

Stoelendansreorganisatie nog mogelijk?

Ook na invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) geldt dat in geval van bedrijfseconomisch ontslag het afspiegelingsbeginsel als leidraad moet worden genomen bij het bepalen welke werknemer kan worden ontslagen. Is de stoelendansmethode, waarbij bestaande functies komen te vervallen en werknemers op een kleiner aantal nieuw gecreëerde functies mogen solliciteren nog mogelijk, en zo ja, hoe werkt dit uit in de praktijk?

Ook na invoering van de WWZ geldt als uitgangspunt dat werkgevers bij een reorganisatie in beginsel niet zelf mogen bepalen welke werknemers dienen af te vloeien. Hiervoor geldt nog steeds het afspiegelingsbeginsel als leidraad. Dit beginsel komt er kort gezegd op neer dat het personeelsbestand zo moet worden ingekrompen dat de leeftijdsopbouw van de werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft. Binnen elke leeftijdsgroep (tot 25, 25-35, 35-45, 45-55, en ouder dan 55) dient de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking te komen.

Stoelendans

Bij een reorganisatie door middel van de zogeheten stoelendansmethode wordt van het afspiegelingsbeginsel afgeweken. Bij de stoelendans besluit een werkgever om een functiegroep geheel te laten vervallen. Werknemers van wie de functie hierbij is komen te vervallen, worden vervolgens in de gelegenheid gesteld om opnieuw te solliciteren op de door de werkgever nieuw gecreëerde functies. Dit geeft werkgevers de mogelijkheid om goed presterende werknemers eerder te kunnen behouden, waarbij er aldus meer ruimte is om werknemers te selecteren op basis van kwaliteit. Voor de werknemers die boventallig zijn verklaard maar niet geschikt worden geacht voor een nieuwe functie in de organisatie, en voor wie evenmin een andere passende functie voorhanden is, wordt op basis van bedrijfseconomische redenen ontslag aangevraagd bij het UWV (of de arbeidsrelatie eindigt met wederzijds goedvinden indien de werknemer kan instemmen met een beëindigingsregeling).

De stoelendansmethode werkt alleen als de nieuw gecreëerde functies niet uitwisselbaar zijn met de vervallen functies. Anders dient de werkgever de nieuwe functies te betrekken in de afspiegeling en is boventallig verklaring van alle werknemers in de vervallen functie niet mogelijk.

Onder het oude ontslagrecht dat gold tot 1 juli 2015 waren kantonrechters kritisch in het accepteren van de

stoelendansmethode bij reorganisaties. Ontbindingsverzoeken die op deze methode waren gebaseerd werden dikwijls afgewezen. Zo oordeelde de kantonrechter in Enschede in 2014 over een stoelendansreorganisatie, waarbij in een modeketen de functie van Store Manager kwam te vervallen, dat de werkgever onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de nieuw gecreëerde functie van Senior 1ste Verkoopster in voldoende mate verschilt van de oude functie van Store Manager. De kantonrechter komt op basis van de overgelegde informatie, waaronder de betreffende functieprofielen, tot de conclusie dat de functies uitwisselbaar zijn. De stoelendansmethode wordt aldus niet geaccepteerd door de kantonrechter, met als gevolg dat de werknemer met succes tewerkstelling in de nieuwe functie kan claimen. Ook de kantonrechter in Leiden toont zich kritisch over de stoelendansmethode die werd toegepast in het kader van een reorganisatie. De kantonrechter oordeelt dat voor het herinrichten van een bestaande organisatie stevige en toetsbare waarborgen aanwezig moeten zijn ter bescherming van de rechtspositie van de werknemer en ter voorkoming van willekeur en subjectiviteit. De werkgever dient aanzienlijke en aantoonbare inspanningen te verrichten in het kader van herplaatsing, zodat de werknemer een werkelijke kans krijgt om zijn loopbaan voort te zetten in de nieuwe organisatie. Omdat dergelijke inspanningen niet door de werkgever waren gedaan, wees de kantonrechter het ontbindingsverzoek af.

Stoelendans mogelijk onder de WWZ?

In de Uitvoeringsregels van het UWV komt de term stoelendans niet voor, maar impliciet wordt er wel aandacht aan besteed. De Uitvoeringsregels bepalen onder meer het volgende:

‘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 uit-

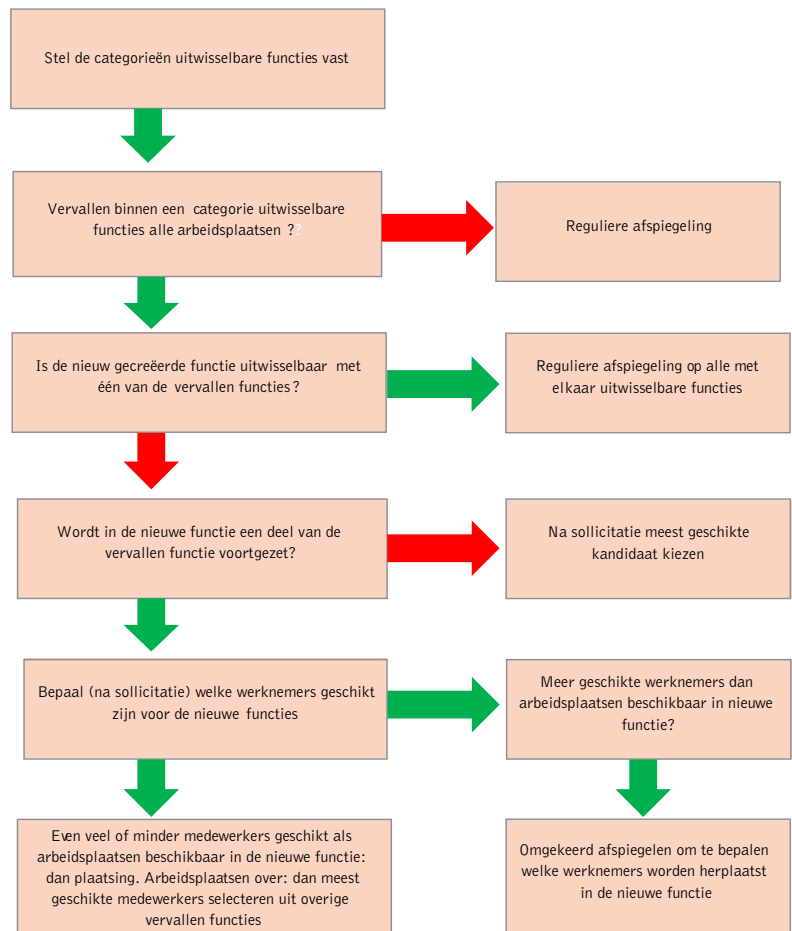
wisselbaar moet worden beschouwd met de (te) vervallen functie, te beoordelen aan de hand van de hiervoor genoemde factoren voor uitwisselbaarheid, is geen sprake van het verval van een arbeidsplaats.' (Uitvoeringsregels UWV, toelichting art. 13, Stcrt 2015, 12685)

Het is dus van belang om te kijken of de nieuwe functie uitwisselbaar is met de vervallen functie. Van uitwisselbaarheid is sprake indien het gaat om een vergelijkbare functie qua inhoud, benodigde capaciteiten en tijdelijke of structurele aard, en het niveau en de beloning gelijkwaardig is. Het is van belang om voor ogen te houden dat het bij de toetsing of sprake is van uitwisselbaarheid gaat om de functies, en dus niet om medewerkers. De Uitvoeringsregels bepalen hierover dat als een medewerker bijvoorbeeld toevallig een achtergrond heeft die hem persoonlijk geschikt maakt voor een functie die niet uitwisselbaar is met zijn eigen functie, een beroep door de desbetreffende medewerker op uitwisselbaarheid niet zal worden gehonoreerd. Oftewel, de toets op uitwisselbaarheid is objectief gerelateerd aan de functie en niet subjectief aan de medewerker. Dit in tegenstelling tot het begrip 'passende functie', waar wordt gekeken naar de subjectieve/persoonlijke mogelijkheden van de werknemer. Het begrip passende functie is derhalve anders en ruimer dan het begrip uitwisselbare functie.

In de Uitvoeringsregels wordt voorts aandacht besteed aan de mogelijkheid van de werkgever om in geval van een vacature of een bestaande arbeidsplaats de werknemer hiervoor te selecteren die daar het meest geschikt voor is. Dit impliceert dat er kennelijk ook na invoering van de WWZ nog ruimte is om de medewerkers die voor ontslag voorgedragen worden te selecteren op kwaliteit (stoelendans). Echter, zo bepalen de Uitvoeringsregels, indien een functie vervalt en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een nieuwe functie die niet uitwisselbaar is met de vervallen functie, er op basis van het zogeheten omgekeerde afspiegingsbeginsel moet worden bepaald aan welke werknemer, die geschikt is om de functie te vervullen, deze functie als eerste moet worden aangeboden. Dit betekent dat de Uitvoeringsregels nu de vrijheid van de werkgever om te selecteren op kwaliteit aan banden legt indien er een groep van geschikte kandidaten is vastgesteld. Immers, in dat geval dient binnen die groep de werknemer met de sterkste rechten op basis van het afspiegingsbeginsel als eerste in de gelegenheid worden gesteld om de nieuwe functie te vervullen. De vraag rijst dan hoeveel vrijheid de werkgever dan nog heeft om te bepalen wie er behoort tot de groep van geschikte kandidaten.

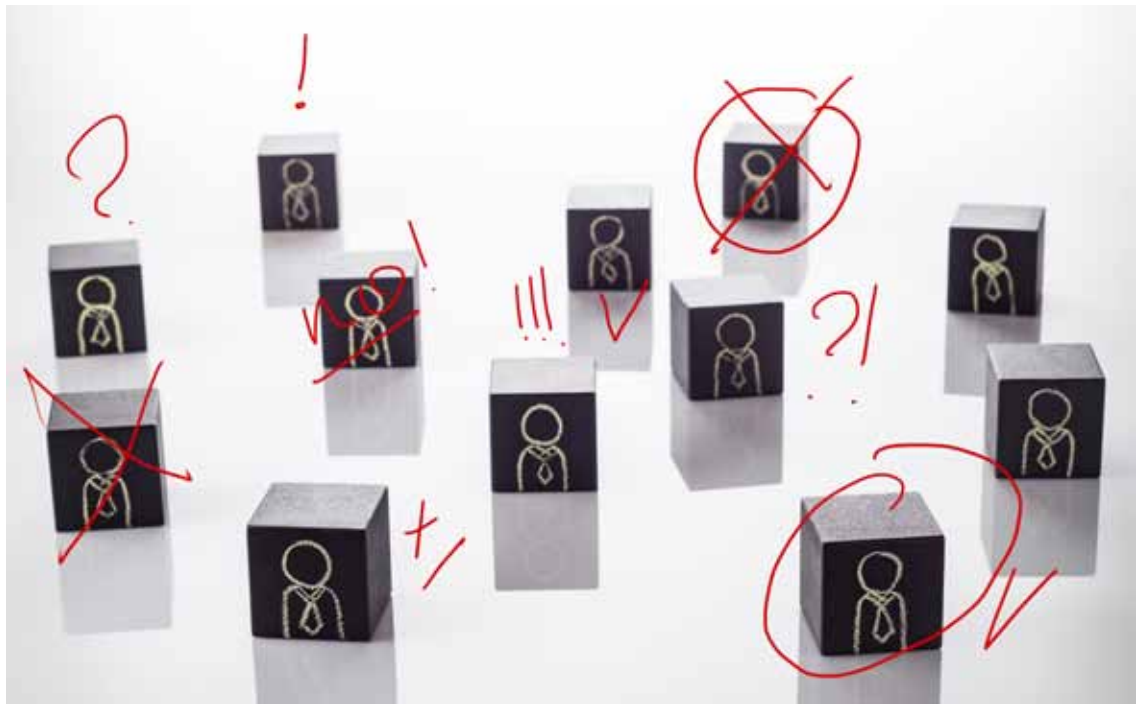
Geschiktheidstoets

Het begrip 'werknemer die geschikt is' wordt niet gedefinieerd in de regelgeving. In de Uitvoeringsregels staat wel een passage die erop duidt dat de werkgever keuzevrijheid heeft en een discretionaire bevoegdheid om sollicitanten te beoordelen als al dan niet geschikt, alvorens hij weegt wie het meest geschikt is:



'Het is aan de werkgever om te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is voor het vervullen van eventuele vacatures waarbij hij zijn keuze uiteraard wel moet verantwoorden als die ter discussie wordt gesteld. Echter, in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere niet met de vervallen functie uitwisselbare functie, ligt het in de rede dat de werknemer die hiervoor geschikt is en op grond van het afspiegingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, als eerste in de gelegenheid wordt gesteld deze functie – na sollicitatie – te aanvaarden.' (Uitvoeringsregels UWV, toelichting art. 9, Stcrt 2015, 12685)

Dit geeft de werkgever een zekere mate van vrijheid om te bepalen of een werknemer geschikt is om een nieuw gecreëerde functie te bekleden. Dit zorgt er wel voor dat willekeur op de loer ligt, hetgeen voer zal zijn voor de werknemer die niet geschikt wordt geacht om hiertegen te ageren. De werkgever doet er daarom verstandig aan om op basis van helder geformuleerde, objectief bepaalde geschiktheidscriteria vast te stellen welke werknemers geschikt worden geacht voor een nieuw gecreëerde functie. Hierbij kan onder meer worden ge-



dacht aan het door een extern assessmentbureau laten beoordelen van de geschiktheid van een werknemer voor een nieuwe functie.

Recente rechtspraak laat zien dat (nog steeds) hoge eisen worden gesteld aan het ontslag van een boventallige medewerker bij een stoelendansreorganisatie. Om de reorganisatie te laten slagen zullen de taken en benodigde competenties binnen de verdwijnende en nieuw gecreëerde functies wezenlijk en aantoonbaar van elkaar moeten verschillen. Tevens zullen de selectie en afwijzing van boventallige medewerkers zorgvuldig moeten worden beargumenteerd door de werkgever, om op deze wijze weg te blijven van willekeur in de beoordeling van geschiktheid.

Praktijkvoorbeeld

In de Uitvoeringsregels wordt een voorbeeld gegeven hoe moet worden omgegaan met het (omgekeerd) afspiegelen in geval van toepassing van de stoelendansmethode bij bedrijfseconomisch ontslag. Binnen een bedrijf vervallen binnen de functie technisch tekenaar drie van de vijf arbeidsplaatsen. De functie projectleider (met vijf arbeidsplaatsen) vervalt geheel, waardoor alle werknemers boventallig worden. Het bedrijf creëert daarnaast een nieuwe functie van projectcoördinator, met drie arbeidsplaatsen. Deze nieuwe functie is niet uitwisselbaar met de functie van technisch tekenaar en projectleider omdat er andere functie-eisen gelden. Van belang is dat in deze nieuwe functie van projectcoördinator wel een deel van de werkzaamheden van de vervallen functie projectleider worden voortgezet. Eén boventallige technisch tekenaar en vier van de vijf projectleiders blijken geschikt te zijn voor de nieuwe functie van projectcoördinator, zodat er dus vijf geschikte kandidaten zijn voor drie vacatures. De vraag rijst aan wie de werkgever de nieuwe functie van projectcoördinator moet aanbieden.

De werkgever mag in bovenstaande situatie niet de meest geschikte kandidaten selecteren, maar hij dient de vacatures eerst aan te bieden aan de geschikte projectleiders. Dit omdat een deel van hun vervallen functie in de nieuwe functie projectcoördinator worden voortgezet. 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. De geschikte technisch tekenaar zou slechts voor de nieuwe functie van projectcoördinator in aanmerking komen als er, na herplaatsing van alle geschikte projectleiders, nog een vacature zou zijn.

Conclusie

De huidige ontslagregels geven nog steeds ruimte om de stoelendansmethode toe te passen bij reorganisaties, waardoor er mogelijkheden zijn om op basis van kwaliteit de medewerkers te selecteren die in aanmerking komen voor nieuw gecreëerde functies. De ruimte die de werkgever wordt geboden is evenwel gelimiteerd, en rechtspraak laat zien dat de stoelendansmethode nog steeds kritisch wordt getoetst. Dit betekent dat de werkgever het reorganisatietraject zeer zorgvuldig zal moeten inrichten, vooral daar waar het aankomt op het vaststellen van nieuwe functieprofielen en de wijze waarop getoetst zal worden welke medewerkers behoren tot de groep van geschikte kandidaten voor de vacante nieuwe functies. Om zoveel als mogelijk weg te blijven van willekeur is het raadzaam om de geschiktheidstoets niet (enkel) over te laten aan het (subjectieve) oordeel van de werkgever zelf. Het afspiegelen van medewerkers in een reorganisatietraject is daarmee er niet eenvoudiger op geworden. ■

mr. M.A. de Vries, Pallas Advocaten,
www.pallasadvocaten.nl

Wet: art. 7:669 BW

Jurisprudentie: Ktr.

Enschede 17-04-2014, 2901778 EJ VERZ 14-118 (ECLI:NL:RBOVE:2014:2410); Ktr. Leiden 25-02-2010, 923477\EJ VERZ 10-80068 (ECLI:NL:RBSGR:2010:BN6220); Hof Amsterdam 5-12-2017, 200.210.665/01 (ECLI:NL:GHAMS:2017:5024); Hof Den Bosch 7-12-2017, 200.218.487_01 (ECLI:NL:GHSHE:2017:5397)

Bron: Uitvoeringsregels UWV

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl

Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming

Een praktische gids voor implementatie van de AVG in organisaties



Auteur:

Mr. V.W. Alting van Geusau

Vanaf 25 mei 2018 dient elke organisatie die persoonsgegevens verzamelt en/of verwerkt compliant te zijn met de *Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)*. De AVG treft vrijwel de gehele bedrijfsvoering, van strategisch tot en met operationeel niveau. Zo'n organisatie zal vanaf dat moment moeten kunnen aantonen dat zij de AVG correct naleeft. Deze praktische gids biedt u een gestructureerde aanpak om compliance met de AVG in uw organisatie te realiseren.

ISBN: 9789012400688

Aantal pagina's: 124