



109326 Geschil over toepassing cao mbo. Werkgever past de cao mbo niet goed toe door werknemer na een gedwongen herplaatsing geen toelage toe te kennen.

UITSPRAAK

in het geding tussen:

[verzoeker], wonende te [woonplaats], verzoeker, hierna te noemen [verzoeker]
gemachtigde: de heer mr. S.E.M. Meijer

en

[College van Bestuur], gevestigd te [vestigingsplaats], verweerder, hierna te noemen de
werkgever
gemachtigde: de heer mr. A. Klaassen

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij verzoekschrift van 16 juni 2020, heeft [verzoeker] een geschil voorgelegd, primair met betrekking tot de toepassing van artikel 5.5 lid 4 cao mbo, subsidiair met betrekking tot de toepassing van Bijlage G.1 hoofdstuk D artikel 1 sub b cao mbo.

De werkgever heeft op 15 juli 2020 een verweerschrift ingediend.

De hoorzitting ter behandeling van het geschil vond vanwege de maatregelen rond Covid-19 middels video-conferentie plaats op 2 oktober 2020.

[verzoeker] is gehoord en werd bijgestaan door zijn gemachtigde.

De werkgever werd vertegenwoordigd door [strategisch P&O Partner], bijgestaan door de gemachtigde.

2. DE FEITEN

De Commissie gaat op grond van de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht uit van de volgende, als gesteld en niet of onvoldoende weersproken en door de Commissie in deze procedure relevant geachte, tussen partijen vaststaande feiten.

[verzoeker] is sinds 29 augustus 1994 werkzaam bij [school] in een vast dienstverband met een volledige betrekkingssomvang. Sinds 15 augustus 2011 is hij werkzaam als Afdelingsmanager.

Op de arbeidsverhouding is van toepassing de cao mbo.

Op enig moment hebben partijen gesproken over de invulling van de functie van Afdelingsmanager door [verzoeker] en is afgesproken dat [verzoeker] een andere functie zou gaan bekleden. [verzoeker] heeft vervolgens intern gesolliciteerd naar de functie van docent LD. Bij brief van 28 januari 2016 heeft de werkgever bevestigd dat [verzoeker] per 1 februari



2016 tot uiterlijk 1 februari 2018 voorwaardelijk wordt bevorderd als docent LD. In de brief is vermeld:

“De voorwaarden die ten grondslag liggen aan de bevordering hebben betrekking op enerzijds het voldoen aan de opleidingsvereisten en anderzijds een positieve beoordeling aan de hand van de criteria van de functieomschrijving (...)”

“Uiterlijk in december 2017 zal een definitief beoordelingsgesprek plaatsvinden op voornoemde vereisten; bij een positieve beoordeling zal je definitief in de functie van docent LD worden aangesteld. Indien je onverhoopt negatief wordt beoordeeld, zal je vanaf die datum worden teruggeplaatst in je oorspronkelijke functie met de daarbij behorende schaal.”

Per 1 februari 2016 is [verzoeker] ingeschaald in het maximum van de LD-schaal, wat gelijk is aan het salaris dat [verzoeker] ontving in de functie van Afdelingsmanager.

[verzoeker] is in augustus 2015 gestart met [studie]. Vanwege ziekte is [verzoeker] tijdelijk gestopt met de studie. In september 2018 heeft hij de studie weer opgepakt.

Per brief van 9 oktober 2018 heeft de werkgever aan [verzoeker] meegedeeld dat de looptijd van de voorlopige bevordering wordt verlengd tot uiterlijk 31 december 2020. In de brief is wederom opgenomen dat als [verzoeker] negatief wordt beoordeeld hij vanaf die datum zal worden teruggeplaatst in zijn oorspronkelijke functie met de daarbij behorende schaal.

Na enkele maanden is [verzoeker] gestopt met zijn studie. Vervolgens hebben partijen op

15 april 2019 een gesprek gevoerd. Per e-mail van dezelfde datum heeft de werkgever bevestigd dat [verzoeker] als gevolg van het stoppen van de studie niet voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een definitieve benoeming in LD en dat [verzoeker] daarom teruggaat naar een LC functie met als ingangsdatum 1 augustus 2019. Als reactie daarop heeft [verzoeker] de werkgever een aantal vragen gesteld, waaronder de vraag wat de reden is dat een alternatieve opleiding niet overwogen kan worden. Ook vraagt [verzoeker] waarom hij niet in de functie van Afdelingsmanager wordt teruggeplaatst, aangezien dat zijn laatste functie was.

Op 25 juni 2019 hebben partijen weer overleg gevoerd. Per e-mail van diezelfde datum bevestigt [verzoeker] (onder andere):

“Vanuit de afspraak dat een andere mogelijkheid is terug te stromen in een AM-functie in [school] of eventueel ander passend bij deze salarisschaal/werk binnen [school] is het wenselijk dat jij met P&O mogelijkheden onderzoekt en op een rij zet voor mij. Dat zal mij in staat stellen een overwogen keuze te maken.

Daarnaast is afgesproken dat we een afspraak maken die eindig is mocht bovenstaand niet met succes worden afgerond door mij en die voor mij en [school] duidelijkheid verschaft. In deze afspraak zal een afspraak worden opgenomen met daarin dat ik geplaatst wordt in functie LC en een fatsoenlijke afbouwregeling qua salaris is opgenomen zodat ik tijd heb mijn privé situatie aan te passen aan een nieuwe lagere salarisniveau.”

Op 10 juli 2019 vindt opnieuw een gesprek plaats tussen partijen, waarin de werkgever het voorstel heeft gedaan om [verzoeker] met ingang van oktober 2019 te plaatsen als docent LC en het salaris van [verzoeker] nog anderhalf jaar uit te betalen op LD niveau. In een e-mail van 11 juli 2019 waarin het besprokene is bevestigd, geeft de werkgever voorts aan:



“Het knelpunt in jou geval is dat je een brief hebt gekregen waarin staat dat wanneer je niet aan de LD criteria voldoet, je recht hebt op je oude functie. In jou geval is dat manager. Ik kan me dus heel goed voorstellen dat je bezwaar maakt tegen mijn voorstel om als LC docent verder te gaan.”

In een gesprek op 4 november 2019 heeft de werkgever aangegeven [verzoeker] graag te behouden als docent LC voor docent LC voor [school]. In vervolg op dat gesprek heeft [verzoeker] per brief van 10 november 2019 de werkgever meegedeeld geen belemmering te zien ten aanzien van het voorstel van de werkgever. Hij heeft daarbij wel opgemerkt:

“Rechtspositioneel is het zo dat ik vanuit mijn vorige functie als afdelingsmanager sinds 2011 in functieschaal 12 ben aangesteld. In de aanstellingsbrieven d.d. 28 januari 2016 en d.d. 9 oktober 2019 – Voorlopige bevordering-functie LD – wordt hier ook naar verwezen. Mijns inziens heb ik nog altijd recht op een managementfunctie, dan wel een schaal 12 salarisniveau. Het feit dat jij die niet aan mij wilt aanbieden ondanks dat er vacatures zijn (geweest), is geen grond om mijn salaris terug te brengen naar een lagere schaal. Ik kan dan ook niet akkoord gaan met een lagere inschaling.”

Als reactie daarop heeft de werkgever per brief van 27 november 2019 aan [verzoeker] meegedeeld dat geen afspraak is gemaakt met betrekking tot terugkeer in een managementrol dan wel enige salarisgarantie is verstrekt, dat [verzoeker] met zijn brief van 10 november 2019 al ingestemd heeft met de functie van docent LC, dat salariëring gekoppeld is aan de functie en dat aanvaarding van een functie tevens aanvaarding van de bij die functie behorende arbeidsvoorwaarden met zich meebrengt. Verder heeft de werkgever aangegeven dat de functie als docent LC zal ingaan per 1 oktober 2019 en dat de werkgever bereid is [verzoeker] tot 1 april 2021 door te betalen op LD niveau. Tot slot heeft de werkgever gemeld:

“Graag vernemen wij jouw reactie – bij voorkeur binnen 1 week – zodat vastgesteld kan worden dat definitieve benoeming in de functie van docent LC ook concreet doorgang kan vinden. (...) Maar ook omdat verdere alternatieven binnen [school] ontbreken – indien je immers de jou aangeboden herplaatsingsmogelijkheid van de hand wijst, ontbreekt daarmee ook een verdere toekomstige invulling van de arbeidsovereenkomst met [school].”

Per e-mail van 18 december 2019 heeft [verzoeker] de werkgever gevraagd aan te geven of de werkgever medewerking zal verlenen aan de toekenning van een loonsuppletie conform de vigerende cao en in hoeverre de werkgever bereid is een transitievergoeding te verstrekken, vanwege de salarisverlaging.

De werkgever heeft per e-mail van 20 december 2019 meegedeeld dat er geen grond of reden is voor een transitievergoeding en dat er geen aanspraak bestaat op suppletie of compensatie. Vervolgens hebben partijen nog over en weer gecorrespondeerd over de kwestie.

Per e-mail van 19 maart 2020 heeft de werkgever aan [verzoeker] meegedeeld:

“Op dit moment bestaat er nog steeds een juridisch verschil van inzicht over de plaatsing vanuit LD naar LC tussen jouw adviseur en onze P&O afdeling. Aangezien we zo in een patstelling komen die ik wil doorbreken, heb ik P&O de opdracht gegeven om je per maart 2020 terug te plaatsen in een LC schaal.”

Op 16 juni 2020 heeft [verzoeker] zich tot de Commissie gewend.



3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

[verzoeker]

[verzoeker] verzoekt de Commissie primair te verklaren dat de werkgever de cao niet juist heeft toegepast door [verzoeker] per 1 oktober 2019 geen recht op een toelage conform artikel 5.5 lid 4 cao mbo toe te kennen.

Partijen zijn schriftelijk overeengekomen dat als de voorwaardelijke plaatsing als docent LD niet zou slagen, [verzoeker] zou terugkeren in de functie van Afdelingsmanager. [verzoeker] betwist dat partijen mondeling andere afspraken hebben gemaakt dan hetgeen schriftelijk is vastgelegd. Bovendien heeft de werkgever in totaal driemaal schriftelijk bevestigd dat er sprake was van een terugkeergarantie. [verzoeker] mocht er dus op vertrouwen dat wat in die brieven stond klopte.

Van instemming met de functiewijziging is geen sprake; [verzoeker] heeft meermaals aangegeven niet (zonder meer) akkoord te gaan met een verlaging van zijn salaris. In de correspondentie met de werkgever heeft [verzoeker] ook steeds een voorbehoud gemaakt. Zolang er geen akkoord is op alle punten, is er geen akkoord. Het uitgangspunt is dat [verzoeker] zou terugkeren in de functie van Afdelingsmanager, maar partijen hebben onderzocht of ze tot een andere oplossing konden komen. De conclusie is dat dat niet gelukt is. [verzoeker] is de werkzaamheden als docent LC onder protest gaan uitvoeren, omdat anders ontslag zou volgen. Bij een eventueel ontslag zou [verzoeker] het risico lopen geen WW-uitkering te krijgen omdat UWV zich op het standpunt zou kunnen stellen dat hij had nagelaten passende arbeid te behouden.

Dat artikel 5.5 lid 4 cao mbo alleen van toepassing zou zijn bij verplichte mobiliteit in het kader van een reorganisatie, zoals de werkgever stelt, volgt niet uit de tekst van de cao. Het is dan ook onduidelijk waar het standpunt van de werkgever op is gebaseerd.

Gelet op voorgaande is sprake van gedwongen herplaatsing vanuit de functie van Afdelingsmanager naar de functie van docent LC waardoor [verzoeker] recht heeft op een toelage.

Subsidiair verzoekt [verzoeker] de Commissie te verklaren dat de werkgever de cao niet juist heeft toegepast door [verzoeker] per 1 april 2021 (einde afbouwregeling) of 1 oktober 2019 (datum functiewijziging) niet in aanmerking te laten komen voor een loonsuppletie-uitkering (gebaseerd op bijlage G.1 artikel D-1 sub b cao mbo). Er was sprake van een dreigend arbeidsurenverlies dat zou hebben geleid tot een bovenwettelijk uitkeringsrecht. Anders dan de werkgever stelt is daarvoor niet vereist dat herplaatsing plaatsvindt bij een andere werkgever. Als ontslag zou zijn gevolgd, dan had dit geleid tot een bovenwettelijke uitkering. De werkgever heeft immers het initiatief genomen tot de functiewijziging.

De werkgever

In overleg tussen partijen werd besloten de functie die [verzoeker] bekleedde, Afdelingsmanager, los te laten. Vervolgens heeft [verzoeker] er vrijwillig en op eigen initiatief voor gekozen om (intern) voor de functie van docent LD te solliciteren. De werkgever heeft met [verzoeker] besproken dat met dit traject een terugkeer naar de rol van Afdelingsmanager niet meer aan de orde was.



De bevordering als docent LD was slechts voorwaardelijk. De (standaard) voorwaardelijke benoemingsbrief voor een LD promotie bevat een zinsnede omtrent terugkeer in de oorspronkelijke functie, maar tussen partijen zelf is terugkeer naar een managementfunctie uitgesloten. [verzoeker] heeft de brief niet anders mogen begrijpen dan dat hij bij een negatieve uitkomst terug zou keren in een andere functie dan Afdelingsmanager. Er is gebruik gemaakt van een standaardbrief, terwijl maatwerk passender was geweest. Bovendien is in de benoemingsbrief geen salarisgarantie opgenomen. Er staat dat [verzoeker] recht heeft op zijn oude functie met bijbehorend salaris, maar [verzoeker] is niet teruggekeerd in zijn oude functie. Hij heeft zelf ook geen harde aanspraak gedaan op de functie van Afdelingsmanager. Omdat [verzoeker] had besloten met de opleiding te stoppen, kon de voorwaardelijke aanstelling niet worden omgezet in een definitieve. Vervolgens heeft hij ingestemd met de functie docent LC. Ook is hij akkoord gegaan met de afspraak dat er een afbouwregeling ten aanzien van zijn salaris zou komen. Later is hij daarop teruggekomen en heeft hij bezwaar gemaakt tegen een lager salaris, maar niet tegen de functie zelf. Dat [verzoeker] onder protest de werkzaamheden als docent LC heeft aanvaard, is onjuist; dat heeft hij nooit vermeld. Ook wordt betwist dat de werkgever [verzoeker] onder druk zou hebben gezet om de LC functie te aanvaarden. Omdat er geen sprake is van gedwongen herplaatsing, is een vergoeding conform artikel 5.5 lid 4 cao mbo niet aan de orde. De werkgever heeft de cao dan ook juist toegepast door [verzoeker] geen toelage toe te kennen. Er is hoogstens sprake van een herplaatsing met wederzijds goedvinden of herplaatsing wegens disfunctioneren, omdat [verzoeker] niet voldoet aan de gestelde functie-eisen van docent LD, zodat op grond van artikel 5.5 lid 3 cao mbo geen recht bestaat op een toelage. Bovendien volgt uit de historie van de cao dat artikel 5.5 lid 4 cao mbo alleen van toepassing is als er sprake is van herplaatsing in het kader van mobiliteit of na formatiereductie. Het primaire verzoek dient daarom afgewezen te worden. Het verzoek om loonsuppletie is niet-ontvankelijk. WWplus is de uitvoeringsinstantie en heeft de aanvraag reeds afgewezen. Al zou [verzoeker] recht hebben op loonsuppletie, hetgeen de werkgever betwist, dan nog geldt dat de werkgever die aanspraak niet kan uitvoeren. [verzoeker] heeft in dezen geen geschil met de werkgever over de toepassing van de cao, zoals artikel 12.3 lid 1 cao mbo vereist.

Meer inhoudelijk merkt de werkgever op dat om recht op een WW-uitkering te krijgen sprake moet sprake zijn van arbeidsurenverlies. Dat is in casu niet het geval. Het feit dat er geen sprake is van werkloosheid, leidt er op zichzelf toe dat er geen recht bestaat op suppletie. Er was ook geen sprake van dreigend arbeidsurenverlies. Ook betwist de werkgever dat hij bij WWplus zou hebben aangestuurd op een afwijzend besluit.

Het subsidiaire verzoek dient niet-ontvankelijk te worden verklaard dan wel te worden afgewezen.



4. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

Aangezien de instelling is aangesloten bij deze Commissie en geschil betrekking heeft op de toepassing van (primair) artikel 5.5 lid 4 cao mbo en (subsidiar) bijlage G.1 artikel D-1 sub b cao mbo, is de Commissie op grond van artikel 12.3 lid 1 cao mbo bevoegd van het geschil kennis te nemen en is [verzoeker] ontvankelijk in zijn verzoek.

Het geschil

Partijen verschillen van inzicht over de vraag of [verzoeker] recht heeft op een toelage conform artikel 5.5 lid 4 cao mbo.

Artikel 5.5 cao mbo luidt:

1. *Vervallen.*
2. *Vervallen.*
3. *Bij herplaatsing in een functie met een lager loon wegens disfunctioneren, wordt de werknemer in zijn nieuwe functie ingeschaald alsof er sprake is van eerste indiensttreding.*
4. *Bij een gedwongen herplaatsing in een functie met een lager loon waarbij artikel 20 sub i ZAR en het derde lid van dit artikel niet van toepassing zijn, wordt de werknemer in zijn nieuwe functie ingeschaald alsof er sprake is van eerste indiensttreding. Indien het feitelijk salaris van betrokkene in de oude functie hoger is dan het maximum salaris van de nieuwe functie, ontvangt betrokkene het maximumsalaris behorend bij de nieuwe functie en voor het verschil tussen het oude salaris en het nieuwe functieloon een persoonlijke toelage die nominaal gelijk blijft. De toelage wordt aangemerkt als pensioengevend inkomen.*
5. *Als de werknemer op wie het vierde lid van toepassing is, nadien bevorderd wordt, vervalt zijn toelage voor zover de som van zijn toelage en zijn nieuwe loon hoger is dan zijn loon voorafgaand aan het moment waarop het vierde lid op hem van toepassing werd.*

Partijen verschillen allereerst van mening over de beantwoording van de vraag of een terugkeergarantie is overeengekomen. De Commissie overweegt daarover het volgende.

In de brief van 28 januari 2016 staat uitdrukkelijk vermeld dat als [verzoeker] niet aan de voorwaarden zou voldoen om definitief als docent LD te kunnen worden aangesteld, hij zou worden teruggeplaatst in zijn oorspronkelijke functie met de daarbij behorende salarisschaal. De oorspronkelijke functie van [verzoeker] was Afdelingsmanager.

De werkgever stelt dat de terugkeergarantie desondanks niet is overeengekomen, maar heeft deze stelling onvoldoende concreet onderbouwd. Dat partijen in afwijking van de tekst van de brief mondeling andere afspraken hebben gemaakt of er beiden stilzwijgend vanuit gingen dat



van een terugkeergarantie geen sprake was, wordt door [verzoeker] gemotiveerd betwist en blijkt ook niet uit het dossier. De Commissie verwijst in dat verband allereerst naar de (ongedateerde) reactie van [verzoeker] op de e-mail van de werkgever van 15 april 2019, waarin [verzoeker] de werkgever vraagt waarom hij niet wordt teruggeplaatst in de functie van Afdelingsmanager. Bovendien heeft de werkgever per brief van 9 oktober 2018 en per e-mail van 11 juli 2019 nogmaals bevestigd dat er sprake is van een terugkeergarantie naar zijn oorspronkelijke functie. Anders dan de brief van 28 januari 2016 waren dit geen standaardbrieven. Enig aanknopingspunt voor de juistheid van de stelling van de werkgever ontbreekt in dit dossier. Wellicht heeft de werkgever op enig moment andere maatwerkafspraken voor ogen gehad, maar uit het dossier blijkt niet dat deze met [verzoeker] zijn gecommuniceerd, laat staan dat deze tussen partijen zijn overeengekomen. De Commissie stelt vast dat tussen partijen een terugkeergarantie is overeengekomen zoals verwoord in de brief van 28 januari 2016.

De vervolgvraag is of er sprake is van gedwongen herplaatsing in de functie van docent LC. Deze vraag beantwoordt de Commissie bevestigend. [verzoeker] heeft weliswaar op 10 november 2019 aangegeven geen belemmering te zien ten aanzien van het voorstel van de werkgever om als docent LC aan de slag te gaan, maar heeft daarbij wel het voorbehoud gemaakt dat hij niet akkoord gaat met een lagere inschaling. Van onvoorwaardelijke instemming is dan ook geen sprake. Het feit dat [verzoeker] in overleg is getreden met de werkgever over het uitoefenen van een andere functie dan Afdelingsmanager, leidt niet tot de conclusie dat [verzoeker] afstand heeft gedaan van genoemde functie. Dat partijen daarnaast gesproken hebben over een afbouwregeling maakt dat niet anders. Bovendien acht de Commissie het begrijpelijk dat [verzoeker], gelet op de mededeling van de werkgever dat anders "een verdere invulling van de arbeidsovereenkomst ontbreekt", op enig moment wel werkzaamheden als docent LC is gaan verrichten. Ook daaruit kan echter niet de conclusie worden getrokken dat [verzoeker] heeft ingestemd met de functie en bijbehorend salaris als docent LC. Daar komt bij dat de werkgever op 19 maart 2020 ondubbelzinnig aan [verzoeker] heeft meegedeeld dat hij, om de patstelling te doorbreken, [verzoeker] per maart 2020 terugplaatst in de LC schaal. Gelet op deze omstandigheden is naar het oordeel van de Commissie sprake van gedwongen herplaatsing vanuit de functie van Afdelingsmanager in de functie van docent LC.

De werkgever heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat als sprake zou zijn van herplaatsing, het disfunctioneren van [verzoeker] daaraan ten grondslag ligt zodat niet artikel 5.5 lid 4 cao mbo maar artikel 5.5 lid 3 cao mbo van toepassing is. De Commissie stelt voorop dat gekeken moet worden naar het functioneren van [verzoeker] als Afdelingsmanager, omdat hij vanuit die functie is herplaatst in de functie van docent LC. Niet gesteld noch is gebleken dat [verzoeker] disfunctioneerde als Afdelingsmanager. Het dossier bevat geen functioneringsverslagen waaruit disfunctioneren zou blijken. Aldus concludeert de Commissie dat [verzoeker] niet is herplaatst wegens disfunctioneren zodat artikel 5.5 lid 3 cao mbo niet van toepassing is.



Tot slot heeft de werkgever opgeworpen dat artikel 5.5 lid 4 cao mbo alleen van toepassing is bij herplaatsing in het kader van verplichte mobiliteit na bijvoorbeeld boventaligheid of een reorganisatie. Deze redenering volgt de Commissie niet. Een en ander blijkt niet uit de tekst van het artikel en bovendien heeft de werkgever geen stukken overgelegd die zijn stelling ondersteunen.

Op grond van bovenstaande overwegingen oordeelt de Commissie dat sprake is van een gedwongen herplaatsing in een functie met een lager loon zodat artikel 5.5 lid 4 cao mbo van toepassing is en [verzoeker] recht heeft op een persoonlijke toelage. De werkgever heeft artikel 5.5 lid 4 cao mbo niet juist toegepast.

Omdat het primaire verzoek van [verzoeker] wordt toegewezen, komt de Commissie niet toe aan de behandeling van het subsidiaire verzoek.

5. OORDEEL

Op grond van bovenstaande overwegingen verklaart de Commissie dat de werkgever artikel 5.5. lid 4 cao mbo niet juist heeft toegepast door [verzoeker] geen persoonlijke toelage toe te kennen.

Vastgesteld te Utrecht op 28 oktober 2020 door mr. L.M.G. de Weerd, voorzitter,
mr. Y.C.G.J.A. Braat en mr. E.V. Huisman, leden, in aanwezigheid van mr. L. Verhoeven,
secretaris.

mr. L.M.G. de Weerd
voorzitter

mr. L. Verhoeven
secretaris