is bepaald in de Mobiliteitsafspraken 2015 KLM Grondpersoneel. Deze regeling bepaalt op het punt van uitwisselbare functies hetzelfde als artikel 13 Ontslagregeling.⁴⁶ Naast voornoemde criteria uit artikel 13 Ontslagregeling, acht het hof *alle omstandigheden van het geval* van belang voor de beoordeling van de uitwisselbaarheid van beide functies. Hiermee lijkt het hof een nieuwe factor 7 toe te voegen aan de toets voor uitwisselbare functies zoals behandeld in § 2.1 van deze bijdrage. Deze factor ‘alle omstandigheden van het geval’ staat niet in het rijtje 1 tot en met 6, welke zes alle in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld om vast te stellen of functies onderling uitwisselbaar zijn. Het hof stelt voorop dat uitgangspunt is dat appellanten krachtens een arbeidsovereenkomst bij KLM in dienst zijn en derhalve in beginsel aanspraak kunnen maken op voortzetting van de bedongen werkzaamheden, nu tussen partijen voldoende vaststaat dat de werkzaamheden niet, althans niet geheel, vervallen zijn. Immers, een aantal taken komt terug in de nieuwe functie SL. Het hof lijkt er – anders dan de kantonrechter in eerste aanleg – niet van uit te gaan dat tewerkstelling gelijk is aan directe plaatsing in de functie van tAO. Met deze benadering creëert het hof een opening om de werknemers tewerk te stellen, zonder daarmee vooruit te lopen op directe plaatsing. Directe plaatsing toewijzen is onmogelijk omdat (nog) niet vaststaat dat indien sprake is van uitwisselbaarheid, de werknemers op basis van het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking komen en daarmee direct geplaatst dienen te worden. Het ligt volgens het hof op de weg van KLM om voldoende feiten en omstandigheden te stellen, en bij betwisting voldoende aannemelijk te maken, om de conclusie te rechtvaardigen dat aangenomen moet worden dat er sprake is van zodanige verschillen tussen beide functies dat deze niet uitwisselbaar zijn, zodat de werknemers geen aanspraak kunnen maken op *tewerkstelling*. Het lijkt dat het hof van oordeel is dat als de werkgever – in een kort geding – niet kan aantonen dat de functies niet uitwisselbaar zijn, de werknemers aanspraak kunnen maken op tewerkstelling, maar nog niet op (directe) plaatsing. Directe plaatsing zou dan pas aan de orde zijn als de werknemers niet op basis van het afspiegelingsbe-

ginsel voor ontslag in aanmerking zouden komen, althans zo begrijp ik het hof. Het hof legt de bewijslast op de werkgever en houdt hier – anders dan de kantonrechter in eerste aanleg – de lijn van de Ontslagregeling aan. De werkgever dient niet-uitwisselbaarheid van de oude en de nieuwe functie aan te tonen. Echter als de nieuwe functies niet uitwisselbaar zijn met de functies van tAO kunnen de werknemers op basis van een geschikte sollicitatie nog recht hebben op plaatsing (dus niet automatische plaatsing) in de functie.

4.4.5.1 Uitwisselbaarheid – hof

Het hof loopt alle (belangrijke) punten van artikel 13 Ontslagregeling voor uitwisselbaarheid na. Het hof stelt vast dat het voor de beoordeling belangrijke, want objectiveerbare, element *beloning* (6) de uitwisselbaarheid ondersteunt, nu beide functies in *schaal A09* (5) vallen. Dat had anders kunnen zijn als KLM onderbouwd zou hebben waarom de door haar gestelde zwaardere verantwoordelijkheden in de functie van Shiftleader niet tot een andere schaalindeling (beloning) maar wel tot niet-uitwisselbaarheid zou leiden. Het hof stelt vast dat het beide *vaste functies* (4) betreffen. Vervolgens beoordeelt het hof in hoeverre de werkzaamheden van beide functies hetzelfde zijn. KLM stelt dat de functies slechts voor *2/3 deel uit dezelfde werkzaamheden* (1) bestaan. Deze objectiveerbare gegevens ondersteunen de stelling dat beide functies in voldoende mate uitwisselbaar zijn. Het hof toetst vervolgens in hoeverre de voor de functies vereiste competenties (3) verschillen. Beide functies vereisen leidinggevende competenties, waarbij functioneel leiding wordt gegeven op hetzelfde operationele niveau. KLM heeft onvoldoende onderscheidend gepresenteerd welke competenties daarbij in de ene functie wel en in de andere niet noodzakelijk zijn en in welke mate. Mede ook omdat de opstelling en omschrijving van de competenties in beide functies onvergelijkbaar is. ‘Realiseren van doelen’ en ‘initiatief’ zijn door de KLM als krooncompetenties gepresenteerd voor de nieuwe functie. Het hof overweegt dat die competenties naar hun aard niet zodanig zijn dat aannemelijk is dat die in de voormalige functie van teamleider geen enkele rol speelden. Het lijkt veeleer te gaan om een andere benadering, om het verleggen van accenten dan om *wezenlijk afwijkende competenties*. De span of control binnen beide functies mag enigszins afwijken, maar ook de door de KLM gestelde afwijking is niet dusdanig groot dat reeds op voorhand – met de vereiste mate van voorspelbaarheid – beoordeeld kan worden of een teamleider Airside Operations al dan niet over voldoende competenties beschikt om de *licht (naar de schatting van het hof ongeveer +10%) toegenomen span of control* aan te kunnen. Daarmee begeeft het hof zich naar mijn idee op glad ijs. Immers objectief dient vastgesteld te worden of de functies uitwisselbaar zijn en niet of de werknemers gezien hun achtergrond en ervaring de functie zouden kunnen doen (dat zou anders zijn als het hof heeft bedoeld om de passendheid van de functie te toetsen). Vervolgens worden de *kennis- en ervaringseisen* (2) van de functies vergeleken. Het hof voegt daarmee de factor ervaring

45. Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5024, JAR 2018/7.

46. Het hof noemt abusievelijk het Ontslagbesluit in plaats van de Ontslagregeling; in deze bijdrage is ervoor gekozen om naar de juiste regeling te verwijzen.

aan factor 2 van artikel 13 Ontslagregeling toe. Die factor komt in het rijtje van zes factoren van artikel 13 Ontslagregeling niet voor. Het hof komt tot het oordeel dat die in *hoge mate vergelijkbaar* zijn. Het belangrijkste verschil in de beschrijvingen van de takenpakketten en de functievereisten ligt op het terrein van beleidsvorming. Dit aspect kwam in de beschrijving van de tAO niet voor. Het hof is echter van oordeel dat de betekenis die aan dit verschil moet worden toegekend beperkt is. Het is volgens het hof niet aannemelijk dat de SL's een substantieel deel van hun tijd met de taak beleidsvorming bezig zullen zijn. Meer aannemelijk is dat de echte beleidsvorming zich in een hoger echelon van de organisatie afspeelt. Hiermee heeft het hof het aspect beleidsvorming als onderdeel van het gehele takenpakket gewogen en heeft hij overwogen dat het verschil beperkt is. Het hof overweegt dat voor zover KLM heeft beoogd te betogen dat de werknemers onvoldoende kennis hebben om direct te kunnen voldoen aan het nieuwe functievereiste van 'uitwisselbaarheid over de units heen', dat argument in beginsel ook voor alle wel geselecteerde SL's geldt. Het hof overweegt dat van de wel geselecteerde Shiftleaders niet is gesteld of aannemelijk geworden dat zij feitelijk al ervaring in andere units hadden. Van KLM mag verwacht worden dat voor gewinning in een andere unit enige tijd moet worden ingeruimd en KLM heeft dat ter zitting ook erkend. Het hof vervolgt dat aan dit aspect dan ook geen doorslaggevend betekenis toegekend kan worden bij de beoordeling van de uitwisselbaarheid van beide functies. De vraag is of deze laatste toets, de gewenningsperiode, wel thuishoort in de beoordeling of functies uitwisselbaar zijn.⁴⁷ Het lijkt veeleer een toets die bij de toets van de passende functie, de subjectieve toets thuis hoort. Al vond een soortgelijke toets in de jurisprudentie voor invoering van de Wwz in het kader van de uitwisselbaarheid ook plaats.⁴⁸ Aan Shiftleaders worden andere opleidingen aangeboden dan voorheen aan teamleiders. Dat enkele feit kan eveneens niet als beslissend worden beoordeeld, volgens het hof. Dat is ook niet bevreemdend omdat de factoren 1 tot en met 6 uit artikel 13 Ontslagregeling in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld om vast te stellen of er sprake is van uitwisselbaarheid van functies. Een enkel feit zal dan ook niet snel als beslissend kunnen worden beoordeeld. De kantonrechter liet het advies van de functieclassificatiecommissie, die oordeelde dat de functies niet uitwisselbaar zijn, zwaar meewegen in zijn uiteindelijke oordeel. Het hof kiest er echter voor om het advies van de functieclassificatiecommissie helemaal niet mee te wegen. Enerzijds omdat het advies niet bindend is en anderzijds omdat een kort geding zich volgens het hof niet leent voor een nader onderzoek over de juiste toepassing van hoor en wederhoor. Daarbij stelt het hof wel vast dat de commissie de werknemers niet heeft gehoord, terwijl de commissie wel contact heeft opgenomen met de bedrijfsleiding. Het hof is van

oordeel dat onder die omstandigheden aan het resultaat dan ook niet een zo verstrekkende betekenis kan worden toegekend dat het de overwegingen van het hof geheel of grotendeels van hun betekenis kan ontdoen. Het hof komt tot zijn oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de competenties, kennis en ervaring die voor beide functies vereist worden zodanig verschillen dat van niet-vergelijkbare functies in de zin van de Ontslagregeling sprake is.⁴⁹ Omdat het niveau van de functie en de beloning ook gelijkwaardig zijn, is temeer niet aannemelijk geworden dat de functies niet uitwisselbaar zijn.

4.4.5.2 Tewerkstelling toegekend – hof

KLM voert aan dat de werknemers mogelijk niet geplaatst zouden worden indien KLM beide functies uitwisselbaar had geoordeeld en hen vervolgens conform het afspiegelingsbeginsel dan niet geplaatst had. De kantonrechter ging in die redenering mee en kende (mede) daarom de vordering van de werknemers tot tewerkstelling niet toe. Echter het hof vindt in de gevorderde *tewerkstelling* een kapstok om de vordering tot tewerkstelling in hoger beroep wel toe te kennen. Het hof overweegt dat voldoende vaststaat dat er na de plaatsing⁵⁰ door KLM nog diverse vacatures SL onvervuld zijn gebleven, zodat voldoende aannemelijk is dat door gevorderde tewerkstelling (en niet plaatsing) geen voor KLM onuitvoerbare gevolgen ontstaan. Of KLM *uiteindelijk* tot plaatsing zal overgaan kan daarbij volgens het hof thans in het midden blijven, omdat dit van diverse factoren afhankelijk is:

'(...) zoals; de beoordeling van de kwaliteit van de feitelijke functie-uitvoering door [X] c.s., het aantal kandidaten dat te zijner tijd resteert voor de dan vacante functies Shiftleader, het al dan niet bestaan van de noodzaak om na een inventarisatie daarvan alsnog te spiegelen.'

Het biedt de mogelijkheid om in de praktijk te kunnen beoordelen of de werknemers aan de – volgens de KLM gewijzigde – functievereisten voldoen. Een tijdelijke tewerkstelling voorafgaand aan een eventuele plaatsing biedt de werknemers ook de mogelijkheid om zich gedurende een redelijke termijn na aanzegging op eventuele gebleken tekortkomingen te verbeteren. Daarbij is temeer van betekenis dat *over hun functioneren geen relevante klachten* naar voren zijn gekomen. Het hof lijkt – met deze toets voor passendheid (zie ook § 3.1.1) – vooruit te lopen op de situatie dat indien er sprake mocht zijn van een passende functie of een functie waarbij een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet en de werknemers mochten willen solliciteren, de werknemers zich tot aan sollicitatie nog geschikt kunnen maken voor

47. In de jurisprudentie voor de Wwz werd de gewenningsperiode ook meegenomen in de uitwisselbaarheidstoets.

48. Zie verder § 4.1.

49. En de Mobiliteitsafspraken 2015 KLM Grondpersoneel.

50. Het was duidelijker geweest als er had gestaan: '(automatische) plaatsing' in plaats van plaatsing. De werknemers moeten ofwel (1) automatisch geplaatst worden als de functies uitwisselbaar zijn en zij daarvoor op basis van afspiegeling in aanmerking komen; ofwel (2) op basis van geschiktheid als de functies niet uitwisselbaar zijn. Bij de tussenvorm, waarbij enkele taken terugkomen in de nieuwe functie, dient bij geschiktheid alsnog automatisch te worden geplaatst.

de functie. Indien er werkzaamheden worden voortgezet in de nieuwe functie dan dient bij gelijke geschiktheid overigens plaatsing via het omgekeerde-afspiegelingsbeginsel plaats te vinden. Dit is een toets voor passendheid (zie ook § 3.1.1). Een dergelijke benadering past volgens het hof ook beter bij de normstelling van het gewijzigde ontslagrecht, waar onvoldoende functioneren pas na een duidelijk mededeling dienaangaande en een doorlopen verbetertraject tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan leiden. Het hof sluit af met de constatering dat KLM heeft gekozen voor een beoordeling in het kader van een 45 minuten durend sollicitatiegesprek, waarbij de direct leidinggevende van de werknemers niet betrokken werd. Op grond van die laatste overweging van het hof lijkt het verstandig om in de toekomst in de praktijk bij een sollicitatieprocedure in het kader van een stoelendansreorganisatie, in ieder geval ruim de tijd te nemen voor het sollicitatie- en assessmentgesprek, waarbij de direct leidinggevende aanwezig is. Het hof lijkt hiermee eveneens de beoordelingsverslagen onderdeel te hebben willen maken van de sollicitaties naar de nieuwe functie.

5. Conclusie

In de praktijk blijft behoefte aan een reorganisatie op basis van de stoelendansmethode. Deze methode is onder de Wvz nog steeds mogelijk. De stoelendansmethode wordt echter mogelijk ingeperkt, omdat het UWV en de rechter eenzelfde toetsingskader dienen te hanteren en als gevolg daarvan de omstandigheden van het geval op basis van wet en regelgeving geen rol meer mogen spelen. Terwijl de rechter vóór de invoering van de Wvz wel degelijk de omstandigheden meewoog om te bepalen of een reorganisatie op basis van de stoelendansmethode geoorloofd was. Het hof lijkt in de KLM-zaak het toetsingskader toch enigszins naast zich neer te leggen en de omstandigheden van het geval wel mee te wegen. Dat kan echter te verklaren zijn omdat het een kort geding betrof. Verder wordt een reorganisatie op basis van de stoelendansmethode ingeperkt indien de nieuw gecreëerde functies een deel van de werkzaamheden van de oude (te) vervallen functies bevatten. In dat geval kan de werkgever niet langer de meest geschikte werknemer plaatsen. De werkgever dient in dat geval af te spiegelen over de geschikte werknemers (van wie een deel van de functie terugkeert) en automatisch te plaatsen op basis van omgekeerde afspiegeling. Pas daarna mag de rest van de geschikte werknemers worden geplaatst. In de literatuur en jurisprudentie worden de termen (her)plaatsen, automatisch plaatsen, direct plaatsen, tewerkstellen en benoemen door elkaar gebruikt. In deze bijdrage is een terminologie-suggestie gedaan om duidelijkheid te scheppen. Om in de praktijk een reorganisatie op basis van de stoelendansmethode volgens een juist stappenplan uit te voeren is een visueel stappenplan in deze bijdrage opgenomen.

**HANDLEIDING VOOR REORGANISATIE OP BASIS VAN STOELENDANS
(zie hoofdstuk 3)**

