

---

## Juridisch up to Date

---

2017-0107 - Juridisch up to Date 2017-16 d.d. 08-09-2017

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

# Hoge Raad spreekt zich uit over toepassing van het afspiegelingsbeginsel

## Inleiding

Artikel 11 lid 1 van de Ontslagregeling<sup>1</sup> bepaalt dat op basis van het afspiegelingsbeginsel moet worden bepaald welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt. Het komt er kort gezegd op neer dat het personeelsbestand zo moet worden ingekrompen dat de leeftijdsopbouw van werknemers binnen een categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft en dat binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking komt.

In de praktijk roept de toepassing van het afspiegelingsbeginsel nog wel eens vragen op. De Hoge Raad heeft zich op 14 juli 2017<sup>2</sup> uitgesproken over de vraag in hoeverre feitelijke werkzaamheden al dan niet bepalend zijn voor de vraag wie werkzaam is in een bepaalde categorie uitwisselbare functies. In dit artikel wordt het arrest van de Hoge Raad besproken.

## Feiten

Werknemer is sinds 1 april 1992 in dienst van Stichting TanteLouise, een zorginstelling. De laatste functie van werknemer is chefkok. In het kader van een reorganisatie wordt het aantal chefkoks teruggebracht. Bij de beoordeling van de vraag welke chefkoks boventallig worden heeft TanteLouise het afspiegelingsbeginsel per gemeente gehanteerd. Als gevolg daarvan is werknemer boventallig geworden. TanteLouise heeft een ontslagvergunning verzocht. Bij beslissing van 20 augustus 2015 is aan TanteLouise toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. De werknemer heeft hierop een procedure aanhangig gemaakt bij de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West Brabant en onder meer verzocht om de arbeidsovereenkomst met TanteLouise te herstellen vanwege het ontbreken van een redelijke grond voor beëindiging. De kern van het verweer van werknemer was dat hij van mening was dat hij de enige werknemer was die de werkzaamheden in de functie van chefkok ook daadwerkelijk uitvoerde en dat de andere koks louter nog administratief als chefkok stonden geregistreerd. De kantonrechter wees het verzoek van de werknemer af. De kantonrechter overwoog: *"Het moge zo zijn dat de werknemer als aanspreekpunt fungeerde voor zijn collega's in de gemeente A en dat hij als enige chefkok aangewezen was om bepaalde autorisaties te mogen doen, maar dat maakt nog niet dat de inhoud van zijn functie als chefkok een andere betreft dan c.q. uniek is ten opzichte van die van de andere 2 en dat zijn functie niet uitwisselbaar zou zijn met andere functies binnen de organisatie. Niet valt in te zien dat de chefkoks, na een korte inwerkperiode, de taken van de andere chefkoks niet zouden kunnen overnemen. TanteLouise heeft de werknemers dus terecht meegenomen in de afspiegeling"*. Het Hof 's Hertogenbosch komt niet tot een ander oordeel. Bepalend voor de vraag wie werkzaam zijn in de categorie van uitwisselbare functies waartoe de functie van chefkok behoort is in dit geval de aanstelling (en bijbehorende loonschaal) die medewerkers van TanteLouise op grond van hun arbeidsovereenkomst hebben en de werkzaamheden die TanteLouise op grond daarvan van hen kan verlangen en dus niet de werkzaamheden die TanteLouise hen feitelijk laat uitvoeren. Het Hof overweegt daarbij nog dat het er eerder op lijkt te wijzen dat TanteLouise te veel chefkoks in dienst heeft. Werknemer stelt vervolgens cassatieberoep in tegen de beschikking van het hof. TanteLouise heeft in cassatie geen verweer gevoerd.

## Hoge Raad

Bij de Hoge Raad klaagt werknemer over het feit dat het Hof een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het afspiegelingsbeginsel en de beoordelingsmaatstaf niet in lijn is met artikel 13 van de Ontslagregeling. Artikel 13 van de Ontslagregeling stelt dat een functie uitwisselbaar is, indien: (a) de functies vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties, en de tijdelijke of structurele aard van de functie; en (b) het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn. Werknemer stelt dat het hof slechts van een papieren werkelijkheid is uitgegaan en onvoldoende is overgegaan tot een inhoudelijke beoordeling op gelijkwaardigheid van de functie. Werknemer meent dat niet uitsluitend bepalend is de aanstelling en bijbehorende loonschaal die medewerkers op grond van hun arbeidsovereenkomst hebben en de werkzaamheden die werkgever op grond daarvan kon verlangen. De klachten van werknemer falen. Het verwijt dat doorslaggevende betekenis is toegekend aan een papieren werkelijkheid snijdt onvoldoende hout. Veeleer wordt hiermee juist voorkomen dat de werkelijkheid tekort wordt gedaan door doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de feitelijke situatie. Het wordt dus eerder omgedraaid. Daarbij wordt nog toegevoegd dat artikel 13 van de Ontslagregeling ook niet tot een andere opvatting dwingt. Hierbij wordt verwezen naar de toelichting op de Ontslagregeling waarin juist wordt benadrukt dat voor beoordeling van de uitwisselbaarheid de feitelijk uitgevoerde

werkzaamheden op zichzelf juist niet beslissend zijn<sup>3</sup>. De toelichting noemt het voorbeeld van een buschauffeur en een taxichauffeur die vergelijkbare werkzaamheden verrichten, te weten het vervoeren van passagiers. Daarmee is echter nog niet gezegd dat deze functies ook uitwisselbaar zijn. Een ander voorbeeld is een onderneming met twee secretaresses, een secretaresse van de Raad van Bestuur en een afdelingssecretaresse. Beide secretaresses verrichten secretariële werkzaamheden, maar hun functies zijn volgens de toelichting niet gelijkwaardig (en waarschijnlijk ook niet vergelijkbaar). Een ander voorbeeld dat in de toelichting wordt genoemd is de potentiële opvolger van de leiding van een familiebedrijf die in het kader van een loopbaantraject diverse functies vervult vooral met het oog op de opvolging. Het feit dat hij op een bepaald moment dezelfde functie (werkzaamheden) verricht als de andere werknemers in het bedrijf is dan niet doorslaggevend. Gelet op de context, is de functie dan niet vergelijkbaar met de functie van de andere werknemers.

Het beroep van werknemer op het feit dat de andere 2 werknemers feitelijk kokswerkzaamheden verrichten wordt als niet relevant gepasseerd. Ook als de andere twee werknemers feitelijk kokswerkzaamheden verrichten, doet zulks niet af aan het feit dat zij de functie van chefkok hadden en dat TanteLouise op grond van hun aanstelling chefkokswerkzaamheden van hen kon verlangen. De Hoge Raad verwerpt uiteindelijk het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO.

#### Tenslotte

Het vaststellen van de uitwisselbare functies bij een reorganisatie is niet altijd eenvoudig. Het is al wel langere tijd helder dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een uitwisselbare functie altijd de functie en niet de persoon centraal staat. Dit sluit wel aan bij de stelling dat de feitelijke situatie dan dus nooit een doorslaggevende rol kan spelen. De uitvoeringsregels<sup>4</sup> noemen dan nog wel dat het slechts anders kan zijn als de schriftelijke functieomschrijving ontbreekt, of indien de functieomschrijving te sterk afwijkt van de feitelijke situatie. Het feit dat in deze zaak de koks feitelijk andere werkzaamheden verrichten werd echter niet voldoende geacht. Het feit dat de werkgever de volgens de functieomschrijving overeengekomen werkzaamheden van chefkok kon verlangen, werd doorslaggevend geacht. De rol van de feitelijke situatie bij het vaststellen van uitwisselbaarheid is dan dus beperkt. Dat kan wel anders zijn als werkgever misbruik maakt van de situatie ofwel bijv. functieomschrijvingen kort voor de start van een reorganisatie aanpast om onder de juiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel uit te komen. Voor dergelijke praktijken heeft de Hoge Raad met dit arrest nu wel een stokje gestoken.

#### Noten :

1. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding, Stcrt. 2015, nr. 12685 (Ontslagregeling).
2. HR 14 juli 2017, JAR 2017/205.
3. Stcrt. 2015, nr. 12685, p. 19.
4. Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen UWV AJD, juli 2016.

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp-van der Zwaard, Houthoff Buruma, Amsterdam

---

© Euroforum Uitgeverij BV NL