Reader

Tweedaagse Basiscursus Arbeidsrecht

Basisbeginselen, Ziekte, Conflict, Ontslag, UWV en Bewijsrecht in arbeidsrecht

Donderdag 23 en 30 januari 2020
Hotel Breukelen

Bekijk ons cursusaanbod op www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

Tweedaagse Basiscursus Arbeidsrecht

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2020

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s) redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

Inhoudsopgave

Welkomstbrief 4

Programma 5

Bijdrage Ivo Boudrie

1. UWV procedure bedrijfseconomische redenen

- Factsheet MinSZW Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, mei 2017 7
- De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling, F.M. Dekker, ArbeidsRecht 2015/33 15
- S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?, ArbeidsRecht 2019/23 23
- D.A.D. Mees, De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting, TAP 2019/189 31
- R. Rietveld en K. van Haaren LLB, Een stapsgewijze vaststelling van de categorie uitwisselbare functies. TVO (Tijdschrift voor ontslagrecht) 2019/1 39
- C.J. Frikkee, Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag, ArbeidsRecht 2018/4 51

AANBEVOLEN STUKKEN

- Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015
- Regeling UWV ontslagprocedure
- Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen

2. Bewijsrecht in het arbeidsrecht

- 13-10-2014: Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure?, K.G.F. van der Kraats, ArbeidsRecht 2014/59 57
- van der Helm, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', Tijdschrift voor de Procespraktijk 2014-6 p.175-181 65
- 10-10-2013: Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:3801, RAR 2014/20 72
- A.M. van Cappelle, 'Hard' bewijs voor ontslaggronden versus de beoordelingsvrijheid van de werkgever', ArbeidsRecht 2018/23 79
- M. Hurks, Vertrouwen is goed, particuliere recherche is beter: een jurisprudentieonderzoek naar particuliere recherche in het arbeidsrecht, ArbeidsRecht 2019/22 83
- H.J.W. Alt, Stellen en bewijzen in het ontslagrecht anno 2019: het speelveld is nog verre van gelijk, TRA 2019/80, 91
- I.J. de Laat, Omzien en inzien: een roep om wetgeving over het monitoren van werknemers, alcohol- en drugstesten en het inzagerecht, ArbeidsRecht 2019/33 101

Bijdrage Anne Merks

- De ontslagregeling geldend per 1 januari 2020 107
- M.H. Verschoor, 'Wet arbeidsmarkt in balans: een overzicht', ArbeidsRecht 2019/52, paragraaf 2 116
- M. Beukhof, J. Marijnissen, R. Rietveld & V. Scuric, 'WABlief?', TvO 2019/4.4, paragraaf 6 125
- Hoofdstuk 17 Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch deel I 2020 (Ontslaggronden) 139

Prinses Beatrixlaan 116
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 96
www.sdu.nl/opleidingen

Abn-Amro 43 61 48 315
Postbank 30 77 29
Handelsregister Den Haag 27193898

Aan de deelnemers van de

Tweedaagse Basiscursus Arbeidsrecht

Geachte deelnemer,

U neemt deel aan de Tweedaagse Basiscursus Arbeidsrecht. Als cursusmateriaal ontvangt u bij aanvang van de cursus de uitgave Arbeidsrecht in de praktijk. In deze reader vindt u aanvullend cursusmateriaal voor de tweede dag van de cursus.

Tijdens de cursus krijgt u door vier experts in het vak en tevens zeer deskundige sprekers de basisbeginselen van de verschillende onderwerpen die spelen binnen het arbeidsrecht uitgelegd. De belangrijkste hoofdthema's zoals de arbeidsovereenkomst en CAO, ziekte en re-integratie, conflict en ontslag, de procedure bij de kantonrechter en de UWV-procedure komen daarbij aan bod. Tevens wordt het bewijsrecht in het arbeidsrecht behandeld. Getuigenbewijs, camera's en heimelijke geluidsopnames. Wat is mogelijk, hoe verzamelt u bewijs en wat is toegestaan? Op deze manier wordt u voorzien van een solide basiskennis in het arbeidsrecht en krijgt u handvatten aangereikt voor in de praktijk.

Mocht u studiepunten van de NOvA willen ontvangen, verzoeken wij u zowel bij aankomst als bij vertrek de presentielijst te tekenen. Deze lijst ligt bij de inschrijfbalie van Sdu Opleidingen & Events. U ontvangt 2 weken na de cursus uw deelnemerscertificaat.

Na de cursus ontvangt u van ons een mail met daarin een link naar het digitale evaluatieformulier. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om het formulier in te vullen.

Wij wensen u een plezierige en leerzame dag.

Met vriendelijke groet,
Sdu Opleidingen & Events

drs. Crescens Akkermans
Congresmanager

Programma dag 1 Tweedaagse basiscursus Arbeidsrecht

09:00 – 09:30 uur
Ontvangst en inschrijving

09:30 – 11:00 uur
Basisbeginselen Deel 1
- Structuur van het arbeidsrecht en de belangrijkste spelers
- De werking van de cao
- Bestaan van een arbeidsovereenkomst en andere (flexibele) vormen
mr. J. (Jolande) Janssen

11:00 – 11:15 uur
Pauze

11:15 – 12:45 uur
Basisbeginselen Deel 2
- De werking van het goed werkgever- en werknemerschap
- De ketenregeling
- Transitievergoedingen
mr. J. (Jolande) Janssen

12:45 – 13:30 uur
Lunch

13:30 – 15:00 uur
Arbeid & Ziekte Deel 1
- Het arbeidsongeschikheidsbegrip
- Het begrip situatieve en functionele ongeschiktheid
mr. P. (Pieter) Fluit

15:00 – 15:15 uur
Pauze

15:15 – 16:45 uur
Arbeid & Ziekte Deel 2
- Hoogte en duur van de loondoorbetalingsplicht
- Hoofdlijnen re-integratieplichten werkgever en werknemer
- Sancties bij schending van de re-integratieplichten
mr. P. (Pieter) Fluit

Programma dag 2 Tweedaagse basiscursus Arbeidsrecht

09:00 – 09:30 uur
Ontvangst en inschrijving

09:30 – 11:00 uur
Arbeid & Conflict
- Dossieropbouw en ontslag
- Ontslag op staande voet
- Ontslag en ziekte
mr. A. (Anne) Merks

11:00 – 11:15 uur
Pauze

11:15 – 12:45 uur
Arbeid & Conflict (vervolg)
mr. A. (Anne) Merks

12:45 – 13:30 uur
Lunch

13:30 – 15:00 uur
UWV procedure
- Bedrijfseconomisch ontslag
mr. I. (Ivo) Boudrie

15:00 – 15:15 uur
Pauze

15:15 – 16:45 uur
Bewijsrecht in het arbeidsrecht
- Het wettelijk systeem
- Bewijsmiddelen
- Onrechtmatig verkregen bewijs
mr. I. (Ivo) Boudrie

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (werkgevers)

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid zijn de regels rondom ontslag veranderd. In deze factsheet staat op hoofdlijnen beschreven waarmee u rekening moet houden als u een werknemer om bedrijfseconomische redenen wil ontslaan. De Wet werk en zekerheid is van toepassing op ontslagprocedures die zijn gestart op of na 1 juli 2015.

Preventieve toets

Wilt u een werknemer wegens bedrijfseconomische redenen ontslaan? Dan moet u het ontslag vooraf laten toetsen. De wet bepaalt dat dit bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen door UWV wordt gedaan. UWV toetst of u heeft voldaan aan de eisen om het contract te beëindigen.

Uitzonderingen
Op deze hoofdregel, dat de preventieve toets bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen door UWV wordt uitgevoerd, is een aantal uitzonderingen:

- in de cao kan zijn afgesproken dat een cao-commissie de preventieve toets uitvoert bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen. Geldt voor u een dergelijke cao? Dan moet u deze cao-commissie om toestemming voor opzegging vragen. Zie voor meer informatie over de vereisten waaraan een cao- commissie moet voldoen, factsheet Ontslag en afwijkingen in de cao.
- heeft de werknemer een tijdelijk contract dat u niet tussentijds kunt opzeggen? En wilt u hem om bedrijfseconomische redenen ontslaan? Dan moet u de kantonrechter vragen het contract te ontbinden. De rechter toetst aan dezelfde criteria als UWV.

Uitzonderingen preventieve toets
De preventieve toetsing bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is niet verplicht:

- bij ontslag tijdens de proeftijd.
- als u een werknemer ontslaat omdat hij de AOW- of andere pensioengerechtigde leeftijd bereikt, of nadat die leeftijd is bereikt, terwijl het lopende arbeidscontract al voor die leeftijd is ingegaan.
- als u als particulier een werknemer wilt ontslaan die doorgaans minder dan vier dagen per week het huishouden voor u verzorgt.
- als u een bestuurder van een rechtspersoon wilt ontslaan.
- als u een werknemer wilt ontslaan die een geestelijk ambt bekleedt.
- als de werknemer schriftelijk instemt met het ontslag.
- als het contract met wederzijds goedvinden wordt beëindigd (zie hieronder).

Ontslag met wederzijds goedvinden

Willen u en uw werknemer het arbeidscontract met wederzijds goedvinden beëindigen? Dan moet u dit schriftelijk vastleggen in een overeenkomst. Bij beëindiging van een contract met wederzijds goedvinden bent u uw werknemer geen wettelijke transitievergoeding verschuldigd.

Bedenktermijn[1]

Willen u en uw werknemer het arbeidscontract met wederzijds goedvinden beëindigen? Dan geldt een bedenktermijn van 14 dagen na de ondertekening van de beëindigingsovereenkomst. In deze beëindigings-overeenkomst wijst u de werknemer erop dat deze een bedenktermijn van 14 dagen heeft. Doet u dit niet? Dan is de bedenktermijn niet 14, maar 21 dagen. De werknemer moet u schriftelijk laten weten dat hij zich heeft bedacht. Dit moet binnen de termijn door u zijn ontvangen. De werknemer hoeft geen reden te noemen waarom hij zich bedacht heeft. Heeft de werknemer zich binnen de bedenktermijn bedacht? Dan geldt alsnog de preventieve toets als u het ontslag wilt doorzetten. De bedenktermijn geldt niet als het om een contract gaat met een bestuurder van een rechtspersoon.

Heeft de werknemer laten weten dat hij zich heeft bedacht? En sluit hij binnen 6 maanden opnieuw een beëindigingsovereenkomst met u? Of stemt hij binnen 6 maanden opnieuw schriftelijk in met opzegging? Dan geldt de bedenktermijn niet.

[1] De bedenktermijn geldt ook in geval uw werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de opzegging van het arbeidscontract. De bedenktermijn is 14 dagen nadat de werknemer schriftelijk heeft ingestemd. U moet de werknemer binnen 2 werkdagen na de instemming schriftelijk wijzen op het recht om deze instemming binnen 14 dagen te herroepen.

Redelijke grond voor ontslag

U kunt een werknemer alleen ontslaan als daar een redelijke grond voor is. Dit geldt niet bij een ontslag tijdens de proeftijd of wegens het bereiken (of bereikt hebben) van de AOW-leeftijd of andere pensioengerechtigde leeftijd.

Bedrijfseconomische redenen zijn een voorbeeld van een redelijke grond.

Van een bedrijfseconomische reden voor ontslag is sprake als:

- er arbeidsplaatsen vervallen doordat werkzaamheden van de onderneming worden beëindigd.

OF

- het over een toekomstige periode van 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het treffen van maatregelen die voor een doelmatige bedrijfsvoering nodig zijn. Bijvoorbeeld omdat het bedrijf er financieel slecht voor staat of omdat er werkvermindering is.

De periode van 26 weken start op de dag waarop UWV een beslissing neemt over het verzoek om toestemming voor ontslag. Wordt het arbeidscontract ontbonden? Dan geldt als datum de dag waarop de kantonrechter beslist over het verzoek tot ontbinding.

Concern

Maakt uw onderneming onderdeel uit van een concern? Dan wordt de noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen beoordeeld aan de hand van de (bedrijfseconomische) omstandigheden bij de onderneming waar de arbeidsplaatsen vervallen.

Deeltijdontslag

Van deeltijdontslag is sprake als u een werknemer niet volledig maar voor een deel van zijn arbeidsuren ontslaat. Hij gaat dan bijvoorbeeld een dag minder werken. Deeltijdontslag is niet mogelijk, tenzij dit onvermijdelijk is. Wilt u werknemers een deeltijdontslag geven? Dan moet u hen eerst schriftelijk aanbieden het contract onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur. Dan kunt u deeltijdontslag aanvragen.

Onvermijdbaar deeltijdontslag
Een deeltijdontslag is bijvoorbeeld in onderstaand geval onvermijdbaar:

Een klein bedrijf dat zonwering plaatst, heeft twee monteurs in dienst. Door een halvering van de orderportefeuille zijn de montagewerkzaamheden structureel afgenomen. Aangezien het plaatsen van zware rolluiken de fysieke inzet van minimaal twee monteurs tegelijk vereist, kan het bedrijf niet volstaan met het in dienst houden van slechts één monteur. De werkgever kan in dit geval beide werknemers een nieuw contract voor minder uren aanbieden en deeltijdontslag geven.

Uitbesteding

Vervallen er arbeidsplaatsen door uitbesteding van werkzaamheden? En organiseert u die uitbesteding uitsluitend om vaste werknemers te vervangen door flexibele of goedkopere arbeidskrachten? Dan is er geen sprake van een redelijke grond voor ontslag, en wordt er dus geen toestemming voor ontslag verleend.

Wilt u werkzaamheden uitbesteden aan iemand die de werkzaamheden niet op basis van een arbeidscontract verricht? En wilt u om die reden een werknemer ontslaan? Dan kan dat alleen als u de werkzaamheden uitbesteedt aan een zelfstandig ondernemer. Deze moet ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel, beschikken over een VAR-wuo of VAR-dga en in fiscale zin als ondernemer worden aangemerkt.

Is het uitbesteden uitsluitend bedoeld om vaste werknemers te kunnen vervangen door flexibele of goedkopere zelfstandige arbeidskrachten? Dan is dit geen redelijke grond voor ontslag is en zal UWV geen toestemming verlenen.

Collectief ontslag en noodzaak verval arbeidsplaatsen

Als u 20 of meer werknemers wilt ontslaan binnen een periode van 3 maanden en binnen één werkgebied van UWV, moet u hiervan op grond van de 'Wet melding collectief ontslag' een melding doen bij UWV. Blijkt uit een verklaring van de betrokken werknemersvakbonden dat het noodzakelijk is dat u de werknemers ontslaat? Dan hoeft u de bedrijfseconomische noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen niet te onderbouwen. Onder ontslaan wordt hier ook verstaan beëindiging van het arbeidscontract wegens bedrijfseconomische redenen met wederzijds goedvinden.

Bepalen ontslagvolgorde

Wilt u een werknemer met een vast contract ontslaan? Dan moet u eerst afscheid nemen van anderen die hetzelfde werk doen op basis van een flexibele arbeidsrelatie. De contracten van deze werknemers of contracten voor ingeleend personeel moet u dan eerst beëindigen alvorens u de werknemer met een vast contract kan ontslaan.

Werknemers en ingeleend personeel waarvan u eerst afscheid moet nemen voordat u een werknemer met een vast contract kunt ontslaan zijn:

1. Externe medewerkers. Het gaat dan om zelfstandigen, of medewerkers die u heeft ingeleend van derden zoals bijvoorbeeld uitzendkrachten. Payrollwerknemers vallen niet onder 'ingeleend personeel', aangezien zij gelijkgesteld zijn aan werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever (van u).
2. AOW-gerechtigden (inclusief payrollwerknemers)
3. Oproepkrachten (inclusief payrollwerknemers)
4. Werknemers met een tijdelijk contract dat maximaal 26 weken zal voortduren (inclusief payrollwerknemers)

Uitzondering

- Verrichten deze werknemers of ingeleend personeel gedurende maximaal 26 weken werk van tijdelijke aard? In dit geval kunnen ze hun werkzaamheden voltooien en hoeven ze geen plaats te maken voor de werknemer met een vast contract.

Afspiegelingsbeginsel

Bij bedrijfseconomisch ontslag geldt het zogenoemde 'afspiegelingsbeginsel'. Dit bepaalt welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt als meerdere arbeidsplaatsen komen te vervallen binnen een categorie uitwisselbare functies. Daarbij wordt gekeken naar 5 leeftijdsgroepen. De leeftijdsgroepen zijn: 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 35 tot 45 jaar, 45 tot 55 jaar, 55 jaar en ouder. Gekeken wordt hoeveel werknemers van elke leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komen. Binnen de leeftijdsgroep komen de werknemers met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking. Is sprake van AOW-gerechtigden, oproepkrachten of werknemers die werken op een tijdelijk contract dat maximaal 26 weken zal voortduren? Dan moeten deze werknemers eerst worden ontslagen.

Het kan voorkomen dat de duur van het dienstverband van werknemers binnen dezelfde leeftijdscategorie hetzelfde is. Als er maar één werknemer uit deze leeftijdscategorie voor ontslag hoeft te worden voorgedragen, kiest u zelf van welke werknemer u afscheid neemt.

Als op enig moment twee of meer leeftijdscategorieën aangemerkt worden waaruit tegelijkertijd een werknemer voor ontslag zou moeten worden voorgedragen. Dan worden alle werknemers in deze leeftijdscategorieën samengenomen. Van deze werknemers moet dan de werknemer met het kortste dienstverband voor ontslag worden voorgedragen.

Werknemers die bij derden werken

Werkt de werknemer die voor ontslag in aanmerking komt bij een derde, onder de leiding en toezicht van die derde? Bijvoorbeeld omdat u hem heeft gedetacheerd? En is het niet mogelijk hem door een van uw andere werknemers te vervangen? Dan kunt u hem buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel laten vallen. U hoeft hem dan dus niet te ontslaan.

Of vervanging al dan niet redelijkerwijs mogelijk is, hangt af van verschillende omstandigheden. Bijvoorbeeld de mate waarin persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van uw werknemer voor de derde van belang zijn. Of hoe u normaal gesproken deze werknemer vervangt als hij bijvoorbeeld ziek is. En hoe u hem zou vervangen als de werknemer zelf besluit ontslag te nemen.

De onmisbare werknemer

Als een werknemer over bijzondere kennis en bekwaamheden beschikt, kan zijn of haar ontslag te veel bezwaren opleveren voor het functioneren van de onderneming. Is dat het geval? Dan mag u deze werknemer buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel laten. Een voorbeeld van een werknemer met bijzondere kennis en vaardigheden is iemand met een langdurig dienstverband bij een onderneming, die binnen de onderneming diverse functies heeft vervuld en vanwege zijn grote (ook historische) kennis over de onderneming onmisbaar is voor de werkgever. Het gaat dus om kennis en vaardigheden die niet vereist zijn om de functie uit te oefenen.

Werknemers met een arbeidsbeperking

Werknemers met een arbeidsbeperking kunt u buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel laten. Deze mogelijkheid hangt samen met de afspraak die het kabinet en werkgevers met elkaar hebben gemaakt over het in dienst nemen van mensen met een arbeidsbeperking. Heeft u in een categorie uitwisselbare functies meerdere werknemers met een arbeidsbeperking in dienst? En wenst u deze werknemers niet allemaal buiten het afspiegelingsbeginsel te laten? Dan moet u de werknemers met een arbeidsbeperking die op basis van het afspiegelingsbeginsel als eerste voor ontslag in aanmerking komen, als eerste voordragen voor ontslag.

Werknemers met een loonkostensubsidie

Als een werknemer werkt met een voor hem of haar bestemde (dus persoonsgebonden) loonkostensubsidie en de arbeidsplaats komt te vervallen wegens het verval van deze loonkostensubsidie, dan hoeft het afspiegelingsbeginsel niet te worden toegepast. Deze regeling geldt niet als deze werknemer in feite hetzelfde (reguliere) werk doet en even productief is als andere werknemers waarvoor geen loonkostensubsidie is verleend.

Peildatum afspiegeling

Het moment waarop u het verzoek om toestemming voor de beëindiging van de contracten indient, is de peildatum voor de afspiegeling. Het aantal medewerkers binnen de categorie uitwisselbare functies dat op dat moment bij u in dienst is, vormt het uitgangspunt. Er kan voor een eerdere peildatum worden gekozen als dat redelijk is. Bijvoorbeeld bij een reorganisatie waar werknemers al eerder boventallig zijn verklaard. De peildatum kan niet liggen voor het moment waarop de werknemers over het verval van arbeidsplaatsen zijn geïnformeerd.

Uitwisselbaarheid functies

Functies zijn uitwisselbaar als zij vergelijkbaar zijn op het gebied van:

- inhoud van de functie.
- kennis, vaardigheden en competenties die de functie vereist.
- de tijdelijke of structurele aard van de functie.
- het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn.

Afzonderlijke bedrijfsvestiging

Het afspiegelingsbeginsel gaat uit van de uitwisselbare functies binnen uw onderneming. Vervallen er binnen een afzonderlijke bedrijfsvestiging functies? Dan kunt u uitgaan van uitwisselbare functies binnen de betreffende bedrijfsvestiging. Een bedrijfsvestiging is een onderdeel van uw onderneming dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid is te herkennen en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft.

In sommige gevallen worden uitwisselbare functies bij verschillende ondernemingen of bedrijfsvestigingen van u samengevoegd. Bijvoorbeeld als u het personeel van twee of meer bedrijfsvestigingen regelmatig onderling uitwisselt. Of als twee of meer bedrijfsvestigingen organisatorisch worden samengevoegd. Bijvoorbeeld vanwege kostenbesparing en synergie-effecten.

Voor uitzendwerkgevers gelden andere regels. Ook als bij u arbeidsplaatsen op het gebied van zorg, welzijn en maatschappelijke dienstverlening vervallen, kunnen andere regels gelden. Deze staan in de Ontslagregeling.

Berekening duur dienstverband

Voor de berekening van de duur van het dienstverband telt u alle voorafgaande contracten die de werknemer bij uw onderneming heeft gehad bij het huidige contract op. Als het om meerdere contracten gaat, dienen deze elkaar te hebben opgevolgd met tussenperiodes van maximaal zes maanden, anders tellen ze niet mee. Voor opvolgende contracten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 geldt dat u ze alleen bij elkaar mag optellen als ze elkaar hebben opgevolgd met een tussenperiode van maximaal 3 maanden. Voor alle contracten die voorafgaand aan het laatste contract dat voor 1 juli 2015 is aangegaan, geldt dus dat ze alleen worden samengeteld als de onderbreking drie maanden of korter was.

Is de werknemer achtereenvolgens in dienst geweest bij verschillende werkgevers die samen een groep vormen, waarvan u ook deel uitmaakt? En is bij cao overeengekomen dat deze werknemers regelmatig binnen deze groep van functie veranderen? Dan dient u die contractperiodes ook bij elkaar op te tellen.

Werkgevers mogen in de volgende gevallen bij cao afwijken van de wet:

1. Met 10 procent afwijken

In een cao kan zijn afgesproken dat de werkgever voor 10 procent mag afwijken van het afspiegelingsbeginsel en andere werknemers voor ontslag mag voordragen. Is dat afgesproken? Dan mag de werkgever voor 10 procent van het aantal werknemers dat voor ontslag moet worden voorgedragen andere werknemers voordragen dan hij op basis van het afspiegelingsbeginsel had moeten doen. U kunt alleen van deze 10%-regel gebruik maken als is voldaan aan een aantal vereisten die zijn beschreven in de Ontslagregeling. U mag bijvoorbeeld alleen afwijken om werknemers die meer dan gemiddeld functioneren te behouden. Of om werknemers te behouden die over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst. U moet werknemers dezelfde kansen hebben gegeven. U moet dan ook een personeelsbeleid hanteren waarvan het periodiek beoordelen van werknemers en identificeren van werknemers met veel potentie onderdeel uitmaakt. Werknemers moeten van tevoren weten dat hun functioneren deel uit kan maken van de beoordeling wie voor ontslag in aanmerking komt. Het gebruikmaken van de 10%-regel mag niet leiden tot extra ontslagen in de jongste en oudste leeftijdscategorie van het afspiegelingsbeginsel.

2. Andere ontslagvolgorde
In een cao kunnen andere regels voor de ontslagvolgorde worden opgenomen. Is dat het geval? Dan gelden de regels van het afspiegelingsbeginsel niet. Er kunnen alleen andere regels worden afgesproken als een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige cao-commissie het ontslag vooraf toetst. De in de cao opgestelde criteria voor het bepalen van de ontslagvolgorde mogen niet strijdig zijn met wet- en regelgeving. Zoals bijvoorbeeld de gelijke behandelingswetgeving.

Herplaatsing

U kunt een werknemer alleen ontslaan als herplaatsing van de werknemer op een andere passende functie niet mogelijk is binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing. Tenzij herplaatsing niet in de rede ligt.

Termijn
Als redelijke termijn voor herplaatsing geldt uw wettelijke opzegtermijn. Deze termijn is 1 tot 4 maanden, afhankelijk van hoe lang het dienstverband van de werknemer heeft geduurd. Voor een werknemer met een arbeidshandicap is de redelijke termijn voor herplaatsing 26 weken. Hoofdregel is dat de redelijke termijn begint te lopen op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor opzegging. Of het moment van ontbinding van het arbeidscontract.

Passende functie
Een functie is passend als deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Of er een passende functie beschikbaar is, hangt af van:
- of er een vacature is of zal zijn binnen een redelijke termijn (wettelijke opzegtermijn, respectievelijk 26 weken).
- of er bij u op basis van een uitzendcontract, tijdelijk contract of oproepcontract werknemers werken of zijn ingeleend via een derde (payrollwerknemers uitgezonderd). Uitzendkrachten, andere ingeleende personen (payrollwerknemers uitgezonderd) en werknemers met een tijdelijk contract of oproepcontract maken in dat geval plaats voor een werknemer met een vast contract. Dit geldt niet als de uitzendkrachten, werknemers met een tijdelijk contract of oproepcontract of de ingeleende personen werkzaamheden van tijdelijke aard verrichten voor maximaal 26 weken.

Uitzonderingen:
De verplichting tot herplaatsing geldt niet:
- voor werknemers die een geestelijk ambt bekleden.
- bij een ontslag tijdens de proeftijd.
- bij ontslag in verband met het bereiken (of bereikt hebben) van de pensioengerechtigde leeftijd.

Opzegverboden

U kunt een werknemer niet ontslaan als er sprake is van een opzegverbod. De wet bevat net als voorheen twee soorten opzegverboden. Deze 'wegens' en 'tijdens' opzegverboden staan hieronder kort toegelicht:

'Wegens' opzegverboden
U mag een werknemer niet ontslaan 'wegens':

- lidmaatschap van een vakbond.
- het bijwonen van vergaderingen van de Eerste Kamer of vertegenwoordigende organen van publiekrechtelijke lichamen die bij rechtstreekse verkiezing worden samengesteld en commissies uit deze organen (m.u.v. de Tweede Kamer).
- het opnemen van zijn recht op adoptieverlof, verlof voor het opnemen van een pleegkind, kort- en langdurend zorgverlof, of het opnemen van ouderschapsverlof.
- overgang van onderneming.
- het niet willen werken op zondag.

Zogenoemde 'wegens' opzegverboden gelden altijd.
Hier bestaan geen uitzonderingen op.

'Tijdens' opzegverboden[2]
U mag een werknemer niet ontslaan 'tijdens':

- ziekte.
- zwangerschap en bevalling, en zwangerschaps- en bevallingsverlof, en 6 weken nadat de werkneemster haar werk heeft hervat na het einde van het bevallingsverlof. Of 6 weken nadat de werkneemster haar werk heeft hervat na het einde van ziekte die volgde op bevallingsverlof waarbij zwangerschap of bevalling de oorzaak van de ziekte was.
- militaire of vervangende dienst.
- lidmaatschap van een medezeggenschapsorgaan.
- kandidaatschap voor een medezeggenschapsorgaan.
- de twee jaar nadat de werknemer lid was van een medezeggenschapsorgaan.
- lidmaatschap van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad.
- werk als deskundig werknemer in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet.
- werk als functionaris voor de gegevensbescherming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.

[2] In andere wettelijke voorschriften kunnen andere 'tijdens' opzegverboden voorkomen, zoals het opzegverbod tijdens lidmaatschap van het bestuur van een pensioenfonds.

Uitzonderingen
Er is een aantal uitzonderingen op de 'tijdens' opzegverboden.[3] De opzegverboden gelden niet als:
- de werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de opzegging (en dit niet binnen 14 dagen heeft herroepen).
- als de opzegging wordt gedaan tijdens de proeftijd.
- u de werknemer op staande voet ontslaat wegens een dringende reden.
- u het contract opzegt wegens het bereiken (of bereikt hebben) van de AOW- of andere pensioengerechtigde leeftijd.

Het opzegverbod tijdens ziekte geldt niet als:
- de werknemer ziek is geworden nadat een verzoek om toestemming voor opzegging of ontbinding van het contract is ontvangen.

Uitzonderingen wegens bedrijfseconomische redenen

Als er sprake is van bedrijfseconomisch ontslag dan geldt een aantal uitzonderingen op de 'tijdens' opzegverboden[4]:
- bij een beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming gelden alle hierboven vermelde 'tijdens' opzegverboden niet. De enige uitzondering hierop is de werkneemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof heeft. Voor haar blijft het opzegverbod gewoon gelden.
- bij beëindiging van de werkzaamheden van een onderdeel van de onderneming waar de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkt, geldt een aantal 'tijdens' opzegverboden niet. Voorwaarde voor deze uitzonderingen is, dat de werknemer minstens 26 weken werkt op de arbeidsplaats die vervalt. U mag het contract ondanks onderstaande verboden opzeggen. Dit is het geval als de werknemer:
  - zwanger is of is bevallen. De uitzondering op het opzegverbod geldt echter niet tijdens zwangerschaps- of bevallingsverlof.
  - de militaire of vervangende dienst vervult.
  - lid is van een medezeggenschapsorgaan.
  - kandidaat is voor een medezeggenschapsorgaan.
  - korter dan twee jaar geleden lid was van een medezeggenschapsorgaan.
  - lid is van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad.
  - werkt als deskundig werknemer in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet.
  - werkt als functionaris voor de gegevensbescherming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.
- bij andere 'bedrijfseconomische redenen' dan de twee hiervoor vermelde situaties, geldt ook een aantal opzegverboden niet. Ook hiervoor geldt de voorwaarde dat de werknemer minstens 26 weken werkzaam is op de arbeidsplaats die vervalt. U mag het contract bij andere bedrijfseconomische redenen ondanks onderstaande verboden opzeggen. Dit is het geval als de werknemer:
  - lid is van een medezeggenschapsorgaan.
  - kandidaat is voor een medezeggenschapsorgaan.
  - korter dan twee jaar geleden lid was van een medezeggenschapsorgaan.
  - lid is van een voorbereidingscommissie van een ondernemingsraad.
  - werkt als deskundig werknemer in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet.
  - werkt als functionaris voor de gegevensbescherming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.

Toch toestemming bij 'tijdens' opzegverbod
Is het redelijk ervan uit te gaan dat het 'tijdens' opzegverbod niet meer geldt binnen vier weken na de dag waarop UWV een beslissing zal nemen? Bijvoorbeeld omdat de werknemer dan weer aan het werk is na zwangerschapsverlof? Dan kan UWV toestemming geven voor ontslag

Procedure UWV

Het verzoek om toestemming voor opzegging van het contract, dient u schriftelijk in op het daarvoor bestemde formulier van UWV. De procedure verloopt zo veel mogelijk langs elektronische weg. Zijn de door u verstrekte gegevens onvoldoende voor een beoordeling? Dan vraagt UWV u het verzoek aan te vullen. Dit moet u binnen 8 dagen nadat UWV dit u heeft medegedeeld, doen. Is uw verzoek daarna onvolledig? Dan kan UWV besluiten uw verzoek niet in behandeling te nemen.

Verweer werknemer
Als het verzoek volledig is, brengt UWV uw werknemer hiervan op de hoogte. UWV stelt uw werknemer vervolgens in de gelegenheid om binnen 14 dagen verweer te voeren. Uw werknemer krijgt hiervoor een formulier van UWV.

Meer informatie
Geeft UWV aan dat het op basis van het verzoek en het verweer nog geen beslissing kan nemen? Dan kan UWV achtereenvolgens u en de werknemer vragen om binnen 7 dagen nogmaals de kijk van u beiden op de zaak te geven.

[3] Deze uitzonderingen gelden ook voor andere opzegverboden die naar aard en strekking vergelijkbaar zijn met deze 'tijdens' opzegverboden.
[4] Deze uitzonderingen gelden ook voor andere opzegverboden die naar aard en strekking vergelijkbaar zijn met deze 'tijdens' opzegverboden als hier opgenomen.

Beslissingstermijn
UWV streeft naar een afhandeling binnen 4 weken. Als UWV meer informatie nodig heeft van u en uw werknemer dan de informatie die in het verzoek en het verweer is opgenomen, is de termijn langer. Dat geldt ook als UWV de ontslagadviescommissie om advies vraagt.

Ontslagadviescommissie
UWV kan bij bedrijfseconomisch ontslag besluiten de zaak voor te leggen aan de ontslagadviescommissie. Deze commissie bestaat uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties. UWV vraagt alleen advies als er onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de regels bij de beslissing die moet worden genomen. Of als er (sector) specifieke kennis nodig is voor een goede beoordeling van het verzoek.

Toestemming UWV (of cao-commissie)
UWV (of de cao-commissie) laat schriftelijk weten of u de werknemer mag ontslaan. U en uw werknemer krijgen gelijktijdig bericht. In het bericht staat ook vermeld wanneer UWV het volledige verzoek om toestemming heeft ontvangen. Heeft UWV (of de cao-commissie) toestemming verleend? Dan kunt u het contract binnen vier weken opzeggen. Dit doet u schriftelijk. U vermeldt hierbij de reden voor de opzegging.

Opzegtermijn verkort met proceduretijd
Bij de opzegging dient u rekening te houden met de voor u geldende opzegtermijn. De opzegtermijn wordt verkort met de proceduretijd, de tijd die de procedure bij UWV (of cao-commissie) heeft geduurd. Wel moet altijd minstens één maand opzegtermijn overblijven.

Procedure kantonrechter

Wilt u een werknemer ontslaan die een tijdelijk contract heeft dat niet tussentijds kan worden opgezegd? Dan kunt u de kantonrechter vragen het contract te ontbinden.

Verzoekschrift en verweer en toets aan dezelfde criteria als UWV
De kantonrechter behandelt het verzoekschrift binnen 4 weken na de week waarin het verzoek is ingediend. De kantonrechter toetst aan dezelfde criteria als UWV. De kantonrechter kan het verzoek alleen inwilligen als is voldaan aan de voorwaarden voor een redelijke grond voor ontslag, en als herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Ook mag er geen opzegverbod gelden.

Tijdstip ontbinding
De kantonrechter bepaalt het tijdstip waarop het contract dat niet tussentijds kan worden opgezegd, eindigt.

Vergoeding bij tijdelijk contract zonder tussentijdse opzegmogelijkheid
Gaat het om een tijdelijk contract zonder tussentijdse opzegmogelijkheid? Dan kan de rechter de werknemer een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag aan loon over de resterende duur van het contract.

Kantonrechter na weigering toestemming UWV (of cao-commissie)
Heeft UWV (of de cao-commissie) toestemming voor opzegging van een vast contract of tijdelijk contract met tussentijdse opzegmogelijkheid geweigerd en kunt u zich hier niet in vinden? Dan kunt u de kantonrechter verzoeken het contract te ontbinden. U moet dit verzoek binnen 2 maanden na de dag van weigering, indienen. De kantonrechter toetst aan dezelfde criteria als het UWV (of de cao-commissie). Zie voor meer informatie het Factsheet Vervolgstappen: kantonrechter, hoger beroep en cassatie.

Transitievergoeding

Werknemers die minstens 2 jaar in dienst waren, hebben bij ontslag of het niet verlengen van een tijdelijk contract recht op een transitievergoeding.[5] Zie voor meer informatie hierover, (zoals over voorwaarden, uitzonderingen, de berekening van de transitievergoeding en de mogelijkheden om gemaakte transitie- en inzetbaarheidskosten hierop in mindering te brengen), de factsheet Transitievergoeding.

Vervolgstappen

Herstel ontslag
Is uw werknemer het niet eens met de opzegging van het contract? Dan kan de werknemer de kantonrechter binnen 2 maanden na de opzegging verzoeken om het contract te herstellen. De werknemer kan in plaats daarvan ook vragen om een billijke vergoeding als herstel in redelijkheid niet mogelijk is door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van uzelf.

[5] Beoogd is dat per 1 januari 2018 zal gelden dat bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van de transitievergoeding (mits de Tweede en de Eerste Kamer met dit voorstel instemmen). Daarbij vervalt het vereiste dat de cao een 'gelijkwaardige voorziening' moet bevatten. Wel moet de cao voorzien in een redelijke financiële vergoeding of in voorzieningen die de kans op nieuw werk vergroten.

Hoger beroep
Bent u het niet eens is met de uitspraak van de kantonrechter? Dan kunt u hiertegen in hoger beroep gaan. Ook uw werknemer kan in hoger beroep gaan tegen de uitspraak van de kantonrechter. Zie voor meer informatie hierover en over de mogelijkheid van cassatie factsheet Vervolgstappen: kantonrechter, hoger beroep en cassatie.

Wederindiensttredingsvoorwaarde

Bij de beoordeling of arbeidsplaatsten structureel komen te vervallen, wordt 26 weken vooruit gekeken. Deze periode begint te lopen op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van het contract. Trekt het werk in die periode van 26 weken weer aan? En wil u daarvoor personeel aantrekken? Dan geldt de wederindiensttredingsvoorwaarde. Dit houdt in dat u eerst de werknemer die is ontslagen een aanbod moet doen om tegen de gebruikelijke voorwaarden zijn (oude) werk te hervatten. Doet u dit niet? Dan kan de werknemer de kantonrechter vragen om de opzegging van zijn contract te vernietigen. Als het contract ontbonden is geweest door de kantonrechter, kan de werknemer de kantonrechter verzoeken om u op te dragen het contract te herstellen. De werknemer kan er in beide gevallen ook voor kiezen om, in plaats van vernietiging of herstel, om een billijke vergoeding te vragen. Deze vergoeding komt voor uw rekening.

De werknemer moet het verzoekschrift indienen bij de kantonrechter binnen 2 maanden na de dag dat hem bekend is (of had kunnen zijn) dat u zich niet aan de wederindiensttredingsvoorwaarde heeft gehouden, maar ten laatste binnen 2 maanden na de dag waarop de termijn van 26 weken is verstreken. Na deze 2 maanden vervalt die mogelijkheid.

Uitzondering op wederindiensttredingsvoorwaarde
Heeft u de werknemer ontslagen, omdat u werkzaamheden heeft uitbesteed aan een zelfstandig ondernemer? Dan geldt de wederindiensttredingsvoorwaarde niet. De zelfstandig ondernemer moet ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel, beschikken over een VAR-wuo of VAR-dga en moet in fiscale zin ondernemer zijn. De wederindiensttredingsvoorwaarde geldt wel als het arbeidscontract niet was beëindigd wegens uitbesteding aan een zelfstandig ondernemer en de werkgever die vroegere werkzaamheden niettemin door een 'echte' zelfstandige of een ander laat verrichten.

Colofon

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
mei 2017

Voor meer informatie:
www.rijksoverheid.nl
Informatie Rijksoverheid 1400.

De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling

F.M. Dekker, actueel tot 27-07-2015

Actueel tot	27-07-2015
Auteur	F.M. Dekker[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht (V) Arbeidsrecht / Algemeen

1. Inleiding

Het sinds 1 juli van dit jaar geldende ontslagrecht biedt op verschillende plaatsen de mogelijkheid voor nadere uitwerking bij AMvB of ministeriële regeling. Soms gaat het om een bevoegdheid nadere regels te stellen, soms om een verplichting daartoe. Inmiddels zijn zeven AMvB's en/of ministeriële regelingen gepubliceerd. In dit artikel staan twee daarvan centraal: de *Regeling UWV ontslagprocedure* (*Stcrt.* 2015, 12688) en de *Ontslagregeling* (*Stcrt.* 2015, 12685).[2] Deze twee regelingen betreffen de 'vervangers' van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna kortweg: "**de Beleidsregels**"). De bedoeling van dit artikel is een kort overzicht te bieden van de inhoud van deze regelingen, onder vermelding van de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van het oude recht.

2. De Regeling UWV ontslagprocedure

De Regeling UWV ontslagprocedure is gebaseerd op artikel 7:671a lid 8 BW, welk artikellid de Minister van SZW (hierna: "de minister") verplicht nadere regels te stellen met betrekking tot de procedure voor het verkrijgen van toestemming voor opzegging door het UWV. De Regeling UWV ontslagprocedure komt in grote lijnen overeen met hoofdstuk 2 van het Ontslagbesluit en de corresponderende hoofdstukken uit de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (met name hoofdstuk 2). In procedureel opzicht is dus weinig veranderd, zij het dat de procedure iets sneller zou moeten verlopen. Al in de memorie van toelichting bij de WWZ gaf de regering aan dat ontslagaanvragen in principe binnen een termijn van vier weken moeten worden afgehandeld (voor zover de zorgvuldigheid hieraan niet in de weg staat).[3] Dit uitgangspunt is in de toelichting bij de Regeling UWV ontslagprocedure herhaald, waarbij expliciet wordt opgemerkt dat deze vier wekentermijn (pas) begint te lopen op het moment dat een *volledig* toestemmingsverzoek is ontvangen.[4] Het uitgangspunt van een procedureduur van vier weken gaat evenwel uit van een beslissing van het UWV na één schriftelijke ronde. Ingeval een tweede schriftelijke ronde nodig is, een mondelinge behandeling wordt gehouden of advies wordt gevraagd aan de ontslagadviescommissie of een andere deskundige (verzekeringsarts of arbeidsdeskundige) loopt de procedure vertraging op.

2.1 Versnelling procedure

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Ter versnelling van de UWV-procedure zijn enkele kleine wijzigingen aangebracht. In dit verband valt allereerst te wijzen op de verkorting van de reactietermijnen voor re- en dupliek van tien naar zeven dagen (artikel 4 lid 2). Daarnaast is de procedure geüniformeerd doordat het UWV formulieren beschikbaar heeft gesteld voor zowel het verzoek om toestemming als voor het verweer van de werknemer (artikel 2), welke formulieren door de minister verplicht zijn voorgeschreven.[5] De indiening van deze formulieren verloopt zoveel mogelijk via elektronische weg. Een belangrijker wijziging in dit kader is dat het UWV niet langer verplicht is advies te vragen aan de ontslagadviescommissie (artikel 6). Voor het inwinnen van een dergelijk advies bestaat bij een ontslagaanvraag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (de zogenoemde b-grond) volgens de minister überhaupt geen aanleiding. In geval van een ontslag om bedrijfseconomische redenen (de a-grond) moet dit worden beperkt tot situaties waarin onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de relevante regels en waarin (sector)specifieke kennis noodzakelijk is voor het kunnen beoordelen van het verzoek.[6]

2.2 Mondelinge behandeling

De Regeling UWV ontslagprocedure bepaalt niets omtrent de mogelijkheid van een mondelinge behandeling. Dat deed het Ontslagbesluit echter ook niet. De bevoegdheid een mondelinge behandeling te gelasten vloeide voort uit het zorgvuldigheidsbeginsel en het stelsel van de Awb.[7] In de memorie van toelichting bij de WWZ is geschetst hoe de UWV-procedure er op hoofdlijnen uit zal komen te zien. Opgemerkt werd dat de procedure bij een bedrijfseconomische ontslagaanvraag in beginsel in één schriftelijke ronde zal verlopen. Bij een voorgenomen ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid ligt een tweede ronde daarentegen eerder in de rede, waarbij het ter discretie van het UWV staat of deze ronde schriftelijk of mondeling moet zijn.[8] Hieruit kan worden opgemaakt dat een mondelinge behandeling nog steeds tot de mogelijkheden behoort.

2.3 Toepasselijkheid opzegverbod

De Regeling UWV ontslagprocedure bevat twee nieuwigheden. De eerste is dat het UWV de verzochte toestemming ingevolge artikel 7 moet weigeren, indien uit het verzoek of tijdens de behandeling daarvan aan het licht komt dat een *tijdens*-opzegverbod van toepassing is, tenzij redelijkerwijs mag worden verwacht dat het opzegverbod binnen vier weken na de dag van de beschikking van het UWV niet meer geldt. In hoofdstuk 1 van de Beleidsregels was daarentegen uitdrukkelijk opgenomen dat het UWV niet treedt in de rechtsvraag of de arbeidsverhouding ook naar civiel recht kan worden opgezegd. Om die reden bevatte elke ontslagvergunning standaard de disclaimer dat het mogelijk is dat de werkgever, ook al heeft hij een ontslagvergunning, volgens wetgeving of cao toch niet kan opzeggen.[9] Thans is dit dus anders en wordt de ontslagvergunning geweigerd als een ontslagverbod van toepassing is. Hieruit mag uiteraard niet *a contrario* worden afgeleid dat als een ontslagvergunning wordt afgegeven, er *dus* geen opzegverbod geldt.[10] De termijn van vier weken correspondeert overigens met de geldigheidsduur van een ontslagvergunning (artikel 7:671a lid 6 BW). Ingeval het opzegverbod pas na meer dan vier weken na de beschikking van het UWV ophoudt te gelden, kan de werkgever dus reeds om die reden niet opzeggen.

2.4 Overbruggingsregeling transitievergoeding

Een tweede nieuwigheid betreft artikel 8 Regeling UWV Ontslagprocedure. Op grond van dat artikel geeft het UWV desverzocht een oordeel omtrent de toepasselijkheid van de voorwaarden uit artikel

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

24 lid 2 onderdelen a t/m c Ontslagregeling (zie hierna). Het gaat hier om de vraag of de financiële situatie van de werkgever zodanig slecht is dat de diensttijd van de werknemer van vóór 1 mei 213 voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding buiten beschouwing mag worden gelaten (artikel 7:673d BW). De beslissing van het UWV is geen beschikking in de zin van de Awb, maar slechts een “niet op rechtsgevolg gerichte verklaring”, aldus de toelichting.[11] De vraag is wat de status van zo’n verklaring zal zijn. De verklaring is ook niet verplicht gesteld, maar wordt op verzoek van de werkgever dan wel de werknemer afgegeven en dient volgens artikel 8 leden 2 en 3 Regeling UWV ontslagprocedure tegelijk met het verzoek dan wel het verweer te worden aangevraagd bij het UWV.

2.5 Geen regels cao-commissie

Tot slot is vermeldenswaard dat de Regeling UWV ontslagprocedure geen regels bevat met betrekking tot de procedure van toestemmingverlening door een cao-commissie als bedoeld in artikel 7:671a lid 2 BW. De bevoegdheid tot het treffen van nadere regels voor die procedure is met een Nota van Wijziging bij de Verzamelwet SZW 2015 aan artikel 7:671a BW (in lid 10) toegevoegd. Blijkens de toelichting bij deze nota wacht de regering de tijdens de parlementaire behandeling toegezegde evaluatie van het nieuwe ontslagrecht af om te bezien of voor dergelijke nadere regels aanleiding bestaat.[12]

3. De Ontslagregeling

De Ontslagregeling heeft een brede grondslag: artikelen 7:669 lid 5 onderdelen a en b, 7:671a lid 7, 7:673a lid 3, 7:673c lid 2, 673d lid 1 en 682a BW en artikel 1 lid 1 onderdeel e en lid 2 WMCO. De kern van de Ontslagregeling bestaat uit nadere regels met betrekking tot de redelijke grond voor opzegging, de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn ex artikel 7:669 lid 1 BW (artikelen 2 t/m 10, 20 en 23) en de selectie van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers (artikelen 11 t/m 17 en 21). Op dit punt houdt de Ontslagregeling qua inhoud en uitgebreidheid het midden tussen het Ontslagbesluit en de Beleidsregels. In de Ontslagregeling zijn alleen die regels uit de Beleidsregels overgenomen, die materiële normen behelzen met betrekking tot ontslag van werknemers. Ter zake van andersoortige regels, zoals die inzake de door de werkgever aan te leveren gegevens voor het onderbouwen van de bedrijfseconomische noodzaak van ontslag, zal het UWV nog uitvoeringsregels uitvaardigen, zo blijkt uit de toelichting bij de Ontslagregeling.[13] De Ontslagregeling geeft voorts enkele additionele voorschriften met betrekking tot (de toepassing van) de wederindiensttredingsvoorwaarde (artikelen 18, 19 en 22), de transitievergoeding (artikelen 24 en 25) en de WMCO (artikelen 26 en 27). Bij de bespreking van de Ontslagregeling houd ik de volgorde van die regeling aan.

3.1 Redelijke grond voor ontslag

Na in het eerste artikel enkele definities te hebben gegeven van veelgebruikte begrippen, behandelt de Ontslagregeling in paragraaf 2 de redelijke grond voor ontslag. In deze paragraaf valt vooral op wat daarin *niet* is geregeld. Er wordt namelijk alleen ingekleurd wanneer een bedrijfseconomische noodzaak voor ontslag bestaat (de a-grond). De andere ‘redelijke gronden’ voor ontslag (de b- t/m h-gronden) worden niet behandeld. Deze ontslaggronden waren in de Beleidsregels wel nader uitgewerkt (hoofdstukken 25 t/m 31). In de toelichting is opgemerkt dat bij het opstellen van de Ontslagregeling mede acht is geslagen op hetgeen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels met

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

betrekking tot ontslag was geregeld, voor zover de betreffende bepalingen niet reeds hun weerslag hebben gevonden in de WWZ en de memorie van toelichting daarbij.[14] Kennelijk is de minister van mening dat dit laatste met betrekking tot de b- t/m h-gronden het geval is. Voor de invulling van die gronden zal men het derhalve moeten doen met de wettekst en het gestelde in de memorie van toelichting bij de WWZ.[15] Wat de bedrijfseconomische noodzaak voor ontslag betreft, brengt de Ontslagregeling in vergelijking met het oude recht overigens niet veel nieuws.

3.2 Herplaatsing in een passende functie binnen een redelijke termijn

Op grond van artikel 7:669 lid 1 BW kan een werkgever de arbeidsovereenkomst slechts opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De hier bedoelde redelijke termijn is ingevolge artikel 10 lid 1 Ontslagregeling gelijk aan de voor de werkgever geldende *wettelijke*[16] opzegtermijn. Voor een werknemer met een arbeidshandicap bedraagt deze echter 26 weken (in artikel 10 lid 3 Ontslagregeling is de definitie van ‘werknemer met arbeidshandicap’ te vinden). De redelijke termijn vangt aan op de dag waarop over het toestemmings- of ontbindingsverzoek wordt beslist (artikel 10 lid 4), tenzij sprake is van de beëindiging van een inleenopdracht, in welk geval de redelijke termijn begint te lopen op de dag waarop de inleenopdracht eindigt (artikel 10 lid 5).

Bij de beoordeling van de vraag of een passende functie beschikbaar is waarin de werknemer zou kunnen worden herplaatst, worden op grond artikel 9 Ontslagregeling arbeidsplaatsen betrokken (i) waarvoor een vacature bestaat of binnen de redelijke termijn zal ontstaan; en (ii) van tijdelijke of ingeleende werknemers (niet zijnde payrollwerknemers), tenzij zij werkzaamheden van niet-structurele aard verrichten. Laatstgenoemde categorieën werknemers moeten derhalve plaats maken ter voorkoming van ontslag van een werknemer met een vast dienstverband. Indien de werkgever tot een concern behoort, moeten ook de arbeidsplaatsen van groepsvennootschappen in de beoordeling worden betrokken (artikel 9 lid 2). Artikel 9 lid 3 Ontslagregeling bepaalt tot slot dat een functie passend is wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Opvallend is dat het loon niet wordt genoemd, terwijl dit volgens de Beleidsregels wel een relevant criterium was.[17]

3.3 Ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag

Voor de bepaling van de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is in beginsel nog steeds het afspiegelingsbeginsel leidend (artikel 11). Op enkele kleine punten na is de regeling uit het ontslagbesluit gehandhaafd. Afspiegelen geschiedt nog steeds per categorie uitwisselbare functies (artikel 13) en per bedrijfsvestiging (artikel 14), welk begrippen blijkens de toelichting op de Ontslagregeling dezelfde inhoud hebben als onder de vigeur van het oude recht.[18] De uitzonderingsmogelijkheden voor de gedetacheerde en de onmisbare werknemer zijn behouden (artikel 11 leden 4 en 5), hetgeen eveneens geldt voor bijlagen B en C bij het Ontslagbesluit (artikel 14 leden 3 t/m 5). De uitzondering wegens een slechte arbeidsmarktpositie (artikel 4:2 lid 6 (oud) Ontslagbesluit) en de inhoud van bijlage A bij het Ontslagbesluit zijn daarentegen geschrapt. In de toelichting bij de Ontslagregeling wordt helaas niet aangegeven waarom.

Nieuw is dat ingevolge artikel 16 Ontslagregeling maximaal 10% van het aantal voor ontslag in aanmerking komende werknemers bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

mag worden gelaten, mits de toepasselijke cao dit toestaat. De voorwaarden waaronder werknemers buiten het ontslag kunnen worden gehouden zijn evenwel streng. Dit kan uitsluitend indien:

a. aannemelijk is dat de werknemer bovengemiddeld functioneert dan wel naar verwachting in de toekomst zich bovengemiddeld zal ontwikkelen;
b. de werknemers periodiek zijn beoordeeld, waarbij steeds aangegeven is of van het onder a vermelde sprake is;
c. voor alle werknemers kenbaar is gemaakt dat (naar verwachting) bovengemiddeld functionerende werknemers buiten beschouwing gelaten kunnen worden bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel; en
d. aan alle werknemers dezelfde mogelijkheden zijn geboden om zich te ontwikkelen tot een bovengemiddeld functionerende werknemer.

Voorts geldt dat toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid er niet toe mag leiden dat meer werknemers uit de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar en van 55 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd voor ontslag in aanmerking worden gebracht.

Overigens kan het afspiegelingsbeginsel krachtens artikel 7:669 lid 6 BW bij cao geheel buiten spel worden gezet en worden vervangen door een eigen systematiek voor het bepalen van de ontslagvolgorde, wanneer een cao-commissie als bedoeld in artikel 671a lid 2 BW is ingesteld.

3.4 Eerst beëindigen van andere arbeidsrelaties

In artikel 7:671a lid 5 BW is geregeld dat de toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen wegens bedrijfseconomische omstandigheden alleen gegeven wordt nadat de werkgever de arbeidsrelatie heeft beëindigd met personen die werkzaam zijn (a) op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd; (b) als oproepkracht in de zin van artikel 7:628a BW; en (c) ingeleende krachten. De Ontslagregeling zondert in artikel 17 enkele categorieën werknemers van dit voorschrift uit. Dat betekent dat de toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen wegens een bedrijfseconomische reden wel kan worden verleend, als de in artikel 17 Ontslagregeling aangewezen arbeidsrelaties of overeenkomsten met betrekking tot ingeleend personeel niet zijn geëindigd.
Het gaat in de eerste plaats om werknemers waarvan de werkzaamheden tijdelijk van aard zijn, dat wil zeggen: korter dan 26 weken duren, en niet structureel zijn te maken. Let op: deze uitzondering ziet niet alleen op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, maar ook op de oproepkracht in de zin van artikel 7:628a BW en payrollwerknemers. Dat betekent dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de oproepkracht niet eerst hoeft te beëindigen, indien hij werkzaamheden van tijdelijke aard verricht. In de tweede plaats geldt de regeling uit artikel 7:671a lid BW niet voor werknemers van wie de resterende duur van de arbeidsovereenkomst meer bedraagt dan 26 weken. Deze werknemers worden, in tegenstelling tot werknemers van wie de resterende duur van de arbeidsovereenkomst minder dan 26 weken bedraagt, meegenomen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Samengenomen leiden voormelde twee uitzonderingen ertoe dat artikel 7:671a lid 5 onderdeel a BW slechts geldt voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een resterende duur van minder dan 26 weken, die betrekking hebben op (i) werkzaamheden van structurele aard; en (ii) werkzaamheden van tijdelijke aard die structureel zijn te maken.
Tot slot hoeft de werkgever niet eerst de inleenovereenkomst te beëindigen van de payrollwerknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een resterende looptijd van meer dan 26 weken, voor

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

zover voor deze werknemer uit het afspiegelingsbeginsel niet voortvloeit dat de opdrachtovereenkomst met de payrollwerkgever moet worden opgezegd. Deze laatste uitzondering is onderdeel van het pakket maatregelen om de ontslagbescherming niet te laten afwijken van de bescherming van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever (zie ook hierna paragraaf 3.6 over het ontslag van de payrollwerknemer).

3.5 De wederindiensttredingsvoorwaarde

Na een bedrijfseconomisch ontslag geldt voortaan op grond van de wet de wederindiensttredingsvoorwaarde (artikelen 681 lid 1 onderdelen d en e en 682 leden 4 en 5 BW). Artikel 18 Ontslagregeling noemt één situatie waarin deze voorwaarde buiten toepassing moet worden gelaten: ingeval de arbeidsovereenkomst is opgezegd wegens de uitbesteding van het werk van de voormalige werknemer aan een ‘echte’ zelfstandige. Van een echte zelfstandige is blijkens artikel 6 van de Ontslagregeling – samengevat weergegeven – sprake indien:

a. de ingehuurde persoon is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel;
b. aannemelijk is dat voordelen die uit de arbeidsrelatie kunnen worden aangemerkt als winst uit onderneming; en
c. deze persoon beschikt over een beschikking als bedoeld in artikel 3.156 of 3.157 Wet IB 2001, waaruit blijkt dat de voordelen die hij geniet of zal genieten uit de arbeidsrelatie worden aangemerkt als winst uit onderneming.

Deze uitzondering is begrijpelijk, omdat een dergelijke uitbesteding anders onmogelijk zou zijn (de werkgever zou immers per definitie de wederindiensttredingsvoorwaarde schenden).

3.6 Ontslag van de payrollwerknemer

Op 1 januari 2015 is aan het Ontslagbesluit een paragraaf 6a toegevoegd inzake het ontslag van een payrollwerknemer. De in artikelen 20 - 23 Ontslagregeling opgenomen regels komen daar materieel mee overeen. De strekking van deze regels is de ontslagbescherming van een payrollwerknemer gelijk te trekken met die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij diezelfde werkgever.[19] Kort gezegd komt het erop neer dat de vragen of een redelijke grond voor ontslag bestaat en welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen, moeten worden beantwoord alsof de payrollwerknemer in dienst is van de payroll-inlener (artikelen 20 en 21). Ook voor de toepassing van de wederindiensttredingsvoorwaarde geldt de payroll-inlener als de werkgever van de payrollwerknemer. Concreet betekent dit laatste dat, indien de payroll-inlener een vacature wil uitschrijven, hij de payrollwerknemer in de gelegenheid moet stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Doet de hij dat niet, dan kan de payrollwerknemer de opzegging vernietigen dan wel de arbeidsovereenkomst laten herstellen. Gevolg van dit laatste is dat de payrollwerknemer opnieuw in dienst treedt bij de *payrollwerkgever* (de payroll-uitlener).

3.7 De transitievergoeding

Artikelen 7:673a en 7:673d bevatten regelingen die niet gelden voor zogenoemde kleine werkgevers, dat wil zeggen werkgevers met minder dan 25 werknemers. Op grond van artikel 24 lid 1 Ontslagregeling is voor de vraag of sprake is van een kleine werkgever het personeelsbestand van het gehele concern waartoe de werkgever behoort maatgevend.

In artikel 7:673d BW is geregeld dat dienstjaren van de werknemer gelegen vóór 1 mei 2013 onder bij

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

ministeriële regeling te bepalen voorwaarden voor de berekening van de transitievergoeding buiten beschouwing worden gelaten als de werknemer in dienst is bij een kleine werkgever en de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens een slechte financiële situatie van de werkgever. Deze voorwaarden zijn te vinden in artikel 24 lid 2 Ontslagregeling. Kort gezegd luiden zij als volgt:

a. het netto resultaat was over de afgelopen drie boekjaren kleiner dan nul;
b. het eigen vermogen was aan het einde van het vorige boekjaar negatief; en
c. de waarde van de vlottende activa was aan het einde van het vorige boekjaar kleiner dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar.

Artikel 7:673c lid 2 BW biedt de werkgever de mogelijkheid de transitievergoeding in termijnen te betalen, indien een betaling ineens tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering zou leiden. In artikel 25 Ontslagregeling is geregeld dat de betaling in termijnen zich over maximaal zes maanden mag uitstrekken, te rekenen vanaf het moment waarop de wettelijke rente verschuldigd is over de transitievergoeding. De beoordeling van de vraag of een betaling ineens tot onaanvaardbare gevolgen leidt, is in de eerste plaats aan de werkgever, maar kan – op verzoek van de werknemer – door de rechter worden getoetst.[20]

3.8 WMCO

Artikel 26 Ontslagregeling regelt de indeling van de werkgebieden die bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een collectief ontslag als bedoeld in de WMCO. Deze indeling is gelijk aan die uit artikel 1:3 lid 1 (oud) Ontslagbesluit. Artikel 27 Ontslagregeling bepaalt tot slot dat voor de toepassing van de WMCO payrollwerknemers gelijkgesteld worden met ‘gewone’ werknemers. Dit betekent dat ook de beëindiging van de overeenkomst tussen de payroll-inlener en de payrollwerkgever meeteelt voor de vraag of sprake is van een collectief ontslag. Daarmee wordt bereikt dat payrollwerknemers ook in het kader van een collectief ontslag dezelfde bescherming genieten als werknemers die rechtstreeks bij de inlener in dienst zijn.

4. Slot

De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling ‘vervangen’ het Ontslagbesluit en de Beleidsregels. Inhoudelijk zijn die regelingen niet wereldschokkend. Het meest belangrijke is dat het UWV met betrekking tot de inrichting van de procedure betreffende het verlenen van een ontslagvergunning iets meer de vrijheid heeft dan onder het oude recht, met als doel deze procedure te versnellen. Wat de Ontslagregeling betreft, is eigenlijk het meest opvallende wat daarin niet is geregeld. Er staan vooral regels in die van belang zijn bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen. De andere in artikel 7:669 lid 3 BW genoemde redelijke ontslaggronden worden in het geheel niet behandeld, anders dan de verplichting tot herplaatsing, die voor vrijwel alle andere gronden ook geldt. Voor het overige moet men het derhalve doen met de wettekst en de memorie van toelichting bij de WWZ.

Voetnoten

[1]
Mr. F.M. Dekker is advocaat bij BarentsKrans.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[2]
De andere vijf regelingen zijn het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (*Stb.* 2014, 538), de Regeling looncomponenten en arbeidsduur (*Stcrt.* 2014, 36823), het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding (*Stb.* 2015, 171), het Besluit overgangsrecht transitievergoeding (*Stb.* 2015, 172), en de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter (*Stcrt.* 2015, 17972).

[3]
Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 624.

[4]
Stcrt. 2015, 12688, p. 4. Vergelijk ook artikel 7:672 lid 4 BW.

[5]
Besluit Verplicht gebruik ontslagaanvraagformulieren UWV (*Stcrt.* 2015, 17968).

[6]
Stcrt. 2015, 12688, p. 4.

[7]
Beleidsregels Ontslagtaak UWV, p. 4-2.

[8]
Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 624-625.

[9]
Beleidsregels Ontslagtaak UWV, p. 1-5.

[10]
Stcrt. 2015, 12688, p. 7.

[11]
Stcrt. 2015, 12688, p. 7.

[12]
Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 681.

[13]
Stcrt. 2015, 12685, p. 9. Inmiddels zijn op de website van het UWV uitvoeringsregels gepubliceerd inzake de herplaatsingsplicht (artikel 9 Ontslagregeling) en het afspiegelingsbeginsel (artikel 11 Ontslagregeling).

[14]
Stcrt. 2015, 12685, p. 9.

[15]
Zie op dit punt met name Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 451-453 en 457-459.

[16]
Er wordt slechts verwezen naar artikel 7:672 lid 2 BW en niet naar lid 5 van hetzelfde wetsartikel. Aangezien ook niet wordt verwezen naar het vierde lid van artikel 7:672 BW mag de opzegtermijn niet worden verkort met de duur van de UWV-procedure.

[17]
Beleidsregels Ontslagtaak UWV, p. 20-3.

[18]
Vergelijk *Stcrt.* 2015, 12685, p. 19-21.

[19]
Vergelijk *Stcrt.* 2015, 12685, p. 25.

[20]
Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 887.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 04-04-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de ‘Expat/Shell’-beschikking: eindelijk duidelijkheid?

S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, datum 17-04-2019

Datum
17-04-2019

Auteur
S. Gerritse & S.E.J.M. van Well[4]

Auteursprofiel
S. Gerritse
S.E.J.M. van Well

Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)

JCDI
JCDI:ADS46651:1

Vakgebied(en)
Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: ‘Wwz’) is het herplaatsingsvereiste [1] gecodificeerd in de wet. Deze codificering heeft voor veel verwarring gezorgd. Zo is niet alleen de wettekst (artikel 7:669 lid 1 BW) en de lagere regelgeving onduidelijk, maar lijkt ook de parlementaire geschiedenis een bron van verwarring te zijn. Dit heeft onder andere in de vakliteratuur tot een discussie geleid over de inhoud en de reikwijdte van het herplaatsingsvereiste.[2] De Hoge Raad heeft in zijn *Expat/Shell*-beschikking van 18 januari 2019 enige duidelijkheid gegeven.[3] In dit artikel zullen we de betekenis van deze beschikking voor de arbeidsrechtpraktijk duiden. We zullen hierbij ingaan op de vraag of het herplaatsingsvereiste nog steeds een redelijkheidsnorm kent. Vervolgens zullen wij ingaan op de reikwijdte van het herplaatsingsvereiste in internationaal concernverband, waarbij we bespreken welke categorie functies in ogenschouw dienen te worden genomen en hoever de inspanningen van de werkgever ten aanzien van herplaatsing in internationaal concernverband dienen te reiken.

S. Gerritse & S.E.J.M. van Well[4]

1. De inhoud van het herplaatsingsvereiste

Op grond van artikel 7:669 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen indien hij een redelijke grond heeft en ‘herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt’. Herplaatsing ligt volgens de wetgever in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (*de e-grond*). Het voorgaande betekent logischerwijs dat, afhankelijk van de grond voor ontslag, het UWV of de rechter pas toekomt aan het toetsen aan het herplaatsingsvereiste indien vaststaat dat sprake is van een voldragen redelijke grond.[5] Indien herplaatsing vervolgens mogelijk is of in de rede ligt, dan dient het UWV aan de werkgever toestemming voor de opzegging te onthouden of dient de rechter de arbeidsovereenkomst niet te ontbinden. Het gaat hier namelijk om een zogeheten ‘Obliegenheit’. [6] Ofwel, de niet-inachtneming van het herplaatsingsvereiste verschaft geen rechten aan de werknemer maar beïnvloedt wel de rechtspositie van de werkgever (er kan niet tot ontslag worden overgegaan).[7]

2. Is sprake van een wijziging?

Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever met de codificering van het herplaatsingsvereiste geen wijziging beoogd ten opzichte van hetgeen hierover in het Ontslagbesluit was geregeld.[8] Het doel was slechts de rechtszekerheid te bevorderen en juridisering van ontslag te voorkomen door middel van het opnemen van zo concreet mogelijke normen in de wet en lagere regelgeving.[9] In de vakliteratuur zijn hierbij vraagtekens geplaatst.[10] Zo ligt volgens de Graaf – anders dan vóór de invoering van de Wwz – herplaatsing slechts in uitzonderlijke situaties ‘ *niet in de rede’* .[11] Met de woordkeuze ‘niet in de rede’ lijkt de wetgever volgens hem te hebben ingespeeld op situaties waarin de werkgever simpelweg niet toekomt aan het verrichten van herplaatsingsinspanningen en dus niet op situaties waarin herplaatsing wel ‘mogelijk is’, [12]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

maar er een goede reden is om niet tot herplaatsing over te gaan.[12] Door verscheidene auteurs is dan ook betoogd dat het herplaatsingsvereiste na de invoering van de Wwz is verruimd.[13]

2.1 De Expat/Shell-beschikking: het herplaatsingsvereiste kent nog steeds een redelijkheidsnorm

De vraag of het herplaatsingsvereiste van artikel 7:669 lid 1 een 'individuele redelijkheidstoets' vergt is uiteindelijk door de Hoge Raad beantwoord in de *Expat/Shell*-beschikking.[14] In cassatie kwam de vraag aan bod of het gerechtshof Den Haag heeft mogen oordelen dat herplaatsing binnen het Shell concern niet mogelijk was of niet in de rede lag. Het hof had ten aanzien van dit oordeel overwogen dat deze norm een individuele redelijkheidstoets vergt, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval.[15] De rechtsklacht van de voormalige expat behelst dat herplaatsing slechts niet in de rede ligt in gevallen waarin herplaatsing (in het geheel) 'niet logisch is'. [16] De Hoge Raad overweegt echter dat uit de parlementaire geschiedenis van het thans in artikel 7:669 lid 1 BW neergelegde herplaatsingsvereiste en de toelichting op de Ontslagregeling volgt dat de wetgever met de invoering van de Wwz geen breuk met het tot 1 juli 2015 geldende recht heeft beoogd.[17] De Hoge Raad concludeert dan ook dat 'moet worden aangenomen dat met het gebruik van het begrippenpaar "niet mogelijk is of niet in de rede ligt" niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen, maar dat het daarbij gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd'. [18] Bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing in de rede ligt kunnen volgens de Hoge Raad aldus ook redelijkheidsargumenten een rol spelen, hetgeen een zekere beoordelingsruimte voor de werkgever impliceert.[19]

2.2 De Expat/Shell-beschikking van de Hoge Raad geeft de (internationale) concernwerkgever de gewenste armslag

Het redelijkheidsventiel is wellicht niet hetzelfde als de overkoepelende 'redelijkheidsmaatstaf' uit het vóór de invoering van de Wwz geldende ontslagrecht[20] maar dat aan de werkgever een zekere beoordelingsruimte toekomt als het gaat om herplaatsing is onder andere goed nieuws voor de (internationale) concernwerkgever.[21] Indien redelijkheidsargumenten bij herplaatsing in concernverband geen rol zouden spelen, dan zou dit immers – met name in internationaal verband – tot problematische situaties kunnen leiden.[22] Hierbij merken wij op dat de reikwijdte van het herplaatsingsvereiste in concernverband in internationale context in de kern niet afwijkt van de reikwijdte in nationaal concernverband. In de beschikbare literatuur wordt dan ook meestal geen uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen beide situaties.[23] In de praktijk is er echter wel degelijk een onderscheid. De argumenten dat het concernbrede herplaatsingsvereiste vanuit een oogpunt van autonomie van de verschillende concernonderdelen onwenselijk is en dat het indruist tegen de rechtszekerheid van flexibele arbeidskrachten, hebben namelijk nóg meer betekenis indien sprake is van een internationaal concern. De concernonderdelen en flexibele arbeidskrachten worden in dat geval immers geconfronteerd met de – vanuit hun oogpunt bezien 'negatieve' – gevolgen van Nederlandse regelgeving die strikt genomen niet op hun van toepassing is.

Mede gezien de recente uitspraken van het Hof Den Haag (de *Expat/Shell*-zaak in hoger beroep)[24] en het Hof 's-Hertogenbosch[25] met betrekking tot de inhoud en de reikwijdte van het herplaatsingsvereiste in internationale context, is het interessant stil te staan bij de vragen wanneer het herplaatsingsvereiste zich over het hele internationale concern uitstrekt (hoofdstuk 3), welke functies in deze dienen te worden meegewogen (hoofdstuk 4) en hoever de inspanningen in redelijkheid kunnen reiken (hoofdstuk 5). Wij zullen deze vragen hieronder trachten te beantwoorden.

3. Wanneer strekt het herplaatsingsvereiste over het hele internationale concern?

Het herplaatsingsvereiste strekt over het gehele internationale concern indien (i) de werkgever deel uitmaakt van een groep in de zin van artikel 2:24b BW[26]; en (ii) niet aantoonbaar is komen vast te staan dat een werknemer niet bereid is in het buitenland aan de slag te gaan.

(i) De werkgever behoort tot een groep

Teneinde te beoordelen of het herplaatsingsvereiste zich over het hele internationale concern uitstrekt, verdient het aanbeveling om allereerst de vennootschapsrechtelijke structuur van de werkgever in kaart brengen en te toetsen of de werkgever behoort tot een groep in de zin van artikel 2:24b BW.[27] Uit dit wetsartikel volgt dat gesproken kan worden van een groep indien sprake is van 'een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden'. Daarvan is in ieder geval sprake indien kan worden gesproken van een 'centrale leiding', dat wil zeggen een moedervennootschap die de feitelijke leiding uitoefent.[28] De reikwijdte van het herplaatsingsvereiste strekt zich uit over de groepsmaatschappijen die zich bevinden in deze economische eenheid.[29] De passende arbeidsplaatsen bij een zustermaatschappij die niet onder dezelfde centrale leiding valt mogen dus buiten beschouwing worden gelaten.

(ii) De werknemer is bereid naar het buitenland te gaan

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Het strekt verder tot aanbeveling na te gaan of de werknemer ook daadwerkelijk bereid is in het buitenland te gaan werken. De werkgever kan er niet zomaar van uitgaan dat de werknemer geen interesse heeft in een passende functie in het buitenland.[30] Pas indien aantoonbaar is komen vast te staan dat een werknemer daartoe niet bereid is, komt men in zijn geheel niet toe aan herplaatsingsmogelijkheden over de grens. Het is hierbij van belang om alles wat de werknemer hierover heeft verklaard schriftelijk vast te leggen, zodat dit later in een eventuele ontslagprocedure ook kan worden aangetoond.[31] Het is namelijk niet ondenkbaar dat een werknemer die niét bereid is voor zijn werk over de landsgrenzen te gaan, zich uit strategische overwegingen in een procedure alsnog op dit standpunt stelt. Het feit dat het herplaatsingsvereiste een negatieve voorwaarde voor ontslag vormt kan de concernwerkgever op deze wijze behoorlijk in de weg staan. Voor zover een werknemer verklaart bereid te zijn in een aantal bepaalde landen van het concern te worden herplaatst, kan het onderzoek naar passende functies zich vanzelfsprekend toespitsen op deze landen. Overigens moet hierbij ook worden opgemerkt dat een eventuele weigering van een passende functie in het buitenland negatieve gevolgen kan hebben voor een werknemer.[32]

4. Welke functies dienen in ogenschouw te worden genomen?

Hiervoor is steeds gesproken over ‘passende functies’. Dit kan echter meer specifiek omschreven worden. Uit artikel 9 lid 1 Ontslagregeling volgt namelijk dat de werkgever bij de beoordeling of er binnen het concern sprake is van een passende functie zowel de arbeidsplaatsen waarvoor een vacature bestaat of binnen korte termijn zal ontstaan (onder a) maar ook de arbeidsplaatsen die door flexibele arbeidskrachten worden vervuld (onder b) in ogenschouw dienen te worden genomen. Er heerst echter verdeeldheid in de literatuur over de vraag welke categorie functies meegewogen dienen te worden als het gaat om herplaatsing in concernverband. Ook uit de rechtspraak valt dit niet eenduidig af te leiden.

4.1 Discussie in de literatuur

Meerdere auteurs hebben betoogd dat het herplaatsingsvereiste in concernverband niet verder zou moeten reiken dan de beschikbare vacatures (hierna: de enge benadering).[33] Een argument voor deze enge benadering kan worden gevonden in de nota van toelichting.[34] Daarin komt het concern uitsluitend ter sprake bij de arbeidsplaatsen waarvoor een vacature bestaat (onder a) waarna vervolgens wordt verwezen naar artikel 9 lid 2 van de Ontslagregeling. Pas dáárna komen de flexibele arbeidskrachten (onder b) ter sprake, waardoor de indruk wordt gewekt dat de flexibele schil niet hoeft worden te betrokken bij het herplaatsingsonderzoek in concernverband. De auteurs aan de andere kant van deze discussie[35] stellen – kort gezegd – dat in het artikel geen onderscheid wordt maakt tussen lid 1 onder a en onder b, dat dit onderscheid niet is gemaakt bij de per 1 juli 2016 ingevoerde wijzigingen[36] en dat dit onderscheid ook niet uit de Uitvoeringsregels volgt.[37] Derhalve dient het herplaatsingsvereiste in concernverband toegespitst te worden op zowel de arbeidsplaatsen waarvoor een vacature bestaat of binnen korte termijn zal ontstaan (onder a), alsook de arbeidsplaatsen die door flexibele arbeidskrachten worden vervuld (onder b) (hierna: de ruime benadering).

4.2 Nog geen duidelijke lijn in de rechtspraak

Ook uit de rechtspraak valt niet eenduidig af te leiden welke categorie functies in dit verband dienen te worden meegenomen in internationaal concernverband. Het Hof Den Haag sluit op 19 september 2017 in de *Expat/Shell*-beschikking aan bij de ruime benadering:

‘Het gaat steeds om vacatures en aanstellingen bij afzonderlijke lokale vennootschappen van het Shell concern’. [38]

Volgens het hof is de expat echter niet benadeeld door het feit dat aan hem geen lijst is verstrekt van arbeidsplaatsen in de flexibele schil, nu het bij bedoelde arbeidsplaatsen gaat om kwesties die typisch de Nederlandse arbeidsmarkt betreffen, zoals arbeidsplaatsen van bijna AOW-gerechtigden en zzp’ers. [39] Volgens A-G Langemeijer bedoelt het hof hiermee te zeggen dat de Ontslagregeling wat betreft die typisch Nederlandse kwesties (bedoeld in onder b) niet rechtstreeks kan worden toegepast op arbeidsplaatsen in het buitenland, omdat het daarbij gaat om arbeidsplaatsen van een type dat het buitenlandse arbeidsrecht niet kent.[40] De expat stelt in cassatie onder andere dat het hof miskent dat artikel 9 lid 1 onder b van de Ontslagregeling geen onderscheid maakt tussen in Nederland en in het buitenland gelokaliseerde arbeidsplaatsen. De Hoge Raad komt niet toe aan deze klacht. Voordat het middel ter sprake komt doet de Hoge Raad de zaak zonder nadere motivering af onder verwijzing naar artikel 81 lid 1 RO. De klachten zouden niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.[41]

Het Hof ’s-Hertogenbosch overweegt op 6 december 2018 in de *Océ*-beschikking dat de concernwerkgever heeft miskend dat hij naar een passende functie voor de werknemer dient te zoeken. Het hof baseert dit uitsluitend op onvoldoende inspanningen met betrekking tot passende vacatures en niet met betrekking tot de flexibele schil. Het hof laat bij het citeren van artikel 9 van de Ontslagregeling lid 1 onder b (de flexibele schil) buiten beschouwing.[42]

4.3 Tussenconclusie

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Het begrip vacature is helder en wordt over de grens op dezelfde wijze geïnterpreteerd. Bij een internationaal concern zal bovendien eenvoudig in kaart kunnen worden gebracht welke vacatures beschikbaar zijn. Het is echter niet eenvoudig vast te stellen wat in redelijkheid van de internationale concernwerkgever kan worden verwacht als het gaat om de flexibele functies. Kan hetgeen in Nederland onder de flexibele schil wordt gerekend, rechtstreeks worden toegepast op arbeidsplaatsen in het buitenland? De rechtspraak lijkt deze vraag – al is het soms impliciet[43] – ontkennend te beantwoorden.

5. Hoever kunnen de inspanningen in redelijkheid reiken?

Voor zover (i) de werkgever onderdeel uitmaakt van een groep met buitenlandse groepsmaatschappijen; (ii) niet aantoonbaar is komen vast te staan dat de werknemer niet bereid is in het buitenland aan het werk te gaan; en (iii) er (mogelijk) passende functies bij andere groepsmaatschappijen beschikbaar zijn, wordt toegekomen aan de vraag hoever de inspanningsverplichting van de concernwerkgever reikt.

5.1 Algemene uitgangspunten

Uit de jurisprudentie volgt een duidelijke ondergrens.[44] Er kan niet worden gesteld dat de werkgever aan het herplaatsingsvereiste heeft voldaan indien hij de werknemer uitsluitend heeft gewezen op een vacaturepagina van het wereldwijde concern.[45] Het herplaatsingsvereiste reikt ver voor de zogenoemde ‘grotere ondernemingen’. [46] Op de werkgever rust een inspanningsverplichting: er wordt van hem verwacht dat hij de werknemer actief begeleidt, initiërend te werk gaat en eventuele belemmeringen voor nieuwe functies wegneemt. Bij een reorganisatie die meerdere werknemers betreft kan dus niet worden volstaan met een groepsgerichte inspanning.[47] Het ligt aldus primair op de weg van de werkgever naar passende functies te zoeken. Dit kan niet op de werknemer worden afgewenteld.

Hoever deze inspanningsverplichting in individuele gevallen reikt, is mede afhankelijk van de vraag hoeveel invloed de werkgever heeft op het aannamebeleid bij groepsmaatschappijen.[48] Indien sprake is van een passende functie bij een dochtermaatschappij, dient de werkgever gebruik te maken van zijn instructiebevoegdheid teneinde de werknemer te herplaatsen. Dit vloeitvoort uit de inspanningsplicht die op de werkgever rust om eventuele belemmeringen voor herplaatsing weg te nemen.[49] Hierbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat het ook voor de moedervennootschap niet altijd mogelijk is om in te grijpen. Er is namelijk altijd een zekere vorm van autonomie gelegen bij de concernonderdelen zelf. Ook al is er sprake van een instructiemacht, deze reikt waarschijnlijk niet zo ver als de zeggenschap van de (eigen) werkgever om voorrang voor de herplaatsingskandidaat af te dwingen. Daarnaast is het ook mogelijk dat sprake is van een algemene instructiebevoegdheid, maar dat het personeelsbeleid in de groep is gedecentraliseerd. Overigens wordt het aanbieden van één passende functie meestal voldoende geacht.[50] Indien er geen passende functies zijn dient in ieder geval te worden toegelicht waarom herplaatsing elders in het concern niet mogelijk is.[51]

5.2 Meer concreet

Uit de *Expat/Shell*-beschikking volgt dat het concernonderdeel van Shell voldoende inspanningen heeft verricht. Er zijn vacatures bijgehouden met behulp van het geavanceerde MOR-systeem, er is een passende functie aangeboden en er is contact gelegd met concernonderdelen teneinde de expat te herplaatsen. Dit heeft er zelfs toe geleid dat sommige vacatures langer open stonden.[52]

Recent oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat ook een ander concernonderdeel van Shell genoeg inspanningen had verricht.[53] De werknemer had zelf geen concrete passende functies aangevoerd. Bovendien had de *HR-manager* contact opgenomen met de *Global Skill Pool Manager.* Ten aanzien van mogelijke functies in het buitenland bleek toen dat de werknemer niet geschikt zou zijn. De kantonrechter oordeelde onder verwijzing naar de *Expat/Shell*-beschikking van het Hof Den Haag dat dit dan ook geen reële mogelijkheid zou zijn:

‘Het staat afzonderlijke lokale vennootschappen van het Shell concern dan wel joint ventures vrij om naar eigen behoefte en wensen een lokaal personeelsbeleid te voeren. Voor zover er al sprake zou zijn van een passende functie zou de (eigen) werkgever dan ook niet kunnen afdwingen dat die vennootschap de werknemer (met voorrang boven externe kandidaten) dient te plaatsen.’

5.3 Voorrang op externe kandidaat?

Indien voor de passende functie al een sollicitatieprocedure loopt en een geschikte externe kandidaat is gevonden, dient in principe voorrang te worden gegeven aan de te herplaatsen werknemer.[54] Hierbij is echter wel aangegeven dat het aan de werkgever is te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is voor een vacature, maar dat hij daarbij zijn keuze wel moet (kunnen) verantwoorden als deze ter discussie wordt gesteld. Een uitzondering op de voorrangsregels is dus verdedigbaar indien de werkgever kan aantonen dat er meer dan geringe verschillen in bekwaamheid zijn tussen de externe

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

kandidaat en de te herplaatsen werknemer.[55] Uit de *Expat/Shell*-beschikking blijkt voorts dat de voorrangsregel uit de nota van toelichting niet afdwingbaar is in de context van een grote internationaal opererende en beursgenoteerde onderneming.[56]

6. Meer duidelijkheid, maar nog niet op alle vlakken

Er is veel geschreven over het herplaatsingsvereiste, waarbij onder andere zorgen zijn geuit over de ogenschijnlijke verruiming en de gevolgen daarvan voor de (internationale) concernwerkgever. De Hoge Raad heeft in zijn *Expat/Shell*-beschikking een einde gemaakt aan één van de discussies op dit gebied door te oordelen dat redelijkheidsargumenten nog steeds een rol spelen bij de vraag of herplaatsing mogelijk is. Het herplaatsingsvereiste strekt over het gehele internationale concern, althans voor zover de werkgever deel uitmaakt van een groep in de zin van artikel 2:24b BW en niet is komen vast te staan dat een werknemer niet bereid is in het buitenland aan de slag te gaan. Het is nog niet uitgekristalliseerd of de flexibele schil bij herplaatsing in concernverband in ogenschouw dient te worden genomen. Het lijkt er echter op dat dit in internationaal verband niet het geval is. Het zou verhelderend zijn als de Hoge Raad zich zou uitlaten over dit punt. Algemeen gesteld is de vereiste mate van inspanning afhankelijk van de instructiebevoegdheid (zeggenschap) van de werkgever over de groepsvennootschap waarbinnen een passende functie voorhanden is. Daarbij heeft de rechtspraak wel oog voor de besproken moeilijkheden rondom herplaatsing in internationaal concernverband. De werkgever moet dan – met het oog op de stelplicht – wel voldoende hebben aangevoerd hieromtrent. Duidelijk is in ieder geval dat de concernwerkgever uitvoerig moet toelichten waarom herplaatsing elders in het (internationale) concern 'niet mogelijk is of niet in de rede ligt' in het geval er niet is overgegaan tot herplaatsing.

Voetnoten

[1]
In algemene zin merken wij op dat wij in dit artikel alleen zullen spreken over het herplaatsingsvereiste en niet over de herplaatsingsverplichting of de herplaatsingsplicht. Met A-G Langemeijer zijn wij namelijk van mening dat de term herplaatsingsvereiste beter aansluit bij het feit dat herplaatsing een (negatieve) voorwaarde voor ontslag is. Zie Concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, *JAR* 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*Expat/Shell*).

[2]
T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken?', *AR* 2018/5; F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13; L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82; R. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017, afl. 2; R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/2 en D. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2.

[3]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*).

[4]
Mr. S. Gerritse en mr. S.E.J.M. van Well zijn beide advocaat bij HEUSSEN advocaten en notarissen te Amsterdam.

[5]
Zie in gelijke zin L.B. de Graaf, 'Herplaatsing over wijziging, weigering en preventieve toetsing', *TRA* 2018/46 (p. 4).

[6]
Zie concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, *JAR* 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek, (*Expat/Shell*), randnummer 2.19.

[7]
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 15-16.

[8]
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 91-101.

[9]
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43.

[10]
L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (p. 17) en F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13 (p. 9-10).

[11]
L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (p.17).

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[12]
Zie in gelijke zin: Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2017:1256 bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, randnummer 3.25 e.v.

[13]
Zie bijv. F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13 (p. 9-10); L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (p. 16-20); Zie anders: R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67, p. 6-7. Zie hierover ook: concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek *(Expat/Shell*), randnummer 2.25-2.26.

[14]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*).

[15]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), r.o. 3.2.2.

[16]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell),* r.o. 3.4.1.

[17]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), r.o. 3.4.1.

[18]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), r.o. 3.4.2.

[19]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), r.o. 3.4.2.

[20]
Concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek *(Expat/Shell*), randnummer 2.33.

[21]
Zie voor andere onderdelen binnen het onderwerp herplaatsing waarvoor de redelijkheidsnorm essentieel is L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82.

[22]
Zie hierover: F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13 (p. 9-10); L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (p. 18); R. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017, afl. 2, p. 68-70.

[23]
Zie bijvoorbeeld R. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017, afl. 2, p. 68-70 en R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/2.

[24]
Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, *JAR* 2017/289 (*Expat/Shell*).

[25]
Hof 's-Hertogenbosch, 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118, *JAR* 2019/13 (*Océ*).

[26]
Artikel 1 onder e Ontslagregeling.

[27]
Artikel 9 lid 2 Ontslagregeling.

[28]
Kamerstukken II 1979/80, 16326, 3, p. 42.

[29]
Zie ook: Ktr. Roermond 14 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5521, *JAR* 2017/175, r.o. 4.12; Ktr. Bergen op Zoom 16 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1800, r.o. 5.10; Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2655, *JAR* 2017/289 (*Expat/Shell*), r.o. 8; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, *JAR* 2018/243, r.o. 5.11.

[30]
Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, *JAR* 2018/243, r.o. 5.11.

[31]
Ktr. Maastricht 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799, *AR* 2016/3332, r.o. 4.3. Zie in gelijke zin: M.L.G. Otto, annotatie bij: Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118, *JAR* 2019/13.

[32]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Zie hierover: L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing', *TRA* 2018/46 (p. 5); T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken?', *ArbeidsRecht* 2018/5 (p. 25-26).

[33]
F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13 (p. 10); R.M. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017/2, p. 66 en R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/2, p. 9.

[34]
Nota van toelichting, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 15-16.

[35]
Zie o.a. L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (p. 18-19); R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/2, p. 6-9; D. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2, p. 39.

[36]
Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, *Stcrt.* 2016, 34013.

[37]
Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, 2016, p. 58

[38]
Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, *JAR* 2017/289 (*Expat/Shell*), r.o. 8.

[39]
Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, *JAR* 2017/289 (*Expat/Shell*), r.o. 9.

[40]
Concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*Expat/Shell*), randnummer 2.48.

[41]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *NJ* 2019/56 (*Expat/Shell*), r.o. 3.5.

[42]
Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118, *JAR* 2019/13 (*Océ*), r.o. 3.7.

[43]
Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118, *JAR* 2019/13 (*Océ*), r.o. 3.7.

[44]
Zie hieromtrent ook de concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), randnummer 2.30 e.v.

[45]
Zie bijv. Ktr. Amsterdam 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8045, *JAR* 2015/283, r.o. 8; Ktr. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136, r.o. 5.11-5.12; Ktr. Assen 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, *JAR* 2017/4, r.o. 5.10-5.11; Ktr. Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, r.o. 5.14; Ktr. Amsterdam 29 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4364, *JAR* 2017/173, r.o. 13; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, r.o. 5.11-5.14.

[46]
Ktr. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136, r.o. 5.12; Ktr. Utrecht 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933, *RAR* 2017/35, r.o. 4.9; Ktr. Haarlem 3 januari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:1107, *JAR*2017/125, m.nt. Fruytier, r.o. 5.7; Ktr. Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, *AR* 2017/1481, r.o. 5.13; Ktr. Alkmaar 31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4395, *AR* 2017/3155, r.o. 5.22; Ktr. Roermond 14 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5521, *JAR* 2017/175, r.o. 4.12.

[47]
Zie hiervoor Ktr. Assen 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, *JAR* 2017/4, r.o. 5.10.

[48]
Vgl. onder het oude recht Beleidsregels ontslagtaak UWV – versie april 2014, p. 20-2.

[49]
Ktr. Assen 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, *JAR* 2017/4, r.o. 5.7-5.12.

[50]
Zie bijv. Ktr. Maastricht 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799, *AR* 2016/3332, r.o. 4.4; Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, *JIN* 2017/46, m.nt. J.A. Tersteeg, r.o. 3.13; Ktr. Alkmaar 6 januari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:868, r.o. 5.13. Zie ook de concl. A-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2018:1159, bij HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *JAR* 2019/54 (*Expat/Shell*), randnummer 2.30.

[51]
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148, *AR* 2016/3974, r.o. 5.4. Zie in gelijke zin bijv. Ktr. Haarlem 3 januari 2017,

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

ECLI:NL:RBNHO:2017:1107, *JAR*2017/125, m.nt. C.G.M. Fruytier, r.o. 5.7; Ktr. Amsterdam 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842, *AR* 2017/838, r.o. 9; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, *JAR* 2018/243, r.o. 5.11; Ktr. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818, *AR* 2017/3343 r.o. 5.16.

[52]
HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, *NJB* 2019/210 (*Expat/Shell*), r.o. 3.2.2.

[53]
Ktr. Bergen op Zoom 16 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1800, r.o. 5.1-5.15.

[54]
Nota van toelichting, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 15.

[55]
W.H.A.C.M. Bouwens e.a., Van der grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 420-421.

[56]
Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, *JAR* 2017/289 (*Expat/Shell*), r.o. 9.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

189. De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de *SIEP*-beschikking

MR. D.A.D. MEES[1]

De Hoge Raad wees op 18 januari 2019 de zogenoemde *SIEP*-beschikking.[2] Deze beschikking maakte een einde aan het wachten op de eerste uitspraak van de Hoge Raad over de h-grond van art. 7:669 lid 3 BW. Het was echter niet alleen de h-grond die in deze beschikking centraal stond. De Hoge Raad liet zich namelijk ook uit over de toetsingsmaatstaf die moet worden aangelegd bij het beoordelen van de herplaatsingsinspanningen van de werkgever ingevolge art. 7:669 lid 1 BW.

In deze bijdrage sta ik stil bij de gevolgen van de *SIEP*-beschikking voor de rechtspraktijk en bespreek daartoe in paragraaf 1 allereerst de achtergrond en casus van de *SIEP*-zaak. Daarna zal ik in paragraaf 2 stilstaan bij de h-grond en het ontslag van expat-werknemers, waarbij ik ook kort de cassatietoetsing van de redelijke ontslaggronden zal aanstippen. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 het door de Hoge Raad ontwikkelde uitgangspunt dat de herplaatsingsinspanningen van de werkgever naar redelijkheid beoordeeld moeten worden en de verhouding tussen deze redelijkheidsinvulling en de concernbrede herplaatsingsverplichting. Ook zal ik stilstaan bij een wetstechnisch aspect dat lijkt te zijn blootgelegd met de *SIEP*-beschikking. In paragraaf 4 zal ik afsluiten met een conclusie.

1. De *SIEP*-beschikking; achtergrond en casus

Volgens de 'expatregeling' binnen het Shell-concern wordt een expat-werknemer uitgezonden vanuit het land waar de expat-werknemer is gerekruteerd, de zogenoemde 'Base Country'. Vervolgens treedt de expat-werknemer in dienst van de Shell-vennootschap in het land waarnaar hij wordt uitgezonden, de zogenoemde 'Host Country'.

Voor het einde van een uitzendtermijn kan de expat-werknemer deelnemen aan het 'Managed Open Resourcing'-systeem ('MOR-systeem'). Het MOR-systeem is het interne sollicitatie-platform en via dit platform vinden vier maal per jaar collectieve, interne sollicitatierondes plaats. Het MOR-systeem geeft alle interne vacatures binnen het Shell-concern weer, waaronder de expat-posities.

In de SIEP-beschikking ging het om een expat-werknemer binnen het Shell-concern. Deze werknemer was vanaf mei 1993 tot augustus 2015 als expat werkzaam geweest voor verschillende vennootschappen binnen het Shell-concern. De arbeidsovereenkomst met de Shell-vennootschap in de Host Country kwam in augustus 2015 tot een einde, omdat de tewerkstellingsvergunning van de expat-werknemer niet werd verlengd. De werknemer is vervolgens teruggekeerd naar zijn Base Country, zijnde Nederland. Met ingang van augustus 2015 is de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Shell International Exploration and Production B.V. ('SIEP'), teneinde vanuit dat dienstverband een nieuwe functie te vinden. Het dienstverband met SIEP diende aldus geen ander doel dan de teruggekeerde expat-werknemer in de gelegenheid te stellen om met behoud van salaris een nieuwe functie te vinden. Een belangrijk gegeven in de *SIEP*-zaak is bovendien nog dat SIEP de werknemer tweemaal de passende functie van 'Maritime Assurance Assessor' te Rotterdam heeft aangeboden en dat de werknemer deze functie tot tweemaal toe heeft geweigerd. Omdat het dienstverband inhoudsloos bleef, besloot SIEP in juli 2016 een ontbindingsprocedure ex art. 7:671b BW te starten. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst op de h-grond en het hof liet deze ontbinding in stand. De werknemer liet het er echter niet bij zitten en stelde cassatie in.

2. De h-grond

2.1 Algemeen

Zoals bekend, dient voor een geslaagd beroep op de h-grond sprake te zijn van: '*andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.*' De h-grond is een zelfstandige ontslaggrond die zijn eigen toepassingsbereik kent, maar

1 Mr. D.A.D. Mees was in cassatie niet betrokken bij de *SIEP*-zaak die in deze bijdrage centraal staat.

2 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek.

die volgens de Wwz-wetgever niet kan worden aangewend om een onvoldragen ontslaggrond te 'repareren'.[3]

Weer een ander geval waarin de h-grond wordt aangewend om ontslag te bewerkstelligen, is het ontslag van een expat-werknemer

Gedurende de parlementaire behandeling van de Wwz zijn ter verduidelijking van het toepassingsbereik van de h-grond verschillende voorbeelden genoemd van 'andere omstandigheden' die kunnen kwalificeren als een h-grond, te weten: detentie, illegaliteit, het niet kunnen beschikken over een tewerkstellingsvergunning, de voetbalcoach met achterblijvende resultaten en de manager met wie een verschil van inzicht bestaat.[4] Verder werd in de rechtspraak een h-grond voldragen geacht toen een werknemer bijna een jaar niet op het werk verscheen.[5] En ook was sprake van een voldragen h-grond bij het ontbreken van toestemming van de korpschef om beveiligingswerkzaamheden uit te oefenen, waardoor de werknemer niet tot de werkzaamheden kon worden toegelaten.[6] Het scala van h-gronden is echter nog veel omvangrijker en aldus zeer divers.[7]

2.2 Ontslag van expat-werknemers

Weer een ander geval waarin de h-grond wordt aangewend om ontslag te bewerkstelligen, is het ontslag van een expat-werknemer.[8] Ik bedoel dan de situatie dat de (tijdelijke) uitzending van een werknemer naar het buitenland tot een einde komt en op dat moment ook geen andere functie voor de werknemer kan worden gevonden. Of, zoals in de *SIEP*-zaak: wanneer de werknemer een aangeboden functie weigert. De omgekeerde situatie komt ook voor.[9] In dat geval gaat het om een (tijdelijke) uitzending naar Nederland, waarna geen andere passende functie voor de werknemer kan worden gevonden.[10] In beide situaties wordt de arbeidsovereenkomst *inhoudsloos* en daar staat niet aan in de weg of al dan niet een apart dienstverband wordt aangeboden van waaruit de expat-werknemer verder kan zoeken naar een passende functie. Voor de werkgever van de expat-werknemer ontstaat met het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst een klemmende situatie: er staat geen arbeid meer tegenover de door de werkgever te verrichten loonbetalingen. Begrijpelijkerwijs zal de werkgever deze situatie niet tot in lengte van dagen willen handhaven.

Ook onder het oude, tot 1 juli 2015 geldende recht, kwam het ontslag van expat-werknemers voor. De expat-werknemer kende indertijd echter een bijzondere positie in het Nederlandse ontslagrecht. De expat-werknemer op wiens arbeidsovereenkomst Nederlands recht van toepassing was, kon desalniettemin zijn onttrokken aan de preventieve ontslagtoets van art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen ('BBA'). De preventieve ontslagtoets van art. 6 BBA was namelijk niet van toepassing indien de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt niet, of in onvoldoende mate, bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag waren betrokken.[11]

Behoudens de situatie dat de werknemer schriftelijk instemt met een opzegging (art. 7:671 BW)/een beëindigingsovereenkomst wordt gesloten, is het onder de Wwz in beginsel niet meer mogelijk de beëindiging van een arbeidsovereenkomst te onttrekken aan de preventieve ontslagtoets.[12] Dat betekent dat de preventieve ontslagtoets ook vigeert voor het ontslag van een expat-werknemer, waar dat onder het oude recht niet steeds noodzakelijkerwijs het geval was. Daarbij is het wel de vraag wat een redelijke ontslaggrond is om het ontslag van de expat-werknemer te bewerkstelligen. Verschilt de hiervoor beschreven situatie waarin de arbeidsovereenkomst inhoudsloos wordt, omdat geen andere passende functie kan worden gevonden, in voldoende mate van de omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder a tot en met g, BW? Of, is in dit soort gevallen eigenlijk sprake van een (verhulde) a-grond?[13] Dat laatste werd door de werknemer aangevoerd in de cassatieprocedure die leidde tot de *SIEP*-beschikking.

2.3 In cassatie: a- of h-grond?

De eerste klacht die de Hoge Raad in de *SIEP*-beschikking behandelt (aangeduid als onderdeel 1.1), strekt ten betoge dat het hof ten onrechte de door SIEP aan het ontbindingsverzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden

3 *Handelingen I* 2013/14, 33 818, nr. 32, p. 10.
4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 130.
5 Ktr. Utrecht 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.
6 Ktr. Maastricht 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.
7 Zie uitgebreider: J.T. van der Kroon, M.R. van der Vos & P. Meijer, 'De "andere omstandigheden" van de h-grond; ruim een jaar op weg', *TRA* 2016/83 en P. Disseldorp, 'De h-grond in de lagere rechtspraak: een verzameling van vreemde eenden', *ArbeidsRecht* 2016/50.
8 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam 13 oktober 2016, *AR-Updates* 2016/1301 en Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372.
9 Deze bijdrage heeft alleen betrekking op arbeidsovereenkomsten waar Nederlands recht op van toepassing is. Aangenomen kan worden dat de preventieve ontslagtoets uit het BW niet van toepassing is op arbeidsovereenkomsten, waar buitenlands recht op van toepassing is. Zie uitgebreid: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 711-714.
10 Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372.
11 Zie: HR 5 juni 1953, *NJ* 1953/613; HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512 (*NUON/Olbrych*) en HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7389 (*Keuping/Haskoning*).
12 Vergelijk ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 75. En zie voor situaties van categoriale en situationele uitsluiting van de preventieve ontslagtoets: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 41-54.
13 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Rotterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3298 (*ABN AMRO/werkneemster*) waarin werd geoordeeld dat de terugkeer van een langdurig gedetacheerde werkneemster binnen het ABN-concern in een inmiddels niet meer bestaande functie, geen h-grond maar een a-grond opleverde.

heeft gekwalificeerd als een h-grond. Die feiten en omstandigheden zouden namelijk in feite *'tot het domein van de a-grond'* behoren. SIEP had daarom, in plaats van het indienen van een ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW, ingevolge art. 7:671a lid 1 BW jo. art. 7:669 lid 3, aanhef en onder a, BW aan het UWV toestemming voor opzegging moeten vragen.

De Hoge Raad gaat niet mee in het betoog van de werknemer. In het eerste deel van rechtsoverweging 3.3.3. overweegt de Hoge Raad namelijk:

'Vast staat in dit geding dat bij SIEP geen arbeidsplaatsen zijn vervallen waardoor de werknemer wordt geraakt (…). De in art. 7:669 lid 3, onder a, BW genoemde omstandigheden doen zich dus in deze zaak niet voor.'

(onderstreping, DADM)

En in het tweede deel van rechtsoverweging 3.3.3. overweegt de Hoge Raad vervolgens:

'Voor zover het onderdeel betoogt dat de aangevoerde ontslaggrond verhult dat in wezen sprake is van een geval als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder a, BW, mist het doel, nu het hof, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld dat de werknemer (…) naar vijftien functies binnen Shell heeft gesolliciteerd (…), dat SIEP daarnaast de werknemer nog heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen (…) en hij een passende functie heeft geweigerd.'

(onderstreping, DADM)

Als kritische kanttekening past hier allereerst dat beantwoording van de vraag of bepaalde feiten moeten worden ondergebracht bij de a- of h-grond, in belangrijke mate is verweven met het *vaststellen* van de feiten alsook met *waarderingen* van feitelijke aard. Voor een volle toets op juistheid van die laatste beoordelingen is in cassatie in beginsel geen ruimte.[14] Die feitelijke vaststellingen en waarderingen kunnen in cassatie slechts op begrijpelijkheid worden getoetst. Tegen deze achtergrond bezien, onthoudt de Hoge Raad zich terecht van een nieuwe feitelijke beoordeling van de aangevoerde feiten en omstandigheden om te bezien of deze tot het domein van de a-grond behoren. In het eerste deel van rechtsoverweging 3.3.3. vangt de Hoge Raad immers aan met de *vaststelling* van het hof dat in dit geding geen arbeidsplaatsen zijn vervallen, zodat zich ook geen omstandigheden voordoen in de zin van art. 7:669 lid 3, onder a, BW.[15] Daarbij zal mede een rol hebben gespeeld dat in de feitelijke instanties niet is tegengesproken dat geen arbeidsplaatsen zijn vervallen en dat er ook geen stellingen zijn die ertoe strekken dat de in art. 7:669 lid 3, onder a, BW genoemde omstandigheden zich in dit geval voordeden.[16]

Overigens luistert de inhoudelijke toetsing van het ontslag in cassatie nauw. Zou namelijk succesvol tegen het oordeel van het hof dat sprake is van een voldragen h-grond kunnen worden opgekomen, indien het hof zou hebben vastgesteld dat sprake was van het vervallen van een arbeidsplaats in verband met het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming, of vanwege het op grond van bedrijfseconomische redenen treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering (omstandigheden zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder a, BW)? Een positieve beantwoording van die vraag ligt in de rede, maar wel slechts voor zover het hof *ook* zou hebben vastgesteld dat het ontslaginitiatief van de werkgever op de hiervoor genoemde bedrijfseconomische omstandigheden is gebaseerd. In dat geval zou het oordeel van het hof dat sprake is van een voldragen h-grond namelijk getuigen van een onjuiste rechtsopvatting over het toepassingsbereik van de h-grond. Bij toepassing van de h-grond gaat het immers om andere dan de onder a tot en met g vermelde omstandigheden van art. 7:669 lid 3 BW.

Met het voorgaande probeer ik duidelijk te maken dat de ruimte die de Hoge Raad bij het 'beoordelen' van de redelijke gronden voor ontslag heeft, slechts beperkt is. En dat voor zover al iets in de overweging van de Hoge Raad moet worden gelezen, de Hoge Raad slechts duidelijk maakt dat voor een voldragen a-grond dient vast te staan dat een arbeidsplaats is vervallen.

2.4 Een algemeen geformuleerde 'restcategorie'

De tweede klacht die de Hoge Raad in de *SIEP*-beschikking behandelt (aangeduid als onderdeel 1.2), stelt aan de orde dat het hof zou hebben geoordeeld dat de toetsing van de redelijke grond en die van de herplaatsingsverplichting samenvallen. Het hof zou daarmee hebben miskend dat de redelijke grond respectievelijk de herplaatsingsverplichting als twee zelfstandige vereisten dienen te worden beoordeeld. De Hoge Raad gaat ook in dat betoog niet mee. In rechtsoverweging 3.3.5. overweegt de Hoge Raad in de eerste plaats dat de klacht feitelijke grondslag mist, omdat het hof beide vereisten immers wel heeft onderscheiden.

In het tweede deel van rechtsoverweging 3.3.5. komt de Hoge Raad wel aan een inhoudelijke beoordeling toe en overweegt:
'Voor zover de klacht zich richt tegen het oordeel van het hof dat beide vereisten in dit geval samenvallen, faalt de klacht. Nu het bij de "h-grond" gaat om een algemeen geformuleerde restcategorie, kan onder omstandigheden sprake zijn van "andere dan de onder a-g vermelde omstan-

14 Vergelijk: E. Korthals Altes & H.A. Groen, *C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 157.

15 Zie ook: concl. plv. P-G Langemeijer voor HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), onder 2.11.

16 Zie ook: concl. plv. P-G Langemeijer voor HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), onder 2.11.

digheden, die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren", op de enkele grond dat herplaatsing als in het eerste lid bedoeld, niet in de rede ligt.'
De Hoge Raad oordeelt dat de h-grond van art. 7:669 lid 3 BW een algemeen geformuleerde *'restcategorie'* is. Gebruik van de term 'restcategorie' impliceert hier dat van een voldragen h-grond alleen sprake kan zijn indien het ontslaginitiatief van de werkgever is gelegen in andere dan de onder a tot en met g vermelde omstandigheden van art. 7:669 lid 3 BW. De rechter dient daarom te toetsen of feiten en omstandigheden, die aan het ontslaginitiatief op de h-grond ten grondslag liggen, in voldoende mate verschillen van de onder a tot en met g genoemde omstandigheden van art. 7:669 lid 3 BW. Is dat niet het geval, dan kan uit die feiten en omstandigheden ook geen voldragen h-grond worden afgeleid. Dit brengt met zich dat volgens de Hoge Raad daarom *'onder omstandigheden'* wel sprake kan zijn van een h-grond, op de enkele grond dat herplaatsing, zoals bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW, niet in de rede ligt. Daarmee maakt de Hoge Raad slechts duidelijk dat uit het niet kunnen herplaatsen van een werknemer een omstandigheid *kan voortvloeien* die als h-grond kan kwalificeren, een zogenoemde 'bijkomende omstandigheid'. Niet is bedoeld te zeggen dat het louter niet kunnen herplaatsen van een werknemer reeds een h-grond doet ontstaan.[17] Voorts komt het mij voor dat de bijkomende omstandigheid van het niet kunnen herplaatsen, wel inherent verbonden zal moeten zijn met de functie van de werknemer. Of zoals de plaatsvervangend procureur-generaal het verwoordde, '[e]*en ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (grond a) mag niet worden "verpakt" als een ontslag op de h-grond, met een redenering die erop neerkomt dat als gevolg van het vervallen van arbeidsplaatsen de arbeidsovereenkomst in feite zonder inhoud is geraakt.*'[18]

Een detacheringsbureau dat gedurende enige tijd werknemers niet kan herplaatsen omdat er geen werk meer is in een bepaalde sector, zal daarom niet te gemakkelijk de h-kaart mogen trekken, omdat daarmee de facto een a-ontslag als h-ontslag wordt gepresenteerd.

3. De herplaatsingsverplichting

3.1 Algemeen

Met de inwerkingtreding van de Wwz heeft de herplaatsingsverplichting, als algemeen geformuleerd vereiste voor opzegging en ontbinding, een wettelijke basis gekregen in art. 7:669 lid 1 BW. Van een dergelijke algemeen geformuleerde wettelijke herplaatsingsverplichting was onder het oude, tot 1 juli 2015 geldende recht nog geen sprake. Het Ontslagbesluit dat indertijd gold, bepaalde voor een bepaald aantal ontslaggronden dat de werkgever moest onderzoeken of herplaatsing mogelijk was. In het geval van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen diende de werkgever, blijkens de toelichting op art. 4:1 Ontslagbesluit, aannemelijk te maken dat er geen herplaatsingsmogelijkheden waren. En verder kende het Ontslagbesluit bijvoorbeeld een herplaatsingsverplichting voor ontslag wegens ernstige gewetensbezwaren (art. 5:1 lid 2), een verstoorde arbeidsverhouding (art. 5:1 lid 4) en langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 5:2 lid 2). Bij het beoordelen van deze herplaatsingsverplichtingen ging het erom wat in redelijkheid van de werkgever kon worden gevergd. De reikwijdte van de herplaatsingsverplichting werd zodoende ingevuld door hetgeen de redelijkheid meebracht.

> Uit de *SIEP*-beschikking vloeit de hoofdregel voort dat herplaatsing in redelijkheid van de werkgever moet kunnen worden gevergd

De hiervoor aangeduide redelijkheidsinvulling berustte in feite op drie pijlers. In de eerste plaats volgde de redelijkheidsinvulling uit de overkoepelende redelijkheidsnorm van art. 3:1 Ontslagbesluit,[19] welke bepaling luidde:

'Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden.'

In de tweede plaats bleek de hiervoor aangeduide invulling ook uit de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (de 'Beleidsregels'). Deze Beleidsregels bepaalden voor enkele individuele ontslaggronden dat de herplaatsingsinspanningen van de werkgever beoordeeld dienden te worden aan de hand van *alle omstandigheden van het geval*.

In de laatste plaats werd onder het oude, tot 1 juli 2015 geldende recht in kennelijk onredelijk ontslagprocedures ook wel een herplaatsingsverplichting aangenomen op basis van de norm van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).[20] Als specialis van de redelijkheid en billijkheid brengt ook die norm tot uitdrukking dat de herplaatsingsinspanningen beoordeeld moeten worden in het licht van de concrete omstandigheden van het geval en datgene wat in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd.

Dat deze redelijkheidsinvulling ook onder de Wwz nog onverkort zou gelden, is bestreden door onder meer advocaat-generaal De Bock en De Graaf. Zij verdedigden de benadering dat met het 'niet in de rede' liggen van herplaat-

17 Zie ook de noot van Foesenek: HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek.

18 Vergelijk: concl. plv. P-G Langemeijer voor HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), onder 2.8 en 2.14.

19 Zie uitgebreid: L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82.

20 Zie bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG3269, «JAR» 2008/317.

sing is bedoeld dat de herplaatsingsverplichting in bepaalde gevallen in het geheel niet geldt, omdat herplaatsing in het geheel 'niet logisch' of 'aan de orde' is.[21] Dit laatste punt werd in de *SIEP*-zaak in cassatie aangevoerd tegen het oordeel van het hof dat het beoordelen van de herplaatsingsinspanningen een individuele redelijkheidstoets inhoudt.

3.2 Herplaatsingsinspanningen beoordeeld naar redelijkheid

De derde klacht die de Hoge Raad in de *SIEP*-zaak behandelt (aangeduid als onderdeel 2.1), voert dus aan dat herplaatsing slechts dan 'niet in de rede ligt' in gevallen waarin de herplaatsingsvraag in het geheel niet behoeft te worden gesteld, oftewel *'gevallen waarin herplaatsing (in het geheel) "niet logisch" is'*. Ook aan dit betoog gaat de Hoge Raad voorbij. In rechtsoverweging 3.4.2. oordeelt de Hoge Raad namelijk dat uit de wetsgeschiedenis van art. 7:669 lid 1 BW en de toelichting op de op art. 7:669 lid 5 BW stoelende Ontslagregeling blijkt dat met deze regelingen geen breuk is beoogd met het voor de invoering van de Wwz geldende recht op dit punt.

Vanuit een oogpunt van rechtsvinding valt over die overweging het volgende op te merken. De Hoge Raad baseert zijn beslissing op de wetsgeschiedenis bij art. 7:699 lid 1 BW en de toelichting op de Ontslagregeling, zoals die zijn weergegeven onder de randnummers 2.20-2.22 van de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal Langemeijer.[22] Slaat men die passages erop na, dan valt op dat die passages vooral *zwijgen* over een wijziging van de herplaatsingsverplichting ten opzichte van het oude, tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht. Ondanks het feit dat de herplaatsingsverplichting onder de Wwz op een andere (formeel-wettelijke) leest is geschoeid, oordeelt de Hoge Raad dat uit de passages in de conclusie niet blijkt dat met de regeling van de herplaatsingsverplichting een breuk met het oude, tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht is beoogd. In het verlengde daarvan overweegt de Hoge Raad dat in de *Decor*-beschikking in gelijke zin is beslist.[23] In die beschikking werd onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz,[24] geoordeeld dat de ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels, en dat op dat punt geen wijziging is beoogd ten opzichte van het oude, tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht. Diezelfde redenering, 'er blijkt geen wijziging te zijn beoogd', gaat dus ook op voor de vraag hoe de herplaatsinspanningen van de werkgever moeten worden beoordeeld.[25]

Omdat de herplaatsings*inspanningen* van de werkgever ook onder de Wwz naar redelijkheid beoordeeld moeten worden, moet volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat met het gebruik van *het begrippenpaar 'niet mogelijk is of niet in de rede ligt'* niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen. De herplaatsingsverplichting houdt een inspanningsverplichting van de werkgever in, beoordeeld naar hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de *B&C*-beschikking.[26] Het komt mij voor dat het oordeel van de Hoge Raad in het onderhavige geval tevens een verfijning inhoudt van zijn eerdere rechtspraak. In de *B&C*-beschikking oordeelde de Hoge Raad immers nog: *'Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen, dat in de concrete omstandigheden van dit geval herplaatsing niet in de rede ligt.'*[27] Die beslissing kan achteraf bezien aldus worden begrepen, dat herplaatsing in de concrete omstandigheden van het geval in redelijkheid niet van de werkgever kon worden gevergd. In paragraaf 3.4 kom ik nog verder te spreken over hoe art. 7:669 lid 1 BW na de *SIEP*-beschikking kan worden gelezen.

3.3 Redelijkheidsargumentatie in verhouding tot concernbrede herplaatsing

Uit de *SIEP*-beschikking vloeit de hoofdregel voort dat herplaatsing in redelijkheid van de werkgever moet kunnen worden gevergd. Het gaat daarbij niet enkel om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn. Ook redelijkheidsargumenten spelen een rol bij het beoordelen van de herplaatsingsinspanningen van de werkgever. Een vraag die opkomt, is hoe deze hoofdregel zich verhoudt tot de in de Ontslagregeling neergelegde concernbrede herplaatsingsverplichting ex art. 9 lid 2 Ontslagregeling.

Het past hier als kanttekening te maken dat de Ontslagregeling een ministeriële regeling is, dat die ministeriële regeling het karakter draagt van een nadere uitwerking van de in het BW neergelegde regels over ontslag en dat die regeling daarmee van lagere orde is dan het in het BW vervatte ontslagrecht. Die uitgangspunten zijn ook als aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis terug te vinden. De Ontslagregeling diende namelijk *binnen de contouren van de wet* te kunnen worden aangepast om ontduiking van

21 Zie: concl. A-G De Bock voor HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (*B&C*) onder 3.34. De Graaf sprak zich overigens wel als voorstander van een redelijkheidstoets uit. Zie: L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82.

22 Zie: concl. plv. P-G Langemeijer voor HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), onder 2.20-2.22.

23 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*).

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 98 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43-44.

25 Zie Duk over hoe een eerdere uitspraak de richting van een opvolgende uitspraak bepaalt: R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridische 2013, p. 97.

26 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (*B&C*).

27 Een verfijning was op zijn plaats. Want hoe juist ook, tot nu werd een redelijkheidstoets 'ingelezen' in de overweging van de Hoge Raad. Zie: Houweling (e.a.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 58-59. Zie ook mijn noot bij de beschikking van het hof in de *SIEP*-zaak: Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, «JIN» 2018/90, m.nt. D.A.D. Mees, onder3.

ontslagbescherming tegen te gaan.[28] Het voorgaande betekent eveneens dat de ontslagbescherming van een werknemer bij wet geregeld is en dat deze niet kan worden *uitgebreid* op grond van de Ontslagregeling. De ontslagbescherming dient binnen de contouren van de wet te blijven en dat heeft ook als uitgangspunt te gelden voor de nadere regels met betrekking tot herplaatsing, zoals geregeld in art. 9 Ontslagregeling.

Slaat men de toelichting op art. 9 Ontslagregeling erop na, dan valt op dat de concernbrede herplaatsingsverplichting in de richting van een resultaatsverplichting of een absoluut recht op herplaatsing tendeert, terwijl de herplaatsingsverplichting blijkens de *SIEP*-beschikking juist niet zo een verplichting inhoudt. De toelichting bij art. 9 lid 2 Ontslagregeling lijkt daarom niet te stroken met het uitgangspunt van art. 7:669 lid 1 BW. In de toelichting bij art. 9 Ontslagregeling valt namelijk het volgende te lezen:

'Het spreekt voorts voor zich dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een externe sollicitant. Dat betekent dat als een werkgever (of een andere werkgever binnen een concern) een vacature vervult door een externe kandidaat terwijl die vacature als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer de werkgever zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld. UWV zal dan geen toestemming voor opzegging kunnen verlenen en de rechter zal de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden.'

(onderstreping, DADM)

Volgens de toelichting op art. 9 Ontslagregeling geniet een met ontslag bedreigde werknemer voorrang boven een externe kandidaat, zelfs in het geval dat een andere werkgever binnen het concern een vacature vervult door een externe kandidaat, terwijl die functie als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer. Gelet op de hiervoor aangeduide hoofdregel van art. 7:669 lid 1 BW en de door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO verworpen klacht op dat punt, is dat wat in de toelichting over art. 9 lid 2 Ontslagregeling staat opgemerkt niet zonder meer het geval.[29] De reikwijdte en het gewicht van de in art. 9 Ontslagregeling neergelegde uitgangspunten worden immers steeds begrensd door hetgeen in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. De regels van art. 9 Ontslagregeling geven in dat verband dus hooguit richting aan de invulling van de herplaatsingsverplichting. Zou men in situaties van concernbrede (en wereldwijde) herplaatsing uitgaan van een andere benadering en zou dus wél een absoluut voorrangsrecht op herplaatsing worden aangenomen, dan zou dat de facto tot een ontslag*on*mogelijkheid voor werkgevers in concernverband kunnen leiden.[30] Met name (internationale) concernwerkgevers zullen daarom toejuichen dat de invulling van de herplaatsingsverplichting niet is losgezongen van een beoordeling naar redelijkheid.

Maar hoe moet nu in de praktijk invulling worden gegeven aan concernbrede herplaatsing?[31] Voor het aannemen van een concernbrede herplaatsingsverplichting ex art. 9 lid 2 Ontslagregeling moet in de eerste plaats worden bezien of de 'onderneming' van de werkgever tot 'een groep' behoort. Met de term 'groep' wordt volgens art. 1 sub e Ontslagregeling de groep bedoeld, zoals nader gedefinieerd in art. 2:24b BW. Het gaat daarbij om een *economische eenheid* waarin rechtspersonen en vennootschappen *organisatorisch* zijn *verbonden*.[32] De term 'onderneming' staat evenwel niet gedefinieerd in de Ontslagregeling en keert als zodanig ook niet terug in art. 2:24b BW. Vanwege de verwijzing naar art. 2:24b BW ligt het hier wel voor de hand om aan te nemen dat met de term 'onderneming' een 'rechtspersoon' of 'vennootschap' wordt bedoeld, zoals in art. 2:24b BW.[33]

In de tweede plaats moet worden bezien welke rechtspersonen en vennootschappen nog meer tot de groep behoren. Dit om vast te stellen tot waar de herplaatsingsverplichting van de werkgever mogelijk reikt. Daarbij kan het zo zijn dat ook buitenlandse rechtspersonen of vennootschappen tot de groep moeten worden gerekend.

Wanneer de werkgever heeft geïnventariseerd tot welke concernonderdelen zijn herplaatsingsverplichting in beginsel uitstrekt, dan dient hij nog na te gaan of, en zo ja, welke passende functies bij deze rechtspersonen en vennootschappen beschikbaar zijn. In welke mate een werkgever zich zal moeten inspannen om de werknemer te herplaatsen, zal van meerdere omstandigheden afhankelijk zijn en aldus variëren per werkgever. In beginsel kan van een werkgever alles worden gevergd wat redelijkerwijs binnen zijn bereik ligt. In de Uitvoeringsregels BE 2018 wordt de 'actieve rol' van de werkgever meermaals benadrukt. Tijdens het zoge-

28 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 91.

29 Zie ook: concl. plv. P-G Langemeijer voor HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, onder 2.45.

30 Zie ook: R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67.

31 Zie hierover ook: S. Gerritse en S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de "Expat/Shell"-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *ArbeidsRecht* 2019/23.

32 Zie uitgebreid: M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 261 en 262. Otto wijst erop dat pas sprake kan zijn van een groepsmaatschappij in de zin van art. 2:24b BW indien sprake is van 'centrale leiding'. In veel gevallen betekent dit dat er ook 'zeggenschap' zal zijn over de andere vennootschappen indien het personeelsbeleid centraal wordt aangestuurd. De complicaties ontstaan pas daar waar personeelsbeleid is gedecentraliseerd (en de moeder over dit onderdeel geen directe zeggenschap heeft). Zie «JAR» 2019/13 m.nt. M.L.G. Otto.

33 Zie ook: R. Olivier & J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67.

noemde 'herplaatsingsgesprek' moet de werkgever met de werknemer de herplaatsingsmogelijkheden verkennen.[34]

De herplaatsingsverplichting houdt immers een inspanningsverplichting in en geen resultaatsverplichting

Een omstandigheid die in dat verband van belang kan zijn is bijvoorbeeld of de werkgever al dan niet zeggenschap heeft over een groepsmaatschappij waar een passende functie beschikbaar is. Indien zeggenschap ontbreekt om herplaatsing bij een groepsmaatschappij af te dwingen, dan kan dat onder omstandigheden betekenen dat herplaatsing niet in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Het kan namelijk ook zo zijn dat ondanks het ontbreken van zeggenschap over het aannamebeleid bij een groepsmaatschappij, toch in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd dat hij zich inspant om een werknemer bij een groepsmaatschappij te herplaatsen. De situatie zoals die zich voordeed in de *SIEP*-zaak is daarvan een goed voorbeeld. De arbeidsverhouding van de expat-werknemer kenmerkt zich namelijk door het feit dat de werknemer veelal werkzaam zal zijn bij een buitenlands concernonderdeel waarover de werkgever niet altijd zeggenschap zal hebben. In een dergelijk geval is het de redelijkheid die het geografische bereik van de herplaatsingsverplichting invult tot buiten de eigen onderneming, ondanks het feit dat de werkgever herplaatsing mogelijk niet kan afdwingen. Indien de werkgever geen zeggenschap heeft, zou hij *hooguit* nog kunnen aandringen bij de desbetreffende groepsmaatschappij om de werknemer in kwestie toch in dienst te nemen. Ziet de groepsmaatschap uiteindelijk af van het in dienst nemen van de werknemer, dan kan het de werkgever naar ik meen niet worden tegengeworpen dat hij niet aan zijn herplaatsingsverplichting zou hebben voldaan.[35] De herplaatsingsverplichting houdt immers een inspanningsverplichting in en geen resultaatsverplichting.

34 De uitvoeringsregels lijken ruimte te suggereren voor het 'met elkaar bepalen van de reikwijdte van herplaatsing'. Op p. 75 van de toelichting UWV Uitvoeringsregels ontslag BE – versie augustus 2018 – staat namelijk het volgende: *'Naar gelang de omvang van de onderneming toeneemt, sprake is van verschillende bedrijfsvestigingen of van een groep van ondernemingen, zullen de werkgever en de werknemer minder zicht hebben op de eventuele mogelijkheden tot herplaatsing. Dan ligt het voor de hand dat de werkgever een herplaatsingsgesprek met de werknemer voert en inventariseert wat mogelijk passende functies voor hem zijn. Daarbij kunnen afspraken gemaakt worden over bijvoorbeeld de maximale afstand/reistijd woon-werk, minimum salaris(schaal), en of de werknemer bereid is te werken bij een andere bedrijfsvestiging of in dienst te treden bij een ander onderdeel van de groep. Op basis van deze – bij voorkeur schriftelijk te maken – afspraken kan de werkgever gericht per werknemer nagaan welke mogelijk passende vacatures en plaatsingsmogelijkheden beschikbaar zijn en binnen de redelijke termijn (zie hierna paragraaf 3.5) beschikbaar komen.'*

35 Zie anders: P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018, p. 40.

3.4 Een wetstechnisch aspect blootgelegd?

Met het oordeel van de Hoge Raad lijkt ook een wetstechnisch aspect blootgelegd dat aandacht verdient in het – op het moment van schrijven van deze bijdrage nog gevoerde – debat over de Wet arbeidsmarkt in balans ('Wab'). Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz stelden de Kamerleden Dijkgraaf en Schouten namelijk voor om de zinsnede *'in de rede'* in art. 7:669 lid 1 BW te vervangen door *'indien dat redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd'*.[36] Dat amendement lijkt te zijn afgeraden omdat het *ook* voorzag in een categoriale uitsluiting van de herplaatsingsverplichting en daarmee zou het algemene karakter van de herplaatsingsverplichting verloren gaan. Op het eerste gezicht lijkt het amendement van de Kamerleden Dijkgraaf en Schouten alsnog zijn weerklank gevonden te hebben door de *SIEP*-beschikking, maar bij *close reading* lijkt de overweging van de Hoge Raad ook voor een andere uitleg vatbaar. Hebben de zinsneden in art. 7:669 lid 1 BW dat herplaatsing *'niet mogelijk is'* of *'niet in de rede ligt'* namelijk nog wel zelfstandige betekenis?

In r.o. 3.4.2. oordeelt de Hoge Raad dat met het *begrippenpaar 'niet mogelijk is of niet in de rede ligt'* niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen, maar dat het '*daarbij*' gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Het woord '*daarbij*' slaat in dit geval terug op het begrippenpaar *'niet mogelijk is of niet in de rede ligt'*. Vanwege deze terugverwijzing naar het volledige begrippenpaar komt het mij voor dat de zinsnede in art. 7:669 lid 1 BW dat herplaatsing *'niet mogelijk is of niet in de rede ligt'* in feite moet worden gelezen als *'in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd'*. Die uitleg heeft weliswaar een hoog 'lees maar, er staat niet wat er staat'-gehalte,[37] maar het is voor mij wel de meest logische uitleg. Een uitleg waarbij de Hoge Raad één norm aanlegt en een uitleg waarbij geen onderscheid (meer) hoeft te worden gemaakt tussen de situatie dat herplaatsing niet mogelijk is en de situatie dat herplaatsing niet in de rede ligt. In de ideale wereld zou de Wab-wetgever de gelegenheid te baat nemen om art. 7:669 lid 1 BW nog eens tegen het licht te houden. In dat kader zou gedacht kunnen worden aan herformulering van art. 7:669 lid 1 BW, in lijn met het in de *SIEP*-beschikking ontwikkelde uitgangspunt. Ik zal een eerste aanzet doen tot deze herformulering:

'De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. De werkgever spant zich in om de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie te herplaatsen. Herplaatsing kan in ieder geval niet in redelijkheid van de werkgever worden gevergd

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 9.

37 Naar het bekende woord van de Haagse dichter Martinus Nijhoff.

indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.'

4. Tot besluit

Het staat de werkgever van een expat-werknemer vrij om te besluiten de inhoudsloze arbeidsovereenkomst met deze werknemer te beëindigen. Het is echter de rechter die in een dergelijk geval bij een beroep op de h-grond zal moeten vaststellen of daadwerkelijk sprake is van andere omstandigheden dan de omstandigheden vermeld onder a tot en met g van art. 7:669 lid 3 BW. In het verlengde daarvan zal de rechter moeten vaststellen of voortzetting van de arbeidsovereenkomst wegens die andere omstandigheden in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Blijkens de *SIEP*-beschikking kan een h-grond bovendien voldragen worden geacht, op de grond dat herplaatsing niet in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Bij het beoordelen van de herplaatsingsverplichting dient de rechter acht te slaan op alle omstandigheden van het geval. Richtinggevend in die beoordeling zijn onder meer de uitgangspunten zoals neergelegd in art. 9 Ontslagregeling. Deze uitgangspunten worden evenwel begrensd door hetgeen in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. De *SIEP*-beschikking maakt duidelijk dat naast de redelijke gronden voor ontslag ook de herplaatsingsverplichting naar redelijkheid beoordeeld moet worden. Het is in dat opzicht toe te juichen dat er ruimte is voor redelijkheidsargumentatie, want redelijkheid maakt maatwerk mogelijk!

Over de auteur

Mr. D.A.D. (David) Mees
Advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

Een stapsgewijze vaststelling van de categorie uitwisselbare functies

Mr. Rachel Rietveld en Kasper van Haaren LLB*

1. Inleiding

Wanneer een werkgever genoodzaakt is wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen te laten vallen, zal in principe toestemming voor ontslag moeten worden gevraagd aan het UWV.[1] Het UWV beoordeelt de ontslagaanvraag aan de hand van een aantal criteria, die grofweg zijn in te delen in de bedrijfseconomische reden voor het ontslag, de toepassing van het afspiegelingsbeginsel en de mogelijkheden van herplaatsing. Waar de werkgever een grote mate van beleidsvrijheid heeft in de keuze tot een reorganisatie over te gaan, heeft hij geen tot een zeer beperkte keuze in de selectie van werknemers die voor ontslag moeten worden voorgedragen. Het aantal fte is aan de werkgever om te bepalen, maar toepassing van het afspiegelingsbeginsel bepaalt welke werknemers dit precies zijn. In de toepassing van dit beginsel zitten enkele keuzemomenten. Deze keuzes moeten wel goed onderbouwd worden en impliceren dus niet helemaal een vrije keuze, maar ze geven de werkgever wel enige ruimte om invloed uit te kunnen oefenen op (groepen) werknemers die hij binnen het bedrijf zou willen houden. Dit alles komt tot uiting in de vaststelling van de 'categorie uitwisselbare functies', waarover het UWV in de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen (hierna: UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018) opmerkt:[2]

> 'Of functies uitwisselbaar zijn kan worden beoordeeld door vergelijking van de functiebeschrijvingen en hetgeen de werkgever op grond daarvan van zijn werknemer kan verlangen. Bij de uitwisselbaarheid van functies komt het dus niet aan op de vraag hoe een individuele werknemer zijn functie feitelijk vervult.'

In augustus 2018 heeft het UWV de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2016 aangepast. Uit de toelichting van het UWV blijkt dat de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen zijn aangepast vanwege wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, ter beantwoording van een aantal rechtsvragen door de Hoge Raad en in antwoord op de roep vanuit de praktijk om uitbreiding van de toelichting op de toepasselijkheid van de geldende regels bij een ontslagaanvraag.[3] Een van de aanpassingen is de verduidelijking die het UWV heeft aangebracht ten aanzien van het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies in het kader van het afspiegelingsbeginsel. De aanleiding voor deze verduidelijking is volgens het UWV onder andere de beschikking van de Hoge Raad in de zaak TanteLouise, waarin een chef-kok stelde dat hij een unieke functie had en daarom niet in de afspiegeling had moeten worden meegenomen.[4] Het is de vraag of de tekstuele wijziging van de Uitvoeringsregels BE toepassing van de uitwisselbaarheid voor de praktijk een en ander daadwerkelijk duidelijker heeft gemaakt, maar het is in ieder geval een mooie aanleiding tot een poging inzichtelijk te maken wanneer functies nu wel of niet uitwisselbaar zijn. Daartoe zullen wij eerst kort uiteenzetten wanneer deze vraag een rol speelt, om vervolgens in te gaan op de casus die bij de Hoge Raad voorlag. In paragraaf 5 schetsen wij de bevindingen uit jurisprudentie-onderzoek teneinde in paragraaf 6 te laten zien hoe tot dusver functies geacht worden uitwisselbaar te zijn. Ons doel is een helderder kader te verschaffen dat invulling geeft aan de open norm die slechts enkele handvatten kent.

* Rachel Rietveld en Kasper van Haaren werken beiden bij ArbeidsmarktResearch UvA B.V. (magontslag.nl). Dit artikel is een uitwerking van een onderzoek naar wet en rechtspraak over de uitwisselbaarheid van functies teneinde het antwoord op de vraag hiernaar te vervatten in een beslissysteem.
Aanleiding voor dit artikel is voorts de wijziging van de UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen naar de versie van augustus 2018. De laatste hand aan dit artikel is gelegd vóór publicatie van HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM-arrest*). De inhoud en rechtsoverwegingen van dit arrest zijn met enkele aanpassingen wel verwerkt, maar de zaak speelt dus geen hoofdrol, anders dan de verwerking van de uitspraak in eerste aanleg en hoger beroep. Bij wijze van naschrift hebben wij met voetnoten bij enkele overwegingen aangegeven hoe de Hoge Raad hier in het KLM-arrest mee om is gegaan.

1. Art. 7:671b BW.
2. UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, versie augustus 2018 (Uitvoeringsregels ontslag BE 2018).
3. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, p. 5-7.
4. Het UWV verwijst in de UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018 zowel op p. 5 als p. 60 expliciet naar HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1349 (*TanteLouise*). Dit is opvallend, want het UWV doet in de Uitvoeringsregels ontslag BE voorkomen alsof er een inhoudelijk oordeel is gegeven door de Hoge Raad. Dat is niet het geval. De Hoge Raad heeft immers niet overwogen hoe art. 13 Ontslagregeling rechtens juist moet worden toegepast. Volgens de Hoge Raad konden de in het middel aangevoerde klachten niet tot cassatie leiden. Dit is vanwege art. 81 lid 1 Wet RO niet nader gemotiveerd. Aannemelijker is dat het UWV inhoudelijk bevestiging zoekt in de conclusie van de advocaat-generaal (ECLI:NL:PHR:2017:473) en bij de overwegingen van het hof inzake TanteLouise (ECLI:NL:GHSHE:2016:4046).

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

2. Het belang van het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies

De vraag of bepaalde functies met elkaar uitwisselbaar zijn, is een belangrijke, aangezien het de basis vormt van het afspiegelingsbeginsel. Het daadwerkelijke afspiegelen is het opdelen van werknemers in vijf mogelijke categorieën, afhankelijk van de vorm en de duur van de arbeidsrelatie met de werkgever.[5] Vervolgens worden externe medewerkers (groep 1) buiten beschouwing gelaten en worden de overige vier groepen werknemers in leeftijdscategorieën opgedeeld. Het doel van afspiegelen is immers om de verdeling over leeftijdsgroepen vóór het ontslag zo veel mogelijk hetzelfde te houden als na het ontslag en om zo veel mogelijk de vaste werknemers binnen de onderneming te houden. De flexibele schil moet als eerste wijken. Hiermee wordt voorkomen dat of alleen oudere werknemers het veld moeten ruimen of dat alle meest recent aangetrokken arbeidskrachten moeten worden ontslagen, wat gebeurde bij toepassing van '*last in, first out*'. Het afspiegelingsbeginsel komt aan de orde bij de vraag welke werknemers voor ontslag in aanmerking moeten worden gebracht als arbeidsplaatsen vervallen. Overigens vormt de afspiegeling ook de basis van de keuzes en mogelijkheden die de werkgever heeft als nieuwe functies worden gecreëerd, waarbij bepaald moet worden of – en zo ja welke – werknemers op de nieuwe functies geplaatst moeten worden.

Het lastige aspect aan het afspiegelingsbeginsel zit voor de praktische toepassing ervan niet zozeer in de feitelijkheden, zoals het ordenen van werknemers naar soort overeenkomst en leeftijd.[6] Een veel moeilijker vraag is *welke* werknemers nu geordend moeten worden. Wie valt nu eigenlijk binnen of buiten de categorie uitwisselbare functies? Die vraag moet beantwoord worden aan de hand van twee door de regelgever opgestelde en nader in te vullen begrippen: de bedrijfsvestiging en de categorie uitwisselbare functies. Alle werknemers die op uitwisselbare functies werkzaam zijn binnen bedrijfsvestigingen in een onderneming worden meegenomen in de afspiegeling.

2.1 Bedrijfsvestiging

Ten aanzien van het eerste begrip, de bedrijfsvestiging, gelden enkele hoofdregels: als er meer vestigingen zijn die onder dezelfde onderneming vallen, moeten deze vestigingen worden meegenomen bij het bepalen van de categorie uitwisselbare functies. Dit is anders als de vestiging is te herkennen als zelfstandige eenheid, bijvoorbeeld door een eigen website, logo en/of financiële boekhouding. Het is dan een bedrijfsvestiging in de zin van artikel 14 Ontslagregeling. In dat geval vallen de ontslagen alleen in de bedrijfsvestiging waar ook de arbeidsplaatsen vervallen. Wordt personeel uitgewisseld tussen de vestigingen of wordt op verschillende vestigingen aan hetzelfde project gewerkt, dan moeten de vestigingen in ieder geval wel samengenomen worden. Voor de zorg gelden aparte regels, omdat in die sector rekening wordt gehouden met het werken per gemeente en de wens de zorg zo veel mogelijk door dezelfde werknemer uit te laten voeren.[7] Helemaal uitgekristalliseerd is het begrip bedrijfsvestiging niet. In de rechtspraak die wij later in paragraaf 5 bespreken, zien we dit begrip wel terugkomen, maar wij richten ons nu op het tweede vereiste; de categorie uitwisselbare functies. Dit neemt niet weg dat het een belangrijke eerste stap is voor de werkgever om de eventuele zelfstandigheid van bedrijfsvestigingen te bepalen. Voor een ondernemer kan het grote impact hebben als personeel van een andere vestiging dan daar waar de ontslagen beoogd zijn, ook voor ontslag in aanmerking moet worden gebracht.

2.2 Categorie uitwisselbare functies

Wanneer functies dusdanige kenmerken hebben dat de op die functies werkzame werknemers met elkaar uitwisselbaar zijn, worden de functies samengenomen voor de afspiegeling. Dat wil zeggen dat alle werknemers in deze functies als een geheel worden beschouwd, waarna dit geheel wordt opgedeeld in soorten arbeidsovereenkomst en leeftijd (groepen en leeftijdscategorieën). Een werkgever staat het niet vrij te oordelen dat hij bepaalde (groepen) werknemers niet bij een categorie uitwisselbare functies wil betrekken. Een categorie uitwisselbare functies kan bestaan uit werknemers in een hele functiegroep, maar ook uit 'subgroepen'. Stel dat een werkgever binnen functiegroep A wil reorganiseren. Deze functie is uitwisselbaar met functiegroep B1 en B3, maar niet met B2. De afspiegeling vindt plaats tussen alle werknemers in functiegroep A, B1 en B3. Alleen in functiegroep A vervallen arbeidsplaatsen, maar ook in de groepen waar niet minder arbeidsplaatsen beoogd zijn (B1 en B3), kunnen werknemers voor ontslag in aanmerking komen.

In dit artikel staat verder centraal wanneer sprake is van een dergelijke uitwisselbaarheid. Onder andere aan de hand van de voor de Hoge Raad verschenen casus van de chef-koks bij zorgorganisatie TanteLouise gaan wij nader in op de invulling van dit begrip. De casus is een

5. De groepen zijn achtereenvolgens: (1) gedetacheerden, uitzendkrachten, zzp'ers en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging, (2) AOW-gerechtigde (payroll)werknemers, (3) (payroll)oproepkrachten met een nulurencontract, (4) (payroll)werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die binnen 26 weken na het moment van beslissing op de aanvraag afloopt en (5) (payroll)werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of met een overeenkomst voor bepaalde tijd die langer dan 26 weken na het moment van beslissing op de aanvraag doorloopt.

6. Dat ook het afspiegelingsbeginsel zelf voor problemen zorgt in wiskundige zin is uitgebreid uiteengezet in R.D. Rietveld, 'Het gebrekkige afspiegelen van het UWV', *TvO* 2017/1, p. 21-29. Tot op heden is het UWV niet met een oplossing gekomen en kan het dus zijn dat verkeerde werknemers voor ontslag in aanmerking worden gebracht.

7. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.13 (toelichting op art. 14 Ontslagregeling), p. 63.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

mooie illustratie van de moeilijkheid vaste regels te stellen voor de uitwisselbaarheid van functies.

3. De chef-koks van TanteLouise

Om een beter beeld te geven van de reden waarom het UWV de Uitvoeringsregels voor het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies heeft verduidelijkt, worden allereerst de feiten van de TanteLouise-zaak weergegeven. Achtereenvolgens worden de beschikking van de kantonrechter en de beschikkingen van het hof en de Hoge Raad besproken.

3.1 Feiten

In deze zaak gaat het om vier chef-koks bij zorgorganisatie TanteLouise, die opereert in verschillende gemeenten. Wegens veranderingen in het zorgstelsel moet TanteLouise reorganiseren en past zij in dat kader het afspiegelingsbeginsel toe. Twee van de koks moeten afvloeien. Als peildatum wordt 1 januari 2015 gehanteerd, zodat het personeelsbestand zoals het op dat moment gevormd is in principe leidend is voor de afspiegeling. Van de vier koks worden in eerste instantie chef-kok 1 (verzoeker) en chef-kok 3 boventallig verklaard en op 20 augustus 2015 heeft het UWV dan ook toestemming verleend aan de zorginstelling om de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers op te zeggen. TanteLouise maakt een dag later van de toestemming gebruik en de arbeidsovereenkomst van chef-kok 1 eindigt op grond van artikel 7:669 lid 1 onder a BW per 1 november 2015. In december 2015 blijkt chef-kok 2 gebruik te maken van de plaatsmakersregeling uit het Sociaal Plan dat is overeengekomen met de vakbonden. Hij geeft dus zijn baan op, zodat een andere chef-kok in dienst kan blijven of weer in dienst kan komen. Op basis van het omgekeerde afspiegelingsbeginsel moet worden bepaald welke chef-kok de vrijgekomen arbeidsplaats kan innemen. Wie het laatst voor ontslag in aanmerking kwam, heeft het eerst recht op terugkeer in het bedrijf. Die werknemer heeft de hoogste rechten. Chef-kok 3 blijkt op de laatste plaats in de ontslagvolgorde te hebben gestaan en neemt dan ook de plaats van chef-kok 2 in. Dit maakt dat chef-kok 1 nog steeds degene is die zijn baan verliest. Zou een andere toepassing van het afspiegelingsbeginsel en met name een andere vaststelling van de categorie uitwisselbare functies zijn gebruikt, dan zou het chef-kok 1 zijn geweest die of helemaal niet voor ontslag in aanmerking was gekomen of de plek van chef-kok 2 had mogen innemen. Reden dus voor deze chef-kok 1 om zich tot de kantonrechter te wenden.

3.2 Eerste aanleg

Bij de kantonrechter verzoekt chef-kok 1 primair de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen en TanteLouise te veroordelen tot wedertewerkstelling.[8] Aan dit verzoek legt hij ten grondslag dat de wederindiensttredingsvoorwaarde is geschonden nu chef-kok 3 – die dezelfde werkzaamheden als chef-kok 1 zou uitvoeren – op de vrijgekomen plaats van chef-kok 2 is gekomen. Wat het primaire verzoek betreft houdt de kantonrechter het kort. Onder verwijzing naar een uitspraak van Hof Amsterdam[9] overweegt de kantonrechter dat van schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde geen sprake is, nu chef-kok 2 – degene die de plek van de vrijwillig vertrokken chef-kok 3 heeft ingenomen – geen nieuw aangetrokken werknemer is, maar een voormalig werknemer die boventallig is verklaard. Het lijkt erop dat het hof van mening is dat het een werkgever vrijstaat te kiezen welke voormalig werknemer hij wederom in dienst laat treden, aangezien de wederindiensttredingsvoorwaarde 'alleen geschonden kan worden indien er binnen de in de voorwaarde gestelde termijn een nieuwe werknemer wordt aangetrokken om de werkzaamheden […] te verrichten'.[10] De wederindiensttredingsvoorwaarde komt in hoger beroep niet meer ter sprake en staat in dit artikel verder ook niet ter discussie.

Het subsidiaire verzoek is gestoeld op artikel 7:682 lid 1 onder a BW: het ontbreken van een redelijke grond voor ontslag. Daartoe voert chef-kok 1 onder andere aan dat het afspiegelingsbeginsel niet juist is toegepast omdat de categorie uitwisselbare functies niet goed is vastgesteld. Hij stelt dat zijn functie blijkens de feitelijke werkzaamheden uniek is en daarmee niet uitwisselbaar. Het komt er kort gezegd op neer dat chef-kok 1 vindt dat in het kader van het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies doorslaggevende betekenis aan de *feitelijke* werkzaamheden moet worden toegekend en niet aan de in eerste instantie overeengekomen werkzaamheden. Hij zou de enige zijn geweest die zijn werkzaamheden daadwerkelijk conform de functieomschrijving van chef-kok uitvoerde. Daarbij voert hij aan dat hij als aanspreekpunt fungeerde voor de andere chef-koks en dat de andere chef-koks alleen administratief geregistreerd zouden staan als chef-kok.

De vermeende onjuiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt door de kantonrechter niet bevestigd. De kantonrechter is van mening dat het zijn van aanspreekpunt en het feit dat chef-kok 1 expliciet aangewezen was om bepaalde autorisaties te verrichten, nog niet maakt dat de inhoud van zijn functie dusdanig verschilt van die van de andere chef-koks dat zijn functie niet uitwisselbaar is. Andere chef-koks zouden in een relatief korte periode ingewerkt kunnen worden en deze extra taken

8. Ktr. Bergen op Zoom 29 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8610.
9. Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:370. Het hof oordeelt dat de woorden 'door een ander laten verrichten' uit art. 7:681 lid 1 onder d BW betekenen dat het om een geheel nieuw aan te trekken werknemer moet gaan. Wij zullen hier niet verder op in gaan, aangezien de wederindiensttredingsvoorwaarde in het kader van dit artikel niet van verder belang is.
10. Vergelijk Ktr. Bergen op Zoom 29 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8610 met Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:370.

doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

kunnen overnemen. De extra taken brengen niet met zich dat de functiebeschrijving niet adequaat is. Volgens de kantonrechter heeft TanteLouise dan ook alle chef-koks terecht meegenomen bij het toepassen van het afspiegelingsbeginsel.
Nu zowel het beroep op de schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde als op het ontbreken van een redelijke grond is afgewezen, is ook het meer subsidiaire verzoek om een billijke vergoeding eenzelfde lot beschoren.

3.3 Hoger beroep

In hoger beroep voert chef-kok 1 onder andere aan dat de kantonrechter de uitwisselbaarheid van functies onjuist heeft uitgelegd. Volgens de appelrechter kan deze grief niet slagen. Het maakt volgens het hof voor het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies niet uit of en dat feitelijk andere werkzaamheden worden uitgevoerd. Bij het vaststellen van de categorie uitwisselbare functies moet namelijk rekening worden gehouden met de bij indiensttreding overeengekomen werkzaamheden en de daarbij behorende salarisschaal die de chef-koks op grond van hun arbeidsovereenkomst hebben. Voorts is daarbij van belang welke werkzaamheden TanteLouise op grond van die arbeidsovereenkomst van hen kan vragen.[11] Uitgebreider wordt ingegaan op de aangevoerde schending van de herplaatsingsinspanningen. Deze overwegingen laten wij buiten beschouwing. Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter. Chef-kok 1 gaat in cassatie.

3.4 Conclusie van de A-G

Het hof overwoog in zijn beschikking dat voor de uitwisselbaarheid van functies bepalend zijn de aanstelling, de bijbehorende loonschaal en de werkzaamheden die de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst van de werknemer kan verlangen. Chef-kok 1 stelt dat feitelijke werkzaamheden doorslaggevend zijn. Kortgezegd klaagt chef-kok 1 in cassatie dat het hof een engere beoordelingsmaatstaf hanteert waarin het louter gaat om de papieren werkelijkheid en waarbij het belang van feitelijke omstandigheden te verwaarlozen is. Volgens de chef-kok zou een op de feitelijke werkzaamheden gerichte beoordeling moeten plaatsvinden, waarbij naar de functie-inhoud wordt gekeken, daarbij mede in aanmerking nemend de vereiste kennis en vaardigheden.
Volgens A-G Keus faalt de klacht en is de door het hof gehanteerde beoordelingsmaatstaf rechtens juist.[12] De beoordelingsmaatstaf wordt gevormd door de elementen uit artikel 13 Ontslagregeling die in onderlinge samenhang moeten worden bezien. Ook komt betekenis toe aan de functie-inhoud en vereiste kennis en vaardigheden. Het is juist dat het bij het beoordelen van de uitwisselbaarheid van functies gaat om de werkzaamheden die de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst kan verlangen en niet om de werkzaamheden die de werknemer feitelijk uitvoert. Ook de overige klachten falen. De conclusie van de A-G strekt dan ook tot verwerping van het cassatieberoep.

3.5 Cassatie

Volgens de Hoge Raad kunnen de aangevoerde klachten niet tot cassatie leiden en daarom wordt het cassatieberoep verworpen. Door deze formele benadering van de Hoge Raad wordt de kans om duidelijkheid te geven over dit belangrijke, veel voorkomende onderwerp niet benut.[13] Dit is met een beroep op artikel 81 Wet RO niet nader gemotiveerd.[14] Door deze zeer beperkte toelichting blijft voor de praktijkbeoefenaar in het midden of de verwerping ligt aan het door partijen gestelde of dat de Hoge Raad van mening is dat duidelijk uit de wet volgt dat niet moet worden uitgegaan van de feitelijke werkzaamheden.

4. Handvatten voor uitwisselbaarheid van functies

De verzoeken van voormalig chef-kok 1 van TanteLouise geven ons aanleiding ons af te vragen of er geen duidelijker kader zou moeten worden geschetst voor het vaststellen van de uitwisselbaarheid van functies dan nu gebeurt. Onzes inziens is zowel de praktijk gebaat bij zo'n kader, als het systeem van het arbeidsrecht – specifieker het ontslagrecht – in ruime zin. Nu de Hoge Raad (nog) niet in deze leemte heeft kunnen voorzien, doen wij een poging.[15] Aan de hand van de bestaande regelgeving en rechtspraak schetsen wij hierna het kader.

4.1 Wettelijk kader

Het begrip uitwisselbare functies komt in Boek 7 Titel 10 niet voor. Artikel 7:671a BW spreekt alleen over het eerst beëindigen van andere arbeidsrelaties en geeft aan dat nadere regels worden gesteld. In artikel 13 Ontslagregeling wordt de definitie gegeven:

> 'Een functie is uitwisselbaar 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 het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn.'

Deze factoren moeten alle in onderlinge samenhang worden beoordeeld. De uitgebreide uitleg en aanvullende vereisten zijn te halen uit de toelichting op dit artikel 13[16] en in de Uitvoeringsregels van het UWV.[17] Wij

11. Hof Den Bosch 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046.
12. Conclusie A-G Keus 2 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:473.
13. Wellicht dat het uitzicht op het KLM-arrest dat een paar maanden later zou komen hierop van invloed is geweest.
14. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1349 (*TanteLouise*).
15. Het KLM-arrest brengt ons wat verder, maar geeft nog steeds niet aan alle aspecten invulling.
16. *Stcrt.* 2015, 12685.
17. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11, p. 58-61.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

bespreken deze hierna, om vervolgens te analyseren hoe een en ander al dan niet tot uiting komt in gewezen rechtspraak.

4.2 Salarisschaal

Functies die gekoppeld zijn aan verschillende salarisschalen zijn in beginsel niet uitwisselbaar.[18] Twee of meer schalen verschil impliceert dat functies niet uitwisselbaar zijn. Een verschil van één salarisschaal geeft een sterk vermoeden dat de functies niet uitwisselbaar zijn. Bij een verschil van één salarisschaal moet de functie inhoudelijk beoordeeld worden op gelijkwaardigheid met de andere functie. Dit neemt niet weg dat er wel degelijk verschil in salaris kan zitten tussen functies die uitwisselbaar zijn. Binnen een schaal kunnen werknemers verschillende treden bereikt hebben of kan bijvoorbeeld door anciënniteit en werkervaring verschil zijn ontstaan. Zolang de functies maar gelijkelijk zijn ingedeeld. Andersom betekent het niet dat als de hoogten van de daadwerkelijke salarissen dicht bij elkaar liggen, maar de schalen verschillen, dit toch een aanwijzing is dat de functies uitwisselbaar kunnen zijn.

4.3 Omvang van de functie

Onderscheid in functies kan worden bepaald door een verschil in werktijd, het dagdeel waarop gewerkt wordt of mogelijk door arbeidsomvang. Het UWV geeft aan dat gedacht kan worden aan twee secretaresses, waarvan de een parttime werkt en de ander fulltime. De fulltimer heeft, in tegenstelling tot de parttimer, coördinerende taken en doet op vaste dagen verslag van vergaderingen. Het UWV legt uit dat in een dergelijke situatie de functie van de fulltime secretaresse niet uitwisselbaar is met de parttime secretaresse. Evenwel is het enkele feit dat functies verschillen in arbeidsomvang of werktijden onvoldoende om te concluderen tot niet uitwisselbaarheid.[19]

Als een functie in deeltijd of op een specifieke dag wordt verricht, dan is dat ook een aanwijzing dat de functies niet uitwisselbaar zijn. Het moeten dan wel de taken zijn die bij de specifieke dag of het dagdeel horen die voor onderscheid zorgen. Dat de ene parttimer op vrijdag werkt en de ander op zaterdag maakt geen onderscheid, tenzij op zaterdag andere of extra taken worden verricht zoals het opstellen van de weekomzet. Los hiervan staat dan weer de vraag of beide werknemers geschikt zijn de weekomzet op te stellen, zolang het maar in de functieomschrijving is opgenomen.

4.4 Tijdelijk karakter extra werkzaamheden

Functies waarbinnen mogelijk dezelfde werkzaamheden worden verricht, maar die een tijdelijk karakter hebben, moeten buiten beschouwing worden gelaten. Hoewel dat op het eerste oog wellicht zo lijkt, gaat het niet per se om de tijdelijkheid van de functie *in zijn geheel*, maar om de tijdelijkheid van extra taken uitgevoerd *binnen* een bepaalde functie. Deze extra taken komen meestal voort uit pieken in de productie of vervanging wegens ziekte of vakantie. Als extra taken langer dan 26 weken worden uitgevoerd, dan dienen de taken wél betrokken te worden bij het bepalen van de uitwisselbaarheid van een functie. Of de werknemer die de taken uitvoert nu een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd heeft en of die eerste meer of minder dan 26 weken duurt, is dus niet van belang.[20]

4.5 Scholing

Van belang te vermelden is dat scholing geen rol speelt bij uitwisselbaarheid van functies, in die zin dat er niet hoeft te worden bezien of een werknemer geschikt kan worden gemaakt voor een functie. Het UWV wijst ook op het verschil tussen uitwisselbare functie en een passende functie, waar bij die laatste scholing wel van belang is.[21] Meer dan dit zegt het UWV er niet over. Scholing speelt wel een rol als eenmaal het afspiegelingsbeginsel is toegepast en er meer nieuwe functies zijn gecreëerd dan er geschikte werknemers zijn. Op dat moment blijven functies onvervuld en komen geschikt te maken werknemers in aanmerking voor de nieuwe functie.[22] Het creëren van nieuwe functies met daarin overlap met de oude functies kan dus leiden tot uitwisselbaarheid. De werkgever kan er niet zonder meer van uitgaan dat het afspiegelingsbeginsel niet aan de orde is vanwege het (komen te) vervallen van een functie.[23]

4.6 Geen sprake van uitwisselbaarheid

Het UWV geeft ook een aantal specifieke voorbeelden waarbij in ieder geval *geen* sprake is van uitwisselbaarheid van functies. Eigenlijk wordt hiermee niet gedoeld op niet-uitwisselbaarheid van de functies zelf, als wel op de personen die de functie vervullen, met als gevolg dat een specifieke persoon niet in de afspiegeling hoeft te worden meegenomen. Dat is in ieder geval zo indien een werknemer onmisbaar is. Om van een onmisbare werknemer te kunnen spreken, moet aan heel wat eisen zijn voldaan. Het komt erop neer dat de werknemer over dusdanige kwaliteiten beschikt die van groot belang zijn voor het voortbestaan van de onderneming en die niet zomaar kunnen worden overgedragen. Scholing van een andere werknemer om zo de – tot dan toe – onmisbare werknemer te kunnen vervangen, behoort tot de mogelijkheden. Naast een bijzondere werknemer kan ook een functie uniek zijn. Zo kan over een potentiële opvolger van de leiding van een familiebedrijf, die een loopbaantraject volgt en verschillende functies uitoefent, niet worden gezegd dat hij op een bepaald moment of peilda-

18. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11 (toelichting op art. 13 Ontslagregeling), p. 59.
19. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11 (toelichting op art. 13 Ontslagregeling), p. 59-60.
20. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11 (toelichting op art. 13 Ontslagregeling), p. 60.
21. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11 (toelichting op art. 13 Ontslagregeling), p. 60.
22. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212.
23. In het artikel 'Stoelendans aan boord van de KLM' van De Blécourt in *TvO* 2018/2, p. 51-61 is eveneens onder andere geschreven over de beoordeling van de uitwisselbaarheid van functies. Dit artikel ziet primair op de stoelendansmethode / methode De Blécourt. De bespreking van Ktr. Utrecht 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614 is een waardevolle toevoeging op de in dit artikel door ons beschreven rechtspraak.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

tum dezelfde functie verricht als andere werknemers binnen het bedrijf. In dat geval is sprake van een unieke functie en wordt in het geheel niet aan het afspiegelingsbeginsel toegekomen. Hetzelfde geldt voor een trainee die achtereenvolgens werkzaam is in verschillende functies op diverse afdelingen en de meewerkend partner van de eigenaar in een klein familiebedrijf.[24]

4.7 Niet zonder meer sprake van uitwisselbaarheid

Verder staan in de Uitvoeringsregels en in de toelichting op artikel 13 Ontslagregeling enkele voorbeelden van situaties die niet zonder meer tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van uitwisselbare functies:

- Als functies vergelijkbare werkzaamheden inhouden, leidt dat niet per definitie tot de conclusie dat de functies uitwisselbaar zijn. Zo kan een verschil in vakspecifieke kennis en vaardigheden maken dat de functies wel *vergelijkbaar* zijn, maar niet *uitwisselbaar*. Het UWV geeft als voorbeeld een buschauffeur en een taxichauffeur. Zij verrichten op het oog vergelijkbare werkzaamheden, namelijk het vervoeren van passagiers. Een taxichauffeur heeft echter niet hetzelfde rijbewijs als een buschauffeur en ook beschikken zij elk over andere diploma's en certificaten.
- Functies die gelijkwaardig lijken, hoeven nog niet uitwisselbaar te zijn als bijvoorbeeld het afbreukrisico verschilt. Ook dit hangt samen met de functie en niet met de werknemer. Het impliceert een functioneren op een hoger niveau, terwijl eenzelfde soort werkzaamheden wordt uitgevoerd. Extra of andere vaardigheden voor het vervullen van de functie zijn niet nodig. Het gegeven voorbeeld illustreert dat passend: de secretaresse van de Raad van Bestuur heeft een hoger afbreukrisico dan de secretaresse van een afdeling. Beiden maken verslagen, houden de agenda bij en verwelkomen gasten, maar bij de eerstgenoemde kunnen fouten veel grotere gevolgen hebben.
- Dat functies eenzelfde, algemene functieomschrijving hebben, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat de functies ook daadwerkelijk uitwisselbaar zijn.

4.8 Vereiste kwalificaties voor de functie

Wat de feitelijke kwalificaties van de werknemers zijn doet weinig ter zake. Als een werknemer een hbo-diploma heeft, maar voor de functie een mbo-diploma vereist is, dan zal die functie niet uitwisselbaar zijn met een andere functie waarvoor een hbo-diploma gevraagd wordt. Dit volgt uit de formulering van artikel 13 Ontslagregeling, waarin steeds wordt gerefereerd aan de functie. Daarnaast staat in de toelichting op dit artikel:

> 'Ten slotte is van belang dat het gaat om de uitwisselbaarheid van functies, dus niet van medewerkers. Als een medewerker bijvoorbeeld toevallig een achtergrond heeft die hem persoonlijk geschikt maakt voor een functie die niet uitwisselbaar is met zijn eigen functie, dan zal een beroep door de desbetreffende medewerker op uitwisselbaarheid niet worden gehonoreerd. De toets op uitwisselbaarheid is kortom objectief gerelateerd aan de functie en niet subjectief aan de medewerker.'

De competenties en vereisten van de functie als uitgangspunt nemen en niet die van de werknemers zelf, past in principe bij de gedachte achter uitwisselbaarheid van functies. Een werkgever moet een algemeen beeld kunnen schetsen van functies met bijbehorende werkzaamheden en salarissen. Dat een specifieke werknemer toevallig meer kwalificaties heeft en daarom ook een andere functie zou kunnen uitoefenen, kan niet leidend worden voor het doel van het vaststellen van deze functies. Feitelijk gezien zou de werkgever, nadat toestemming voor ontslag is verkregen, met de resterende groep werknemers de overgebleven functies moeten kunnen opvullen. Is de uitwisselbaarheid goed vastgesteld, dan moet dat lukken. Dat is ook precies de reden waarom er maar weinig verschil in kenmerken van de functies mag en kan zitten en daarom moet ervan worden uitgegaan dat de functies *niet* uitwisselbaar zijn. Het gaat niet om passendheid van de functie, waarbij de competenties van de werknemer juist wel een rol spelen.

4.9 Overeengekomen of feitelijk

Bij toepassing van alle voorgaande stelregels is steeds van belang of de overeengekomen werkzaamheden als uitgangspunt moeten worden genomen of dat leidend is hoe feitelijk uitvoering wordt gegeven aan de arbeidsovereenkomst. Het UWV heeft met de wijziging van de Uitvoeringsregels in 2018 geconcretiseerd dat het bij de vraag wie werkzaam zijn binnen een categorie uitwisselbare functies gaat om de aanstelling, bijbehorende loonschaal en de werkzaamheden die werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst kan verlangen.[25] In eerste instantie moet dus worden gekeken naar de schriftelijke functieomschrijving. Daarmee is aangesloten bij de overwegingen van het hof en van de A-G in TanteLouise.[26] Pas als de daadwerkelijke uitvoering van de werkzaamheden tot een heel andere uitkomst leidt, zal het UWV uitgaan van de feitelijke werkzaamheden. Hetzelfde geldt als een schriftelijke functieomschrijving ontbreekt.

4.10 Tussenconclusie handvatten

De hiervoor beschreven handvatten hangen alle direct of indirect met elkaar samen en zijn dus niet doorslaggevend of onderscheidend. Ze geven invulling aan de open norm van 'uitwisselbaarheid'. Naar onze mening kunnen ook andere factoren een rol spelen, zodat een weging van alle omstandigheden van het geval plaatsvindt.[27]

24. UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, par. 2.11 (toelichting op art. 13 Ontslagregeling), p. 59.
25. Vergelijk UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018, p. 60 met UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2016, p. 56. De aanvulling is rechtsreeks afkomstig uit de beschikking van het hof inzake TanteLouise, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046.
26. Conclusie A-G Keus 2 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:473.
27. Bevestigd in HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM-arrest*).

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

In ieder geval staat *de functie* centraal en is het niet het uitgangspunt om te kijken naar *de werknemer* die de functie vervult. Dit is weer anders als de werknemer een bijzondere 'rol' heeft, zoals het geval is bij onmisbare werknemers of trainees. Of alle bij de functie behorende aspecten zoals de functieomschrijving, salaris, competenties, vaardigheden en al dan niet tijdelijke taken meewegen, hangt af van de casuïstiek.

5. Rechtspraak

De verscheidenheid aan beoordelingsmaatstaven in de rechtspraak is groot. Dit komt niet alleen door de diverse criteria die ook nog eens in de loop der tijd met nieuwe Beleids- dan wel Uitvoeringsregels zijn veranderd, maar ook door de grote diversiteit in manieren waarop bedrijven functies qua inhoud en vereiste competenties vormgeven. Dat diverse factoren in onderlinge samenhang worden beoordeeld, maakt dat er niet direct een duidelijke rangorde in mee te wegen factoren is aan te brengen.

In deze paragraaf zetten wij rechtspraak uiteen. Idealiter zouden wij de analyse laten aansluiten bij de in de vorige paragraaf gesorteerde handvatten, maar aangezien de rechterlijke overwegingen een wat chaotisch beeld geven, is dit niet mogelijk. Zo zien wij van de drie vuistregels van het UWV, zoals beschreven in paragraaf 4.1 t/m 4.3, eigenlijk alleen het belang van salaris(schalen) terug in de rechtspraak. Dit gaat gepaard met voornamelijk discussies over competenties die al dan niet in de functieomschrijving zijn opgenomen en hoe zich de functieomschrijving verhoudt tot de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden. Hier kunnen allerhande omstandigheden een rol spelen. Om het leesbaar en overzichtelijk te houden, behandelen wij hierna eerst enkele uitspraken waar het salaris van de functies een belangrijke rol speelt en daarna uitspraken waarin discussie over competenties centraal staat. Aparte aandacht wordt besteed aan hoe wordt omgegaan met het verschil tussen bedongen en feitelijke werkzaamheden.

5.1 Salaris

In de meeste uitspraken speelt het salaris een rol, zij het in meer of mindere mate. Zo concludeerde Hof Den Bosch dat een verschil in één salarisschaal dusdanig groot is dat functies reeds daarom niet uitwisselbaar zijn.[28] Kantonrechter Amsterdam vindt een salarisverschil van 7% substantieel, al legt dat in de zaak weinig gewicht in de schaal: het is het verschil in salarisschalen dat maakt dat de functies niet uitwisselbaar zijn.[29] In de al eerder aangehaalde recente beslissing van Hof Arnhem-Leeuwarden maakt het verschil in salaris onderdeel uit van de toetsing van alle omstandigheden. Opvallend feit is dat in dit geval de ene functie in salarisschaal A7 was ingedeeld en de ander in A7/A8. De vraag rijst bij ons hoeveel gewicht het geringe verschil in de schaal heeft gelegd. De UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018 als uitgangspunt nemend, zou de conclusie moeten zijn dat dit een element was dat juist zou pleiten vóór de uitwisselbaarheid van functies, maar dat de andere factoren de beslissing anders hebben doen luiden. Ook opvallend is de opmerking van Kantonrechter Utrecht dat het verschil tussen het maximum van salarisschaal 5 en dat van salarisschaal 6 slechts € 127 bruto per maand is.[30] De conclusie luidt dat de salarisschalen weinig handvatten geven voor eventuele uitwisselbaarheid en dus worden alleen de functieomschrijvingen in acht genomen.[31] Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat in een situatie waarin functies qua beloning en niveau gelijkwaardig zijn de feitelijke invulling van de functie doorslaggevend is.[32] Hof Amsterdam kent een iets andere betekenis toe aan gelijke beloning: nu de beloning tussen de twee ter discussie staande functies gelijk is, is weinig aannemelijk dat een van de functies veel zwaardere verantwoordelijkheden met zich brengt en daarmee is de kans zeer groot dat ze uitwisselbaar zijn.[33]

5.2 Competenties

De in de Ontslagregeling en Uitvoeringsregels gelegde nadruk op de functie-inhoud en daarbij behorende competenties zien we ook terug in de rechtspraak. In de uitspraken wordt vooral ingegaan op de competenties, zodat deze een beduidend grotere rol blijken te hebben dan uit de handvatten van het UWV blijkt. Zo is volgens Kantonrechter Rotterdam van onderlinge uitwisselbaarheid van functies sprake indien de werkzaamheden die in de ene functie worden verricht ook in de andere functie kunnen worden verricht en vice versa.[34] Doorslaggevende betekenis komt toe aan het competentieprofiel. Dit profiel ziet op de functie. In deze zaak is de vraag of een *allround financieel medewerker* uitwisselbaar is met een *financieel medewerker*. Het competentieprofiel van de eerste kent twee extra vereisten en dat is terug te zien in het hogere salaris. De conclusie is dat de functies niet uitwisselbaar zijn. Ook het UWV gaat, ook al in 2014, niet uit van de competenties van de werknemers zelf, maar alleen die van de functie.[35] In de beslissing op de aanvraag stond:

> 'De persoonlijke kennis en vaardigheden van werknemer worden niet meegenomen in de beoordeling van de uitwisselbaarheid van functies, aangezien deze beoordeling zich richt op de functies zelf.'

28. Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397.
29. Ktr. Amsterdam 1 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654. De kantonrechter vindt 7% verschil in hoogte van het daadwerkelijke salaris substantieel, maar kijkt vooral naar de salarisschalen.
30. Ktr. Utrecht 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614.
31. In par. 5.3 wordt nader ingegaan op hoe de rechter omgaat met gevallen waarin een verschil bestaat tussen de bedongen werkzaamheden die volgen uit een functieomschrijving en de feitelijke werkzaamheden.
32. Ktr. Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7734.
33. Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5024 (hoger beroep in *KLM-arrest*).
34. Ktr. Rotterdam 4 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7541.
35. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7318.

doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

Het hof lijkt bijna afstand te nemen van dat uitgangspunt, maar wellicht is dat een te letterlijke interpretatie:

> 'Het hof maakt het *standpunt* [cursivering auteurs] van het UWV tot de zijne en *volgt de kantonrechter in zijn oordeel dat* [cursivering auteurs] gelet op het verschil in complexiteit, expertiseniveau, takenpakket en verantwoordelijkheid, het verschil in salaris beide functies niet uitwisselbaar zijn.'

Interessant, of onjuist, is dat sommige rechters niet alleen uitgaan van de uitwisselbaarheid van de functies zelf, maar – ondanks dat uit de Uitvoeringsregels ontslag BE valt af te leiden dat de kwaliteiten van werknemer niet centraal moeten staan – ook de mogelijkheden van de werknemers die de betreffende functies bekleden in hun beoordeling meenemen. Al is het niet het doorslaggevende argument, Kantonrechter Alkmaar noemt in zijn overweging dat de werknemer feitelijk niet voldoet aan de in de functieomschrijving gestelde opleidings- en/of ervaringseisen.[36] Ook Kantonrechter Arnhem acht de persoonlijke kwaliteiten en werkervaring van de werknemer wel van belang.[37] Doorslaggevend voor zijn beslissing om de functies niet uitwisselbaar te vinden, is het feit dat de werknemer (zo voerde hij zelf aan) werkzaam was in een zeer specifiek deel van het werkveld van de andere functie. Daarbij is van belang te vermelden dat de rechter kijkt naar de situatie op dat moment en dat als hij van mening is dat het feit dat de werknemer maar beperkte scholing nodig heeft om ook de andere delen van het werkveld te kunnen uitoefenen, dit niet ervoor zorgt dat toch sprake is van uitwisselbaarheid. De vraag of een voor een functie ongeschikte werknemer door scholing geschikt kan worden gemaakt, is een andere dan de vraag of functies uitwisselbaar zijn. Wordt alleen naar de vereisten voor de functie gekeken en niet naar de kwaliteiten van de werknemer zelf, dan past het aanbieden van scholing daar ook niet bij. Hoewel het weinig uitgebreid in de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels staat toegelicht, blijkt vooral bij werknemers verwarring te bestaan op dit punt.

Andere verwarring, naast die over scholing, zit blijkbaar in het geschikt zijn voor functies, bezien vanuit eigen capaciteiten. Het lijkt onder werknemers een heersende opvatting dat als de taken tussen de functies verschillen, aangevoerd moet worden dat ook zij in staat zijn die andere taken te verrichten. Zo droeg een werknemer bij Kantonrechter Almere voornamelijk argumenten aan waarom hij geschikt zou zijn voor de nieuwe functie.[38] De rechter stelde duidelijk dat dit niet ter zake doet, omdat het om uitwisselbaarheid van functies gaat. Nog explicieter benadrukte Kantonrechter Maastricht dit:

> 'Tijdens de voortgezette mondelinge behandeling is uitvoerig aan de orde gekomen dat het gaat om de uitwisselbaarheid van *functies*, niet van medewerkers (zie art. 13 Ontslagregeling en de toelichting op dat artikel). Niet relevant zijn de persoonlijke kenmerken van de executives die deze functies vervullen. Met andere woorden: ervaring, opleidingsniveau, capaciteiten en arbeidsverleden van [verweerder, tevens verzoeker in de tegenverzoeken] zijn niet relevant voor het antwoord op de vraag of de functie van (…) uitwisselbaar is met overige functies binnen de (…)-groep.'[39]

Bij Hof Den Bosch voerde een bibliotheekmedewerkster aan dat de taken in beide functies niet verschilden, maar er slechts een ander etiket op was geplakt.[40] Het hof ging hier niet in mee, nu de ene functie meer verantwoordelijkheden vroeg en een hoger opleidingsniveau. Dit alles neemt niet weg dat iedere extra vaardigheid die voor een functie vereist is ervoor zorgt dat de daarbij behorende competenties kunnen zorgen voor niet-uitwisselbaarheid. Hof Amsterdam vond dat de door KLM gecreëerde nieuwe functie dan wel nieuwe vaardigheden vroeg ten opzichte van de oude functies, maar dat bracht niet met zich dat de daadwerkelijke uitvoering ook zo erg zou verschillen.[41] In de nieuwe functieomschrijving was opgenomen dat een van de competenties 'beleidsvorming' was. De rechter vond het niet aannemelijk dat shiftleaders zich daadwerkelijk en regelmatig hiermee bezig zouden gaan houden, aangezien beleidsvorming meer besteed is aan hogere functies. Het simpelweg opnemen van allerlei taken en vereisten om zo uitwisselbaarheid te voorkomen, heeft dus weinig zin. De gevraagde competenties en vaardigheden moeten in redelijkheid aansluiten bij de werkzaamheden die de functie met zich brengt.

Anderzijds is het ook niet aan te raden de functieomschrijvingen te algemeen te laten. In dat kader is noemenswaardig de beschikking van Kantonrechter Almere, waaruit volgt dat een generieke omschrijving van de werkzaamheden om nadere stukken vraagt waaruit blijkt dat in de praktijk de functies wel degelijk verschillen en om andere kennis, vaardigheden en competenties vragen.[42] Dit is anders als de salarisschalen verschillen.

5.3 Bedongen of feitelijke werkzaamheden

Kantonrechter Assen maakte in ieder geval korte metten met een te grote differentiatie aan functieomschrijvingen, terwijl feitelijk de functies allemaal zagen op hetzelfde inzetgebied.[43] Voor negentien werknemers werd ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Ten aanzien van de functies bij werkgever werd onderscheid gemaakt naar inzetgebied (*Industrie* en *Utiliteit*), specialisme (*Elektrotechniek* en *Werktuigbouwkunde*) en de mate van zelfstandigheid en klantcontact (*Projecten* en *Services*). In het functiehandboek werd nog een nader

36. Ktr. Alkmaar 15 april 2015, ECLI:NL:RBNHO: 2015:4815.
37. Ktr. Arnhem 30 november 2016, *JAR* 2017/22.
38. Ktr. Almere 13 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:017:1254.
39. Ktr. Maastricht 29 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4850.
40. Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397.
41. Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5024 (hoger beroep in *KLM-arrest*).
42. Ktr. Almere 5 januari 2018, ECLI:NLRBMNE:2018:82.
43. Ktr. Assen 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5234.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

onderscheid gemaakt naar vakgebieden (elektrotechniek, installatietechniek en werktuigbouwkunde). Daarnaast kende werkgever uitgebreide functiereeksen die een loopbaanpad vormen. Volgens werkgever behoorde bij elke stap in het loopbaanpad een verschillend niveau van kennis, kunde en ervaring. Ten slotte nam werkgever ook *soft skills* in de functieomschrijvingen op die verschillend waren per (technische) functie. De kantonrechter overwoog dat gelijksoortige functies in de inzetgebieden *Industrie* en *Utiliteit* niet met elkaar uitwisselbaar zijn. Het was voor de kantonrechter echter een brug te ver om onderscheid te maken tussen gelijksoortige functies binnen hetzelfde inzetgebied. Daaruit volgde de conclusie dat het afspiegelingsbeginsel onjuist was toegepast en de verzochte ontbindingen werden afgewezen.

In ieder geval worden door Kantonrechter Rotterdam de feitelijke werkzaamheden als uitgangspunt genomen bij bijzondere omstandigheden als ziekte.[44] Zo verrichtte een werknemer, aangenomen als *dagdienst operator,* al jaren administratieve klussen in plaats van de bij zijn functie horende uitvoerende taken als het besturen van productie-units. Dit was het gevolg van arbeidsongeschiktheid. De rechter neemt zonder twijfel de dagelijkse werkzaamheden als uitgangspunt en komt zo tot de conclusie dat deze werknemer niet uitwisselbaar is. Wij schrijven met opzet 'deze werknemer', omdat de functies dat in ieder geval niet zijn.
In 2016 stelde Kantonrechter Leiden dat het uitgangspunt van de Ontslagregeling is dat zo veel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij de feitelijke situatie. De functieomschrijving zou een ondergeschikte rol hebben.[45] Wij zien dit niet terug in de Ontslagregeling, noch in de overwegingen van de A-G en het hof. Ruim een jaar daarvoor oordeelde Kantonrechter Alkmaar ook al het tegenovergestelde: 'de wijze waarop een werknemer zijn functie invult is niet bepalend voor het antwoord op de vraag of de functies onderling uitwisselbaar zijn.'[46] Uiteindelijk wordt de beslissing toch op de feitelijke werkzaamheden gebaseerd en niet op de overeengekomen, omdat er slechts een verschil zit in de *schriftelijke* functieomschrijving en omdat deze niet past bij de invulling ervan in de praktijk. Beide functies hebben dezelfde taken en verantwoordelijkheden. In wederom een bibliotheek, dit keer in Utrecht, wordt gereorganiseerd en zouden volgens de werkgever functies niet uitwisselbaar zijn.[47] De kantonrechter loopt de zeer uitgebreide functieomschrijvingen en resultaatgebieden van beide functies af en komt tot de conclusie dat wel andere woorden gebruikt worden, maar dat er onder de streep weinig verschil tussen de functies zit. De rechter neemt daarbij aan dat de verschuiving van de uitvoering van de functies een proces van jaren is geweest dat gelijkloopt met de wijzigingen in de bibliotheek(branche).

44. Ktr. Rotterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1996.
45. Ktr. Leiden 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16926.
46. Ktr. Alkmaar 15 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4815.
47. Ktr. Utrecht 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614.

6. Tussenconclusie handvatten en rechtspraak

In de vorige twee paragrafen hebben wij uiteengezet hoe volgens het UWV invulling zou moeten worden gegeven aan de open norm uitwisselbaarheid van functies en hoe rechters met toepassing hiervan op feitelijke situaties omgaan. In samenhang bezien, leidt dit nog steeds tot een divers – zo niet diffuus – beeld.

De vuistregel van het UWV die ziet op de situatie dat een functie in deeltijd of op een specifieke dag wordt verricht zien wij in de door ons onderzochte rechtspraak weinig terug. De Uitvoeringsregels zijn op dit punt helder, wat wellicht ook de reden is dat er weinig discussie over bestaat. Voor zover wij weten, is ook het tijdelijke karakter van werkzaamheden nog niet door rechters behandeld.

De salarisschaal – er wordt opvallend weinig niet gebruik gemaakt van schalen – is vaak het eerste aanknopingspunt dat wordt gezocht door rechters. Overige feiten worden nog wel doorlopen als de schalen veel van elkaar verschillen, maar eigenlijk is daarmee al gegeven dat van uitwisselbaarheid geen sprake kan zijn. Bij vergelijkbare schalen is de vraag waar dit verschil vandaan komt en of de werkzaamheden dit rechtvaardigen. Vaak gaat een verschil in opleidingseis samen met een verschil in salaris(schaal).

Interessant wordt het als het gaat om werkzaamheden en competenties. De werkzaamheden zijn in eerste instantie de taken die zijn overeengekomen of zijn opgenomen in de functieomschrijving. Het UWV gaat ervan uit dat de functieomschrijving past bij de uitvoering van de functie en daarmee ook dat competenties die worden gevraagd daadwerkelijk relevant zijn. In de rechtspraak zien wij terug dat de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden soms toch aanleiding geeft tot een andere conclusie te komen. Dit is naar onze mening dan ook het kritieke punt in vaststelling van uitwisselbaarheid van functies. Het UWV gaat uit van een zeer hypothetische situatie die niet past bij het institutionele karakter van de arbeidsverhouding. Vooral in de huidige tijd is het onvermijdelijk dat een organisatie verandert en daarmee ook de inrichting van taken en werkzaamheden. Van werknemers wordt (terecht) verwacht mee te bewegen. Door uit te gaan van een statische functieomschrijving, wordt weinig rekening gehouden met de praktische, dynamische uitvoering van het werk. Zowel werkgever als werknemer past zich aan ontwikkelingen binnen de organisatie aan, maar werknemer zou in een ontslagronde worden 'teruggezet' naar de inmiddels achterhaalde situatie. Het is dan ook begrijpelijk dat rechters zoeken naar een weg om hier maatwerk te leveren. Naar onze mening biedt het criterium 'wat verwacht mag worden' zo'n uitweg, maar toch zien wij dit weinig terug. Het effect is hetzelfde: rechters lossen een verschil in overeengekomen en feitelijke werkzaamheden op door te kij-

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

ken of de functieomschrijving niet te generiek is, of de gestelde competenties ook daadwerkelijk nodig zijn en op gepaste wijze beloond worden en of de uitvoering in de praktijk niet te sterk afwijkt van wat is overeengekomen. De scheidslijn is dun. De vraag is wanneer de feitelijke werkzaamheden te veel afwijken van dat wat is overeengekomen en of dit dan nog steeds niet valt onder 'werkzaamheden die werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst mag verlangen'. Het antwoord moet worden gezocht in een weging van alle omstandigheden van het geval.[48] Wat in ieder geval wel duidelijk is, is dat de functie hierbij leidend is en niet het profiel van de werknemer zelf.

7. Stappenplan vaststellen uitwisselbare functies

Als we alle genoemde factoren en afwegingen uit de vorige paragrafen samennemen, lijkt het misschien onmogelijk een helder stappenplan op te stellen. Wij wagen ons daar toch aan, zij het met de kanttekening dat we enkele uitspraken die onzes inziens niet correct zijn buiten beschouwing laten. Ook al klinkt een stappenplan als een rechtlijnige beslissing waarin niet met alle omstandigheden rekening wordt gehouden, het is juist de bedoeling recht te doen aan de onderlinge samenhang van factoren en zonder één argument doorslaggevend te laten zijn invulling te geven aan de openheid van de norm 'uitwisselbaarheid'.[49] De opbouw is als een beslisboom, waarbij de route en dus de uitkomst wordt bepaald door verschillende stappen te nemen.

Begonnen moet worden met het vaststellen van de bedrijfsvestiging. Zie daarvoor paragraaf 2.1. Vervolgens moeten de eventuele uitzonderingen die volgen uit de UWV Uitvoeringsregels ontslag BE 2018 en de toelichting op de Ontslagregeling worden toegepast. Wij bespraken deze uitzonderingen in paragraaf 4.3 (verschillende taken ten gevolge van parttime of fulltime werk of parttime werk op verschillende dagen), paragraaf 4.4 (het tijdelijk karakter van een taak die in een bepaalde functie wordt uitgeoefend) en paragraaf 4.5 (het loopbaanpad dat wordt gevolgd bijvoorbeeld in een familiebedrijf of door een trainee).

Zijn de uitzonderingen gefilterd, dan moet het startpunt vervolgens steeds het al dan niet aanwezige verschil in salarisschalen tussen de functies zijn (par. 5.1, 5.2 of 5.3). Een groot verschil in salaris(schalen) leidt er namelijk toe dat van uitwisselbaarheid geen sprake kan zijn. Is dat het geval, dan hoeft er geen weging van de andere omstandigheden van het geval plaats te vinden.
Is er geen of weinig verschil, dan blijven er twee stappenplannen over die hulp bieden bij afweging van de overige omstandigheden: stappenplan 1 en stappenplan 2. In beide stappenplannen moeten achtereenvolgens keuzes worden gemaakt: ten eerste of een functieomschrijving aanwezig is (keuze tussen A, B of C), waarna onder iedere optie weer gekozen kan worden tussen I en II. De laatste stap die de uiteindelijke conclusie bepaalt is de keuze tussen 'a' en 'b' over benodigde competenties. Al deze stappen hoeven natuurlijk alleen afgelopen te worden als de werkzaamheden enige overeenkomsten vertonen, feitelijk dan wel qua omschrijving.

Stappenplan 1: Geen verschil in salarisschaal

Een functieomschrijving is…:

a. *… wel aanwezig en feitelijke werkzaamheden passen bij de omschrijving:*
   i. *Het opleidings-/denkniveau is gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn ook gelijk:*
         Als er geen verschil in niveau en competentie is tussen de functies, dan kan er weinig meer aan de hand zijn dat leidt tot een andere conclusie dan dat de functies uitwisselbaar zijn. Te denken valt dan aan de situatie dat dezelfde werkzaamheden echt verschillend worden uitgevoerd. Vaak zal dan sprake zijn van te algemene functieomschrijving en moet de werkgever bewijzen dat in de praktijk de functies wel degelijk verschillen. Die situatie valt dan eerder onder B in deze paragraaf, omdat niet geheel conform omschrijving wordt gewerkt.
      b. *Verschillende competenties zijn nodig:*
         Is het niveau dat voor de uitvoering van de functie vereist is gelijk, maar verschillen de competenties die een werknemer geacht wordt te hebben, dan zijn de functies niet uitwisselbaar. Een werknemer die aannemelijk kan maken dat de competenties die gevraagd worden helemaal niet nodig zijn in uitoefening van de werkzaamheden, kan wellicht daarmee aantonen dat toch sprake is van uitwisselbaarheid, maar die kans lijkt ons klein.
   ii. *II. Het opleidings-/denkniveau is niet gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn wel gelijk:*
         Ook al worden dezelfde competenties gevraagd of zijn in ieder geval dezelfde competenties nodig, dan maakt het verschil in denkniveau dat de feitelijke uitvoering toch anders is. Deze conclusie past bij het voorbeeld dat het UWV geeft in de Uitvoeringsregels over de secretaresse van de Raad van Bestuur en die van een afdeling. Wat een aanwijzing is dat het verschil in niveau niet echt ter zake doet, is als de functies in dezelfde schaal zijn ingedeeld. Dat impliceert immers dat er weinig tot geen daadwerkelijk niveauverschil is, anders zou de beloning daarop aangepast zijn.
      b. *De benodigde competenties zijn ook niet gelijk:*
         De functies zijn niet uitwisselbaar.

48. Bevestigd in HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM-arrest*).
49. Zoals ook wordt gedaan in HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM-arrest*).

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

b. … *wel aanwezig, maar feitelijke uitvoering werkzaamheden is duidelijk anders*
In dit geval worden er bijvoorbeeld in een functie meer of minder taken verricht dan die in de omschrijving staan en die taken zijn van daadwerkelijk belang. Een verschil kan zijn ingegeven door overmacht als ziekte, maar ook omdat de omschrijving bijvoorbeeld te summier of juist te generiek is.
   i. *Het opleidings-/denkniveau is gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn ook gelijk:*
      De functies zullen uitwisselbaar zijn nu in feitelijke uitvoering weinig tot geen verschil zit. Een verschil in bijvoorbeeld werkgebied of een enkele extra taak waarvoor geen specifieke kennis of vaardigheden nodig zijn, zal deze uitkomst niet veranderen.
      b. *De benodigde competenties zijn niet gelijk:*
      Van belang is nu te kijken naar de daadwerkelijke uitvoering. Competenties die worden gevraagd door de werkgever, maar die niet echt nodig zijn voor een goede uitoefening van de functie, moeten buiten beschouwing worden gelaten. Zit er dan geen verschil meer tussen de functies, dan zijn deze uitwisselbaar. Is aan te tonen dat de competenties van de werknemers past bij de uitoefening van de werkzaamheden, dan hoeven de functies niet samengenomen te worden voor de afspiegeling; geen uitwisselbaarheid.
   ii. *Het opleidings-/denkniveau is niet gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn wel gelijk:*
      Ook hier geldt dat een verschil in benodigd denkniveau maakt dat de feitelijke uitvoering van de functies al snel anders is. Het voorbeeld van het UWV uit de Uitvoeringsregels over de secretaresse van de Raad van Bestuur en die van een afdeling, past bij deze situatie. Nu niet conform functieomschrijving wordt gewerkt, is de kans groot dat in verloop van tijd een verschuiving van taken en werkzaamheden heeft plaatsgevonden, waarbij de omschrijvingen en ook de salarisschaal niet zijn aangepast. Wij maken daarbij de kanttekening dat het wel vreemd is dat een verschil in niveauvereiste niet heeft geleid tot differentiatie in salaris. Als de werknemer kan aantonen dat er eigenlijk weinig verschil in de uitvoering zit en dus ook het niveau niet echt ter zake doet, dan zullen de functies toch uitwisselbaar zijn.
      b. *De benodigde competenties zijn ook niet gelijk:*
      De functies zijn niet uitwisselbaar.

c. … *niet aanwezig*
In geval er geen functieomschrijving is, geldt hetzelfde als beschreven onder B: er wordt gekeken naar de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden.

Stappenplan 2: Een schaal verschil in salarisschaal (of salarisrange)

Een functieomschrijving is…:

a. … *wel aanwezig en feitelijke werkzaamheden passen bij de omschrijving:*
   i. *Het opleidings-/denkniveau is gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn ook gelijk:*
      Alhoewel in de meeste componenten van de functies geen verschil zit, is een andere beloning een aanwijzing dat toch geen sprake is van uitwisselbare functies. Dit verschil moet wel op enige manier onderbouwd kunnen worden door de werkgever. Het kan bijvoorbeeld zijn ingegeven door een zekere mate van verantwoordelijkheid in de ene functie, die ontbreekt in de andere. De werkzaamheden kunnen dan over het algemeen hetzelfde zijn en van eenzelfde niveau, zonder dat van uitwisselbaarheid sprake is.
      b. *Verschillende competenties zijn nodig:*
      Een verschil in salaris en competenties brengt mee dat de functies niet uitwisselbaar zijn. De gevraagde competenties moeten wel daadwerkelijk nodig zijn en gebruikt worden door de werknemer. De kans dat van uitwisselbaarheid sprake is, zal zeer klein zijn als de onderscheidende competenties niet feitelijk worden ingezet.
   ii. *Het opleidings-/denkniveau is niet gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn wel gelijk:*
      Nu zowel het salaris als het niveau van beide functies niet gelijk zijn, zullen de functies niet uitwisselbaar zijn. Dezelfde competenties kunnen nodig zijn voor verschillende functies. Hoe algemener de functieomschrijving is, hoe eerder zal dit het geval zijn.
      b. *De benodigde competenties zijn ook niet gelijk:*
      De functies zijn niet uitwisselbaar.

b. … *wel aanwezig, maar feitelijke uitvoering werkzaamheden is duidelijk anders*
In dit geval worden er bijvoorbeeld in een functie meer of minder taken verricht dan die in de omschrijving staan en die taken zijn van daadwerkelijk belang. Een verschil kan zijn ingegeven door overmacht als ziekte, maar ook omdat de omschrijving bijvoorbeeld te summier of juist te generiek is.
   i. *Het opleidings-/denkniveau is gelijk:*
      a. *De benodigde competenties zijn ook gelijk:*
      Waar als er geen verschil in salarisschaal zit de conclusie luidt dat de functies wel uitwisselbaar zijn (zie stappenplan 1 onder B.I.a), is dat nu door de salarisdifferentiatie eerder *niet* het geval. Als de werknemer kan aantonen dat de verschillende indeling van salarisschalen zonder enige reden is en de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst dus eigenlijk geheel hetzelfde is, dan zullen de functies wel uitwisselbaar zijn.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Rechtsorde

b. *De benodigde competenties zijn niet gelijk:*
Een gelijk niveau gecombineerd met een verschil in beloning en competenties, maakt de functies in principe niet uitwisselbaar. Worden de competenties niet gebruikt voor de feitelijke uitvoering van taken, dan weegt dit element niet mee en lijken de functies te veel op elkaar om niet uitwisselbaar te zijn. Wel geldt dat deze situatie zich bijna niet voor kan doen, omdat bij gelijke functies ook een gelijke beloning hoort, terwijl dit in dit geval niet zo is.

ii. *Het opleidings-/denkniveau is niet gelijk:*

a. *De benodigde competenties zijn wel gelijk:*
De functies zijn niet uitwisselbaar. Het niveauverschil wordt nu namelijk ondersteund door het verschil in beloning. De verschillend vereiste competenties leggen te weinig gewicht in de schaal om tot een ander conclusie te komen.

b. *De benodigde competenties zijn ook niet gelijk:*
De functies zijn niet uitwisselbaar.

c. *… niet aanwezig*
Ingeval er geen functieomschrijving is, geldt hetzelfde als beschreven onder B: er wordt gekeken naar de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden.

8. Conclusie

De categorie uitwisselbare functies is een lastig, abstract begrip, maar niettemin van groot belang bij reorganisaties waarbij functies vervallen. Zodra het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast, komt de vaststelling van de categorie uitwisselbare functies in beeld en is een goede toepassing ervan bepalend voor de vraag of de juiste werknemers voor ontslag in aanmerking worden gebracht (en dus ook of toestemming zal worden verleend door het UWV). De keuze voor een open norm is begrijpelijk, omdat op die manier maatwerk kan worden geleverd. Toch past het niet bij het systeem van het arbeidsrecht om niet meer invulling en duidelijkheid te geven aan de invulling van het begrip.

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat er verwarring zit in het te nemen uitgangspunt: het is niet de werknemer met zijn of haar ervaring, opleiding of andere competenties die bepaalt of van uitwisselbaarheid sprake is, maar de feitelijke uitvoering van de functies. Daarvoor moet in eerste instantie worden gekeken naar de functieomschrijving. Hierin zit het pijnpunt: het werk en de organisatie zijn veranderlijk en het UWV wil laten aansluiten bij de oorspronkelijk overeengekomen situatie. De enige mogelijkheid die in de Uitvoeringsregels BE 2018 wordt geboden om af te wijken van de feitelijke situatie, wordt door rechters weinig gebruikt. Ook het criterium 'wat verwacht mag worden' komt amper terug. Verschillen in overeengekomen en feitelijke werkzaamheden worden opgelost door te oordelen dat de functieomschrijving te generiek is of juist competenties worden gevraagd die eigenlijk overbodig zijn. Naar onze mening is het effect onder de streep hetzelfde en is dit ook een wenselijke toepassing: wat feitelijk gebeurt moet als uitgangspunt dienen en niet wat door de werkgever op papier is beschreven. Daarmee is de functieomschrijving nog wel het uitgangspunt, maar in beperktere mate.

Uit onze analyse van de gepubliceerde rechtspraak in samenhang met wet- en regelgeving volgt dat een weging van alle omstandigheden van het geval plaats moet vinden en ook vaak plaatsvindt.[50] Dat neemt niet weg dat de afweging stapsgewijs kan worden weergegeven en zo voor de praktijk een duidelijker toetsingskader kan worden geschetst. Dit kader laat altijd ruimte voor bijzonderheden die van invloed kunnen zijn op de afweging, maar verschaft in de meeste gevallen een concreet antwoord op de vraag of functies uitwisselbaar zijn of niet. Daarbij geldt dat niet-uitwisselbaarheid het uitgangspunt is.

50. Bevestigd in HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM-arrest*).

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003001005

Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag

C.J. Frikkee, datum 14-12-2017

Datum
14-12-2017
Auteur
C.J. Frikkee[1]
Auteursprofiel
mr. C.J. Frikkee
Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)
Arbeidsrecht / Algemeen

Sinds de inwerkingtreding van de Wwz is het nagenoeg onmogelijk zieke werknemers om bedrijfseconomische redenen te ontslaan. Als het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, dan kan de zieke werknemer alleen nog worden ontslagen op de a-grond bij algehele bedrijfssluiting. De uitzondering dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel mag ontbinden als geen sprake is van een verband met ziekte, of als het ontslag in het belang van de werknemer is, geldt niet voor de a-grond. Dit maakt dat het ‘alles of niets’ is als sprake is van het opzegverbod tijdens ziekte. Hamvraag is of het ontbreken van het opzegverbod in de UWV-procedure doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure bij de kantonrechter.

1. Alles of niets

Sinds de inwerkingtreding van de Wwz is het nagenoeg onmogelijk zieke werknemers om bedrijfseconomische redenen te ontslaan. Als het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, dan kan de zieke werknemer alleen nog op de a-grond worden ontslagen bij algehele bedrijfssluiting. De uitzondering dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel mag ontbinden als geen sprake is van een verband met ziekte, of als het ontslag in het belang van de werknemer is, geldt niet voor de a-grond. Dit maakt dat het ‘alles of niets’ is als sprake is van het opzegverbod tijdens ziekte. Hamvraag is of het ontbreken van het opzegverbod in de UWV-procedure doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure bij de kantonrechter.

2. Hoe is het en hoe was het?

In geval van ontslag om bedrijfseconomische redenen – de a-grond – kan de werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer, voor wie het opzegverbod tijdens ziekte geldt, alleen opzeggen indien sprake is van bedrijfsbeëindiging. Ook de kantonrechter mag tijdens ziekte van de werknemer de arbeidsovereenkomst op de a-grond niet ontbinden zolang het opzegverbod van kracht is (art. 7:670 lid 1 BW en art. 7:671b lid 2 en 7 BW). Dit ligt anders bij de gronden b t/m h. Dan mag de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel ontbinden, indien geen sprake is van een verband met ziekte of de beëindiging in het belang van de zieke werknemer is. Het UWV verleent ook geen toestemming als het opzegverbod van toepassing is (art. 7:671a lid 11 BW).
In het pre-Wwz-tijdperk mocht de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer in geval van bedrijfseconomische redenen daarentegen wel ontbinden. Er gold slechts een verplichting voor de kantonrechter om zich ervan te vergewissen of het ontbindingsverzoek verband hield met het bestaan van een opzegverbod (art. 7:685 lid 1 BW). Bij een gebleken verband diende de kantonrechter het verzoek af te wijzen, tenzij sprake was van andere omstandigheden die een gewichtige reden voor ontbinding vormden.
Het is een bewuste keuze van de Wwz-wetgever geweest om het ontslag van een zieke werknemer om bedrijfseconomische redenen vrijwel onmogelijk te maken. De enige twee uitzonderingen zijn: (a) de beëindiging van de onderneming; en (b) de werknemer is arbeidsongeschikt geworden nadat de ontslagaanvraag bij het UWV is ingediend. Tot 1 juli 2015 was het ook mogelijk om een zieke werknemer te ontslaan als alle arbeidsplaatsen binnen een afdeling kwamen te vervallen. Deze uitzondering geldt niet meer. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de ratio hiervan is, dat de werkgever verantwoordelijk is en gedurende twee jaar blijft voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer binnen of buiten zijn bedrijf. Dat kan re-integratie zijn in de eigen functie, maar ook in een andere functie binnen zijn onderneming,

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

en als daar geen mogelijkheden toe bestaan, re-integratie bij een andere werkgever (het zogenoemde tweede spoor). Het enkele feit dat de arbeidsplaats van een langdurig zieke werknemer komt te vervallen, betekent dan ook niet dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de werknemer daarmee komt te vervallen.
Op deze keuze van de wetgever valt het nodige af te dingen. Opvallend is dat dit wordt onderbouwd met (onder meer) de redenering dat rechters in het verleden verschillend omgingen met ontbindingsverzoeken om bedrijfseconomische redenen indien sprake was van ziekte, en dit alleen al reden is om te kiezen voor een eenduidige regeling (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 50).
Volgens mij was de lijn in de rechtspraak tot de inwerkingtreding van de Wwz nu juist dat de kantonrechter een dergelijk ontbindingsverzoek wel toewees. De arbeidsovereenkomst werd in de regel ontbonden als sprake was van een onderbouwd bedrijfseconomisch ontslag, het UWV voor andere werknemers wel toestemming had verleend en de zieke werknemer conform het afspiegelingsbeginsel werd voorgedragen voor ontslag, bijzondere gevallen daargelaten.[2] Deze lijn in de kantonrechtspraak is ook bevestigd door de Centrale Raad van Beroep:[3] het UWV had de Ziektewetuitkering van de zieke werknemer geweigerd, omdat de werknemer een benadelingshandeling zou hebben gepleegd in te stemmen met zijn ontslag, en dus afstand te doen van zijn recht op loon tijdens de eerste twee jaar van ziekte, door een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen, die aan hem was voorgelegd in het kader van een reorganisatie. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat de kans dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek ten aanzien van een reorganisatie-ontslag van een zieke werknemer zou afwijzen, als verwaarloosbaar klein moest worden aangemerkt, waardoor het instemmen met ontslag niet als benadelingshandeling kon worden aangemerkt.

3. Ziekmelding tijdens UWV-procedure

De werkgever die een ontslagaanvraag om bedrijfseconomische redenen bij het UWV heeft ingediend, ziet zich in de praktijk nogal eens geconfronteerd met een ziekmelding, al dan niet nadat de betrokken werknemer is geïnformeerd dat er een ontslagaanvraag loopt. Als de werknemer ziek wordt tijdens de UWV-ontslagprocedure, dan is het opzegverbod niet van kracht. Artikel 7:670 lid 1 b BW bepaalt in dit verband dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wel mag ontbinden als de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming is ontvangen door het UWV. Als het UWV toestemming verleent, mag de werkgever ondanks de ziekte van de werknemer de arbeidsovereenkomst wel opzeggen. Weigert het UWV de toestemming, dan rijst de vraag of, als de werkgever de zaak vervolgens voorlegt aan de kantonrechter door een ontbindingsverzoek op de a-grond in te dienen, de werknemer alsnog een beroep kan doen op het opzegverbod tijdens ziekte. De vraag of het ontbreken van het opzegverbod tijdens ziekte in de UWV procedure doorwerkt in de ontbindingsprocedure is voor de praktijk uiterst relevant. Immers, het is alles of niets: als het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, dan mag de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet op de a-grond ontbinden.

4. Wat vindt de rechter?

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft op 22 juni 2017 een uitspraak gedaan over een dergelijke casus.[4] Op 25 maart 2016 vroeg de werkgever, the Steel Company, toestemming voor ontslag aan het UWV. Hoewel uit de uitspraak blijkt dat enige discussie bestond over de datum van ziekmelding, staat vast dat de werknemer zich in elk geval op 31 maart 2016 heeft ziekgemeld, dus een kleine week nadat de ontslagaanvraag was ingediend. Het UWV weigert toestemming te verlenen omdat de werkgever niet aannemelijk heeft gemaakt dat het vanwege bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk is dat de arbeidsplaats van de werknemer structureel komt te vervallen. Daarop dient de werkgever een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter te Eindhoven. De kantonrechter oordeelt dat het opzegverbod wegens ziekte niet van toepassing is, omdat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer is begonnen nadat het verzoek om ontslagtoestemming door het UWV is ontvangen. Het ontbindingsverzoek wordt toegewezen, omdat naar het oordeel van de kantonrechter genoegzaam is gebleken dat sprake is van een voldragen a-grond en er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. In hoger beroep komt het hof tot de conclusie dat het opzegverbod tijdens ziekte wel van toepassing is en overweegt dat uit artikel 7:671b lid 7 BW volgt dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen, maar dat van deze uitzondering geen sprake is. Volgens het hof is het moment waarop het ontbindingsverzoek door de kantonrechter wordt ontvangen bepalend, en niet het moment van ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV.

5. Waarom niet artikel 7:670 lid 2 BW?

In artikel 7:671b lid 2 BW staat dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek slechts kan inwilligen als er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 7:670 BW gelden. Het is de vraag of deze bepaling niet dient te leiden tot een ander oordeel, namelijk dat het ontbreken van het opzegverbod tijdens ziekte in de UWV-procedure wel doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure. Verdedigbaar is dat uit dit artikellid kan worden afgeleid dat het opzegverbod niet

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

van toepassing is, als de ontbindingsprocedure is voorafgegaan door een UWV-procedure waarin ook geen opzegverbod gold. Artikel 7:671b lid 2 verwijst immers expliciet naar artikel 7:670 lid 1 BW, waarin staat dat het opzegverbod niet van toepassing is als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het UWV de ontslagaanvraag heeft ontvangen. De ontbindingsprocedure bij de kantonrechter na weigering UWV-toestemming is een bijzondere procedure, die wel wordt aangeduid als 'verkapt hoger beroep' tegen het oordeel van het UWV en wetssystematisch gezien een onlosmakelijke voortzetting van de UWV procedure vormt. De werkgever dient immers binnen twee maanden na de beslissing van het UWV het ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen (artikel 686a lid 4 sub d BW). Bovendien mag de kantonrechter zonder voorafgaande UWV-procedure de arbeidsovereenkomst niet op de a-grond ontbinden.

6. Wat zegt de Wwz-wetgever hierover?

In de parlementaire geschiedenis van de Wwz is geen enkele aanwijzing te vinden waaruit blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat het ontbreken van het opzegverbod in de UWV procedure niet doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure.
Een welwillende lezer van de parlementaire geschiedenis zou tot de conclusie kunnen komen dat de regeling van artikel 7:671b lid 7 BW niet is bedoeld voor de a-grond. In de memorie van toelichting[5] wordt een relatie gelegd tussen de zogenaamde 'vergewisplicht' van artikel 7:671b lid 6 BW ('is er sprake van een verband?'), die alleen geldt voor de b tot en met h-grond, en artikel 7:671b lid 7 BW. Zo valt te lezen:

"In het voorgestelde zevende lid wordt tot uitdrukking gebracht dat het opzegverbod bij ziekte – en dus ook de vergewisplicht – niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het ontbindingsverzoek door de (griffie van) de kantonrechter is ontvangen."

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat art. 7:671b lid 7 BW dus niet geldt voor de a-grond. Bovendien staat in de memorie van toelichting[6] bij artikel 7:670 lid 1 sub b BW de volgende passage:

"In het nieuw voorgestelde eerste lid, onderdeel b, wordt de verwijzing naar het verzoek om toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzegging als bedoeld in art. 6 van het BBA 1945 vervangen. In plaats daarvan wordt geregeld dat het opzegverbod bij ziekte niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het volledige verzoek om toestemming (…) door het UWV (…) is ontvangen. Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding door de kantonrechter in de weg te staan (artikel 7:671b, zevende lid, BW)."

Het woord 'evenmin' zou zo kunnen worden uitgelegd, dat de wetgever bedoelt dat (i) een ziekmelding na aanvang UWV procedure niet in de weg staat aan ontbinding door de kantonrechter op de a-grond; en (ii) een ziekmelding na aanvang ontbindingsprocedure daaraan evenmin in de weg staat.

7. Terug naar het hof 's-Hertogenbosch

Het Hof 's-Hertogenbosch motiveert het oordeel met een verwijzing naar de twintig jaar oude parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (wet van 14 mei 1998), waarin het volgende te lezen valt[7]:

"Met het bepaalde in het nieuwe lid 1, onderdeel b, wordt bereikt dat ziekte die intreedt nadat de ontslagvergunning is aangevraagd, niet in de weg staat aan opzegging op het moment dat de ontslagvergunning is verkregen. (…) Opgemerkt wordt nog, dat indien de ontslagvergunning wordt geweigerd daarmede ook het opzegverbod zijn volle werking herkrijgt en de zieke werknemer derhalve gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid niet kan worden opgezegd."

De verwijzing van het hof naar de parlementaire geschiedenis van twintig jaar geleden van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is niet erg overtuigend. De passage waarnaar het hof verwijst had betrekking op een wetswijziging, die in 1998 heeft geleid tot een verruiming van de opzegmogelijkheid voor de werkgever. Het opzegverbod tijdens ziekte was niet langer van toepassing als de werknemer zich had ziek gemeld nadat de ontslagaanvraag bij het UWV was ingediend.
Destijds was sprake van een geheel andere wetssystematiek. Als het UWV toestemming weigerde, gold er geen wettelijke regeling die het mogelijk maakte om de beslissing van het UWV alsnog door de kantonrechter te laten toetsen, zoals onder het regime van de Wwz wel het geval is. De werkgever kon wel een regulier ontbindingsverzoek indienen. De kantonrechter mocht de arbeidsovereenkomst ontbinden als er geen verband was met de ziekte, ook in geval van bedrijfseconomische redenen. Tot het moment van inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was de werknemer ook nog beschermd tegen opzegging tijdens ziekte, als hij op enig moment tijdens de UWV-procedure een ziekmelding deed. Dit leidde tot een vlucht in ziekteverzuim tijdens de ontslagprocedure, waaraan met deze wetswijziging een einde is gemaakt.
Saillant detail is nog dat in die twintig jaar oude wetsgeschiedenis ook het volgende valt te lezen[8]:

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

“Het opzegverbod tijdens ziekte geeft in het huidige ontslagrecht een naar ons oordeel te vergaande bescherming in die gevallen waarin opzegging niet mogelijk is na een verkregen ontslagvergunning, omdat de werknemer tijdens de behandeling van de ontslagaanvraag ziek is geworden en nog steeds is op het moment dat de ontslagvergunning is verleend. Het gaat dan immers in de regel om een ontslag dat geen enkel verband heeft met de ziekte van de werknemer. Met name in geval van bedrijfseconomische redenen voor ontslag, waarbij de werkgever zich genoodzaakt ziet om zijn personeelsbestand snel aan te passen, wordt het niet kunnen opzeggen nadat een ontslagvergunning is verkregen in de praktijk als een ernstig knelpunt ervaren.”

Dat deze twintig jaar oude wetsgeschiedenis anno 2017 dient te leiden tot de conclusie dat een werknemer, door zich ziek te melden op enig moment na ontvangst van de UWV-aanvraag, alsnog in de ontbindingsprocedure ontslagbescherming zou genieten, waardoor een onterechte weigering van de ontslagaanvraag door het UWV niet ter toetsing aan de kantonrechter kan worden voorgelegd, valt aan de gemiddelde werkgever niet uit te leggen en doet ook geen recht aan art. 7:671b lid 2 BW. Dit geldt temeer in de casus die voorlag bij het Hof ’s-Hertogenbosch, waarin de kantonrechter tot het oordeel was gekomen dat het UWV ten onrechte de toestemming niet had verleend. Zou het UWV de toestemming wel hebben verleend, had de werkgever de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer gewoon kunnen opzeggen, omdat het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing was.

8. Ex tunc of ex nunc?

De vraag rijst of de kantonrechter, als het UWV de toestemming heeft geweigerd omdat het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, de arbeidsovereenkomst wel zou mogen ontbinden als de werknemer niet meer ziek is op het moment dat het ontbindingsverzoek wordt ingediend. Dan moet de kantonrechter oordelen over een kwestie, waarin het UWV geen inhoudelijk oordeel heeft gegeven over (onder meer) de bedrijfseconomische redenen en de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Mutatis mutandis doet dezelfde vraag zich voor in hoger beroep; kan het hof dan de arbeidsovereenkomst alsnog op de a-grond beëindigen als de werknemer inmiddels hersteld is, terwijl ten tijde van de UWV-procedure en de procedure in eerste aanleg bij de kantonrechter nog sprake was van het opzegverbod tijdens ziekte? Het Hof Arnhem-Leeuwarden[9] komt in een zaak over het opzegverbod tijdens ziekte/bedrijfseconomisch ontslag tot een *ex nunc* toetsing. Op deze uitspraak is kritisch gereageerd, onder andere door Kehrer-Bot.[10] Zij is van mening dat een *ex nunc* beoordeling tot onwenselijke situaties leidt, omdat dit rechtsonzekerheid voor zowel werkgever als werknemer met zich brengt: de werknemer moet niet kunnen doorprocederen met een *ex nunc* beoordeling over de herplaatsingsplicht van de werkgever, noch dient een werkgever bij een opzegverbod tijdens ziekte te kunnen doorprocederen met de hoop op een hersteldmelding of een vaststelling achteraf dat toch geen sprake was van ziekte. Zij bepleit ook dat een ziekmelding ná de UWV-procedure ook niet in het voordeel van de werknemer zou moeten uitpakken en artikel 7:670 lid 1 sub b BW leidend zou moeten zijn gedurende de hele door de wetgever onder de Wwz geïntroduceerde rechtsgang (UWV/kantonrechter/hof). Het lijkt mij ook logischer dat de werkgever, op het moment dat de werknemer is hersteld (dan wel op het moment dat redelijkerwijs mag worden verwacht dat het opzegverbod niet meer geldt binnen vier weken nadat het UWV de toestemming heeft verleend, vgl. art. 7:671a lid 11 BW), een nieuwe aanvraag bij het UWV moet indienen. Dan kan het UWV op dat moment *ex nunc* de bedrijfseconomische noodzaak en mogelijkheden tot herplaatsing onderzoeken.
De werkwijze die het UWV hanteert als sprake is van een opzegverbod, is ook niet goed te rijmen met een *ex nunc* toetsing. In paragraaf 4.2.4 van de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen is bepaald dat, als een opzegverbod naar verwachting niet zal vervallen binnen vier weken na de beslissing op de ontslagaanvraag, de werkgever een andere werknemer voor ontslag mag voordragen conform de regels over de ontslagvolgorde en het afspiegelingsbeginsel. Als de werkgever een ontslagaanvraag voor de ‘eerstvolgende’ werknemer bij het UWV mag indienen en daarnaast bij de kantonrechter en eventueel daarna nog het hof met een *ex nunc* toetsing zijn geluk kan beproeven met het ontslag van de zieke werknemer, voor het geval deze in de loop der tijd alsnog herstelt, dan kan de werkgever in de praktijk voor twee werknemers een ontslag bewerkstelligen, terwijl maar één arbeidsplaats vervalt. Het risico dat de zieke werknemer, die in de praktijk vaak geen weet zal hebben van de ontslagaanvraag die (ook) is ingediend ten behoeve van zijn collega, dit ontdekt en hierop in de procedure een beroep doet, lijkt niet heel groot. Hetzelfde geldt voor de ‘eerstvolgende’ werknemer voor wie alsnog een ontslagaanvraag bij het UWV wordt ingediend, terwijl tegelijkertijd voor de zieke werknemer een ontbindingsprocedure loopt. Bij een *ex nunc* toetsing van het opzegverbod zal dit probleem zich niet voordoen en kan het UWV op het moment dat de zieke werknemer is hersteld alsnog toetsen of sprake is van een voldragen a-grond.

9. Ziekmelding op dezelfde dag als de ontslagaanvraag

Een andere interessante vraag in relatie tot het opzegverbod bij ziekte is of de werknemer, die zich ziek meldt op dezelfde dag dat de ontslagaanvraag bij UWV wordt ingediend, ontslagbescherming geniet. Bij de Kantonrechter Apeldoorn[11] was de volgende kwestie aan de orde. De werknemer meldde zich om 16.30 uur ziek, terwijl het ontslagverzoek die ochtend om 7.35 uur door het UWV was ontvangen. Het UWV weigerde toestemming vanwege het opzegverbod tijdens ziekte. Onder

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

verwijzing naar het oordeel van het hof 's-Hertogenbosch weigert ook de kantonrechter het ontbindingsverzoek, omdat de werknemer ten tijde van het indienen van ontbindingsverzoek ziek was en daarom artikel 7:671b lid 7 BW aan ontbinding in de weg zou staan. De kantonrechter komt daarom niet toe aan de vraag of het UWV terecht tot het oordeel is gekomen dat sprake is van ontslagbescherming bij ziekmelding op dezelfde dag als de ontslagaanvraag. Naar de letterlijke wettekst geldt geen opzegverbod, omdat art. 7:670 lid 1 sub b BW bepaalt dat geen sprake is van een opzegverbod als de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen.
Zou in het huidige digitale tijdperk – waarin de ontslagaanvraag ook digitaal wordt ingediend bij UWV – ook hier moeten worden teruggegrepen naar de twintig jaar oude wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid? Daarin valt te lezen[12] dat een redelijke wetstoepassing (van de op dit punt gelijkluidende wettekst) meebrengt dat de werknemer die ziek wordt op de dag van ontvangst door het UWV, zich nog kan beroepen op het opzegverbod. In een aantal gevallen in het pre-Wwz-tijdperk is deze vingerwijzing van de wetgever ook door de rechter gevolgd, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 25 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1134. Daartegenover staan ook uitspraken waarin het tijdstip van de ziekmelding leidend is (bijv. Kantonrechter Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ2190 en Kantonrechter Haarlem 6 april 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA2857). Het is wachten op de eerste Wwz-uitspraken van de rechter. Tegen de door het UWV gehanteerde ruime uitleg pleit de wettekst, en de omstandigheid dat het oordeel dat het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, onherroepelijk leidt tot de conclusie dat een ontslagaanvraag/ontbindingsverzoek om bedrijfseconomische redenen dient te worden afgewezen, ook als er geen enkel verband is tussen de ziekte en de ontslagreden.

10. Tot slot

Bij bedrijfseconomisch ontslag is het 'alles of niets'. Als het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, is ontslag op de a-grond niet mogelijk. Er zijn de nodige argumenten die pleiten voor een ander oordeel over (de doorwerking van) het opzegverbod in de ontbindingsprocedure, dan de invalshoek die het hof 's-Hertogenbosch heeft gekozen. Verdedigbaar is dat uit art. 7:671b lid 2 BW volgt dat het ontbreken van het opzegverbod in de UWV-procedure doorwerkt in de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter (en een eventuele vervolgprocedure bij het hof). Ook kantonrechters worstelen in de praktijk met de onmogelijkheid om de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer te ontbinden om bedrijfseconomische redenen. Soms zoekt de kantonrechter een uitweg voor de gerezen problematiek door de arbeidsovereenkomst toch op de h-grond te ontbinden, terwijl in feite sprake is van een a-grond (zie bijvoorbeeld Kantonrechter Leeuwarden 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2777 en Kantonrechter Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260). Wellicht zal de nieuwe ontslaggrond die in het Regeerakkoord in het vooruitzicht is gesteld in de toekomst soelaas kunnen bieden. Nog eenvoudiger zou zijn om artikel 7:671b lid 6 BW, waarin de bevoegdheid van de kantonrechter is opgenomen om de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer wel te ontbinden als er geen verband is tussen ziekte en ontbindingsverzoek, uit te breiden met de a-grond.

Voetnoten

[1]
Mevr. mr. C.J. Frikkee is redacteur van dit blad en schrijft dit artikel op persoonlijke titel. Het is een bewerking van de annotatie Opzegverbod ziekte en bedrijfseconomisch ontslag, *TRA* 2018/5.

[2]
Zie C.J. Frikkee, 'Ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer om bedrijfseconomische redenen', *TAP* 2009/5.

[3]
CRvB 4 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW1977.

[4]
Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820.

[5]
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 108.

[6]
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 101.

[7]
Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 27.

[8]
Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 20-24.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[9]
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2801.

[10]
C.S. Kehrer-Bot, *JAR* 2017/251.

[11]
Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577.

[12]
Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132d, p. 14.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure?

K.G.F. van der Kraats, actueel tot 13-10-2014

Actueel tot	13-10-2014
Auteur	K.G.F. van der Kraats[1]
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht (V)

Vooralsnog kan binnen het arbeidsrecht uitsluitend een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij verzoekschrift worden ingediend. Alle andere arbeidsrechtelijke kwesties kunnen uitsluitend bij dagvaarding aan de kantonrechter worden voorgelegd. In het kader van de WWZ zal dit veranderen; de dagvaardingsprocedure maakt baan voor de verzoekschriftprocedure. In dit artikel zal worden stilgestaan bij de vraag waarom de wetgever hiervoor heeft gekozen, welke kritiek dat heeft opgeroepen en welke betekenis dat zal (kunnen) hebben voor de toepasselijkheid van het bewijsrecht.

1. Uitbreiding verzoekschriftprocedure

In artikel 7:686a, tweede lid BW (nieuw) is kort gezegd bepaald dat alle gedingen over de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de dringende reden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden ingeleid bij verzoekschrift. Daarnaast is in het derde lid van voornoemd artikel bepaald dat in gedingen die daarmee verband houden of met een aan de kantonrechter verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst of met vernietiging van de opzegging, herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel een daaraan te koppelen financiële vergoeding – allemaal ook ingeleid bij verzoekschrift – daarmee verband houdende andere vorderingen ook kunnen worden ingediend bij verzoekschrift. Wat onder ‘daarmee verband houdende andere vorderingen’ moet worden verstaan, wordt in de memorie van toelichting nader toegelicht. Het gaat ‘in beginsel om alle mogelijke vorderingen die bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst of het herstel daarvan kunnen worden ingediend’.[2] Als voorbeeld worden genoemd vorderingen uit achterstallig loon, uit hoofde van een tussen partijen aangegaan concurrentiebeding of rond (de terugbetaling van) een aan de werknemer toegekende transitievergoeding.[3] Bij kwesties aangaande het einde van de arbeidsovereenkomst lijken er dus weinig tot geen beperkingen te bestaan ten aanzien van hetgeen bij verzoekschrift kan worden ingeleid.

2. Achtergrond

De wetgever noemt als reden om in de WWZ (vaker) te kiezen voor de verzoekschriftprocedure ten koste van de dagvaardingsprocedure dat de verzoekschriftprocedure laagdrempelig en goedkoop is, ‘waarbij de snelheid van de procedure ook een factor van belang is’.[4] Het zijn nagenoeg dezelfde redenen die in 2011 hebben geleid tot een competentiegrensverhoging van de kantonrechter ten koste

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

van de civiele rechter.[5] De kantonprocedure is dus kennelijk al laagdrempelig, goedkoop en snel – althans meer dan de civiele procedure – maar het kan volgens de wetgever nog laagdrempeliger, sneller en goedkoper in arbeidsrechtelijke procedures door de dagvaardingsprocedure te vervangen door een verzoekschriftprocedure.

In het kader van de WWZ gaat het om de arbeidsrechtelijke procedure, maar de wens van de wetgever om de dagvaardingsprocedure te vervangen door de verzoekschriftprocedure is zichtbaar in het gehele civiele recht. Zo is een wijziging van het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht aanstaande (KEI), waarvan onderdeel uitmaakt dat alle vorderingen en verzoeken kunnen worden ingeleid bij verzoekschrift. Als redenen hiervoor worden ook vereenvoudiging, toegankelijkheid en kostenbesparing genoemd.[6]

Waarom de wetgever meent dat de verzoekschriftprocedure laagdrempeliger en goedkoper is, wordt in de memorie van toelichting op de WWZ niet nader toegelicht en daarmee aan de lezer ter invulling overgelaten. Zo ligt het voor de hand dat de verzoekschriftprocedure laagdrempeliger is, omdat er geen deurwaarder nodig is om de dagvaarding uit te brengen, hetgeen in het wetsvoorstel KEI uitdrukkelijk is benoemd. Daarbij kunnen evenwel de nodige vraagtekens worden gesteld. Zo heeft kantonrechter Wetzels erop gewezen dat een leek de nodige problemen kan ondervinden bij het adequaat opstellen van een verzoekschrift en de vordering, hetgeen het verleden ook zou hebben uitgewezen.[7] Die problemen zijn ook niet lastig voor te stellen wanneer men zich realiseert dat anders dan bij een dagvaarding bij het opstellen van een verzoekschrift geen bijstand (van tenminste een deurwaarder) is vereist, de indiener van het verzoekschrift zelf helder voor ogen moet hebben wat hij kan verzoeken (en dus bekend is met het ter beschikking staande arsenaal van herstel van de arbeidsovereenkomst en vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, tot vernietiging van een concurrentiebeding en betaling van een transitievergoeding dan wel een vergoeding naar billijkheid) en daarnaast voor bijvoorbeeld vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst ook vereist is dat expliciet vernietiging wordt verzocht. Daartoe kan de kantonrechter immers niet zelf overgaan, de kantonrechter is en blijft gebonden aan hetgeen is verzocht. De vraag is dus of de laagdrempelige ingang bij verzoekschrift (anders dan bij dagvaarding zonder deurwaarder) niet leidt tot inadequate rechtsbescherming nu in de loop van de procedure de verzoeker geconfronteerd kan worden met de tekortkomingen in de formulering daarvan omdat geen initiatieven zijn ondernomen om naast de ‘ingang’ van de procedure ook het vervolg van de procedure laagdrempeliger te maken of te deformaliseren.

Ten aanzien van de kostenbesparing heeft Wetzels erop gewezen dat die mogelijk gering is, omdat alleen de explootkosten worden bespaard.[8] Daarnaast kunnen evenwel ook nog kosten worden uitgespaard wanneer (wat nu is) vordering en verzoek kunnen worden gecombineerd in één procedure, daar waar die thans nog in twee verschillende procedures moeten worden beslecht. Door bijvoorbeeld de vordering tot betaling van achterstallig loon te combineren met het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst – hetgeen onder de WWZ mogelijk wordt – kunnen de kosten van één procedure worden uitgespaard. Op dit aspect wordt in de memorie van toelichting op zowel de WWZ als KEI expliciet gewezen.[9]

Een verzoekschriftprocedure is gelet op het voorgaande dus in zekere opzichten – en met de nodige kritische kanttekeningen – laagdrempeliger en goedkoper dan een dagvaardingsprocedure. Maar waarom zou – zoals de wetgever veronderstelt – de verzoekschriftprocedure nu ook sneller zijn? Uitgangspunt is en blijft immers in beide type procedures een inleidend stuk, een reactie daarop en

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

vervolgens een mondelinge behandeling waarna in beginsel uitspraak door de kantonrechter wordt gedaan. Het bewijsrecht is ingevolge artikel 284, lid 1 Rv. in beginsel op beide procedures van toepassing. Op het eerste gezicht lijkt in de verzoekschriftprocedure dus geen reden te zijn gelegen om te veronderstellen dat die sneller verloopt dan de dagvaardingsprocedure. Evenwel is het zo dat in de thans in het arbeidsrecht meest bekende verzoekschriftprocedure, die met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, vrijwel altijd van het reguliere bewijsrecht wordt afgeweken. Dit gebeurt met een beroep op de laatste zinsnede van artikel 284, lid 1 Rv. Inhoudende dat het reguliere bewijsrecht van toepassing is 'tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet'. Omdat in een ontbindingsprocedure groot belang bestaat bij een snelle uitspraak, wordt ervan uitgegaan dat de aard van die procedure zich tegen onverkorte toepassing van het bewijsrecht verzet en worden in beginsel geen nadere proceshandelingen aan partijen toegestaan en worden partijen niet in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren. Dit is anders in de dagvaardingsprocedure. In verband met dit verschil heeft de Raad van State in zijn advies de wetgever ook gevraagd om duidelijk te maken welke regels van het bewijsrecht nu van toepassing zijn in geval van samenvoeging van alle tussen partijen levende geschilpunten in één verzoekschriftprocedure.[10]

3. Beoogde consequenties bewijsrecht

De minister heeft in het wetsvoorstel op de vraag van de Raad van State als volgt geantwoord:

"Op grond van die laatste passage [i.e. de tenzij-clausule van artikel 284, lid 1 Rv.] wordt in ontbindingsprocedures meestal geen getuigenbewijs toegelaten, maar het kan wel. (…) Omwille van de snelheid van de procedure lijkt een aan de mondelinge behandeling voorafgaande schriftelijke wisseling van processtukken of het houden van een getuigenverhoor niet altijd passend te zijn. In bijzondere omstandigheden, ter beoordeling aan de rechter, kan zulks echter wel aangewezen zijn (…) Een rechter kan een aan hem in een verzoekschrift voorgelegd aanverwant geschil kwalificeren als een voornoemde bijzondere omstandigheid waardoor alle bewijsrechtelijke mogelijkheden hem ten dienste staan."[11]

Die passage wijst erop dat er met de uitbreiding van de verzoekschriftprocedure in het arbeidsrecht daadwerkelijk een verandering in het bewijsrecht wordt beoogd. Immers, uitgangspunt lijkt te worden de wijze waarop de ontbindingsprocedure loopt – i.e. geen getuigen horen noch de gelegenheid bieden om anderszins bewijs te leveren – en voor het wel bieden van de mogelijkheid van bewijslevering lijkt vereist te worden dat sprake is van een bijzondere omstandigheid. Hiermee wordt eraan voorbijgegaan dat het gegeven dat gebruikelijkerwijs in de ontbindingsprocedure geen ruimte bestaat, althans wordt geboden voor bewijslevering, juist een uitzondering is en de 'normale' regels van het bewijsrecht in de dagvaardingsprocedure én (ingevolge artikel 284 Rv.) ook in de verzoekschriftprocedure in beginsel van toepassing zijn. De kantonrechter zou dus niet moeten uitleggen – zoals de wetgever beoogt – waarom een bijzondere omstandigheid aanleiding geeft om wel de gelegenheid te bieden tot bewijslevering, maar juist waarom hij die gelegenheid niet biedt.

De manier waarop de wetgever het bewijsrecht in het kader van de uitbreiding van de verzoekschriftprocedure in de WWZ benadert, verschilt van de gekozen benadering in het wetsvoorstel KEI. In laatstgenoemd wetsvoorstel is immers bepaald dat hoewel de verzoekschriftprocedure de plaats inneemt van de dagvaardingsprocedure het onderscheid tussen vordering en verzoek blijft gehandhaafd

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

en dus ook evenzeer de verschillende (voor zover daarvan al sprake is) procesrechtelijke bepalingen. Vordering en verzoek kunnen dus beide en gezamenlijk bij verzoekschrift aanhangig worden gemaakt, maar blijven ieder een eigen bewijsrechtelijke regime kennen. Kortom, wordt in het kader van de WWZ een verzoekschrift ingediend dan wordt het in alle opzichten (ook procesrechtelijk en bewijsrechtelijk) behandeld als een verzoek en wordt in het kader van KEI een verzoekschrift ingediend dan wordt daarbinnen een onderscheid gemaakt tussen verzoek en vordering met ieder hun eigen procesrechtelijke regime.

Wie dat tot zich door laat dringen, kent geen verbazing meer rond het feit dat op het punt van de verruiming van de verzoekschriftprocedure juist in de WWZ – en anders dan in KEI – snelheid als 'factor van belang' wordt genoemd. Als immers het uitgangspunt geldt dat in het arbeidsrechtelijke verzoekschrift ongeacht de vraag wat dat verzoek allemaal behelst, wordt afgeweken van het reguliere bewijsrecht in die zin dat voor bewijslevering geen ruimte bestaat, heeft dat vanzelfsprekend een versnelling van de procedure ten gevolg.

4. Consequenties voor het bewijsrecht in de praktijk

Snelheid is kwaliteit; de meeste mensen willen een spoedig oordeel. Maar kwaliteit is breder dan snelheid alleen. Het recht zal ook moeten worden gedaan in overeenstemming met de fundamentele rechtsbeginselen en steeds breder geaccepteerd is de opvatting dat (ook) binnen het civiele recht de waarheidsvinding een fundamenteel rechtsbeginsel is. Voor waarheidsvinding kan feitenonderzoek noodzakelijk zijn en is dus de mogelijkheid om gestelde feiten te bewijzen essentieel, noch daargelaten welke eisen artikel 6 EVRM op dit gebied stelt. Waar in de verzoekschriftprocedure, althans de ontbindingsprocedure, daarvoor niet of nauwelijks gelegenheid bestaat en wordt geoordeeld op basis van hetgeen de kantonrechter aannemelijk vindt in plaats van wat bewezen is, kan de waarheidsvinding in gedrang komen.

Op dit risico hebben meerdere geleerden in het verleden reeds gewezen en dit is recentelijk nog gememoreerd door mr. H.J.W. Alt.[12] Advocaat-generaal Spier noemde het in zijn conclusie bij een arrest op 14 februari 2003 'moeilijk aanvaardbaar dat voor privépersonen diep ingrijpende beslissingen in één enkele instantie en zonder behoorlijk feitenonderzoek worden genomen'.[13] Zijn ambtgenoot Huydecoper heeft in zijn conclusie bij een arrest van ruim een jaar later opgemerkt:

"dat het enigszins kan verbazen dat aan de procesgang op de voet van art. 7:685 BW zulke betrekkelijk "lichte" eisen worden gesteld. Dat die eisen zo zijn, berust op het ooit bij de invoering van deze wettelijke regeling aanvaarde uitgangspunt dat het hier een beslissing betreft die aan de hand van relatief summier onderzoek, "discretionair" aan de hand van een (dus evenzeer: summier gevormd) billijkheidsoordeel wordt gegeven."

En onder meer Sagel en Kuier hebben zich afgevraagd hoe dit zich verhoudt met artikel 6 EVRM.[14] Alt pleit er in het licht van voornoemde commentaren dan ook voor om bewijslevering in de ontbindingsprocedure wel toe te staan.

Ondanks die kritiek is in de rechtspraktijk van de ontbindingsprocedure het wettelijk beginsel dat de rechter in een verzoekschriftprocedure niet volledig is gebonden aan het bewijsrecht en dus kan oordelen dat de procedure zich niet leent voor bewijs regel in plaats van uitzondering geworden. Het

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Gerechtshof Den Haag heeft in zijn arrest van 3 november 2009 overwogen, in lijn met hetgeen Huydecoper had opgemerkt:

"De procesgang op de voet van artikel 7:685 BW is door de wetgever opgezet als een summiere en op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure. Het betreft een beslissing die aan de hand van relatief summier onderzoek, 'discretionair' bij wijze van een (dus evenzeer: summier gevormd) billijkheidsoordeel wordt gegeven."[15]

Als daarin verandering moet komen dan is dat, aldus het hof, aan de wetgever en niet aan de rechter.

In plaats van tot een dergelijke wijziging over te gaan lijkt de wetgever met de WWZ de ontbindingspraktijk juist tot regel te willen verheffen, ook in het geval van andersoortige verzoeken en zelfs verzoeken die in de regel bij dagvaarding worden ingeleid. Waar een summier billijkheidsoordeel gelet op de bijzondere aard van de ontbindingsprocedure wellicht nog te billijken valt, kan dat niet zonder meer gezegd worden in geval van geschillen die tot op heden en ook onder het nieuwe recht in beginsel bij dagvaarding moeten worden ingeleid, maar in combinatie met een geschil over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook bij verzoekschrift aanhangig kunnen worden gemaakt.

In de memorie van toelichting staat weliswaar vermeld dat de rechter er altijd voor kan kiezen – zij het dan in bijzondere omstandigheden – om toch bewijslevering toe te staan, dus zou de vraag kunnen rijzen of het uitbreiden van de verzoekschriftprocedure nu wel gevolgen zal hebben voor (de hantering van) het bewijsrecht. Onder meer kantonrechter Wetzels vermoedt van niet; hij meent dat daar waar thans bewijs wordt opgedragen dat ook in de toekomst zal blijven gebeuren.[16] Duk meent zelfs dat er onder de WWZ geen aanleiding is om 'de huidige leer waarin het bewijsrecht bij ontbindingszaken veelal geen toepassing krijgt' te handhaven, nu hoger beroep tegen een ontbindingsbeschikking mogelijk wordt en dat de WWZ dus juist ook in de ontbindingsprocedure bewijslevering mogelijk maakt.[17]

Ondanks deze geruststellende woorden moet niet worden vergeten dat de afgelopen jaren al steeds minder bewijsopdrachten worden verstrekt en, zo signaleert onder meer Ahsmann, een tendens zichtbaar is om zaken op de stelplicht af te doen en zo een – tijdrovende – bewijsopdracht met bijbehorend getuigenverhoor te vermijden.[18] Hierop wijst ook De Bock, die bepleit het gebruik van getuigenbewijs niet verder te beperken dan nu reeds het geval is.[19] De Nederlandse Orde van Advocaten heeft er in haar advies inzake KEI op gewezen dat die waarheidsvinding nu reeds onder druk staat en 'steeds meer het karakter van een sluitpost krijgt'. Zij maakt daartegen bezwaar met de volgende reden: 'Het is vanuit het individuele belang van partijen onaanvaardbaar omdat het streven naar waarheidsvinding dat steeds prominenter wordt benoemd als een fundamenteel beginsel van procesrecht in het gedrang komt met als gevolg een reëel risico op uitspraken die onjuist zijn omdat zij niet of slechts gedeeltelijk op feiten zijn gebaseerd.'[20] Wat de Orde hier over KEI opmerkt, geldt gelet op het voorgaande a fortiori voor de wijzigingen in het kader van de WWZ. Rechters voelen zich volgens prof. Ahsmann mede verantwoordelijk voor een snelle procesgang[21] en de nadruk die (onder andere) door de wetgever ook in de WWZ op snelheid wordt gelegd kan de tendens om geen bewijslevering toe te staan versterken, mede nu de verruiming van de verzoekschriftprocedure ook de mogelijkheden vergroot om voorbij te gaan aan bewijs. Bovendien kan die nadruk op een snelle procedure ook bij partijen de indruk doen ontstaan en de verwachting scheppen dat voor bewijslevering geen 'tijd' is.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Op grond van het spoedeisende karakter van de ontbindingsprocedure wordt daarin veelal voorbijgegaan aan de regels van het 'gewone' bewijsrecht.[22] De door Duk opgeworpen vraag of de ontbindingsprocedure nog wel dermate spoedeisend is nu daartegen onder de WWZ hoger beroep kan worden ingesteld, zal in de praktijk beantwoording behoeven. Als die vraag al positief zou moeten worden beantwoord, blijft de vraag of de andere geschilpunten die bij verzoekschrift aan de kantonrechter worden voorgelegd evenzeer spoedeisend zijn. Het zal dus zaak zijn voor kantonrechters en procesdeelnemers om helder te hebben waar bij deze andersoortige verzoeken de lat der spoedeisendheid gelegd moet worden. In zekere zin is namelijk alles spoedeisend en niet alleen de vraag of de arbeidsovereenkomst ontbonden of anderszins beëindigd wordt. Immers, partijen zullen er ook belang bij hebben om ten spoedigste te weten of een ontslag op staande voet stand kan houden en of een concurrentiebeding wordt gehandhaafd. Het is een glijdende schaal van spoedeisendheid en het zal aan de kantonrechter zijn, geassisteerd door hetgeen partijen daarover opmerken, om te beoordelen of in de spoedeisendheid van de zaak aanleiding kan worden gevonden om van het reguliere bewijsrecht af te wijken en om de effectieve rechtsbescherming – waarvoor de waarheidsvinding essentieel is – te bewaken. Daarvan moet duidelijk worden onderscheiden de kortgedingprocedure, die juist bedoeld is voor spoedeisende kwesties en waarbij voor bewijslevering om die reden geen plaats is. Een oordeel in kort geding is om die reden dan ook slechts een voorlopige voorziening in afwachting van een mogelijk te entameren bodemprocedure. Anders dan een kort geding is de verzoekschriftprocedure in de WWZ een bodemprocedure. Het is niet de bedoeling van de wetgever om een kort gedingprocedure bij verzoekschrift aanhangig te kunnen maken, daarop wijst de tekst in de memorie van toelichting niet, die duidt juist op bodemprocedures.

5. Conclusie

De wetgever lijkt met de uitbreiding van de verzoekschriftprocedure in het kader van de WWZ een wijziging in het bewijsrecht te willen bewerkstelligen in die zin dat net als in de huidige ontbindingsprocedure in beginsel het bewijsrecht niet van toepassing is, tenzij sprake is van een bijzondere omstandigheid. Een dergelijke wijziging maakt een inbreuk op het fundamentele rechtsbeginsel van waarheidsvinding, de mogelijkheden tot een adequate rechtsbescherming en houdt geen rekening met de kritiek die juist om die reden in het verleden al is geuit op dit aspect van de ontbindingsprocedure. Het reguliere bewijsrecht zou ook in verzoekschriftprocedures uitgangspunt moeten zijn en er zou juist een bijzondere omstandigheid aanwezig moeten zijn om daarvan af te wijken. De behoefte van de wetgever en procespartijen aan een snelle procedure zou daaraan geen afbreuk mogen doen. Het is nu aan de kantonrechter – daarin hopelijk gescherpt door de procesdeelnemers – om de door iedereen, ook rechters, gewenste snelheid niet ten koste te laten gaan van waarheidsvinding en rechtsbescherming. En misschien dat daarvoor ook dit 'muizengaatje' van de bijzondere omstandigheid (aanzienlijk) moet worden opgerekt.

Voetnoten

[1]
Mr. drs. K.G.F. van der Kraats is kantonrechter in de Rechtbank Midden-Nederland (Utrecht), lector civiel recht bij SSR en bestuurslid bij de NVvR.

[2]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

MvT, 33818, p. 37.

[3]
MvT, 33818, p. 121.

[4]
MvT, 33818, p. 37.

[5]
MvT, 32021, nr. 3.

[6]
MvT, 33818, p. 1, p. 10-11.

[7]
W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger', *TAP* 2004/1, p. 78.

[8]
W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger', *TAP* 2004/1, p. 78.

[9]
MvT, 33818, p. 121.

[10]
Advies RvS, 33818, nr. 4, p. 43.

[11]
MvT, 33818, p. 36.

[12]
In: 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure?', *ARBAC* oktober 2012.

[13]
HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72, r.o. 3.6.

[14]
M. Kuijer en S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van artikel 6 EVRM', *SR* 2001-2.

[15]
Gerechtshof Den Haag, 3 november 2009, *LJN* BK3057, r.o. 5.

[16]
W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger', *TAP* 2004/1, p. 79.

[17]
R.A.A. Duk, 'Artikel 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat', *TRA* 2014/26.

[18]
Prof. M.J.A.M. Ahsmann, 'Informeren, stellen en bewijzen: hoe is het ermee gesteld?', in: *JBPR* 20-11-2010, p. 360, p. 371-373; R. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid*, 2011, p. 284.

[19]
R. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid,* 2011, p. 284.

[20]
Consultatie wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, NOvA, 17 januari 2014, p. 8.

[21]
Prof. M.J.A.M. Ahsmann, 'Informeren, stellen en bewijzen: hoe is het ermee gesteld?', in: *JBPR* 20-11-2010, p. 371-372.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[22]
Tekst & Commentaar, aant. 4.12.15 bij artikel 7:685 BW.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht

I. VAN DER HELM*

Indien een werkgever een vermoeden heeft dat de werknemer zich schuldig maakt aan wangedrag zal hij daarnaar onderzoek willen instellen. Als uit het onderzoek blijkt dat dit inderdaad het geval is, zal dit reden kunnen zijn tot ontslag van de werknemer. Maar wat als de werkgever het onderzoek niet behoorlijk heeft verricht en hierdoor onrechtmatig handelt. Het bewijs zal dan onrechtmatig zijn verkregen. Kan dit dan toch gebruikt worden in een procedure tegen de werknemer? En zo ja, dient de onrechtmatigheid consequenties te hebben voor de werkgever? In dit artikel wordt de arbeidsrechtelijke jurisprudentie op dit gebied besproken. Er komt aan de hand van verschillende onderzoeksmethoden aan de orde onder welke omstandigheden het bewijs onrechtmatig is verkregen. Vervolgens wordt besproken welke consequenties het onrechtmatig verkregen bewijs heeft voor de procedure.

1. Inleiding

Bij ontslagprocedures kan zich soms de vraag voordoen of het bewijsmateriaal dat de werkgever op onrechtmatige wijze heeft verkregen, gebruikt kan worden tegen de werknemer. Een recent voorbeeld is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 12 mei 2014.[1] In dit geval had de werkgever onder valse voorwendselen en zonder dat er een concreet vermoeden was van wangedrag, zich toegang verschaft tot de computer en telefoon van de werknemer. Bij controle hiervan bleek dat de werknemer vertrouwelijke informatie had doorgespeeld. De werkgever had evenwel onrechtmatig gehandeld doordat hij bij de bewijsgaring de privacy van de werknemer had geschonden en zich niet als een goed werkgever had gedragen. Het bewijs was daarom op onrechtmatige wijze verkregen maar kon toch worden gebruikt in de procedure. De werknemer kreeg wel een schadevergoeding wegens het onrechtmatig handelen van de werkgever.

Het probleem van het onrechtmatig verkregen bewijs speelt in de arbeidsrechtelijke praktijk vaak bij controle door de werkgever op het handelen van de werknemer. Een werkgever kan in sommige gevallen een vermoeden hebben dat de werknemer zich schuldig maakt aan gedragingen die niet geoorloofd zijn en zal daarnaar onderzoek willen instellen. Als naar aanleiding van dit onderzoek blijkt dat dit inderdaad het geval is, zal dit voor de werkgever reden kunnen zijn om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. In een procedure moet hij ter staving van de stellingen met bewijs komen. De rechter moet dan beoordelen of de onderzoeksmethode waarmee het bewijs is verkregen behoorlijk is geweest en het bewijs al dan niet onrechtmatig is verkregen. En als het bewijs onrechtmatig is verkregen, wat is hiervan dan de consequentie? Dient het buiten beschouwing te worden gelaten, of mag dit wel gebruikt worden? En moet het onrechtmatig handelen dan financiële consequenties hebben voor de werkgever?

Wat betreft het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs geldt in de civiele procedure als uitgangspunt dat de waardering van het bewijs is overgelaten aan de rechter (art. 152 lid 2 Rv). Zoals het Hof 's-Hertogenbosch in het arrest van 19 maart 2013 oordeelde is het onrechtmatig verkregen bewijs in het civiele procesrecht niet geregeld. De vrije bewijsleer geldt in het civiele proces. Er moet in de eerste plaats worden beantwoord of het bewijs onrechtmatig is verkregen. Als dat het geval is, is de tweede vraag wat hiervan het gevolg is en in het bijzonder of dit moet leiden tot uitsluiting

* Mr. dr. I. van der Helm is universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid aan de Universiteit Utrecht.

1. Rb. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/149.

van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.[2] Volgens enkele recentelijk gewezen arresten van de Hoge Raad kan in een civiele procedure het onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt worden. Het algemene belang van de waarheidsvinding en het belang van partijen om hun stellingen aannemelijk te maken wegen zwaarder dan het belang van uitsluiting van het bewijs. Bewijsuitsluiting is slechts gerechtvaardigd indien er sprake is van bijkomende omstandigheden.[3] De arbeidsrechtelijke rechtspraak laat een wisselend beeld zien bij de beoordeling of het onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt mag worden en of de onrechtmatige bewijsvergaring ook consequenties heeft voor de werkgever.

In dit artikel komt eerst de vraag aan de orde wanneer het bewijs onrechtmatig is verkregen. Ik behandel daarbij de meestgebruikte onderzoeksmethoden door de werkgever. Daarna ga ik in op de vraag of het onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt mag worden en of dit gevolgen heeft en ook moet hebben voor de werkgever.

2. Wanneer is het bewijs onrechtmatig verkregen?

2.1. De gronden voor onrechtmatigheid

De werkgever zal op verschillende manieren onderzoek naar het handelen van de werknemer kunnen verrichten. Veelvoorkomende vormen zijn het controleren van e-mails en internetgebruik, het afluisteren van telefoongesprekken, het plaatsen van een verborgen camera en daarmee de werknemer observeren. Of soms wordt zelfs een detectivebureau ingeschakeld dat ook observaties verricht en daarvan opnames maakt.[4] De rechter zal in de eerste plaats moeten beoordelen of het met de onderzoeksmethode verkregen bewijs inderdaad onrechtmatig is verkregen. Er zijn verschillende gronden waarom het bewijs onrechtmatig kan zijn verkregen. Een veelvoorkomende grond is een inbreuk op het grondrecht op privacy (art. 8 EVRM). Bij de beoordeling of een inbreuk is gerechtvaardigd dient te worden beoordeeld (1) of de inbreukmakende handeling een legitiem doel dient, en (2) of zij een geschikt middel is om dat doel te bereiken (noodzakelijkheidscriterium), (3) of de inbreuk op de privacy evenredig is met het te bereiken doel (proportionaliteitscriterium), en (4) of het doel niet met een minder ingrijpend middel kan worden bereikt (subsidiariteitscriterium).[5] Een andere grond is dat de werkgever onzorgvuldig heeft gehandeld en bij de bewijsvergaring zich niet als een goed werkgever heeft gedragen (art. 7:611 BW). Daarnaast kan sprake zijn van overtreding van een andere wettelijke norm, bijvoorbeeld de strafrechtelijke norm van het verbod van heimelijk cameratoezicht (art. 139f Sr). Als de werkgever een wettelijke norm heeft overtreden heeft hij onrechtmatig gehandeld jegens de werknemer (art. 6:162 BW). In het hiervoor vermelde vonnis van de Rechtbank Amsterdam had de werkgever onrechtmatig gehandeld omdat hij de privacy van de werknemer had geschonden (art. 8 EVRM) en zich niet als goed werkgever had gedragen (art. 7:611 BW). Hierna ga ik in op de vereisten die voor deze verschillende onderzoeksmethoden worden gesteld in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie.

2.2. Controle op telefoon-, e-mail- en internetgebruik

Controle op wangedrag van de werknemer kan plaatsvinden doordat de werkgever telefoongesprekken afluistert en opneemt, e-mails leest en het internetgebruik controleert. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens strekt het recht op privacy (art. 8 EVRM) zich ook uit tot vanaf de werkplek gevoerde telefoongesprekken en e-mail- en internetgebruik. Het feit dat de werknemer niet geïnformeerd is door de werkgever dat deze kunnen worden gecontroleerd betekent dat er een redelijke verwachting van privacy daarvoor bestaat.[6] Volgens de benadering van het Europees Hof betekent dit dat het recht op privacy in principe van toepassing is, en dat dan vervolgens moet worden beoordeeld of de inbreuk gerechtvaardigd is. De Hoge Raad heeft een andere benadering. Deze oordeelde dat het zonder toestemming opnemen van een telefoongesprek niet meteen een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. Het hangt namelijk van de aard en de mate van intimiteit af van wat wordt vastgelegd of de persoonlijke levenssfeer in het geding is. Er was in dat geval geen inbreuk op de privacy omdat het een zakelijk gesprek betrof met een zakelijke inhoud.[7] Deze benadering van de Hoge Raad waar een onderscheid wordt gemaakt tussen zakelijk en privé komt verschillende keren terug in de jurisprudentie. Zo oordeelde de Kantonrechter Breda dat er bij een gesprek tussen de werkgever en werknemer dat zonder medeweten van de werknemer werd opgenomen geen inbreuk was op de privacy, want het gesprek vond plaats in het kader van de arbeidsovereenkomst en had een zakelijk karakter.[8] Ook in een geval waar de e-mails van een werknemer zonder zijn instemming waren gecontroleerd, oordeelde de rechter dat dit niet onrechtmatig was omdat het zakelijk mailverkeer betrof verstuurd vanaf een zakelijke mailbox vanaf een computer op het werk en onder werktijd.[9] In situaties waar het wel e-mails of telefoonberichten betrof met een privékarakter oordeelde de rechter dat er wel een inbreuk op de privacy had plaatsgevonden.[10] Het bewijs is al-

2. Hof 's-Hertogenbosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5206, r.o. 4.4.6.
3. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.3; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, r.o. 3.4.3.
4. Zie voor literatuur: M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers. De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006 (Koevoets 2006).
5. HR 14 september 2007, r.o. 3.4.2, *JAR* 2007/250.
6. EHRM 25 juni 1997, r.o. 44-45, *NJ* 1998/506 (*Halford*); EHRM 3 april 2007, r.o. 41-42, *JAR* 2007/223, *NJ* 2007/617 (*Kopland/VK*).
7. HR 16 oktober 1987, r.o. 3.3.2-3.3.3, *NJ* 1988/850.
8. Rb. Breda (ktr.) 15 februari 2007, *RAR* 2007/69.
9. Rb. Deventer (ktr.) 20 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY0164.
10. Rb. Haarlem (ktr.) 16 juni 2000, *JAR* 2000/170; Rb. Haarlem (ktr.) 31 december 2008, *RAR* 2009/43; Rb. Gelderland 10 oktober 2013, *RAR* 2014/20; Rb. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/149.

leen onrechtmatig verkregen als de inbreuk niet gerechtvaardigd is. Het kan hierbij van belang zijn of er een reglement binnen de onderneming is waaruit blijkt dat de werkgever bevoegd is voor bepaalde doeleinden controle uit te oefenen op het gebruik van de communicatiemiddelen. Als een dergelijk reglement aanwezig is, er een duidelijke grond is en de inbreuk proportioneel is, zal de inbreuk gerechtvaardigd zijn.[11] Indien er geen regelement is zal in ieder geval bepalend zijn of er een goede reden voor de controle is en de inbreuk ook proportioneel is.

2.3. Verborgen camera op de werkplek

In situaties dat de werknemer wordt verdacht van herhaaldelijk wangedrag, bijvoorbeeld fraude of diefstal, zal hij de controle op dit gedrag willen vastleggen door middel van een verborgen camera. Volgens het Europees Hof betekent het opnemen van het gedrag van de werknemer met een verborgen camera een inbreuk op het recht op privacy (art. 8 EVRM). Het was in dit geval gerechtvaardigd omdat de werknemer werd verdacht van diefstal. De werkgever kon alleen zijn eigendom beschermen als hij bewijsmateriaal daarvoor kon vergaren. De opnamen waren naar plaats en tijd beperkt, werden door een beperkt aantal personen verwerkt en alleen gebruikt om de arbeidsrelatie te beëindigen.[12] Ook de Hoge Raad oordeelde in een in 2001 gewezen arrest dat de werkgever die een verborgen camera plaatste omdat een medewerker werd verdacht van diefstal een gerechtvaardigde inbreuk maakte op het recht op privacy van de werknemer.[13] Er was namelijk een verdenking dat een medewerker zich schuldig maakte aan diefstal die alleen met een behulp van een verborgen camera kon worden achterhaald. In dit geval werd het om deze reden gerechtvaardigd geacht dat de werkgever de camera's plaatste zonder de werknemers daarover te informeren. Sinds de strafbaarstelling van heimelijk cameratoezicht in 2004 moeten de werknemers bekend zijn dat er cameratoezicht is (art. 139f Sr). Art. 139f Sr stelt het heimelijk cameratoezicht strafbaar in de woning en in een niet voor het publiek toegankelijke plaats, zoals de werkplek. En tot voor kort stelde art. 441b Sr heimelijk cameratoezicht strafbaar op wel voor het publiek toegankelijke plaatsen. Indien de werknemer bekend is met het cameratoezicht en dit gebruik aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet dan is er geen sprake van wederrechtelijke beeldopnames.[14] In het geval dat de werkgever de werknemer observeert zonder dat deze bekend is met de mogelijkheid van het cameratoezicht, is er wel sprake van wederrechtelijke beeldopnames met een verborgen camera.[15] Blijkens de parlementaire geschiedenis is het niet eenduidig op te maken op welke wijze de werkgever de werknemers kenbaar moet maken dat gebruik kan worden gemaakt van verborgen cameratoezicht.[16] Uitgangspunt is dat de werknemers voorafgaand in kennis zijn gesteld en daarom moeten kunnen weten dat er gebruik kan worden gemaakt van verborgen cameratoezicht. Dat zou kunnen door een reglement waaruit blijkt in welke omstandigheden verborgen cameratoezicht kan worden ingezet.[17] Volgens de Minister van Justitie wordt zelfs aan het vereiste van kenbaarheid voldaan als dit in de ondernemingsraad is besproken. Het is niet vereist dat de ondernemingsraad hiermee heeft ingestemd.[18] De Kantonrechter Zwolle verwees hiernaar in een geval waar de werkgever de wens om verborgen camera's te plaatsen had gemeld. Het feit dat de ondernemingsraad hiermee bekend was, voldeed voor het vereiste van kenbaarheid.[19] Door sommigen wordt gesteld dat de uitlating van de minister en dit vonnis onjuist is. Hiermee is namelijk niet gegeven dat de werknemers die worden geobserveerd met het gebruik van verborgen camera's bekend zijn. En dat is namelijk wel de bedoeling van de wettelijke bepalingen.[20] Zo oordeelde de Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem dat het gebruik van verborgen camera's voorafgaand aan de werknemers bekend moet zijn. Dat de ondernemingsraad hiermee heeft ingestemd is niet relevant.[21] Het lijkt mij juist dat de werkgever de werknemers voorafgaand aan heimelijk cameratoezicht altijd moet informeren over het mogelijk gebruik daarvan.

2.4. Onderzoek door een detectivebureau

In sommige gevallen zal de werkgever het onderzoek laten verrichten door een bedrijfsrechercherebureau of detectivebureau.[22] Dit bureau zal in sommige gevallen ook de werknemer volgen en observeren en daarvan cameraobservaties maken. De rechter beziet of er een gerechtvaardigde reden is om een onderzoek door een rechercherebureau te laten verrichten en voorts of de door dat bureau gehanteerde onderzoeksmethode rechtmatig en proportioneel is. De wat oudere jurisprudentie is soms wat strenger wat betreft het inzetten van dit onderzoeksmiddel. Daar werd als eis gesteld dat het inschakelen van een rechercherebureau alleen gerechtvaardigd was als daarvoor ernstige redenen waren. Volgens een arrest van het Hof Den Bosch zou een onderzoek laten verrichten door een onderzoeksbureau buiten medeweten van de werknemer alleen gerechtvaardigd zijn bij ernstige verdenkingen van ernstige overtredingen. De verdenking dat de werknemer werkzaamheden voor een derde verrichtte was geen

11. Rb. Haarlem (ktr.) 31 december 2008, *RAR* 2009/43; Rb. Gelderland 10 oktober 2013, *RAR* 2014/20.
12. EHRM 5 oktober 2010, *NJ* 2011/566 (*Köpke/Duitsland*).
13. HR 27 april 2001, *NJ* 2001/421.
14. Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *RAR* 2008/153.
15. Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80; Rb. Middelburg (ktr.) 8 april 2010, *JAR* 2010/173.
16. I.J. de Laat, 'Verborgen cameratoezicht en de rol van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2006/55.
17. *Kamerstukken II* 2000/01, 27732, 7, p. 2-3.
18. *Handelingen I* 2002/03, 23, p. 736-742.
19. Rb. Zwolle (ktr.) 11 november 2005, *RAR* 2006/12, *JAR* 2005/280.
20. I.J. de Laat, 'Verborgen cameratoezicht en de rol van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2006/55; Koevoets 2006, p. 46.
21. Rb. Haarlem (vzr.) 22 december 2004, *RAR* 2005/30, *JAR* 2005/26.
22. Zie hiervoor onder meer: F.H.A. ter Huurne & M.J. Keuss, 'Fraude en de grenzen van zorgvuldig onderzoek', *TAP* 2012, afl. 1, p. 10-17.

voldoende aanleiding daarvoor. De werkgever had daarom niet gehandeld als goed werkgever.[23] Ook de Kantonrechter Gouda oordeelde dat het inschakelen van een detectivebureau een ongepaste maatregel was in de situatie dat een arbeidsongeschikte werknemer verdacht werd van verrichten werkzaamheden voor derden. De verdenking was immers gebaseerd op een anonieme tip.[24] De Kantonrechter Utrecht overwoog dat er geen ernstige redenen waren in een geval waar medewerkers stelden dat het verdwijnen van apparatuur mogelijk te maken zou kunnen hebben met vertrek van de directeur. Er waren namelijk geen concrete verdenkingen dat de directeur apparatuur zou hebben verduisterd, dus was het bewijs verkregen met de telefoontap onrechtmatig.[25]

Uit latere uitspraken blijkt dat er wel eerder sprake kan zijn van een gerechtvaardigde reden om een onderzoek te laten instellen door een recherchebureau. Er werd dan niet gesproken over ernstige redenen voor het instellen van een onderzoek. In enkele gevallen was er een goede reden om een zieke werknemer te laten observeren door een onderzoeksbureau. Dat was het geval waar de werkneemster veelvuldig afspraken had afgezegd met de bedrijfsarts en de verzuimcoördinator waardoor de re-integratie bemoeilijkt werd. De controle was gericht op het feit of de redenen die zij opgaf voor het afzeggen van de afspraken juist waren. Dit was een gegronde reden voor de controle en een passend middel.[26] Ook in een geval waar er een vermoeden was van het voorwenden van (de mate van) arbeidsongeschiktheid of misleiden van de werkgever was het instellen van een onderzoek door een recherchebureau een doelmatig middel.[27] In andere situaties van een vermoeden van wangedrag was een onderzoek door een recherchebureau gerechtvaardigd. In een van die situaties was er een vermoeden van fraude vanwege een relatief hoog tankgedrag en daarom een oneigenlijk gebruik van de tankpas.[28] Er waren waarnemingen gedaan door een recherchebureau bij een tankstation en de cameraopnames van het tankstation waren ingebracht als bewijs. Deze waren rechtmatig verkregen omdat de opnames werden aangekondigd. De privacygevoeligheid van de opnames was voorts beperkt omdat de waarnemingen waren gedaan vanaf de openbare weg. Ook in een andere zaak oordeelde de rechter dat bij opnames met een camera door een recherchebureau geen sprake was van ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer omdat het beelden betreft die op de openbare weg zijn gemaakt en die hem weergeven op momenten dat hij zich op de openbare weg begeeft.[29] Dat de werknemer op de openbare weg wordt geobserveerd betekent mijns inziens echter niet dat de privacy niet in het geding is. Want ook op de openbare weg hoef je er niet van uit te gaan dat je gevolgd en geobserveerd wordt. De rechter oordeelde in deze zaak voorts dat de opnames niet onrechtmatig waren verkregen omdat het alleen een weergave betrof van wat door de rapporteurs van het onderzoeksbureau is waargenomen en geen verboden heimelijk cameratoezicht op openbare ruimtes in de zin van art. 441b Sr (oud).

3. De consequenties van onrechtmatig verkregen bewijs

3.1. De waardering van het onrechtmatig verkregen bewijs

Als de rechter tot het oordeel komt dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, dan speelt de vraag welke consequenties dit moet hebben. De rechter zal moeten beoordelen of het onrechtmatig verkregen bewijs moet worden uitgesloten of dat het kan worden toegelaten als bewijsmiddel.[30] Aangezien in het civiele recht de vrije bewijsleer geldt, heeft de rechter een grote vrijheid in de waardering van het bewijs (art. 152 lid 2 Rv). De materiële waarheidsvinding staat in het civiele proces voorop.[31] Daarom hoeft de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs geen beletsel te zijn om dit in het civiele geding te gebruiken.[32] De Hoge Raad overwoog recentelijk in enkele arresten dat in het civiele proces het onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel gebruikt kan worden. Het algemene maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang van partijen hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, wegen zwaarder dan het belang van uitsluiting van het bewijs. Uitsluiting van het bewijs is slechts gerechtvaardigd als er sprake is van bijkomende omstandigheden.[33] Als er dus sprake is van een inbreuk op de privacy dan kan het daarmee verkregen bewijs afhankelijk van de omstandigheden toch gebruikt worden.[34]

De arbeidsrechtelijke rechtspraak laat een divers beeld zien in de wijze waarop de rechter bepaalt of het onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt kan worden. In verschillende uitspraken maakt de rechter een afweging tussen de belangen van de werkgever en werknemer of het bewijs al dan niet gebruikt mag worden. Er wordt daarbij een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang van de werkgever om onrechtmatigheden binnen de onderneming te kunnen opsporen en het achterhalen van de waarheid van de feiten en anderzijds het recht op privacy van de werknemer en zijn belang om niet te worden onderworpen aan vergaande

23. Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *KG* 1993/16.
24. Rb. Gouda (ktr.) 27 mei 1999, *KG* 1999/161.
25. Rb. Utrecht (ktr.) 25 september 1996, *JAR* 1997/6.
26. Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *JAR* 2007/262.
27. Rb. Delft (ktr.) 9 februari 2005 en 6 december 2007, *JAR* 2008/45.
28. Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, *RAR* 2006/98.
29. Rb. Delft (ktr.) 9 februari 2005 en 6 december 2007, *JAR* 2008/45.
30. Hof 's-Hertogenbosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5206, r.o. 4.4.6.
31. Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *RAR* 2008/153.
32. HR 27 april 2001, *NJ* 2001/421; Rb. Zwolle (ktr.) 11 november 2005, *RAR* 2006/12; Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80.
33. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.3; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, r.o. 3.4.3.
34. HR 27 april 2001, *NJ* 2001/421; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *RAR* 2008/153.

controlemiddelen.[35] De belangenafweging lijkt vaak wat pragmatisch toegepast en de methode is niet eenduidig. In enkele uitspraken werd bezien of de werkgever een gegronde reden heeft voor het onderzoek en of de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht zijn genomen. Dat gebeurde in een geval van verboden heimelijk cameratoezicht waar aan deze voorwaarden was voldaan zodat het bewijs gebruikt kon worden.[36] Voor het gebruik speelde dus een rol of was voldaan aan de beginselen van het recht op privacy. In een ander geval oordeelde de rechter dat een telefoontap onrechtmatig was omdat de vermoedens niet voldoende waren om zo'n ingrijpend middel te gebruiken. Toch kon het bewijs gebruikt worden omdat hieruit bleek dat de werknemer onbehoorlijk had gehandeld.[37] De inhoud van het bewijs, en daarmee het belang van de waarheidsvinding was in dit geval bepalend voor het toelaten van het bewijs. Dit is dus een zeer pragmatische benadering, omdat hier geen rekening wordt gehouden met het feit dat er geen reden was voor het inzetten van dit onderzoeksmiddel. Soms wordt niet duidelijk of er een afweging wordt gemaakt. In een geval waar er sprake was van een ernstige inbreuk op de privacy en de werkgever zich niet als goed werkgever had gedragen, oordeelde de rechter dat het bewijs buiten beschouwing laten slechts aan de orde is bij zeer bijzondere omstandigheden, die er in dat geval niet waren.[38] En soms wordt helemaal geen afweging tussen belangen gemaakt. In een geval concludeerde de rechter dat het bewijs op onrechtmatige wijze was verkregen en dus niet gebruikt kon worden.[39] Uit de rechtspraak valt daarom geen duidelijk toetsingskader af te leiden wanneer het onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet gebruikt mag worden. De rechtspraak laat verder zien dat er verschillende mogelijkheden zijn voor het gebruik van het bewijs in de procedure indien er geconstateerd wordt dat het bewijs onrechtmatig is verkregen.

3.2. Uitsluiting van het bewijs

Uitsluiting van het bewijs is uitzonderlijk. Slechts in enkele gevallen werd het bewijs uitgesloten wegens schending van de privacy of verboden heimelijk cameratoezicht. De rechter hanteerde daarbij een vrij pragmatische benadering. Uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs kan als consequentie hebben dat een ontslag op staande voet geen stand kan houden. Maar de arbeidsovereenkomst zal toch ontbonden kunnen worden op andere gronden als de arbeidsverhouding is verstoord of er sprake is van verlies van vertrouwen. De werknemer wordt dan soms wel een hogere vergoeding toegekend vanwege het onrechtmatig handelen van de werkgever. Dat was het geval in een situatie waar uit een rapport van een recherchebureau bleek dat de werkneemster concurrerende werkzaamheden had verricht wat reden was om haar op staande voet te ontslaan. Het bewijs van het rapport werd echter buiten beschouwing gelaten omdat de wijze waarop het tot stand was gekomen een schending van de privacy opleverde, dus was er geen dringende reden voor ontbinding.[40] Wel werd de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een vertrouwensbreuk. De werknemer kreeg wegens verwijtbaar gedrag van de werkgever door geen aandacht te besteden aan signalen van seksuele intimidatie en een schending van privacy vanwege het onderzoek, een hogere vergoeding (factor C 1,5). De schending van de privacy was hierbij een van de factoren voor toekenning van een hogere vergoeding. Ook in een ander geval werd onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing gelaten, maar werd de arbeidsovereenkomst uiteindelijk ontbonden wegens verstoring van de arbeidsverhouding met toekenning van een hogere vergoeding.[41] In dit geval werd een verpleegkundige die thuiszorg verleende op basis van video-opnames verweten onzorgvuldig te hebben gehandeld. Omdat niet voldaan was aan het kenbaarheidsvereiste (art. 139f Sr) en het middel niet proportioneel was, was het bewijs op onrechtmatige wijze verkregen. Daarom mochten de beelden niet worden gebruikt voor de stellingen van werkgever en was er geen dringende reden voor ontslag op staande voet. De kantonrechter liet zich toch uit over de inhoud van het bewijs want deze overwoog dat ook al zou het mogen worden gebruikt dat dan niet zou blijken dat zij onzorgvuldig had gehandeld. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden omdat beide partijen geen vertrouwen hadden in de arbeidsrelatie. De werknemer kreeg een hoge vergoeding (factor C 2). De hoogte werd waarschijnlijk bepaald doordat de werknemer geen enkel verwijt trof omdat zij correct had gehandeld en de verstoring van de arbeidsrelatie geheel bij de werkgever lag. Het blijkt niet uit de uitspraak of het onrechtmatig handelen hierbij ook een rol speelde.

3.3. Toelaten van het bewijs

In de meeste gevallen wordt het onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten omdat het belang van de waarheidsvinding vooropstaat in het civiele proces. Als het bewijs wordt toegelaten, kan dit tegen de werknemer gebruikt worden. Dat heeft als gevolg dat de werkgever slaagt om het wangedrag van de werknemer aan te tonen waardoor de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt. Aan de onrechtmatigheid kunnen wel consequenties worden verbonden.

In sommige gevallen werd het onrechtmatig handelen van de werkgever gecompenseerd door aan de werknemer een immateriële schadevergoeding toe te kennen of dit tot uitdrukking te laten komen in de ontbindingsvergoeding. In een situatie dat de werknemer onbehoor-

35. Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *RAR* 2008/153; Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80; Rb. Haarlem (ktr.) 31 maart 2008, *RAR* 2009/43.
36. Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80.
37. Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6.
38. Rb. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/149.
39. Rb. Middelburg (ktr.) 8 april 2010, *JAR* 2010/173.
40. Rb. Rotterdam (ktr.) 19 december 1997, *Prg.* 1998/4946.
41. Rb. Middelburg (ktr.) 8 april 2010, *JAR* 2010/173.

lijk had gehandeld werd de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens verandering in de omstandigheden. Omdat ook de werkgever verwijt trof wegens zijn onrechtmatige gedrag kreeg de werknemer toch nog een vergoeding, namelijk de helft waarop hij recht zou hebben indien hem geen verwijt te maken viel.[42] In dit geval kreeg de werknemer dus een vergoeding wegens het onrechtmatig handelen van de werkgever. In een andere situatie kreeg de werknemer een immateriële schadevergoeding toegekend. Dat was in een recent geval waarbij de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam oordeelde dat het ontslag op staande voet waarschijnlijk stand zou houden vanwege de inhoud van het toegelaten onrechtmatig verkregen bewijs. De rechter kende een immateriële schadevergoeding toe wegens onrechtmatige bewijsvergaring.[43] In deze uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter dat voorkomen moest worden dat door het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs het recht op privacy ernstig zou worden uitgehold. Een middel hiertoe was volgens de voorzieningenrechter een schadevergoeding, welke aan de werknemer werd toegekend. Daardoor ontstond er geen vrijbrief voor de werkgever om gegevens op een onrechtmatige manier te verkrijgen en bleef het tegelijk mogelijk om de gegevens te gebruiken. In deze uitspraak laat de rechter de waarheidsvinding prevaleren, maar tegelijkertijd kreeg de werknemer een compensatie wegens het onrechtmatig handelen van de werkgever.

Maar soms heeft de onrechtmatigheid ingeval het onrechtmatig bewijs wordt toegelaten geen financiële gevolgen voor de werkgever. Dat deed zich voor in een situatie waarbij de werkgever het bewijs had vergaard met behulp van een verborgen camera die niet kenbaar was gemaakt (art. 139f Sr).[44] Het onrechtmatig bewijs kon volgens de kantonrechter toch gebruikt worden in een civiele procedure vanwege het belang van de waarheidsvinding. De kantonrechter maakte voor het gebruik een afweging tussen het recht op privacy en het belang van de opsporing. Bij het onderzoek waren de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht genomen. De arbeidsovereenkomst werd op basis van het feitencomplex ontbonden wegens een dringende reden waardoor de werknemer geen vergoeding ontving.

3.4. Dient de onrechtmatigheid consequenties te hebben?

De hiervoor besproken rechtspraak laat zien dat er verschillende consequenties mogelijk zijn bij het onrechtmatig verkregen bewijs. Uitsluiting van het bewijs is een uitzonderlijke mogelijkheid waardoor er geen bewijs is voor een dringende reden. Als uiteindelijk de arbeidsovereenkomst toch wordt ontbonden wegens verstoring van de arbeidsverhouding dan kan de onrechtmatige gedraging van de werkgever verdisconteerd worden in de aan de werknemer toe te kennen ontslagvergoeding. Een andere meer gebruikelijke mogelijkheid is dat het bewijs wordt toegelaten. De werkgever zal dan wel kunnen slagen in het bewijs voor de aangevoerde ontslaggrond. De rechter kan aan de werknemer een (schade)vergoeding toekennen, maar het kan ook voorkomen dat dit niet gebeurt. De rechtspraak loopt daarom uiteen en de oplossing is vaak pragmatisch ingegeven. Een principiële uitspraak over de te verbinden gevolgen aan de onrechtmatigheid ontbreekt veelal. De hiervoor besproken recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam vormt daarop een uitzondering.[45] Een principiële vraag is daarom of het onrechtmatig handelen altijd een gevolg moet hebben voor de werkgever en zo ja, waarom en welke.

In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt door Koevoets verdedigd dat er in principe altijd een sanctie aan de onrechtmatigheid verbonden dient te zijn. Hiervoor voert Koevoets verschillende argumenten aan.[46] Een praktisch argument is het preventieargument. Als de werkgever weet dat er een sanctie volgt op onrechtmatig verkregen bewijs, dan zal hij ervan weerhouden worden zo het onderzoek uit te voeren. Hij zal dan zorgvuldiger het onderzoek doen. Een ander argument dat Koevoets aanvoert is het legitimatieargument. Voor een evenwicht tussen de waarheidsvinding en de rechtsbescherming moeten de regels die zien op de rechtsbescherming, zoals de bescherming van de privacy, worden nageleefd. De sancties die gesteld worden op schending van de regels omtrent de rechtsbescherming legitimeren de opsporingsbevoegdheid van de werkgever waarbij het onderzoek vaak met een ingrijpende onderzoeksmethode wordt verricht.

Koevoets stelt terecht dat het wel wenselijk is te differentiëren in de sancties. De sanctie kan dan worden vastgesteld aan de hand van een belangenafweging tussen enerzijds het belang van het door de norm te beschermen belang en de mate van schending daarvan en anderzijds de te beschermen belangen van de werkgever. Bij het toetsen van het handelen van de werkgever spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol. Dus hoe groter het te beschermen belang van de norm en de schending van de norm zijn en hoe kleiner het belang van de werkgever is, hoe zwaarder de sanctie dient te zijn. En bij een gering belang van de werknemer en geringe schending van een norm zou bij een groot belang van de werkgever onder omstandigheden afgezien kunnen worden van een sanctie.[47] Een dergelijke belangenafweging komt voor

42. Rb. Utrecht (ktr.) 25 september 1996, *JAR* 1997/6.
43. Rb. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/149.
44. Rb. Groningen (ktr.) 18 maart 2008, *RAR* 2008/80.
45. Rb. Amsterdam 12 mei 2014, *JAR* 2014/149.
46. Koevoets 2006, p. 91-92; M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *ArA* 2004, afl. 3 (Koevoets 2004), p. 48-50. Zie voor andere literatuur over onrechtmatig verkregen bewijs: M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 1999; M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.
47. Koevoets 2006, p. 92-93.

in verschillende uitspraken bij het oordeel of het bewijs al dan niet gebruikt kan worden (zie par. 3.1). Daar wordt dan een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang van de werkgever bij opsporing en de waarheidsvinding en anderzijds het belang van de werknemer tot bescherming van zijn privacy. Alleen wordt de belangenafweging niet altijd duidelijk en logisch toegepast en is de gekozen oplossing pragmatisch. In sommige gevallen wordt echter geen belangenafweging gemaakt bij het oordeel over de sanctie.

De zwaarste sanctie is bewijsuitsluiting. Dat zou kunnen wanneer de norm ernstig is geschonden en het belang van de werkgever gering is. In enkele uitspraken kwam dit voor bij een ernstige inbreuk op de privacy en bij overtreding van een norm van heimelijk cameratoezicht waarbij ook het beginsel van proportionaliteit was geschonden (par. 3.2). In deze gevallen had de werkgever geen reden om een dergelijk vergaand onderzoek in te stellen. Tegenover een gering belang van de werkgever stond een grote schending van de norm die de belangen van de werknemer beoogt te beschermen. Uitsluiting van bewijs kan gelegitimeerd worden door de uit het strafrecht komende reparatiegedachte. Door uitsluiting van het bewijs wordt de onrechtmatige gedraging jegens de werknemer hersteld.[48] Maar zoals gezien kan als de arbeidsovereenkomst toch ontbonden wordt op basis van andere gronden, het onrechtmatig gedrag van werkgever gecompenseerd worden in de aan de werknemer toe te kennen vergoeding (par. 3.2). Uitsluiting van bewijs laat dus onverlet dat er toch nog een andere sanctie wordt toegepast wegens het onrechtmatig handelen. Het lijkt mij terecht dat ingeval er een einde komt aan de arbeidsovereenkomst, de werknemer een financiële compensatie krijgt voor het onrechtmatig handelen van de werkgever. De ontslagprocedure is ingegeven door het verrichte onderzoek. Zonder dit verrichte onderzoek en het handelen van de werkgever zou de arbeidsovereenkomst niet verstoord zijn. Omdat er uiteindelijk toch een einde komt aan de arbeidsovereenkomst, dient de werknemer gecompenseerd te worden vanwege de schending van de norm die zijn belangen beoogt te beschermen.

Aangezien in het civiele proces de waarheidsvinding vooropstaat zal dit belang vaak prevaleren zodat het onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt kan worden. Van der Kraats meent dat bewijsuitsluiting op gespannen voet staat met het uitgangspunt in het civiele recht van de waarheidsvinding. Compensatie zou dan een tussenoplossing bieden waarbij recht wordt gedaan aan enerzijds het belang van de waarheidsvinding en anderzijds het belang van normstelling en herstel. De financiële compensatie in de vorm van een hogere vergoeding in de ontbindingsprocedure of een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad moet worden geboden aan de werknemer vanwege het belang van normstelling en herstel, temeer daar het in het arbeidsrecht om ongelijkwaardige partijen gaat.[49] Ik onderschrijf het standpunt van Van der Kraats dat de onrechtmatigheid bij toelating van het bewijs een consequentie dient te hebben voor de werkgever. In sommige uitspraken waar de werkgever geen goede reden had tot het instellen van het onderzoek werd het bewijs wel toegelaten maar kreeg de werknemer een schadevergoeding wegens de normschending (par. 3.3). Het uitgangspunt waarom compensatie moet worden geboden wordt duidelijk verwoord in de recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Hierin wordt tot uitdrukking gebracht dat de vergoeding wordt toegekend vanwege het argument dat de werkgever geen vrijbrief mag krijgen om op onrechtmatige wijze bewijs te verkrijgen (preventieargument) en het te beschermen belang van de norm (par. 3.3). Dat lijken mij juiste redenen waarom de schending van een norm altijd financiële consequenties dient te hebben voor de werkgever. Onjuist acht ik daarom een uitkomst zoals het geval was in een uitspraak waar aan de onrechtmatigheid geen enkele consequentie werden verbonden (par. 3.3). Ook al heeft de werkgever een goede reden voor het instellen van een onderzoek en heeft hij daarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht genomen, zullen aan overtreding van de strafrechtelijke norm van niet kenbaar gemaakt heimelijk cameratoezicht consequenties verbonden moeten worden.

4. Slot

In de rechtspraak wordt geen duidelijk toetsingskader gehanteerd voor de afweging of gebruik gemaakt kan worden van het onrechtmatig verkregen bewijs en of er een sanctie wordt verbonden aan de onrechtmatigheid. Daarbij wordt de belangenafweging niet altijd goed gemotiveerd en de oplossing is vaak pragmatisch ingegeven. Soms ontbreekt een belangenafweging of is niet duidelijk waarom het bewijs al dan niet gebruikt mag worden. Voor de rechtseenheid, rechtszekerheid en ook in het kader van de door de norm te beschermen belangen verdient het daarom de aanbeveling dat de rechter altijd een afweging maakt tussen de belangen en dit duidelijk motiveert. Ook zal de rechter duidelijk dienen te motiveren welke sanctie aan de onrechtmatigheid verbonden dient te worden en waarom. Het verdient daarbij de aanbeveling dat de onrechtmatigheid altijd een consequentie dient te hebben voor de werkgever. Ook in het geval dat het bewijs wordt uitgesloten maar de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zal de werknemer een financiële compensatie moeten krijgen voor de schending van de norm. Indien het bewijs wordt toegelaten zal de werknemer ook een financiële compensatie geboden moeten worden in de vorm van een hogere ontbindingsvergoeding of toekenning van een immateriële schadevergoeding vanwege het preventieargument en schending van de norm die de belangen van de werknemer beoogt te beschermen.

48. Koevoets 2006, p. 95-96.
49. K.G.F. van der Kraats, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *TRA* 2012/97.

RAR 2014/20: Privacy. Mag werkgever privé e-mails van werknemer overleggen die hij heeft aangetroffen in de mailbox van een collega en levert het...

Instantie:	Rechtbank Gelderland (Kamer voor kantonzaken Arnhem)	Datum:	10 oktober 2013
Magistraten:	Mr. B.J. Engberts	Zaaknr:	2225037 \ HA VERZ 13-1267 \ BE \ 340 \ be
Conclusie:	-		
Noot:	-	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBGEL:2013:3801, Uitspraak, Rechtbank Gelderland (Kamer voor kantonzaken Arnhem), 10-10-2013		

Wetingang: Art. 7:611, 7:685 BW; art. 13 Gw; art. 8 EVRM

Brondocument: Rb. Gelderland, 10-10-2013, nr. 2225037 \ HA VERZ 13-1267 \ BE \ 340 \ be

Essentie

Ontbinding arbeidsovereenkomst. Goed werkgeverschap. Privacy.
Mag werkgever privé e-mails van werknemer overleggen die hij heeft aangetroffen in de mailbox van een collega en levert het geroddel in deze e-mails een ontbindingsgrond op?

Samenvatting

Werknemer zit in het managementteam (MT) van werkgever. Werknemer wordt vrijgesteld van werkzaamheden nadat in de e-mailbox van een collega (mevrouw X) van werknemer een zeer groot aantal e-mailberichten van hem (aan mevrouw X) was aangetroffen. Deze mails betroffen volgens werkgever onder meer zeer disrespectvolle mails waarin medewerkers van werkgever belachelijk worden gemaakt. Bij werkgever geldt een internet- en emailbeleid. Werkgever laat weten een gedegen onderzoek te zullen doen om tot een zorgvuldige beslissing te kunnen komen inzake de toekomst van werknemer bij werkgever. Vier dagen na de vrijstelling laat werkgever weten afscheid te willen nemen

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

van werknemer en dat het onderzoek niet wordt afgewacht. Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werknemer voert onder meer als verweer dat het overleggen door werkgever van e-mailberichten van hem in strijd is met zijn recht op een persoonlijke levenssfeer en dat daar geen waarschuwing aan vooraf is gegaan zodat in strijd met art. 8 EVRM en 13 Gw is gehandeld.

Ktr.: De kantonrechter oordeelt dat e-mailberichten weliswaar vallen onder de privacybescherming van art. 8 EVRM en dat inbreuk op deze privacy strijd met art. 7:611 BW zou kunnen opleveren, maar dat deze inbreuk in dit geval als gerechtvaardigd en proportioneel dient te worden aangemerkt. De kantonrechter is namelijk van oordeel dat werkgever gelet op het grote aantal e-mailberichten van werknemer die bij mevrouw X tijdens haar ziekte werden aangetroffen en het ontbreken van een onderwerp (in de onderwerpregel) bij de e-mailberichten redelijkerwijs kon worden overgaan tot het inzien van de inhoud ervan. Het staat voldoende vast – werknemer erkent dit – dat de hoeveelheid e-mailberichten aan mevrouw X enerzijds en de inhoud van een aantal van deze berichten anderzijds een ernstige deuk in het vertrouwen van werkgever in werknemer hebben veroorzaakt. De kantonrechter is echter van oordeel dat van werkgever als goed werkgever (art. 7:611 BW) verwacht mocht worden dat hij eerst en op rustige wijze met werknemer in gesprek zou gaan over de e-mailberichten en dat redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden het dienstverband wel voort te zetten. Bij dat laatste is betrokken dat werknemer steeds goed heeft gefunctioneerd, er nooit klachten waren over zijn gedrag, de betreffende e-mailberichten niet bij andere werknemers terecht zijn gekomen en werknemer aannemelijk heeft gemaakt dat hij bereid was over de e-mail berichten te spreken en daarbij het boetekleed aan te willen en kunnen trekken. De kantonrechter is anderzijds van oordeel dat er geen basis meer is voor een vruchtbare samenwerking tussen partijen. Nu werkgever van de vertrouwensbreuk het meest verantwoordelijk is, wordt een vergoeding boven neutraal toegekend.

Zie ook

Zie ook:

- Ktr. Almelo 30 september 1999, *Prg.* 1999/5365: werkgever mag bij onderzoek naar internetmisbruik ook privégebruik controleren;
- Ktr. Amsterdam 26 april 2001, *JAR* 2001/101: het volledig verbieden van niet zakelijke communicatie kan niet, ook niet wanneer een dergelijk verbod in een gedragscode is opgenomen;
- Ktr. Utrecht 13 juni 2000, *JAR* 2000/199: privégebruik internet rechtvaardigt bij gebreke gedragscode en waarschuwing geen ontbinding.

Zie anders:

- Ktr. Alphen aan den Rijn (vzr.) 5 januari 2010 , *JAR* 2010/93: lezen privé-e-mail door werkgever. Schending privacy. Ontslag op staande voet nietig. Ontbinding met vergoeding.
- Ktr. Utrecht 31 oktober 2002, *JAR* 2002/289: versturen niet-zakelijke e-mails met pornografische/onsmakelijke inhoud. Strikt beleid werkgever. Ontbinding wegens een dringende reden.

Wenk

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Wenk:
Op grond van jurisprudentie van het EHRM kunnen werkgevers niet naar believen e-mailverkeer van hun werknemers ‘monitoren’. Uitgangspunt is dat ook e-mails verzonden vanaf de werkvloer vallen onder de bescherming die art. 8 EVRM wil bieden. Art. 8 EVRM betreft een verplichting van de lidstaten bij het EVRM en een werknemer kan hierop dan ook, wanneer werkgever geen overheidsorgaan is, niet rechtstreeks een beroep doen. Dit neemt niet weg dat een werkgever die inbreuk op de privacy van een werknemer maakt in beginsel handelt in strijd met het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). De werkgever kan, mede op gelet op de rechtspraak van het EHRM, de e-mailberichten van zijn werknemer controleren, indien voor de werknemer kenbaar was of kenbaar had kunnen zijn, dat zijn e-mailberichten kunnen worden gecontroleerd door zijn werkgever, er sprake is van een gerechtvaardigd doel en er voldaan is aan de proportionaliteitseis. Bij de invulling van deze laatste twee eisen is het in de praktijk doorgaans van belang dat de werkgever een concrete aanleiding had om de privacy van de werknemer in dit verband te schenden, en dat deze schending in verhouding stond tot het te bereiken doel. Zelfs als er sprake is van privacyschending zonder rechtvaardiging, geldt in het civiele recht de vrije bewijsleer. Niet snel zal een rechter een bewijsstuk derhalve wegens privacyschending volledig naast zich neer leggen. Wel zal een rechter in de waardering van het bewijs rekening kunnen houden met hoe het bewijs is verkregen en kan de rechter dit in een ontbindingsprocedure ook meenemen bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding.

Partij(en)

Spruyt Hillen B.V., te IJsselstein, verzoekende partij, gemachtigde mr. E.S. de Jong,
tegen
Werknemer, verwerende partij, gemachtigde mr. S.M. ten Seldam.

Uitspraak

Kantonrechter:

(...)

2. De feiten

2.1. Werknemer, geboren in 1966, is op 1 januari 2007 bij Spruyt Hillen in dienst getreden. Zijn functie is thans hoofd verkoop binnendienst. Zijn salaris bedraagt € 4.384 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. Werknemer is lid van het management team van Spruyt Hillen.

2.2. Op donderdag 18 april 2013 is werknemer vrijgesteld van werkzaamheden nadat in de e-mailbox van een collega (mevrouw X) van werknemer een zeer groot aantal e-mailberichten van hem (aan mevrouw X) was aangetroffen. Bij brief van 18 april 2013 is deze vrijstelling van werkzaamheden bij brief bevestigd. Daarin is onder meer vermeld:

“Naar aanleiding van het gesprek heden ochtend met de General Manager en de Finance

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Controller moet ik je het volgende berichten.
Vanaf heden ben je vrijgesteld van werkzaamheden om de volgende redenen:

- *Bij toeval hebben we zeer disrepectvolle mails gevonden waarin medewerker van Spruyt Hillen belachelijk worden gemaakt. Dit past niet bij de voorbeeldfunctie van een MT-lid.*
- *Tevens hebben we van je directe collega's ernstige negatieve signalen ontvangen over je functioneren als manager.*

Om tot een zorgvuldige beslissing te komen inzake je toekomst bij Spruyt Hillen zullen we gedegen onderzoek doen naar bovengenoemde zaken en je hier zo spoedig mogelijk over informeren."

2.3. In zes van de genoemde e-mail berichten heeft werknemer – in de periode van februari tot en met mei 2010 – aan mevrouw X gemaild over een vrouwelijke, gezamenlijke collega (lid van het team van mevrouw X). De teksten van die e-mailberichten luiden onder meer als volgt:

"Is ma Flodder er al of zit je nog steeds alleen met die ouwe?"
"Komt ze je bekend voor? Hahahahahaha!" (een foto van Ma Flodder bijgevoegd)
"en dit is die andere, hahahahahaha!" (een foto van opa Flodder bijgevoegd)
"Keek ik net door het raampje van (…) kantoor naar binnen, kijk ik tegen een deel van (…) witte rug en zijkantje aan. Brrrr…. Denk dat ik niet kan slapen vannacht"
"Met een string en dan links en rechts van die veter van die grote hompen bibbervlees. Moet er niet aan denken, hahahah"
"niet aan (…) denken tijdens het eten, he? Anders houd je het misschien niet binnen"

2.4. Op maandag 22 april 2013 is aan werknemer medegedeeld dat Spruyt Hillen afscheid van hem wil nemen en dat het onderzoek niet wordt afgewacht.

2.5. Voor werknemers van Spruyt Hillen geldt een internet en e-mail reglement. Daarin is ondermeer het volgende opgenomen:

"De computer (…) ter beschikking gesteld door ARSEUS (de groep waartoe Spruyt Hillen behoort – ktr.) dienen hoofdzakelijk voor professioneel gebruik (…) voor zover het privé gebruik geen invloed heeft op de plichten van de werknemer, niet gebeurt voor geldelijk gewin (…) is occasioneel of bijkomstig gebruik van elektronische communicatiemiddelen (verzenden of ontvangen) voor privé (…) doelen begrijpelijk en aanvaardbaar. (…)"

3. Het verzoek en het verweer

3.1. Spruyt Hillen verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden wegens gewichtige redenen.

3.2. Spruyt Hillen onderbouwt het verzoek, kort samengevat, als volgt. Uit onderzoek in de e-mailbox van mevrouw X (door de Finance Controller, haar teamleider) is gebleken dat werknemer veelvuldig en langdurig en tijdens werktijd e-mail berichten met een privé karakter aan mevrouw X heeft gezonden. In die berichten liet werknemer zich bovendien schunnig dan wel minachtend uit over een collega (lid van het team waartoe mevrouw X behoorde), terwijl hij als lid van het managementteam een voorbeeldfunctie heeft. Werknemer heeft met zijn handelen elke vorm van integriteit geschonden en daarom kan van Spruyt Hillen niet gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bovendien heeft Spruyt Hillen alle vertrouwen in werknemer verloren. Een zinvolle voortzetting van de

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

arbeidsovereenkomst is volstrekt onmogelijk geworden.

3.3. Werknemer voert gemotiveerd verweer, waarop hierna nader wordt ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter stelt vast dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 7:647, 648, 670, 670a BW of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.

4.2. Vooropgesteld wordt dat een procedure als deze zich niet leent voor uitgebreide bewijslevering. Dat brengt mee dat de kantonrechter zijn beslissing moet nemen aan de hand van onbetwiste stukken en onweersproken gelaten stellingen en wat hem aannemelijk voorkomt.

4.3. Werknemer heeft aangevoerd dat het overleggen door Spruyt Hillen van e-mailberichten van hem in strijd is met zijn recht op een persoonlijke levenssfeer en dat daar geen waarschuwing aan vooraf is gegaan zodat in strijd met art. 8 EVRM en 13 van de Grondwet is gehandeld.
Spruyt Hillen heeft dit betwist. Zij heeft erop gewezen dat er binnen Spruyt Hillen sinds 2011 een e-mail en internetreglement bestond. Voorts was volgens Spruyt Hillen uit de e-mail berichten niet op te maken dat het privé e-mails zou betreffen, daar de e-mails geen onderwerp dan wel een zakelijk onderwerp hadden. Daarenboven geldt in het civiele recht de vrije bewijsleer.

4.4. Op grond van rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (o.a. EHRM 3 april 2007, *LJN* BA6786, *JAR* 2007/233), wordt aangenomen dat e-mailberichten vallen onder de bescherming van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat het recht op privacy beschermt, zelfs als deze berichten zijn verstuurd vanaf de werkplek van de werknemer.
Art. 8 EVRM betreft een verplichting van de lidstaten bij het EVRM. In dit geval kan, omdat Spruyt Hillen geen overheidsorgaan is, niet rechtstreeks een beroep worden gedaan op het EVRM. Dit neemt niet weg dat een werkgever die inbreuk op de privacy van een werknemer maakt in beginsel handelt in strijd met het in art. 7: 611 BW neergelegde uitgangspunt dat hij/zij dient te handelen als goed werkgever. De werkgever kan, mede op gelet op de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de e-mailberichten van zijn werknemer controleren, indien voor de werknemer kenbaar was of kenbaar had kunnen zijn, dat zijn e-mailberichten kunnen worden gecontroleerd door zijn werkgever, er sprake is van een gerechtvaardigd doel en er voldaan is aan de proportionaliteitseis. Zie in deze zin ook *Kamerstukken II*, 27 160, nr. 2, p. 50-51.

4.5. Het is voldoende aannemelijk dat Spruyt Hillen heeft gezien dat er een groot aantal e-mailberichten tussen werknemer en mevrouw X was, toen haar leidinggevende in verband met haar ziekte naging of daarin e-mailberichten zaten die beantwoord dienden te worden. Voor wat betreft het onderzoek naar de inhoud van de e-mailberichten van werknemer (die zijn aangetroffen in de e-mailbox van mevrouw X) geldt dat in paragraaf 7 van het bij Spruyt Hillen geldende internet en e-mailreglement (dat bij werknemer bekend was) is opgenomen dat elektronische mail wordt bewaard en dat een bevoegde beheerder het wachtwoord kan resetten en de elektronische mail kan lezen alsook dat de werkgever zich het recht voorbehoud om (onder andere) e-mailberichten na te kijken in de mate dat dit nodig is om te garanderen dat elektronische communicatiemiddelen gebruikt worden in overeenstemming

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

met – onder andere – de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter is van oordeel dat Spruyt Hillen gelet op het grote aantal e-mailberichten en het ontbreken van een onderwerp (in de onderwerpregel) bij de e-mailberichten redelijkerwijs kon overgaan tot het inzien van de inhoud ervan.
Gezien het voorgaande dient de inbreuk van Spruyt Hillen op de privacy van werknemer onder de gegeven omstandigheden als gerechtvaardigd en proportioneel te worden aangemerkt en is derhalve geen sprake van misbruik door Spruyt Hillen van de controle mogelijkheden. Derhalve kunnen de door Spruyt Hillen in het geding gebrachte e-mailberichten worden meegenomen bij de beoordeling.

4.6. Het staat vast dat werknemer een zeer groot aantal e-mailberichten aan zijn collega mevrouw X heeft gezonden. Het gaat om 160 berichten in 2009, 750 berichten in 2010, 75 berichten in 2011 en 4 in 2012. Spruyt Hillen heeft de tekst van een deel van deze berichten overgelegd. Daaruit blijkt dat deze deels een nogal flirterig karakter hebben. Zo wordt gemaild over massages, het scheren van benen en het al dan niet dragen van badkleding. Dit betreft, uitgaande van de door Spruyt Hillen in het verzoekschrift weergegeven selectie, echter slechts zeven e-mailberichten. Het grootste deel van de overgelegde berichten betreft 'small talk' en gaat over de vraag wat de ander in het weekend heeft gedaan, de volgende dag gaat doen, al dan niet eet etc. Daarnaast zijn er zes e-mail berichten waarin werknemer zich tegenover een college van mevrouw X (zij zat in hetzelfde team als mevrouw X) denigrerend uitlaat (r.ov. 2.3.).

4.7. Het staat voldoende vast – werknemer erkent dit – dat de hoeveelheid e-mailberichten aan mevrouw X enerzijds en de inhoud van een aantal van deze berichten anderzijds een ernstige deuk in het vertrouwen van Spruyt Hillen in werknemer hebben veroorzaakt. Tussen partijen is hierover gesproken op donderdag 18 april 2013, maar de kantonrechter acht aannemelijk dat het daarin niet tot een daadwerkelijke communicatie over de e-mailberichten is gekomen. Het staat namelijk als onbetwist vast dat werknemer niet wist waarover dat gesprek zou gaan. Nu het om e-mailberichten uit met name 2009-2011 ging is begrijpelijk dat werknemer daar niet direct inhoudelijk op kon reageren. Daar komt bij dat werknemer in dat gesprek 'eikel' is genoemd hetgeen een belangrijke aanwijzing vormt dat er in dat gesprek ook van de zijde van Spruyt Hillen geen bereidheid bestond hier inhoudelijk over te praten c.q. een inhoudelijke reactie van werknemer te willen (of kunnen) aanhoren.
Spruyt Hillen heeft werknemer op 18 april 2013 aangezegd dat nader onderzoek zou worden gedaan en dat een vervolggesprek zou komen. Dit is vastgelegd in de brief van 19 april 2013. Ter zitting is gebleken dat dat gesprek er niet is gekomen omdat haar directeur op die vrijdag, 19 april 2013, de e-mailberichten heeft bekeken en daarover – kort gezegd – zo boos was dat hij elk vervolggesprek onnodig vond. Dit blijkt tevens uit de onweersproken mededeling van Spruyt Hillen aan werknemer op maandag 22 april 2013 dat partijen afscheid van elkaar zouden nemen. De kantonrechter is echter van oordeel dat van Spruyt Hillen als goed werkgever (art. 7:611 BW) verwacht mocht worden dat zij eerst en op rustige wijze met werknemer in gesprek zou gaan over de e-mailberichten en dat redelijkerwijs van haar verwacht mocht worden het dienstverband wel voort te zetten. Bij dat laatste is betrokken dat:

- werknemer steeds goed heeft gefunctioneerd (van het gestelde disfunctioneren in de brief van 19 april 2013 is niets gebleken)

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

— er nooit klachten waren over werknemer gedrag anderszins
— de e-mailberichten zijn gevoerd met mevrouw X en niet is gesteld of gebleken dat deze bij andere werknemers van Spruyt Hillen terecht zijn gekomen
— gevaar van verdere verspreiding van die e-mailberichten of de inhoud of strekking ervan niet aannemelijk was nu mevrouw X in april 2013 wegens arbeidsongeschiktheid niet werkzaam was voor Spruyt Hillen, zij nadien niet meer voor Spruyt Hillen heeft gewerkt en op 18 april 2013 reeds door Spruyt Hillen was besloten om het dienstverband met haar te beëindigen (hetgeen nadien is geschied)
— werknemer aannemelijk heeft gemaakt dat hij bereid was over de e-mail berichten te spreken en daarbij het boetekleed aan te willen en kunnen trekken.

4.8. De kantonrechter is anderzijds van oordeel dat er geen basis meer is voor een vruchtbare samenwerking tussen partijen. Uit het voorgaande volgt dat het e-mail gedrag van werknemer weliswaar de aanleiding voor deze breuk vormde maar dat de reactie van Spruyt Hillen hierop de daadwerkelijke reden voor de vertrouwensbreuk vormt. Die breuk komt vrijwel geheel voor rekening en risico van Spruyt Hillen. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst daarom ontbinden en daarbij aan werknemer een vergoeding toekennen. Nu Spruyt Hillen van de vertrouwensbreuk het meest verantwoordelijk is, zal (de zogeheten kantonrechtersformule tot uitgangspunt nemend) een wat hogere vergoeding dan volgens de ‘neutrale’ correctiefactor van 1 worden toegekend. De langere duur van de non-actiefstelling speelt hierbij in zeer beperkte mate een (matigende) rol. Spruyt Hillen heeft er weliswaar op gewezen dat de procedure door de verwijzing van de zaak door de rechtbank Midden-Nederland naar deze rechtbank langer heeft geduurd, maar niet kan worden gezegd dat werknemer daarvoor verantwoordelijk is. Niet aannemelijk is geworden dat hij bewust heeft verzwegen dat zijn echtgenote voor eerstgenoemde rechtbank werkzaam is. Dat zijn echtgenote wellicht gehouden was om zelf bij die rechtbank melding te maken van de rechtszaak tegen haar echtgenoot maakt dit niet anders omdat dit een verplichting van haar, als ambtenaar bij die rechtbank, is en die verplichting, zonder nadere toelichting (die ontbreekt), niet op werknemer ‘terugslaat’.

4.9. De kantonrechter is, gelet op het voorgaand, van plan de arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 november 2013 en daarbij aan werknemer een vergoeding van € 52.500 bruto toe te kennen. Daarom krijgt Spruyt Hillen de gelegenheid het verzoek in te trekken.

4.10. Als Spruyt Hillen het verzoek niet intrekt, moeten partijen hun eigen kosten dragen. Als Spruyt Hillen het verzoek intrekt, moet zij de proceskosten dragen.
(*enz.*)

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 31-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

A.M. van Cappelle[1]

'Hard' bewijs voor ontslaggronden versus de beoordelingsvrijheid van de werkgever

ArbeidsRecht 2018/23

In de Decor-beschikking staat de d-grond centraal. Om die reden zal in deze bijdrage allereerst worden ingegaan op de toetsingsmaatstaf van disfunctioneren *voordat* de Wwz in werking trad en aan de eisen die aan het bewijs daarvan werden gesteld. Daarna wordt ingegaan op disfunctioneren als ontslaggrond onder de Wwz en de verwarring die er blijkens de rechtspraak is geweest over de vraag welke eisen onder het nieuwe recht aan het door de werkgever te leveren bewijs moeten worden gesteld. Vervolgens wordt de Decor zaak behandeld, met het verlossende antwoord van de Hoge Raad op de vraag hoe 'hard' het bewijs voor ontslaggronden tegenwoordig dient te zijn, welke beoordelingsruimte de werkgever hierbij heeft en welk belang in dat verband moet worden gehecht aan het oude Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012.

1. Maatstaf bij disfunctioneren vóór inwerkingtreding van de Wwz

Voor de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015 kon de werkgever van een disfunctionerende werknemer nog kiezen tussen een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter of een ontslagprocedure bij het UWV. Afhankelijk van de gekozen ontslagroute gold een andere maatstaf.

1.1 *Ontbindingsprocedure wegens disfunctioneren bij de kantonrechter*

Koos de werkgever voor de ontbindingsprocedure, dan moest sprake zijn van een 'gewichtige reden'. Volgens art. 7:685 lid 2 BW (oud) waren dat enerzijds omstandigheden, die een dringende reden zouden hebben opgeleverd in de zin van art. 7:677 lid 1 BW, anderzijds waren dat 'veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'.

De rechter had een behoorlijke mate van vrijheid bij de beoordeling van de vraag of aan laatstgenoemde maatstaf was voldaan. Bovendien kon de rechter met de 'kantonrechtersformule' een ontbindingsverzoek, gebaseerd op een niet al te sterk ontslagdossier, toch toekennen en dit euvel gladtrekken door toepassing van een hogere C-factor.

1.2 *Ontslagprocedure wegens disfunctioneren bij het UWV*

De andere mogelijkheid was een ontslagprocedure bij het UWV. Na verkregen toestemming van het UWV kon de werkgever de arbeidsovereenkomst vervolgens opzeggen op grond van art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).

Het UWV toetste de ontslagaanvraag aan het Ontslagbesluit.[2] De wijze waarop het UWV het Ontslagbesluit toepaste was neergelegd in de Beleidsregels ontslagtaak UWV van 2012.[3]

Art. 3:1 Ontslagbesluit gaf een algemene toetsingsmaatstaf, namelijk of het voorgenomen ontslag 'redelijk' was. Blijkens diezelfde bepaling nam het UWV daarbij in aanmerking 'de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden'. Op grond van art. 5:1 lid 1 Ontslagbesluit kon bij gesteld disfunctioneren de toestemming door het UWV worden verleend 'indien:

a. de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt, en
b. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van werknemer, en
c. de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad teneinde te trachten verbetering teweeg te brengen in diens functioneren, en
d. aannemelijk is dat het functioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsverhoudingen van de zijde van de werkgever'.

Deze maatstaf van het UWV was dus veel concreter dan de door de kantonrechters gehanteerde maatstaf van 'veranderingen in de omstandigheden' – daardoor leek de lat bij het UWV (die immers ook geen correctie mogelijkheden had zoals het toekennen van een flinke vergoeding) ook bepaald hoger te liggen. Dat zal beslist een van de redenen zijn geweest dat werkgevers in geval van disfunctioneren veelal de gang naar de kantonrechter verkozen boven die van de gang naar het UWV.

2. Bewijs in ontslagzaken vóór de Wwz

Onder het oude ontslagrecht waren rechters in de ontbindingsprocedures volgens vaste rechtspraak, met name vanwege 'de aard van de procedure', niet gebonden aan de wettelijke bewijsregels. Het ging erom dat de stellingen aannemelijk werden gemaakt. Hiertegen bestond veel kritiek, nu juist tegen de ontbindingsbeschikkingen geen hoger beroep openstond, terwijl het toch meestal ging om ingrijpende beslissingen.

Het UWV hanteerde eveneens de aannemelijkheidsmaatstaf, getuige ook de formulering van art. 5:1 Ontslagbesluit; blijkens het gestelde sub a en sub d moesten de ongeschiktheid en het geen verband houden met onvoldoende zorg van de werkgever 'aannemelijk' worden gemaakt.

1 Mevrouw mr. A.M. van Cappelle is advocaat bij AvanC Arbeidsrecht.

2 Besluit van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238.

3 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, *Stcrt.* 2012, 16614.

De Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012 bevestigden deze aannemelijkheidsmaatstaf ondubbelzinnig in het hoofdstuk over disfunctioneren[4]:

> "Er hoeven geen "harde" bewijzen op tafel te komen om aan te tonen dat sprake is van disfunctioneren. Voldoende is dat de werkgever het disfunctioneren aannemelijk maakt. Het UWV kan aan de hand van hetgeen werkgever heeft aangevoerd en hetgeen werknemer daar tegenin heeft gebracht, tot het oordeel komen dat bepaalde stellingen voldoende aannemelijk zijn geworden om ontslag te rechtvaardigen. Dat betekent dat het disfunctioneren wel voldoende concreet moet zijn gemaakt. Daartoe kan de werkgever allerlei gegevens overleggen. Dit kan gaan om correspondentie uit het personeelsdossier, gespreksverslagen, een functiebeschrijving, de arbeidsovereenkomst, overzichten over loopbaanbegeleiding en – ontwikkeling, opleidingen, trainingen en evaluatiegesprekken, enzovoort."

3. Maatstaf bij disfunctioneren sinds de Wwz

3.1 *Voldragen grond*

Met de Wwz werd beoogd het ontslagstelsel eerlijker, eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken. In dat verband is het ontslagrecht geconcentreerd in het BW en de daarop gebaseerde regelgeving en zijn het BBA en het Ontslagbesluit (alsmede de Beleidsregels ontslagtaak UWV) komen te vervallen. Volgens art. 7:669 lid 1 BW moet sprake zijn van een redelijke grond en bovendien moet herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk zijn dan wel niet in de rede liggen. De ontslaggronden zijn vrij uitvoerig uitgewerkt in lid 3, waarbij voorts sprake moet zijn van een zogenaamde 'voldragen grond', als gevolg waarvan de rechter niet meer kan volstaan met toetsing aan het meer abstracte criterium van 'gewichtige redenen' zoals onder het oude ontslagrecht volstond.

3.2 *Ontbinding op de d-grond*

De kantonrechter kan op grond van art. 7:671b lid 1 sub a BW juncto art. 7:669 lid 1 en lid 3 sub d BW de arbeidsovereenkomst ontbinden indien sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid. Daarbij dient aan de volgende criteria te worden voldaan:

- de ongeschiktheid is geen gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer;
- de werkgever dient de werknemer hiervan tijdig in kennis te hebben gesteld;
- de werkgever dient de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid te hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren;
- de ongeschiktheid mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;
- herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, is niet mogelijk althans ligt niet in de rede.

Deze criteria (net als de andere criteria in art. 7:669 BW) zijn ontleend aan het oude Ontslagbesluit. Hoewel de formulering hier en daar is aangepast, is met de geformuleerde ontslaggronden in art. 7:669 BW geen wijziging beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV.[5]

4. Bewijs in ontslagzaken sinds de Wwz

Blijkens de rechtspraak en de vakliteratuur[6] bestond verwarring over de vraag of met de invoering van de Wwz – en daarmee ook de mogelijkheid van hoger beroep – nog steeds als uitgangspunt had te gelden dat het bewijsrecht niet van toepassing was in ontbindingsprocedures. Geldt nog steeds de aannemelijkheidstoets? Of zou voortaan hard bewijs moeten worden geleverd?

4.1 *Rechtspraak laat wisselend beeld zien*

In de rechtspraak heerste de tendens dat het disfunctioneren slechts aannemelijk gemaakt moest worden. De Kantonrechter Alkmaar nam in zijn beschikking van 6 april 2016[7] echter tot uitgangspunt dat in Wwz-zaken het bewijsrecht van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In dit geval verzette de aard van de zaak zich er volgens de kantonrechter niet tegen en dat betekende dat de werkgever zijn stellingen moest bewijzen. De kantonrechter nam hiermee afstand van het in februari 2016 door het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof 's-Hertogenbosch gevolgde uitgangspunt, onder verwijzing naar de voorheen geldende Beleidsregels ontslagtaak UWV, dat de werkgever ermee kan volstaan *aannemelijk te maken* dat sprake is van disfunctioneren.[8] Volgens de Kantonrechter Alkmaar was gebleken dat de werkgever verscherpte kwaliteitseisen was gaan stellen aan het productieproces. Het had daarom op de weg van de werkgever gelegen om de werknemer, door een adequaat verbetertraject of gerichte scholing, in staat te stellen aan die verscherpte eisen te voldoen. Dit heeft de werkgever niet gedaan, aldus de kantonrechter. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek af. Ook het Hof Den Haag overwoog in een uitspraak in 2016[9] dat het bewijsrecht van toepassing was omdat de aard van de procedure zich hier niet tegen verzette. Daaraan voegde het hof toe dat dit overigens niet betekent dat het gestelde disfunctioneren met 100% zekerheid dient te komen vast te staan; of het gestelde disfunctioneren is bewezen, hangt af van de mate van concreetheid en onderbouwing van de stellingen van de werkgever in samenhang met de mate van concreetheid en onderbouwing van de betwisting van de werknemer en

4 Beleidsregels ontslagtaak UWV, Hoofdstuk 25, par. 3.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 98 (MvT).

6 Onder meer K.G.F. Van der Kraats, 'Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure? Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het kader van de Wwz', *ArbeidsRecht* 2014/59.

7 Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 en Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.

9 Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.

voorts van het aanwezige bewijsmateriaal. Hier achtte het hof niet bewezen dat sprake was van disfunctioneren, onder meer omdat de kritiek zich toespitste op nieuwe werkzaamheden, waarvoor de werknemer onvoldoende inwerktijd was gegund.
Het Hof 's-Hertogenbosch[10] oordeelde in de Decor zaak dat Decor 'voldoende aannemelijk' had gemaakt dat sprake was van ongeschiktheid voor de functie. Al met al was het in de rechtspraak door het wisselende beeld niet duidelijk of het bewijsrecht nu wel of niet van toepassing was en dat maakte het wenselijk dat de Hoge Raad uitsluitsel zou geven.

4.2 *Mediant*

Nog geen paar weken nadat het Hof 's-Hertogenbosch in de Decor zaak uitspraak had gedaan, heeft de Hoge Raad in de Mediant-beschikking[11] geoordeeld dat als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels op grond van art. 284 Rv in beginsel ten volle van toepassing zijn in ontbindingsprocedures.
Duidelijke taal, maar hoe verhoudt dit uitgangspunt zich tot de aannemelijkheidstoets uit het oude Ontslagbesluit? Er was met de invoering van het nieuwe ontslagrecht toch immers geen wijziging beoogd ten aanzien van dit besluit?

5. De casus van Decor Handelsmaatschappij B.V.

De Hoge Raad geeft hierover duidelijkheid in de recente beschikking betreffende Decor Handelsmaatschappij B.V.

5.1 *De casus*

Het betrof een werknemer (geboren in 1957) die op 1 juni 1990 bij de werkgever, een leverancier van bouwproducten, in dienst was getreden als productieleider. In de loop der jaren was het bedrijf aanzienlijk gegroeid. De werknemer was inmiddels facilitair manager, maar de werkgever was niet tevreden over de managementvaardigheden van deze werknemer en bood hem een andere passende functie aan, te weten die van facilitair uitvoerder. De werknemer stelde een voorwaarde aan de aanvaarding van die functie (namelijk erkenning door de werkgever dat geen sprake was van disfunctioneren) maar de werkgever accepteerde deze voorwaarde niet en werknemer meldde zich vervolgens ziek. Decor verzocht ontbinding, primair op de d-grond, hetgeen door de kantonrechter werd afgewezen. Het Hof 's-Hertogenbosch achtte de d-grond wel aannemelijk en oordeelde dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek ten onrechte had afgewezen.

5.2 *Hof 's-Hertogenbosch*

Het hof overwoog in zijn uitspraak dat de criteria voor de d-grond zijn ontleend aan het oude Ontslagbesluit en dat met invoering van art. 7:669 lid 3 aanhef en onder d (en e en g) BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV. Onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz voegde het hof daaraan toe:

> "Een werkgever zal dus niet ieder afzonderlijk kritiekpunt op het functioneren hoeven te bewijzen: hij heeft een eigen beoordelingsvrijheid die echter wel de toets der kritiek moet kunnen doorstaan voor wat betreft de redelijkheid daarvan. Om die reden kan een werkgever in de regel volstaan met het aannemelijk maken van de hier aan de orde zijnde ontslaggrond (de "d-grond")."

(Onder meer) tegen dit aannemelijkheidsoordeel van het hof werd beroep in cassatie ingesteld.

5.3 *Hoge Raad*

Met verwijzing naar de Mediant-beschikking oordeelt de Hoge Raad dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels onder meer meebrengt 'dat de werkgever de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen'. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat dit niet impliceert dat steeds is vereist dat de feiten en omstandigheden 'onomstotelijk' komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de zeer lezenswaardige conclusie van de advocaat-generaal De Bock, waarin uitvoerig wordt stil gestaan bij het gegeven dat sommige feiten naar hun aard nu eenmaal sterk zijn verweven met oordelen of interpretaties en daarom slechts kunnen worden bewezen door aannemelijk te maken dat zij redelijkerwijs zijn af te leiden uit andere, meer 'harde' feiten.[12]
De Hoge Raad onderscheidt de toepasselijkheid van het wettelijke bewijsrecht van de vraag of voldaan is aan de maatstaf van de d-grond, namelijk dat sprake is van ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz heeft de werkgever bij de vraag of sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid *'een zekere mate van beoordelingsruimte'*. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz,[13] zoals opgenomen in r.o. 3.4.4 van de beschikking:

> "Ook voor beslissingen die een werkgever neemt over niet-bedrijfseconomische ontslagen (anders dan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid) geldt dat er ruimte moet zijn voor een werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. (...) Het is dus in eerste instantie aan de werkgever om bijvoorbeeld te beoordelen of een werknemer nog voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld of te beoordelen of verwijtbaar gedrag van een werknemer reden kan zijn voor ontslag. Ook hier geldt echter dat de kantonrechter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan als het duidelijk is

10 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.
11 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:998 (*Mediant*).
12 Conclusie A-G De Bock 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1058, onder 3.29.
13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 44-45.

dat een werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, of zelf ook blaam treft."

Het voorgaande dient de rechter volgens de Hoge Raad in een ontbindingsprocedure bij zijn oordeelsvorming te betrekken, *'door te onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van de door de werkgever aangevoerde ontslaggrond, in dit geval dus van disfunctioneren van de werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder d, BW'*. Volgens de Hoge Raad had het hof deze maatstaf aangelegd.
De Hoge Raad oordeelde voorts dat het hof had onderkend dat het oude Ontslagbesluit en het daarop gebaseerde Besluit Beleidsregels ontslagtaak UWV met de invoering van de Wwz zijn komen te vervallen. *'Dat sluit echter niet uit'*, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.7, *'dat de rechter bij zijn oordeelsvorming of sprake is van een van de ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW, acht slaat op de in deze oude regelgeving vervatte gezichtspunten'*. De Hoge Raad motiveert dit opnieuw met verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis waaruit zoals gezegd valt af te leiden dat op dat punt geen wijziging is beoogd.

5.4 *Decor-beschikking ook van toepassing op andere ontslaggronden*

Blijkens de formulering van zowel de aangehaalde passage uit de kamerstukken in r.o. 3.4.4 ('niet-bedrijfseconomische ontslagen (anders dan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid)') als van de geciteerde overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.4.7 ('een van de ontslaggronden') hebben werkgevers bedoelde beoordelingsvrijheid dus niet alleen ten aanzien van de d-grond, maar ook ten aanzien van de e- en de g-grond, en daarnaast – lijkt mij – ook voor de fata morgana van de c-grond (veelvuldig ziekteverzuim).

6. Beoordelingsruimte voor de werkgever die aantoonbaar de vereiste stappen heeft gezet

In de Decor-beschikking geeft de Hoge Raad duidelijkheid over de wijze waarop de rechter in een ontbindingsprocedure de ontslaggronden (met uitzondering van de a- en de b-grond) moet toetsen. De aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zullen – bij gemotiveerde betwisting door de werknemer – door de werkgever moeten worden bewezen, met inachtneming van de wettelijke bewijsregels. Een marginale toetsing is dus niet aan de orde. Echter, waar het gaat om de maatstaf van de aangevoerde ontslaggrond (oftewel: wat leveren de feiten op?), heeft de werkgever een zekere mate van beoordelingsruimte; de rechter zal aan de hand van de vaststaande feiten moeten beoordelen of *in redelijkheid kan worden geoordeeld* dat sprake is van de door de werkgever aangevoerde ontslaggrond. Bij hun oordeelsvorming mogen rechters acht slaan op de gezichtspunten zoals die zijn opgenomen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, ook al is deze regelgeving inmiddels komen te vervallen.

De toekomst zal uitwijzen of de Decor-beschikking werkgevers niet alleen meer houvast, maar ook meer ruimte biedt in ontbindingsprocedures. Zij zal voor een werkgever in ieder geval een extra stimulans zijn om ervoor te zorgen dat hij kan bewijzen dat alle noodzakelijke stappen behorende bij de specifieke ontslaggrond zijn gezet; hij zal hiervoor worden beloond met enige beoordelingsruimte bij de vraag of vervolgens aan de bij de betreffende ontslaggrond behorende maatstaf is voldaan.

Vertrouwen is goed, particuliere recherche is beter: een jurisprudentieonderzoek naar particuliere recherche in het arbeidsrecht

M. Hurks, datum 17-04-2019

Datum
17-04-2019

Auteur
M. Hurks[5]

Auteursprofiel
M. Hurks

Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)

JCDI
JCDI:ADS46648:1

Vakgebied(en)
Arbeidsrecht / Arbeidsomstandigheden en beroepsschade

Particuliere recherche is in Nederland een groeiende bedrijfstak. Maar liefst ruim 400 bedrijven hebben een vergunning in de zin van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr).[1] De branche is dan ook aan verschillende wet- en regelgeving gebonden. Toch gaat het niet altijd goed, zo lijkt te volgen uit recente publicaties rondom de 'spionage-affaire' in de Gemeente Maastricht. Een particulier recherchebureau doorzocht de inbox van ruim 40 ambtenaren en er zouden 'intimiderende verhoren' plaats hebben gevonden. [2] In 2016 kwam de Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') met een rapport waaruit bleek dat de werkwijze van een recherchebureau op meerdere punten niet voldeed aan de destijds geldende privacywetgeving.[3] Hoog tijd om de jurisprudentie van de afgelopen jaren onder de loep te nemen om te zien of rechters ook (zo) kritisch zijn op het werk van particuliere recherche in het arbeidsrecht.[4]

M. Hurks[5]

1. Wetgeving

Er is veel literatuur te vinden over de diverse vormen van wet- en regelgeving waar een recherchebureau aan gebonden is.[6] Voor een goed kader mag een kort overzicht desondanks niet ontbreken.

1.1 Wbpr en Ppo

De Wpbr en de Privacygedragscode particuliere onderzoeksbureaus (Ppo) bepalen hoofdzakelijk de regels voor recherchebureaus. Tevens spelen artikel 7:611 BW, artikel 8 EVRM, en de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) een belangrijke rol bij het inhuren van een recherchebureau door de werkgever, met name voor wat betreft de (mogelijke) inbreuk op of schending[7] van het recht op privacy van de werknemer.

De Wbpr definieert onder meer welke bedrijven onder de reikwijdte van de wet vallen (artikel 1 lid 1 onder f), dat onder recherchewerkzaamheden verstaan wordt 'het vergaren en analyseren van gegevens' (artikel 1 lid 1 onder e) [8] en verplicht bedrijven tot het aanvragen en verkrijgen van een vergunning (artikel 2). Verder kent de Wbpr open normen.

Waar de Wbpr met name open normen kent, worden in de Ppo duidelijke(re) grenzen gesteld aan het werk van recherchebureaus. De Ppo bevat de juridische richtlijnen hoe moet worden omgegaan met de verwerking van persoonsgegevens. De Ppo is goedgekeurd door de AP en geeft haar een toetsingskader om te onderzoeken of een recherchebureau zich aan de richtlijnen en wetgeving houdt.[9] De Ppo is bindend voor alle leden van de Nederlandse Veiligheidsbranche,[10] maar ook niet-leden zijn gehouden een Privacygedragscode te hanteren die identiek is aan de goedgekeurde Ppo.[11] Een werknemer kan zich wenden tot de Beroepscommissie van de Nederlandse Veiligheidsbranche, AP en/of rechter indien de werknemer meent dat het recherchebureau de AVG en/of Ppo schendt.[12]

1.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming

De AVG is zeer belangrijk voor het werk van een recherchebureau, bijvoorbeeld als kader voor de verwerking van persoonsgegevens bij opsporing van wangedrag. Verwerking kan op artikel 6 onder f AVG worden gebaseerd:

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

‘de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen.’ [13]

Een andere mogelijke verwerkingsgrondslag is toestemming van de werknemer. Dit is in een arbeidsverhouding onmogelijk vanwege de afhankelijkheidsrelatie van de werknemer. Verwerking kan niet op deze grondslag worden gebaseerd.[14] Gelet hierop is het opvallend dat de Ppo bepaalt dat het deelnemen aan een interview altijd op basis van vrijwilligheid moet zijn.[15] De uitwerking van het interview in een verslag of als bandopname zal kwalificeren als een verwerking van persoonsgegevens. De vraag die opdoemt is hoe ‘vrijwillig’ een werknemer deelneemt aan een interview van een rechercherebureau. Niet ondenkbaar is dat het weigeren van ‘vrijwillige’ deelname zal leiden tot sancties van de werkgever of op zijn minst een verdachtmaking. De vrijwillige deelname aan een interview kan mijns inziens dus niet gezien worden als toestemming van de werknemer tot verwerking van persoonsgegevens.

Bij de inzet van een particulier rechercherebureau zal vermoedelijk sprake zijn van inbreuk op het recht op privacy van de werknemer. Denk aan cameratoezicht, observaties of de controle van de (zakelijke) e-mail; met deze opsporingsmethoden komt het recht op het privéleven van de werknemer in het gedrang. Voor het antwoord op de vraag of de inbreuk gerechtvaardigd is, en er dus geen sprake is van schending van het recht op privacy, dient te worden onderzocht of de handeling een legitiem doel dient en of het een geschikt middel is om dat doel te bereiken (het ‘noodzakelijkheidscriterium’). Vervolgens moet worden getoetst of de inbreuk evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (het ‘proportionaliteitscriterium’) en of de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken (het ‘subsidiariteitscriterium’). De toepassing van deze open normen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voor zover de inzet van het particuliere rechercherebureau niet aan deze normen zou voldoen, en er dus sprake is van schending van de privacy van de werknemer, is de vraag hoe de rechter vervolgens om zal gaan met het onrechtmatig verkregen bewijs. De Hoge Raad heeft bepaald dat ‘onrechtmatig verkregen bewijs’ toegelaten wordt in de procedure, tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden. Uitgangspunt is echter dat het algemene en partijbelang bij waarheidsvinding in beginsel prevaleert boven het belang van uitsluiting van bewijs.[16]

Een rechercherebureau is aldus aan diverse wet- en regelgeving gebonden. Desondanks concludeert Pool in haar proefschrift dat sprake is van een lappendeken van wetgeving met her en der gaten, waardoor de waarborgfunctie van de wetgeving onvoldoende zou zijn. Zij concludeert dat de rechtspraak deze gaten onvoldoende opvult.[17] Opgemerkt zij dat de conclusie van Pool geldt voor de privacy-waarborgen van werknemers. De voor dit artikel onderzochte jurisprudentie beperkt zich niet tot de privacy van de werknemer, maar bekijkt over de gehele linie welke rol voor particuliere rechercherebureaus is weggelegd in arbeidsrechtjurisprudentie.

2. Jurisprudentie

Het onderzoek concentreert zich op gepubliceerde rechtspraak na de invoering van de Wet Werk en Zekerheid. Deze wetgeving heeft weliswaar geen directe invloed op het (toetsingskader van het) werk van particuliere recherche in Nederland. Maar de Wwz heeft het procesrecht wel ingrijpend veranderd, onder meer ten aanzien van de bewijsvoering en mogelijkheid van hoger beroep in ontbindingszaken en biedt daarmee een goed startpunt voor het onderzoek.[18]

2.1 (On)zorgvuldig onderzoek door het particuliere rechercherebureau

In een flink aantal uitspraken staat de zorgvuldigheid van het onderzoek niet (of nauwelijks) ter discussie. Gevolg is dat de rechter de bevindingen uit het onderzoek volledig meeweegt en geen (of nauwelijks) aandacht besteedt aan de opsporingsmethoden.[19] Verder valt op dat de inzet van camera’s al snel toelaatbaar wordt geacht. [20] In een van de uitspraken hierover klaagt de werknemer van New York Pizza (NYP) over de inzet van verborgen camera’s door het rechercherebureau: de inzet zou niet proportioneel zijn omdat minder verstrekkende methodes voorhanden zouden zijn om onderzoek te doen. Het bewijs dat NYP haalde uit de camerabeelden is daarmee onrechtmatig en moet uitgesloten worden, aldus de werknemer. Daar gaat het Gerechtshof Amsterdam niet in mee. Een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is in beginsel een onrechtmatige daad, tenzij daar een rechtvaardigingsgrond voor bestaat. Deze beoordeling dient te geschieden aan de hand van een belangenafweging tussen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de belangen van de werkgever om (bijvoorbeeld) diefstal op te sporen. Deze belangenafweging valt in het voordeel van NYP uit; de camera’s staan gericht op de afhaalbalie en in het kantoor waar geld geteld wordt. Het belang van NYP om camera’s op te hangen? Eerder geconstateerde kas- en voorraadverschillen en opgevangen gesprekken over het verduisteren van geld en producten. Het hof oordeelt dat de inzet van camera’s in dat geval proportioneel is omdat bijvoorbeeld het – door de werknemer gesuggereerde – geven van waarschuwingen of houden van persoonlijk toezicht niet passend lijkt te zijn gelet op de verdenkingen. Het uitgevoerde onderzoek door het rechercherebureau is daarmee passend.[21]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Dat het niet altijd goed gaat, leert de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 februari 2017.[22] Een werkgever schakelt een rechercherbureau in om haar commercieel directeur, tevens statutair bestuurder, te volgen. Het rechercherbureau volgt de werknemer vanaf 23 september 2015 – uiteraard zonder zijn medeweten – en plaatst op 8 oktober 2015 een peilbaken op zijn auto. Op 23 november 2015 moet de werknemer zijn mobiele telefoon en iPad inleveren, gevolgd door een vier uur lange ondervraging door twee medewerkers van het rechercherbureau. In de afgelegde verklaring 'erkent' de werknemer slechts 50% van zijn werktijd te besteden aan werk, alsmede zijn auto ook voor privédoeleinden te gebruiken terwijl dat niet toegestaan is. De AvA ontslaat de werknemer met onmiddellijke ingang. De werknemer start een procedure waarin hij een groot aantal vergoedingen vordert.[23] De rechtbank en het hof stellen de werknemer in het gelijk, onder meer verwijzend naar de onderzoeksmethoden. Het hof constateert dat de werkgever niet eerst met de werknemer in gesprek is gegaan terwijl de verweten gedragingen daar aanleiding toe geven. Vervolgens zijn zware middelen ingezet door het rechercherbureau: statisch en dynamisch observeren van de werknemer, plaatsen van een peilbaken, onder valse voorwendselen laten inleveren van telefoon en iPad, verhoor door rechercheurs en opstellen van het rapport. Van enige noodzaak voor de inzet van deze methodes is niet gebleken en de opsporingsmiddelen zijn daarmee disproportioneel, aldus het hof. Deze kwalificatie is mede van belang voor de hoogte van de billijke vergoeding aangezien de werkgever ernstig verwijtbaar handelt. De billijke vergoeding is desondanks 'slechts' € 20.000 (= één maandsalaris), al lijkt dit met name het gevolg te zijn van een aanzienlijke contractuele beëindigingsvergoeding, te weten € 345.694.[24]

Een bekend verweer van werknemers is dat een verklaring 'onder druk' is afgelegd. De rechtspraak leert dat werknemers doorgaans deze 'druk' onvoldoende weten aan te tonen. [25] De Rechtbank Amsterdam overweegt bijvoorbeeld dat '*hoewel ervan uitgegaan kan worden dat een onderzoek als het onderhavige druk legt op degene die het betreft, heeft [gedaagde sub 1] onvoldoende onderbouwd dat sprake is geweest van een onaanvaardbare druk op [gedaagde sub 1]*'. Uit de opnames blijkt deze druk niet en de algemene stelling dat druk uitgeoefend werd buiten de opnames om, verwerpt de rechter. Een werknemer zal van goeden huize moeten komen om de bewijskracht van een eenmaal afgelegde verklaring te ontzenuwen. Dit lukt een werknemer van AkzoNobel. De rechercheur gaat onaangekondigd en 'in algemene zin' het gesprek aan met de werknemer, zonder te melden waarvan hij verdacht wordt en het feit dat er camerabeelden zijn. Ook wordt de werknemer acht uur lang verhoord en moet hij direct na afloop een erkentenis ondertekenen. Het hof heeft 'zijn bedenkingen bij de omstandigheden waaronder de verklaring tot stand is gekomen' en stelt dat hierom slechts beperkte betekenis toekomt aan het rapport.[26]

Het Gerechtshof Den Haag lost het iets anders op. Het hof krijgt een verklaring onder ogen van een werknemer met een beneden gemiddeld intelligentieniveau (geschat IQ van 84), die bovendien kampt met de naweeën van een herseninfarct. Uit de verklaring blijkt tevens dat sprake is geweest van suggestieve vraagstelling door het onderzoeksbureau. Het verhoor verdient aldus niet de schoonheidsprijs, maar het verslag wordt niet volledig buiten beschouwing gelaten. Het kan enkel dienen als ondersteunend bewijs. Uiteindelijk slaagt de werkgever na getuigenbewijs in de bewijsopdracht dat de werknemer beloningen ontving van klanten voor het meenemen van extra afval.[27]

2.2 Onderzoek bij zieke werknemers

Spannend(er) wordt het bij de inzet van bedrijfsrecherche om een zieke werknemer te controleren. De afgelopen jaren zijn zes uitspraken gepubliceerd waarin de rechters een uitdrukkelijk oordeel geven over de inzet van een rechercherbureau in een ziektetraject.[28] De – voorspelbare – casus is die van de werknemer die zich ziek meldt en de werkgever die dit niet vertrouwt. (Neven)werkzaamheden voor een eigen onderneming van de werknemer spelen geregeld een rol.

In twee uitspraken beoordelen de rechters de inzet van een rechercherbureau als disproportioneel middel.[29] Voor International Lashing Service B.V., pakt dit duur uit; de rechter kent een billijke vergoeding toe aan de werknemer van € 55.000 wegens ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever met name bestaande uit de disproportionele inzet van het rechercherbureau. Dat ging ook erg ver; zelfs tijdens een weekend weg observeren twee rechercheurs de werknemer en zijn gezin.[30] Het rapport van een rechercherbureau is overigens niet hetzelfde als een rapport van een medisch deskundige. Naar aanleiding van de bevindingen van een rechercherbureau dient een werkgever vervolgens de bedrijfsarts in te schakelen om te beoordelen of de werknemer werk verricht dat zijn re-integratie belemmert, aldus de Rechtbank Noord-Holland.[31] Een wijze les voor werkgevers. Als uit onderzoek echter onomstotelijk blijkt dat de werknemer zijn re-integratie belemmert door (zware) nevenwerkzaamheden te verrichten, zal dat leiden tot een einde van het dienstverband.[32]

Tot slot in deze categorie ontdekt Hoffmann Bedrijfsrecherche dat een werknemer van Espresso Service Dienst B.V. in privé handelt in koffiemachines en dit is in strijd met zijn nevenwerkzaamhedenbeding. Opvallend is het verweer van de werknemer; hij zou de (concurrerende) nevenwerkzaamheden 'ter ontspanning' verrichten op advies van de bedrijfsarts. Daar gaat de Rechtbank Noord-Nederland niet in mee. Een dergelijk advies is niet te lezen in de terugkoppeling van de bedrijfsarts. De rechter ontbindt de arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen en de werknemer moet ook de onderzoekskosten van € 7.725 vergoeden.[33]

2.3 Onverwijldheidstoets bij ontslag op staande voet

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Menig onderzoek van een recherchebureau mondt uit in een ontslag op staande voet.[34] Een belangrijk vereiste van een ontslag op staande voet is of de werkgever voldoende voortvarend handelt: de onverwijldheidstoets. Hoe verhoudt deze toets zich tot de tijd die een recherchebureau neemt voor onderzoek? Sagel concludeert dat de onverwijldheid niet wordt 'bevroren' door het inschakelen van een recherchebureau. De werkgever is verantwoordelijk voor eventueel 'getreuzel' van het recherchebureau.[35]

In dat licht is het enigszins opvallend dat de Rechtbank Noord-Holland een onderzoek van 3,5 maand door het recherchebureau als 'niet te lang' kwalificeert. De werkgever schorst de werknemer op 1 februari 2018 en schakelt het recherchebureau in, dat de werknemer op 4 april en 14 mei 2018 hoort. Het rapport volgt op 15 mei en de werknemer wordt twee dagen later ontslagen. Een verdere duiding van het verrichte onderzoek wordt niet gegeven. Ik zou me voor kunnen stellen dat een rechter kritisch(er) is op de verrichtte onderzoekswerkzaamheden gedurende een periode van 3,5 maand.[36]

De onverwijldheidstoets levert in geen van de onderzochte uitspraken een probleem op voor de werkgever.[37] Met deze kennis zou DebuParts Enschede V.O.F., een scooterhandelaar, vermoedelijk anders handelen nadat hij telefonisch de eerste onderzoeksresultaten ontvangt van het recherchebureau. Op basis van deze informatie ontslaat DebuParts de werknemer op staande voet. Uit de nadien ontvangen camerabeelden komen de ontslaggronden uit de ontslagbrief echter niet vast te staan. De rechter overweegt:

"Hoewel een ontslag op staande voet onverwijld gegeven dient te worden, is deze eis niet zo strikt dat een werkgever niet tot nauwelijks tijd zou hebben om zijn informatie te vergaren en zich te vergewissen van de feitelijke gegrondheid van de verkregen informatie. Een werkgever dient weliswaar voortvarend te handelen, maar er is gelegenheid voor onder meer het instellen van onderzoek, voor intern overleg en voor het inwinnen van (juridisch) advies. Dat de werkgever gemeend heeft af te kunnen gaan op telefonische mededelingen betreffende de inhoud van de camerabeelden, komt voor haar rekening en risico." [38]

2.4 Wie draait op voor de kosten?

De kosten voor onderzoek kunnen stevig zijn. Een uurtje observeren, videoanalyse, installeren en demonteren apparatuur, etc. kan al € 95 kosten of € 600 voor de installatie/verwijderen verborgen camera/recorder (incl. huur recorder excl. reisuren).[39] De totale kosten cumuleerden in de zaak waar de Rechtbank Overijssel over moest beslissen tot een bedrag van € 44.463,97.[40] Wie draait op voor deze kosten? In beginsel de werkgever, omdat dit de partij is die de opdracht verstrekt aan het recherchebureau.

Mogelijk kan de werkgever deze kosten vervolgens verhalen op de werknemer als kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 onder b BW:

'redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid'.

In lang niet alle uitspraken maakt de werkgever aanspraak op de vergoeding van deze kosten. In zes onderzochte zaken dient de werknemer de kosten (deels) te vergoeden.[41] Een gespecificeerde factuur is wel noodzakelijk, zeker als het onderzoek meer werknemers of (een onderdeel van) de onderneming betreft. Zo kent de rechter gemaakte kosten slechts voor 50% toe omdat het onderzoek ziet op het gehele bestuur en niet alleen op de bestuurder die in de procedure aangesproken wordt[42] of wijst de vordering zelfs geheel af:

"Het zonder meer omslaan van deze kosten over een aantal werknemers is daartoe [voldoen aan dubbele redelijkheidstoets, MH] onvoldoende." [43]

Van groot belang voor de werkgever is om aan te tonen dat het kosten betreft ter vaststelling van de aansprakelijkheid en schade. Een onderzoek naar nevenwerkzaamheden van de werknemer in privétijd voldoet niet aan deze kwalificatie, zo oordeelt de Rechtbank Den Haag:

"Aldus zijn de kosten van Hoffmann Bedrijfsrecherche geen kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijk (sic), maar betreft het hier de kosten die KVO heeft moeten maken ter onderbouwing van haar stelling dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen is te ontbinden, omdat [verweerder] tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens KVO. Die kosten komen op de voet van artikel 6:96 lid 2 sub b BW niet voor vergoeding in aanmerking komen." [44]

2.5 Verstoorde arbeidsverhouding door inzet recherchebureau?

Vergroot die controledrift het onderlinge wantrouwen niet? "Ik vind van niet", zegt IJzermans. "Voetballers hebben ook een scheidsrechter nodig." [45]

Bovenstaande uitspraak is van een medewerker van een recherchebureau. Het lijkt niet lastig voor te stellen dat de inzet van een particulier recherchebureau wel degelijk de arbeidsverhoudingen onder druk kan zetten. Een particulier recherchebureau zal bijvoorbeeld na afronding van het onderzoek de onderzochte persoon in kennis moeten stellen van het onderzoek. Ook als uit het rapport geen normoverschrijdend gedrag blijkt.[46] De werknemer komt dus sowieso op de hoogte

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

van het onderzoek. Voor werkgevers is het zaak goed na te gaan of minder ingrijpende onderzoeksmethoden tot de mogelijkheden behoren. Bij een vermoeden tot fraude of diefstal zal een gesprek hierover niet mogelijk zijn. Bij een kleine misstap rondom een gratis ter beschikking gestelde telefoon had echter een gesprek kunnen volstaan, alvorens een recherchebureau ingeschakeld mocht worden. De Rechtbank Gelderland oordeelt dat het onnodig inschakelen van een recherchebureau de arbeidsverhouding onder druk kan zetten. Zo zeer zelfs dat sprake kan zijn van een verstoorde arbeidsverhouding waarvan de werkgever een ernstig verwijt gemaakt kan worden. In de gegeven omstandigheden, waaronder het onberispelijke dienstverband van 28 jaar, had de werkgever niet tot inzet van de bedrijfsrecherche over mogen gaan, met alle gevolgen voor de arbeidsverhouding van dien, aldus de rechtbank en kent een billijke vergoeding van € 90.000 toe.[47] Een dure les voor de werkgever: de inzet van bedrijfsrecherche, met de vermoedelijke inbreuk op de privacy van de werknemer tot gevolg, moet altijd voldoen aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid.

2.6 Welke opdracht verstrekt de werkgever aan het recherchebureau?

‘Wie betaalt, bepaalt’ is een aloud adagium in de dienstensector. Een bedrijfsrecherche zal ook sterk in zijn schoenen moeten staan om een opdracht te weigeren. Helaas blijkt uit de jurisprudentie de concrete opdrachtverstrekking aan het bureau slechts een enkele keer. Twee voorbeelden in dit verband vallen op. In positieve zin is dat het recherchebureau dat de druk van zijn opdrachtgever weerstaat en weigert een telefoon van de werknemer te hacken.[48] Een negatieve uitschieter is mijns inziens het recherchebureau dat een werknemer zelfs tijdens een vakantie met zijn gezin observeert. Deze opdracht zou het recherchebureau hebben moeten weigeren, gelet op de evidente schending van het recht op privacy van de werknemer.[49] Het zou mijns inziens te adviseren zijn aan (werknemers)advocaten om de opdrachtverstrekking aan het particulier recherchebureau op te vragen. Met welk doel is het onderzoek gestart? Welke middelen kunnen worden ingezet? Hoe lang duurt het onderzoek? Dit zijn allemaal vragen die beantwoord moeten kunnen worden door de werkgever en het recherchebureau om te kunnen toetsen of de inzet wel voldoet aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid. Indien daar (te) snel overheen gestapt wordt, wordt eigenlijk een fase overgeslagen in de vraag of de inzet wel gerechtvaardigd is. Omdat sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden voordat onrechtmatig verkregen bewijs buiten beschouwing gelaten wordt, is het voor (werknemers)advocaten raadzaam om de volledige opdrachtverstrekking onder de loep te nemen ter ondersteuning van het standpunt dat in deze concrete omstandigheden van het geval geen beroep gedaan kan worden op (onrechtmatig verkregen) onderzoeksresultaten. Mocht de rechter daar niet aan willen, kan de mogelijke onrechtmatigheid van het onderzoek altijd gebruikt worden ter onderbouwing van het recht op de billijke vergoeding.

3. Vertrouwen is goed, particuliere recherche is beter?

Welke conclusie kan getrokken worden uit de onderzochte rechtspraak? In ieder geval lijken de in de inleiding genoemde voorbeelden van onderzoeken waar – in de media – de nodige kritiek op is geuit niet maatgevend te zijn voor het werk van recherchebureaus in het arbeidsrecht. In slechts een enkele uitspraak is te lezen dat het onderzoek van het recherchebureau onzorgvuldig/onrechtmatig is geweest, bijvoorbeeld vanwege het observeren van een werknemer gedurende zijn vakantie, het niet duidelijk maken wat het doel is van een interview of de gecombineerde inzet van maatregelen dat als te zwaar middel wordt gezien. Dit kan uitmonden in een (fikse) billijke vergoeding. Een enkele rechter overweegt dat de werkgever eerst met de werknemer in gesprek had moeten gaan, alvorens een recherchebureau in te schakelen. Dit ligt mogelijk anders bij de inzet van een recherchebureau in een ziektetraject: rechters lijken streng(er) te zijn met name ten aanzien van de vraag of het inschakelen van een recherchebureau proportioneel is bij het controleren van de (nevenactiviteiten van een) zieke werknemer.

Een mijns inziens opvallende conclusie is dat de rechtspraak geen acht lijkt te slaan op de duur van een onderzoek in verhouding tot de onverwijldheidstoets bij een ontslag op staande voet. Daarmee is het uitbesteden van een onderzoek een nuttig middel voor werkgevers. Zij doen er verstandig aan om een duidelijke factuur te laten opmaken door het recherchebureau, omdat de kosten mogelijk vergoed dienen te worden door de werknemer. Enigszins teleurstellend is de constatering dat de reikwijdte van de onderzoeksopdracht aan het recherchebureau onderbelicht blijft in de rechtspraak. Wellicht ligt daar ruimte voor werknemers(advocaten) om te betogen dat sprake is geweest van een (te) ruim opgezet onderzoek of het doel van het onderzoek een andere was dan op basis waarvan uiteindelijk een sanctie wordt opgelegd.

Vertrouwen is goed, particuliere recherche is beter? Het lijkt er wel op in het arbeidsrecht.

Voetnoten

[1]
Lijst vergunninghouders Wbpr, 17 januari 2019. In 2000 waren dit er nog ruim 300: WODC, Particuliere recherche: werkwijzen en informatiestromen:

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Onderzoeksrapportage, 2001 en in 2006: 337 (Werkgroep Straver 2007).

[2]
Zie (onder meer): www.binnenlandsbestuur.nl/ambtenaar-en-carriere/nieuws/e-mailspeurders-maastricht-maakten-fouten.9607391.lynkx en www.limburger.nl/cnt/dmf20190206_00091499/bespioneerde-maastrichtse-ambtenaar-over-ontslagdreiging-walgelijke-aflevering-van-flikken-maastricht. De reactie van het recherchebureau: https://hoffmann.nl/impact-uitkomsten-integriteitsonderzoek-vaak-onderschat.

[3]
Autoriteit Persoonsgegevens, Onderzoeksrapport Hoffmann B.V., Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens bij pre en in-employment screening, 23 mei 2016.

[4]
Hierna zal gesproken worden over 'recherche' of 'recherchebureau'.

[5]
Mr. M. (Mick) Hurks is arbeidsrechtadvocaat bij Höcker Advocaten.

[6]
Onder meer: A.H. Pool, 'Particuliere recherche door werkgevers: De beoordeling van recherchegedrag van werkgevers in het Nederlands recht in het licht van artikel 8 EVRM', 2014, p. 167-257; M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers:De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering*, Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 12-96; F.H.A. ter Huurne & M.J. Keuss, 'Fraude en de grenzen van zorgvuldig onderzoek', *TAP* 2012/1 en A.D. Putker-Blees, 'Onderzoek naar mogelijk wangedrag van werknemer: ruimte en grenzen', *ArbeidsRecht* 2010/44.

[7]
Zie over dit verschil: A.H. Pool, 'Particuliere recherche door werkgevers: De beoordeling van recherchegedrag van werkgevers in het Nederlands recht in het licht van artikel 8 EVRM', 2014, hoofdstuk 3 e.v.

[8]
Zie over de reikwijdte van dit begrip: Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7398.

[9]
Privacygedragscode Sector Particuliere Onderzoeksbureaus van de Nederlandse Veiligheidsbranche, versie 07, 17 november 2015.

[10]
De Nederlandse Veiligheidsbranche is de branchevereniging binnen de beveiligingssector: particuliere beveiliging, recherche en geld- en waardetransport. Ieder (potentieel) lid dient de Ppo te ondertekenen.

[11]
Artikel 23a Regeling Particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus. Deze regeling bevat een uitwerking van bepaalde wetsartikelen uit de Wpbr.

[12]
Zie hoofdstuk 11 Ppo en paragraaf 3.3 Uitvoeringswet AVG voor de grondslag voor de rechtsbescherming via de betreffende instanties.

[13]
Zie hierover nader: M.M. Koevoets, *Arbeidsrecht Thematisch: Commentaar op Wetboek van Strafrecht*, art. 139f en 441b, SDU, 2018, C.1.3.6.

[14]
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming; en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, p. 37.

[15]
Privacygedragscode Sector Particuliere Onderzoeksbureaus van de Nederlandse Veiligheidsbranche, versie 07, 17 november 2015, randnummer 7.3; Artikel 29-werkgroep, Opinion 2/20017 on data processing at work d.d. 8 June 2017 en I.J. de Laat, 'Alcohol- en drugstesten, een gemiste kans?', *ArbeidsRecht* 2018/6.

[16]
Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632. Zie over dit onderwerp (onder meer): K.G.F. van der Kraats, 'Onrechtmatig bewijs in het arbeidsrecht', *TRA* 2012/97; H.H. de Vries & P. Oskam, 'Fraudeonderzoek, privacy en onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *TVP* 2014/3.

[17]
A.H. Pool, Particuliere recherche door werkgevers: De beoordeling van recherchegedrag van werkgevers in het Nederlands recht in het licht van artikel 8 EVRM, 2014, p. 288.

[18]
Het onderzoek naar de jurisprudentie is op basis van gepubliceerde rechtspraak op www.rechtspraak.nl, SDU Opmaat Arbeidsrecht en AR-Updates en is afgerond op 22 maart 2019.

[19]
Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:397, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 december 2017,

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

ECLI:NL:GHSHE:2017:5398; Rechtbank Limburg 25 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3967; Rechtbank Rotterdam 6 maart 2018 ECLI:NL:RBROT:2018:2137.

[20]
Gerechtshof Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1814; Rechtbank Gelderland 27 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4130; Rechtbank Limburg 26 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2017:6026; Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327.

[21]
Gerechtshof Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1814, r.o. 3.3.

[22]
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015.

[23]
Herstel arbeidsovereenkomst is niet mogelijk bij een statutair bestuurder, artikel 2:244 lid 3 BW.

[24]
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015, r.o. 5.10 en 5.17.

[25]
Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5398; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4207; Rechtbank Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4331; Rechtbank Noord-Nederland 20 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1913.

[26]
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2480.

[27]
Gerechtshof Den Haag 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2442 (tussenbeschikking) en Gerechtshof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1152 (eindbeschikking).

[28]
Rechtbank Midden-Nederland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1595 en Rechtbank Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:434; Rechtbank Noord-Holland 5 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9567; Rechtbank Overijssel 25 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3616; Rechtbank Noord-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:558.

[29]
Rechtbank Midden-Nederland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1595 en Rechtbank Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:434.

[30]
Rechtbank Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:434, r.o. 5.15 e.v.

[31]
Rechtbank Noord-Holland 5 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9567, r.o. 5.8. In dezelfde zin: Rechtbank Midden-Nederland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1595.

[32]
Rechtbank Overijssel 25 september 2018; Rechtbank Rotterdam 28 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1549; Rechtbank Limburg 22 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2699.

[33]
Rechtbank Noord-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:558.

[34]
Zie (onder meer): Rechtbank Noord-Holland 5 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9567; Rechtbank Overijssel 25 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3616; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015; Rechtbank Gelderland 27 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4130; Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327; Gerechtshof Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1814.

[35]
S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (Monografieën Sociaal Recht nr. 58), 2.5.11.

[36]
Rechtbank Noord-Holland 25 september 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7800.

[37]
Zie onder meer: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10695; Rechtbank Noord-Holland 25 september 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7800; Rechtbank Limburg 29 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6026.

[38]
Rechtbank Overijssel 25 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3616.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[39]
www.brabantsrechercherbureau.nl/tarieven/ en https://mira-recherche.nl/tarieven.html.

[40]
Rechtbank Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2594.

[41]
Rechtbank Rotterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2512; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7327; Gerechtshof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3325; Rechtbank Noord-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:558; Gerechtshof Amsterdam 3 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1112; Rechtbank Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6075.

[42]
Rechtbank Overijssel 18 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2613. Dit is de einduitspraak van: ECLI:NL:RBOVE:2018:2594.

[43]
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4207, r.o. 3.14.3.

[44]
Rechtbank Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2659, r.o. 2.18.

[45]
NRC Handelsblad 5 september 2017, 'Sluitend bewijs? Dat regel je zo'.

[46]
Artikel 13 en 14 AVG; en Privacygedragscode 2015, pagina 44.

[47]
Rechtbank Gelderland 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534.

[48]
Gerechtshof Den Haag 13 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3611.

[49]
Rechtbank Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:434.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 15-05-2019. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Stellen en bewijzen in het ontslagrecht anno 2019: het speelveld is nog verre van gelijk

Mr. dr. H.J.W. Alt, datum 16-09-2019

Datum
16-09-2019
Auteur
Mr. dr. H.J.W. Alt[1]
Auteursprofiel
H.J.W. Alt
Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)
JCDI
JCDI:ADS86692:1
Vakgebied(en)
Arbeidsrecht / Algemeen
Burgerlijk procesrecht / Bewijs
Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Na vier jaar ervaring met de Wwz valt te constateren dat de bewijsrechtelijke positie van partijen bij de burgerlijke rechter in arbeidszaken in ontbindingszaken verbeterd is. De vraag is of dat ook geldt voor de UWV-procedure en voor de cao-ontslagcommissie. En hoe zit het met de ongelijkheidscompensatie in 'Me-too zaken', met onderzoeksbureaus en met anonieme getuigenverklaringen?

Inleiding

In het pre-Wwz tijdperk kende het arbeidsprocesrecht met betrekking tot een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht vier verschillende regimes. Allereerst was daar het normale dagvaardingsregime, dat onder meer aan de orde was in geval van loonvorderingen, nietigverklaringen van ontslagen op staande voet, geschillen over kennelijk onredelijke opzegging en non-concurrentiezaken. Daarnaast gold een verlicht bewijsrechtelijk regime bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 (oud) BW: in de praktijk was meestal voldoende dat het ingeroepen rechtsgevolg *aannemelijk* werd gemaakt. Incidenteel kregen partijen te maken met bij cao in het leven geroepen ontslagcommissies en ten slotte was er het bestuursrechtelijke regime op basis van het BBA in de UWV-procedure.

De invoering van de Wwz heeft daar in zoverre wijziging in gebracht dat het verlichte regime van art. 7:685 (oud) BW is vervallen, zodat er in de praktijk nog drie varianten overgebleven zijn.

Taakverdeling op basis van ontslaggronden

Bij een beroep op de eerste twee ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW, te weten ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (grond a) of langdurig ziekteverzuim (grond b), dient een werkgever zich bij uitsluiting tot het UWV te wenden voor het verkrijgen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Bij weigering van die toestemming kan alsnog ontbinding worden verzocht aan de kantonrechter ex art. 7:671b BW, al zal dan wel door de werkgever moeten worden gesteld en bewezen dat en waarom het UWV ten onrechte de vereiste toestemming geweigerd heeft. In plaats van het UWV kan een cao in het geval van een ontslag op de a-grond een cao-ontslagcommissie als bij uitsluiting bevoegde instantie aanwijzen. Voor de andere in art. 7:669 lid 1 BW limitatief opgenomen gronden is bij uitsluiting de kantonrechter bevoegd om te oordelen over een reeds gedane opzegging dan wel een (alsnog) gedaan verzoek om ontbinding. Ik zal hierna eerst de bewijsregels bespreken zoals die gelden bij de UWV-procedure (paragraaf 1). Daarna zal ik bespreken hoe bewijs moet worden geleverd bij de cao-ontslagcommissie (paragraaf 2) en in een ontbindingsprocedure op de gronden c t/m h (paragraaf 3).

1. Stellen en bewijzen in de UWV-procedure

Het UWV is een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).[2] Het al dan niet verlenen van

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

toestemming voor opzegging is dan ook een besluit in de zin van de Awb, zij het dat daartegen geen bezwaar, beroep of hoger beroep mogelijk is in de bestuursrechtelijke kolom. Nu het de *werkgever* is die een 'ontslagvergunning' verzoekt, moet de werknemer op grond van art. 1:2 Awb als belanghebbende worden aangemerkt. Hij heeft immers een eigen en persoonlijk belang bij het al dan niet weigeren of verlenen van toestemming. Op het verzoek zijn de vereisten van de afdeling 4.1.1. van de Awb onverkort van toepassing.[3] Daarnaast zijn er via art. 7:671a BW en de daarop gebaseerde Regeling UWV ontslagprocedure[4] enige procedureregels gegeven. Wat betekent dit voor de stelplicht en bewijslast?

We moeten daarvoor te rade gaan bij de artikelen 3:2 en 4:2 Awb. Die verdelen in samenhang met de relevante materiële wetgeving in beginsel de stelplicht en bewijslast in de bestuurlijke fase.[5] Het wordt als de primaire taak van het bestuursorgaan (in casu het UWV) gezien om de feiten vast te stellen.[6] Dat betekent dus dat de strijd om de feiten begint bij de primaire besluitvorming door het bestuursorgaan en niet bij de rechter.[7] Dat laatste wordt pas anders indien een partij het niet eens is met een besluit van het UWV en zich vervolgens tot de kantonrechter wendt. Dan verschiet ook het bewijsrecht van kleur omdat dan het civiele burgerlijk procesrecht van toepassing is.

De partij die een besluit wenst, zal bij het aanvragen van dat besluit die feiten moeten aandragen die gelet op het materiële recht noodzakelijk zijn voor afgifte van een dergelijk besluit. Nu het een besluit op aanvraag betreft, rust er een grotere informatielast op de aanvrager dan indien het zou gaan om een ambtshalve door het bestuursorgaan genomen besluit. In het kader van de stelplicht bij het UWV wordt een aanvragende partij daarbij geholpen door de Ontslagregeling[8] en de nadere uitvoeringsregels UWV.[9] Daarnaast rust er op een bestuursorgaan zowel bij een besluit op aanvraag als bij een ambtshalve besluit *een onderzoeksplicht* ten aanzien van de feiten. In de UWV-procedure tot het verkrijgen van een 'ontslagvergunning' zal de vervulling van die onderzoeksplicht er doorgaans op neerkomen dat het UWV ook de wederpartij van de aanvrager (de werknemer) dient te horen. Dat geschiedt nog altijd schriftelijk.

Laat de aanvrager na de voor het besluit benodigde gegevens te verstrekken, dan is het bestuursorgaan niet gehouden aanvullend onderzoek te doen. Het kan in dat geval de aanvraag buiten behandeling stellen.[10] Schuurmans duidt de situatie waarin de aanvrager onvoldoende informatie heeft verstrekt als een non liquet.[11] Zij ziet het verschaffen van informatie aan het bestuursorgaan als een (vorm van) bewijslevering.[12]

Hoewel er sprake is van de zogenaamde vrije bewijsleer zijn er wel bewijsregels aan te wijzen. In enkele gevallen zijn die terug te vinden in de materiële wet. Verder geeft het soort besluit ook enige richting aan de bewijslast. Bij een ambtshalve te nemen besluit berust de bewijslast op grond van artikel 3:2 Awb in principe op het bestuursorgaan.[13] Bij een besluit op aanvraag rust die ex artikel 4:2 in principe op de burger.[14] Daarnaast is er nog een aantal vuistregels voor bewijslastverdeling aan te wijzen. Het één en ander zal hieronder nader worden beschouwd. De hoofdregel dat een partij die zich op een rechtsgevolg beroept de bewijslast draagt van de daaraan ten grondslag liggende feiten geldt ook in het bestuursrecht.[15]

Bewijsnood komt doorgaans voor rekening van die partij die daarin terechtkomt, tenzij de stukken die deze bewijsnood zouden kunnen lenigen tot het domein van de andere partij behoren.[16] Een partij die het feitenonderzoek van het bestuursorgaan heeft bemoeilijkt, bijvoorbeeld doordat die door eigen toedoen niet meer over de benodigde stukken beschikt, draagt de bewijslast.[17] Daarnaast kan als vuistregel worden genoemd dat de partij die belang heeft bij een bepaald feit, daarvan de bewijslast draagt.[18] Een andere vuistregel is dat de partij in wier bewijsdomein het feit ligt, daarvan de bewijslast draagt.[19] Verder kan worden genoemd de regel dat de partij die zich op een uitzondering of een verandering beroept daarvan de bewijslast draagt.[20] Tenslotte kan als vuistregel worden genoemd dat de partij die het vermoeden heeft gewekt dat een feit zich heeft voorgedaan, de bewijslast draagt van het tegendeel.[21] Er bestaat niet zoiets als een bewijsaanbod dat – mits ter zake dienend en voldoende gespecificeerd – door het bestuursorgaan moet worden gehonoreerd. In gevallen waarin geen mondelinge behandeling plaatsvindt, zoals bij het UWV, zal het leveren van getuigenbewijs door het horen van getuigen niet mogelijk zijn.

1.1 Bezwaren tegen de UWV-procedure: ongelijkheidscompensatie is ver te zoeken

Reeds in 2007 kwam de Nationale Ombudsman naar aanleiding van grondig onderzoek tot een vernietigend oordeel omtrent de UWV-procedure.[22] Uit dit onderzoek blijkt dat deze procedure, gezien vanuit de positie van de werknemer, ronduit oneerlijk is omdat uit dat rapport blijkt dat op elf objectieve meetpunten de eerlijkheid van de procedure bij het UWV voor de werknemer steeds negatief uitvalt. Veel punten vallen voor de werkgever juist gunstig uit, terwijl op vijf punten er ook vanuit het belang van de werkgever wel iets te verbeteren valt. Waar in de normale civiele praktijkpartijen op zijn minst gelijkwaardig zijn en in het civiele arbeidsrecht op diverse punten sprake is van ongelijkheidscompensatie ten gunste van de werknemer[23] heeft de werkgever volgens het rapport in veel opzichten een betere positie in de ontslagprocedure dan de werknemer. Ik noem enkele punten van kritiek.
Het UWV beschouwt volgens de Nationale Ombudsman de werkgever als 'de klant'. Dat geldt niet voor de werknemer. De werkgever krijgt voorts meer en actuelere informatie dan de werknemer over het verloop van de ontslagprocedure. Bovendien, als er van de kant van de werkgever onvoldoende informatie is om de aanvraag in behandeling te nemen, dan

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

vraagt het UWV wél informatie op bij de werkgever. Als het verweer van de werknemer vragen oproept dan wint het UWV, aldus het rapport, in strijd met zijn verplichting om de relevante feiten te verzamelen, geen aanvullende informatie in bij de werknemer. Daarnaast komt het volgens de Nationale Ombudsman voor dat de werkgever buiten medeweten van de werknemer wordt voorgelicht door een UWV-medewerker die vervolgens ook betrokken is bij de besluitvorming. Door het niet scheiden van deze functies ontstaat, aldus het rapport uit 2007, de schijn van partijdigheid die veelal in het nadeel van de werknemer uitvalt.
De Wwz-wetgever heeft de UWV-procedure *als zodanig* goeddeels ongewijzigd gelaten.[24] Er is dan ook welbeschouwd niets gedaan met het rapport van de Nationale Ombudsman.[25] De Raad van State heeft bij de behandeling van de Wwz aandacht gevraagd voor het ontbreken van een mondelinge behandeling onder verwijzing naar rechtspraak en literatuur.[26] Van Slooten, Zaal & Zwemmer (2015) merken op dat door het ontbreken van een mondelinge behandeling, de vraag nog steeds kan worden gesteld of deze procedure wel aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet. Zij zijn van mening dat deze vraag door de aanwezigheid van beroep op de rechter bevestigend moet worden beantwoord, omdat er in dat geval toch kan worden gesproken van full jurisdiction, zoals het EHRM vereist.[27] Zie verder ook Bij de Vaate over de UWV-procedure en artikel 6 EVRM.[28]

De vraag is echter hoe effectief die procedure bij de kantonrechter in de zin van art. 6 EVRM nog is, omdat dan mogelijk het onheil al is geschied. Bij een onterechte afwijzing moet de werkgever langer loon doorbetalen en bij een onjuiste of onzorgvuldige toestemming kan de vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst vervolgens afgewezen worden op grond van een inmiddels opgetreden verstoring van de arbeidsverhouding. Het blijft bovendien een merkwaardig en onwenselijk verschijnsel dat niet overal hetzelfde bewijsrechtelijke stelsel geldt en dat de ongelijkheidscompensatie zoals in het civiele arbeidsrecht aan de orde is, bij het UWV en het aldaar toegepaste bestuursrecht niet aan de orde is.

2. Stellen en bewijzen bij de cao-ontslagcommissie

De wetgever heeft het ontslagstelsel van driekwart-dwingend recht verklaard. Bij cao kan dan ook worden afgeweken van dit regime. In plaats van het UWV kan een voor de bedrijfstak of onderneming ingestelde ontslagcommissie worden aangewezen om het geschil te beslechten betreffende de a-grond (bedrijfseconomische redenen). Volgens de wetgever is de beslissing van deze bij cao ingestelde commissie een privaatrechtelijke aangelegenheid en is er geen sprake van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.[29] De wetgever indiceert verder dat de cao-bepalingen en de daarmee samenhangende bepalingen algemeen verbindend kunnen worden verklaard.[30]

Hoe de procedure uiteindelijk wordt ingericht, is door de wetgever overgelaten aan de cao-partijen. Wel moet zijn voldaan aan de minimale eisen die de wet stelt. Daaruit volgt dat het bewijsrecht daarop niet, althans niet zonder meer van toepassing is. De wetgever stelt slechts een ondergrens:

> Om een eerlijke en onpartijdige behandeling te waarborgen, is bepaald dat in de procedure van verlening van toestemming voor ontslag recht moet worden gedaan aan het beginsel van hoor- en wederhoor, dat de gegevens die aan de commissie worden voorgelegd vertrouwelijk worden behandeld, dat in de procedure redelijke termijnen worden gesteld aan de werkgever en de werknemer om op elkaars standpunten te reageren en dat het besluit op het verzoek om toestemming binnen een redelijke termijn op het verzoek daartoe volgt.[31]

Van Drongelen vraagt zich af of de Awb ook van toepassing is op de cao-ontslagcommissie en of de wetgever het dus bij het verkeerde eind heeft. Hij meent dat dit laatste het geval is.[32]

2.1 Code Ontslagcommissie VvA

De Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) heeft een best-practicecode[33] opgesteld. Deze code bevat onder meer als regels: (a) hoor en wederhoor; (b) vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens; (c) redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer; en (d) een redelijke beslistermijn. Artikel 9 van de code bepaalt dat een verzoek dat moet worden ingeleverd bij het secretariaat van de commissie, in elk geval de volgende gegevens bevat: (a) de naam en het adres van de werkgever; (b) de naam en adresgegevens van de werknemer op wie het verzoek betrekking heeft; (c) de dagtekening; (d) een omschrijving van de bedrijfseconomische reden voor het verzoek; (e) een toelichting waarom de werknemer in aanmerking komt voor ontslag op grond van de toepasselijke regels. Het vierde lid bepaalt dat de commissie, indien de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van het verzoek, de werkgever de gelegenheid geeft het verzoek aan te vullen. Opvallend is dat wordt bepaald dat de commissie aan de werkgever nadere informatie kan vragen wanneer het verzoek onvoldoende is onderbouwd, maar – net als bij de UWV-procedure – de werknemer die gelegenheid kennelijk niet krijgt. Dit loopt enigszins synchroon met de onderzoeksplicht van het UWV als bestuursorgaan.

Artikel 10 bepaalt de verdere procedurele gang van zaken. Lid 7 van dat artikel bepaalt dat op verzoek van een partij of van beide partijen getuigen of deskundigen op de zitting kunnen worden toegelaten. Het is aan de commissie om te beslissen of aan een dergelijk verzoek gevolg wordt gegeven. Lid 9 bepaalt dat na de mondelinge behandeling er nog een schriftelijke

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

ronde kan volgen als de commissie dit nodig acht, of dat er nog nadere stukken mogen worden ingebracht. De commissie zal dit logischerwijs slechts doen als op de zitting is gebleken dat dit nodig is voor een verantwoorde beslissing op het verzoek.

Van der Helm toont aan dat er grote verschillen zijn met de UWV-procedure en bepleit nadere uniforme ministeriële regels voor de procedure bij de cao-ontslagcommissie.[34] Daartoe zou in zijn visie de code ontslagcommissie van de VAR in de ministeriële regeling opgenomen kunnen worden. Ten aanzien van de rechtsbescherming acht hij het raadzaam om bij de procedure voor de cao-ontslagcommissie in ieder geval een geschillenregeling op te nemen die het mogelijk maakt een klacht in te dienen over de procedure bij een cao-ontslagcommissie met een financiële compensatie in sommige gevallen.

2.2 Geen regels voor bewijsrecht

De code kent geen regels van bewijsrecht en lijkt enigszins te zijn gemodelleerd naar het bestuursrecht: ook daar wordt een partij aangeraden om een getuige of een deskundige mee te nemen naar de zitting en ontbreekt een voorschrift dat een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod dient te worden gehonoreerd. Het verschil met de UWV-procedure bestaat hierin dat hier wél een zitting wordt gehouden. Het is aan de commissie of het horen van de getuige of deskundige toegestaan wordt en vervolgens of de afgelegde verklaring wordt toegelaten tot het debat. Onduidelijk is of een wederpartij vervolgens in de gelegenheid wordt gesteld om contra-expertise te leveren of getuigen in een contra-enquête te doen horen. In het kader van het beginsel van hoor en wederhoor en van equality of arms zou dat natuurlijk wel moeten.

2.3 Ongelijkheidscompensatie

Vooropgesteld zij dat een ontslagcommissie geen bestuursorgaan is en evenmin een rechterlijke instantie waarop voor de rechter geldende procedurele voorschriften (procesregels) van toepassing zijn. Daar komt voor de werknemer nog bij dat deze – net als in de UWV-procedure – bij afwezigheid van vertrouwelijke financiële stukken problemen zal ondervinden in zijn pogingen de door (de accountant van) de werkgever geproduceerde cijfers te weerleggen. Dat geldt mutatis mutandis ook voor een verweer tegen de wijze waarop het afspiegelingsbeginsel is toegepast, hoe de selectieregels zijn gehanteerd en bijvoorbeeld hoe de functies door de werkgever zijn afgebakend. Een werknemer heeft doorgaans geen toegang tot dergelijke gegevens en zeker nu een werkgever als ondernemer een zekere mate van beleidsvrijheid heeft, zal het voldoende betwisten van een door de werkgever aangevoerde a-grond niet eenvoudig of welhaast onmogelijk zijn. Enige vorm van bewijsrechtelijke ongelijkheidscompensatie valt in de UWV-procedure, noch in de procesgang bij de cao-commissie te verwachten. Indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat de Awb van toepassing is, dan wordt dit al niet veel beter: ook dan zal er geen verplichting zijn om een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod te honoreren. De vraag is of hier niet gekozen zou moeten worden voor absolute en onverkorte gelding van de waarborgen van het civiele proces- en bewijsrecht.

3. Stellen en bewijzen bij de civiele rechter met betrekking tot de gronden c t/m h

Sinds de *Mediant*-uitspraak[35] staat vast de aanvankelijke aanname[36] dat de rechter in ontbindingsprocedures van geval tot geval zou moeten bepalen of het bewijsrecht van toepassing is, niet opgaat. Het bewijsrecht is dus behalve in dagvaardingsprocedures ook onverkort van toepassing op de verzoekschriftprocedure als bedoeld in art. 7:686a lid 2 BW. De vraag is vervolgens hoe dat door ons hoogste rechtscollege wordt ingevuld.

Ik benoem in deze paragraaf een drietal onderwerpen: (a) de Decor-jurisprudentie, (b) de Certe-beschikking omtrent het bewijsaanbod en, tot slot, (c) enkele recente ontwikkelingen op het vlak van bewijsrecht in het arbeidsrecht.

(a) Decor en Bossers & Cnossen

In twee beschikkingen van 16 februari 2018 heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat bewijzen niet meebrengt dat een ingeroepen rechtsgevolg onomstotelijk moet vaststaan. Aldus wordt aan de feitenrechter een zekere mate van vrijheid gegeven.

In beide voornoemde beschikkingen van de Hoge Raad werd onder meer de vraag voorgelegd, of het hof (de toepassing van) het bewijsrecht had miskend. In de zaak-*Decor*[37] oordeelde het hof dat de werkgever voldoende aannemelijk had gemaakt dat sprake is van ongeschiktheid voor de functie en dat de werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld om zich te verbeteren. In de zaak-*Bossers & Cnossen*[38] oordeelde het hof dat voldoende aannemelijk was geworden dat zowel de samenwerking met collega's als de verhouding met leidinggevenden en de directie in de loop van de tijd zodanig verslechterd was, dat sprake is van een arbeidsverhouding die ernstig en duurzaam is verstoord.

In de zaak-*Bossers & Cnossen* schrijft A-G De Bock in haar conclusie[39] dat de toepasselijkheid van het wettelijke bewijsrecht onder meer meebrengt dat het niet voldoende is dat feiten *aannemelijk* zijn, maar dat feiten moeten zijn *bewezen*. Dit volgt uit art. 149 lid 1 Rv, eerste volzin, waarin staat dat de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

beslissing ten grondslag mag leggen (...) die overeenkomstig de voorschriften van afdeling I.2.9 Rv (bewijs) zijn komen vast te staan. Het 'komen vast te staan overeenkomstig de voorschriften van afdeling I.2.9' houdt enerzijds in dat betwiste feiten moeten worden bewezen, en anderzijds dat de rechter niet-betwiste feiten (op grond van art. 149 lid 1, tweede volzin, Rv) als vaststaand moet beschouwen.[40] Het oordeel dat een feit 'aannemelijk' is, kan erop duiden dat de rechter vanwege de aard van de procedure geen nadere bewijslevering toestaat, maar uitspraak doet op de door partijen aangereikte informatie, zoals in de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 (oud) BW aan de orde was. De beslissing berust dan op de processtukken, de bijgevoegde bewijsmiddelen en het verhandelde ter zitting.

Maar het 'aannemelijk' zijn van feiten kan er volgens De Bock *ook* op duiden dat het gaat om feiten die naar hun aard sterk verweven zijn met oordelen of interpretaties. Dergelijke feiten kunnen slechts worden bewezen door aannemelijk te maken dat *zij redelijkerwijs zijn af te leiden* uit andere, meer 'harde' feiten. Het feit heeft dan meer het karakter van een conclusie of een gevolgtrekking. Dit is de reden dat bewijsopdrachten in rechterlijke uitspraken vaak inhouden dat 'bewijs wordt opgedragen van feiten of omstandigheden waaruit volgt dat ...' (waarna het 'feit' wordt omschreven waarvan bewijs moet worden geleverd). Met deze formulering wordt tot uitdrukking gebracht dat het te bewijzen feit een gevolgtrekking behelst, die bewezen kan worden door feiten of omstandigheden te bewijzen waaruit het feit kan worden afgeleid.

Omdat het te bewijzen feit een gevolgtrekking is, is het, aldus De Bock, onontkoombaar dat daarover altijd discussie en onzekerheid kan blijven bestaan. Het maximaal haalbare is dan dat feiten en omstandigheden worden bewezen, waaruit redelijkerwijs de gevolgtrekking te maken is dat het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan. Ook in een dergelijke situatie wordt wel gezegd dat het te bewijzen feit '(voldoende) aannemelijk' is gemaakt. Bij de beoordeling of dat het geval is, komt het ook hier uiteindelijk aan op een waardering en afweging van de argumenten die in het processuele debat door partijen over en weer zijn aangevoerd, aldus De Bock in haar conclusie voor de beschikking-*Bossers & Cnossen*.

De Hoge Raad oordeelt in de zaak-*Bossers & Cnossen* in rov. 3.4.3 dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels onder meer meebrengt dat de werkgever de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen. Tot zover is er niets nieuws onder de zon en is dit ook wat A-G De Bock al had overwogen. De Hoge Raad gaat echter nog een stapje verder en oordeelt dat voor (het leveren van) bewijs in het burgerlijk procesrecht *niet* steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar dat (onder omstandigheden) kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk zijn geworden. Het vorenstaande is volgens de Hoge Raad niet anders in het geval dat de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt. In rov. 3.4.3 van de *Decor*-beschikking oordeelt de Hoge Raad gelijkluidend. Dit was altijd al zo in het geval van waardering van getuigenbewijs, wanneer een rechter een getuige al dan niet geloofwaardig achtte. De Hoge Raad indiceert hiermee dat dezelfde vorm van *overtuiging* ook geldt voor de vraag of feiten en omstandigheden bewezen moeten worden geacht. De vraag die daar dan op volgt, is of het ingeroepen rechtsgevolg uit die bewezen feiten en omstandigheden kan worden afgeleid.

Verschil tussen bewijs van feiten en het aannemen van een op die feiten gebaseerde grondslag

In de zaak-*Bossers & Cnossen* oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is *voldaan aan de maatstaf* van – in casu – art. 7:669 lid 3 onder g BW, te weten dat sprake is van een in die mate verstoorde arbeidsverhouding, dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

De rechter zal moeten onderzoeken of, uitgaand van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van de in concreto door de werkgever aangevoerde ontslaggrond. In het kader van disfunctioneren heeft een werkgever een bepaalde beoordelingsvrijheid. In casu had het hof uit de vaststaande feiten afgeleid dat voldoende aannemelijk was geworden dat zowel de samenwerking met collega's als de verhouding met leidinggevenden en de directie in de loop van de tijd zodanig is verslechterd dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder g BW, aldus de Hoge Raad.

Hoe moeten we dit nu concreet duiden?

Daarvoor moeten we nog even terug naar art. 24 Rv. Daarin is bepaald dat de rechter beslist op de grondslag waarop een partij haar vordering, verzoek of verweer gebaseerd heeft. De grondslag, in het voorbeeld van de Hoge Raad de ontslaggrond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder g BW (verstoring van de arbeidsverhouding), moet in het kader van de stelplicht door de werkgever worden onderbouwd met rechtsfeiten. Dat zijn feiten waaruit het ingeroepen rechtsgevolg kan worden afgeleid. Worden die rechtsfeiten betwist, dan rust krachtens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast in beginsel op de partij die deze feiten heeft gesteld. Dat is alleen anders indien uit een rechtsregel of uit de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voortvloeit. Dit betekent dus dat: (1) de rechtsfeiten waarop een rechtsgevolg wordt gebaseerd, (voldoende) gesteld en bij betwisting bewezen dienen te worden; (2) voor bewijzen niet noodzakelijk is dat de bewijzen feiten ook onomstotelijk komen vast te staan; (3) de rechter uit die vaststaande feiten het ingeroepen rechtsgevolg

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

mag afleiden en oordelen dat dit ingeroepen rechtsgevolg voldoende aannemelijk is gemaakt.

(b) Certe-beschikking:[41] het bewijsaanbod

Een ander heikel punt, dat door de verdere invoering van het bewijsrecht in het arbeidsprocesrecht zijn intrede heeft gedaan, is het bewijsaanbod zoals dat gebaseerd is op art. 166 Rv. In dat artikel is immers – heel kort gezegd – bepaald dat een rechter een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd getuigenbewijsaanbod dient te honoreren. Hoewel de Hoge Raad-jurisprudentie naar de aard veelal ziet op het bewijsaanbod in hoger beroep, kan ook het belang van een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd aanbod in eerste aanleg niet genoeg worden benadrukt. Rechters zijn zelden geneigd eigener beweging een bewijsopdracht te geven.[42]

In de *Stichting Certe*-beschikking werd er met succes over geklaagd dat het hof een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod had gepasseerd, althans onbesproken had gelaten. De Hoge Raad verwijst eerst naar de *Mediant en Decor*-zaak voor de toepasselijkheid van het bewijsrecht en concludeert daaruit dat de werkgever de feiten en omstandigheden die hij aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen. De Hoge Raad verwijst naar de *Decor*-beschikking, rov. 3.4.3. Dit brengt, aldus de Hoge Raad, verder mee dat de werknemer die bewijs heeft aangeboden van door hem aangevoerde feiten en omstandigheden die zich lenen voor bewijslevering en die tot een ander oordeel kunnen leiden over de feiten en omstandigheden ten aanzien waarvan de werkgever de bewijslast draagt, tot levering van dat tegenbewijs moet worden toegelaten.

De Hoge Raad wijst er verder op dat van de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden de vraag of sprake is van disfunctioneren in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW. Met betrekking tot dat laatste heeft de werkgever een zekere beoordelingsruimte.[43] De rechter zal dit in zijn oordeelsvorming moeten betrekken door te onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer in de genoemde zin (zie de *Decor*-beschikking, rov. 3.4.4).

Het is vaste jurisprudentie[44] dat een bewijsaanbod niet mag worden gepasseerd op basis van een vermoeden dat bewijslevering toch niets zal opleveren wordt gepasseerd of, zoals in casu, zelfs geheel onbesproken wordt gelaten. Er is in het eerste geval sprake van een ‘verboden prognose’ voor zover het passeren van het aanbod is gebaseerd op het oordeel dat verhoor van die personen geen nieuwe gezichtspunten kan opleveren. Is het aanbod geheel onbesproken gelaten dan kan het ook eenvoudig over het hoofd zijn gezien. De uitspraak voldoet dan niet aan de motiveringseisen die aan een uitspraak worden gesteld.

Eisen aan bewijsaanbod in hoger beroep strenger

In hoger beroep heeft het debat zich al zodanig ontwikkeld dat ook een verdere specificatie van het bewijsaanbod wordt vereist. Een standaardarrest is HR 9 juli 2004.[45] Daarin werd geoordeeld dat een partij ingevolge het bepaalde in art. 166 lid 1 jo. art. 353 lid 1 Rv in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aanduidt op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen, maar zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt bekendgemaakt wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard.

Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt medegedeeld in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen, aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.

Asser schrijft in zijn noot onder dit arrest dat de bewijslevering goed voorbereid dient plaats te vinden. Voorkomen moet immers worden dat door de rechter dubbel of zinloos werk wordt verricht. Een partij die opnieuw dezelfde getuigen wil laten horen als reeds eerder in de procedure zijn gehoord, moet mededelen dat en waarom dit geen dubbel werk is. Voor getuigen van wie een schriftelijke verklaring is overgelegd, geldt in Assers visie het argument van het dubbele werk niet. De rechter mag het bewijsaanbod niet passeren op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen. Dan zou hij daarmee ten onrechte vooruitlopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden. Dat levert naar vaste rechtspraak verboden prognose op. Asser zegt dat de grens subtiel is en vraagt zich af of het prognoseverbod in dit verband nog wel onverkort zou moeten worden gehandhaafd. Een

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

rituele dans zou moeten worden voorkomen.

(c) Recente ontwikkelingen: onderzoekbureaus, me-too en anonieme verklaringen

Door de Wwz worden werkgevers genoodzaakt om een 'voldragen dossier' aan te leveren. Soms bestaat bij een werkgever wel het *vermoeden* van ernstig verwijtbaar gedrag, maar ontbreekt het harde bewijs daarvoor. In een dergelijk geval leidt dat nog weleens tot inschakeling door een werkgever van een particulier/commercieel onderzoeksbureau dat onderzoek gaat doen.
Er zijn dan verschillende varianten denkbaar. Een dergelijk onderzoek kan in alle openheid plaatsvinden. Bij ongewenst of zelfs onrechtmatig gedrag kan er ook voor worden gekozen om in stilte te observeren, zonder zelfs dat werknemers er zelfs van op de hoogte zijn dat er een onderzoeksbureau is ingeschakeld. De werknemer wordt dan, naar de aard der zaak, pas ingelicht indien het onderzoek al in een verder gevorderd stadium is. Zelfs is het mogelijk dat een werknemer geconfronteerd wordt met een al (bijna) afgerond onderzoek(srapport), waarop hij nog mag reageren.

In een procedure levert een dergelijk rapport vrij bewijs op, gelet op het bepaalde in art. 152 Rv. Als het onderzoeksbureau al maanden zijn gang heeft kunnen gaan, zonder dat de werknemer daarin is betrokken, zal er sprake kunnen zijn van een aanzienlijke bewijsvoorsprong van de werkgever. De vraag dient zich dan aan of de werknemer, die toch al een informatieachterstand heeft op de werkgever, voldoende tegenwicht kan bieden op het vlak van getuigen en ander bewijsmateriaal. In het kader van de artt. 6 EVRM en 19 Rv, bepalingen die een eerlijk proces en het beginsel van hoor en wederhoor beogen te waarborgen, zal daarvoor aandacht moeten zijn in de procedure. De werknemer die van mening is dat de onderzoeksresultaten onjuist zijn zal daaromtrent allereerst voldoende moeten stellen. De rechter zal vervolgens een werknemer die aldus een serieuze betwisting van de resultaten van zulk onderzoek levert, desgevraagd[46] gelegenheid moeten geven tot tegenbewijs tegen een dergelijk rapport. Ook zal de rechter zo nodig bij de waardering van dat tegenbewijs rekening moeten houden met de bewijsachterstand die een werknemer in dat kader nu eenmaal heeft doordat hij niet van aanvang af bij een dergelijk onderzoek is betrokken.

Anonieme getuigenverklaringen

In dat kader komt het ook wel voor dat er gewerkt wordt met anonieme verklaringen, hetzij afgelegd tegenover het onderzoeksbureau, hetzij tegenover de werkgever. Anonieme verklaringen of beschuldigingen komen ook voor in Me-too zaken. Daarbij komt het voor dat werknemers die verklaringen in vertrouwen doen, alsook dat werkgevers vertrouwelijkheid en geheimhouding toezeggen. Vanuit het standpunt van bescherming van de slachtoffers is dat begrijpelijk. Daartegenover staat echter het belang van de beklaagde werknemer die zich moet kunnen verdedigen tegen de aan zijn adres geuite beschuldigingen. De vraag is hoe daar door de rechter in het licht van art. 6 EVRM en art. 19 Rv mee moet worden omgegaan. Indien die vervolgens zijn vervat in anonieme, schriftelijke verklaringen, geldt ook hiervoor dat dergelijke verklaringen ex art. 152 Rv vrij bewijs opleveren. De rechter zal er in dat verband wel voor moeten waken dat het beginsel van hoor en wederhoor voldoende is gewaarborgd. In dat kader is een zekere mate van ongelijkheidscompensatie wel op zijn plaats.

In de lagere rechtspraak lijkt de rechter daar wel oog voor te hebben, nu die terughoudend is in het gebruiken van anonieme verklaringen. Zo achtte een kantonrechter te Eindhoven het niet voldoende dat een anonieme getuige zijn verklaring herhaalde ten overstaan van een notaris die dat in een akte vastlegde, nu daarmee nog steeds niet kon worden vastgesteld of het beweerde ook waar was.[47] Een notariële akte levert op grond van artikel 157 Rv dwingend bewijs op van hetgeen de notaris in die notariële akte heeft verklaard te hebben waargenomen. Dat is dus enigszins vergelijkbaar met een tijdens een getuigenverhoor ten overstaan van de rechter afgelegde verklaring, zij het dat in dat geval een wederpartij daarbij aanwezig is en in de gelegenheid wordt gesteld aan die getuige vragen te stellen. Dat zegt overigens nog niets over de uiteindelijke bewijswaardering, nu, net als bij de ten overstaan van de rechter afgelegde getuigenverklaringen, de vraag of de feiten *bewezen* moeten worden geacht afhangt van de waardering van de *inhoud.* De uitspraak van de kantonrechter Eindhoven moet dan ook aldus worden begrepen dat wel werd bewezen dat een anoniem persoon daadwerkelijk iets heeft gezegd, maar dat de *inhoud* daarvan nog steeds vrije bewijskracht heeft.

In een uitspraak van een kantonrechter te Amsterdam[48] was sprake van het gebruik van een of meer 'infiltrant'-medewerkers in dienst van een onderzoeksbureau in het kader van een onderzoek naar internetfraude. Zij rapporteerden over twee medewerkers die een transactie deden betreffende een (verboden) stroomstootwapen. Ook hier werden verklaringen tegenover een notaris herhaald die daarvan een akte opstelde. De kantonrechter Amsterdam oordeelt dat een dergelijke verklaring niet gelijk te stellen is met een ten overstaan van de rechter afgelegde verklaring onder ede, al is het maar omdat in het laatste geval de mogelijkheid bestaat om aan betrokkene vragen te stellen. Dat neemt volgens de kantontrechter echter niet weg dat een aldus ten overstaan van een notaris afgelegde verklaring *kan bijdragen* aan de aannemelijkheid van een door een partij aangevoerd standpunt. Dit ligt besloten in de vrije bewijskracht van art. 152 Rv.

In de zaak-*Van Nature*[49]leverde het feit dat een werknemer niet voldoende openheid van zaken had gegeven bij de door een onderzoeksbureau aangetoonde betrokkenheid bij het schrijven van anonieme brieven op naam van 'een bezorgde

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

teler' uiteindelijk een geldige reden voor ontslag op staande voet op. Hieruit volgt dat van een beschuldigde werknemer onder omstandigheden kan worden verwacht dat hij in het kader van de betwisting van de stellingen van de werkgever voldoende aanvoert.
In de *Pro-Rail*-zaak[50] werd in een Me-too-zaak deels gebruikgemaakt van (ondersteunende) anonieme verklaringen.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat anonieme verklaringen in de behandelde zaken veelal niet als 'vol' bewijs worden aangemerkt maar in het kader van de vrije bewijsleer van art. 152 Rv wel een rol van betekenis kunnen spelen. Het is in dat kader wel van belang dat de werknemer inzage in de verklaringen heeft verkregen en zich daartegen naar behoren heeft kunnen verdedigen. Indien er ook niet-anonieme verklaringen voorhanden zijn, kunnen anonieme verklaringen een versterkende werking op het bewijs hebben.

4. Samenvatting en aanbeveling

Vanuit het perspectief van de stelplicht en de bewijslast zijn de drie thans geldende regimes voor het verkrijgen van (toestemming voor) ontslag geenszins gelijkwaardig te noemen. Waar de civiele procedure is voorzien van de waarborgen van het civiele procesrecht, vallen de UWV-procedure en de procesgang bij een cao-ontslagcommissie in het beste geval onder de Awb. In dat kader is er geen enkele verplichting voor een (bestuurs)orgaan dat de vergunning of toestemming moet geven, om een bewijsaanbod te honoreren. Bij het UWV is zelfs geen sprake van een zitting zodat ook geen meegebrachte getuigen kunnen worden gehoord. Het speelveld is dan ook voor partijen allesbehalve gelijk.

Omdat de eerste klap een daalder waard is, zouden deze verschillen niet mogen optreden. In dat kader valt aan te bevelen om op alle ontslagprocedures het civiele procesrecht van toepassing te verklaren, of – nog beter – het civiele procesrecht van toepassing te verklaren op alle ontslagprocedures.

Voor zover er in ontslagprocedures gebruik wordt gemaakt van onderzoeksbureaus en van anonieme getuigenverklaringen moet in het oog worden gehouden dat de betrokken werknemer zich nog wel in voldoende mate moet kunnen verweren. Niet alleen uit het beginsel van fair trial in art. 6 EVRM maar ook uit het in art. 19 Rv vervatte beginsel van hoor en wederhoor vloeit dit voort.

Voetnoten

[1]
Mr. dr. Jan Wouter Alt is cassatieadvocaat bij Alt Kam Boer in Den Haag.

[2]
Zie ook D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht,* Boom 2018, §2.3.1.

[3]
J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA* 2014/85.

[4]
Stcrt. 2015, 12688 en 45451.

[5]
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht,* (diss. Amsterdam VU) Deventer: Kluwer 2005, p. 241, hierna: Schuurmans 2005.

[6]
Zie onder meer: E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul'; de vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht, *NTB* 2000-7, p. 214-217 en Schuurmans 2007 I, p. 276.

[7]
Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuurlijke context', *NTB* 2004-1, p. 6.

[8]
Stcrt. 2015, 12685, en *Stcrt.* 2016, 34013.

[9]
Stcrt. 2016, 34178 (a-grond) en 2016, 34180 (b-grond).

[10]
Schuurmans 2005, p. 54.

[11]
Daaronder wordt in het bewijsrecht de situatie aangeduid dat een partij niet aan de bewijslevering heeft voldaan.

[12]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Schuurmans 2005, p. 56.

[13]
Vgl. Schuurmans 2005, paragraaf 4.1. in combinatie met paragraaf 6.3.2.

[14]
Vgl. Schuurmans 2005, paragraaf 5.1. in combinatie met paragraaf 6.3.2.

[15]
Schuurmans 2005, p. 317-318.

[16]
Schuurmans 2005, p. 123 en 201.

[17]
Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.1 en 5.5.1.

[18]
Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.2 en 5.5.2.

[19]
Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.3 en 5.5.3.

[20]
Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.4 en 5.5.4.

[21]
Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.5 en 5.5.5.

[22]
'Naar een eerlijke ontslagprocedure' rapport van de Nationale Ombudsman over de procedure bij de CWI d.d. 21 november 2007, 2007/260, p. III en IV, te vinden op https://www.nationaleombudsman.nl/uploads/rapport2007-260.pdf.

[23]
Zie: H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrechten het ambtenarenrecht; Naar een eenvormig stelsel?*, diss. UL, Deventer, Kluwer 2009.

[24]
Zie voor een beschrijving van die procedure *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/389.

[25]
Heerma van Voss (*Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/389) merkt op dat uit de vroegere Beleidsregels Ontslagtaak UWV viel af te leiden dat indien een partij tijdig verzoekt te worden gehoord en daarop staat, het verzoek als regel zal worden gehonoreerd en dat dit in de huidige regeling niet is teruggekeerd. Hij concludeert dat, nu er ten tijde van het afsluiten van de derde druk nog geen uitvoeringsregels zijn gepubliceerd, het de vraag is of die mogelijkheid naar huidig recht nog wel blijft bestaan. Deze uitvoeringsregels zijn voor ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden inmiddels in december 2015 gepubliceerd en de meest recente versie dateert van juli 2016. Daarin is een dergelijke mogelijkheid inderdaad niet terug te vinden.

[26]
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 34.

[27]
J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2015, § 5.2.4, verwijzend naar EHRM 28 juni 1990, nr. 11761/85, *NJ* 1995/491 (*Obermeier/Oostenrijk*).

[28]
D.M.A. Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van artikel 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011 (10) 2.

[29]
J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA* 2014/85, verwijzend naar Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht, *Stb.* 1992, 315. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 105 (MvT).

[30]
J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA* 2014/85 verwijzend naar *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 29 (MvT).

[31]
Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3, p. 29.

[32]
J. van Drongelen, 'De zogenoemde 'cao-ontslagcommissie' nader beschouwd', *TRA* 2014/85 § 5. Instemmend: Bij de Vaate 2018, § 2.4.3.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[33]
Http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl/files/4014/3742/5767/Code_Ontslagcommissie_final_17072015.PDF.

[34]
I. van der Helm, ‘Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?’, *ArA* 2016, afl. 1, p. 3-22.

[35]
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998.

[36]
Zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2015, § 7.5.2.

[37]
HR 26 februari 2018 ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor*).

[38]
HR 26 februari 2018 ECLI:NL:HR:2018:220 (*Bossers & Cnossen*).

[39]
ECLI:NL:PHR:2017:1256, nrs. 3.37 t/m 3.39.

[40]
A-G De Bock citeert hier de Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht 1988, p. 76-78.

[41]
HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045, JAR 2018/185 (Certe).

[42]
Asser Procesrecht/Asser 3, Bewijsrecht 2017/10.

[43]
De HR verwijst naar *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44-45.

[44]
Zie bijvoorbeeld: HR 20 maart 1998, *NJ* 1999/693.

[45]
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

[46]
Een aanbod tot tegenbewijs moet wel worden gedaan. De rechter kan dit weliswaar ook ambtshalve bevelen, maar is daartoe niet verplicht en is zelden geneigd daartoe spontaan over te gaan. Het aanbod tot tegenbewijs behoeft in beginsel niet te worden gespecificeerd, tenzij er in eerste aanleg al getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen zijn overgelegd. Dan kan van de betrokken partij worden verwacht dat die aangeeft wat een nog te houden getuigenverhoor kan toevoegen aan hetgeen er reeds aan verklaringen in het dossier zit.

[47]
Ktr. Eindhoven 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8739.

[48]
Ktr. Amsterdam 12 november 2014 ECLI:NL:RBAMS:2014:7538 (*Q-park*).

[49]
Rb. Rotterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2512.

[50]
Rb. Amsterdam 1 mei 2018 ECLI:NL:RBAMS:2018:3327.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Omzien en inzien: een roep om wetgeving over het monitoren van werknemers, alcohol- en drugstesten en het inzagerecht

I.J. de Laat, datum 27-06-2019

Datum
27-06-2019
Auteur
I.J. de Laat[2]
Auteursprofiel
I.J. de Laat
Folio weergave
Download gedrukte versie (PDF)
JCDI
JCDI:ADS67576:1
Vakgebied(en)
Arbeidsrecht / Algemeen

Sinds de komst van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), met de ophef die daarbij kwam kijken, gaat alle aandacht uit naar die AVG. Hierdoor is er minder aandacht voor art. 8 EVRM terwijl het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de afgelopen periode belangrijke arresten heeft gewezen, over cameratoezicht en de monitoring van e-mailgebruik op de werkplek. Ook zal in dit artikel worden ingegaan op het inzagerecht. Geen grondrecht, maar wel een recht dat met de komst van de AVG steeds belangrijker wordt.[1]

1. Artikel 8 EVRM

De tekst van art. 8 lid 1 EVRM lijkt restrictief. Eenieder heeft recht op bescherming van zijn privéleven, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt evenwel een ruime opvatting waardoor tal van andere terreinen ook onder dit lid kunnen vallen, zoals lichamelijke integriteit en het recht op professionele ontplooiing en toegang tot de arbeid. De bescherming van het privéleven strekt zich ook uit tot de werkplek.[3] Onder correspondentie worden ook telefoongesprekken, e-mailverkeer en internetgebruik begrepen.[4]

Art. 8 lid 2 EVRM bepaalt dat slechts onder bepaalde voorwaarden beperkingen op het recht in lid 1 zijn toegestaan. Voorwaarde is dat deze beperkingen bij wet zijn voorzien. In de *Halford*-zaak ontbrak een wettelijke regeling om de telefoon van de werkneemster af te luisteren, zodat de werkgever geen beroep kon doen op de rechtvaardiging van het tweede lid en derhalve sprake was van een schending.[5] Eenzelfde redenering volgt het EHRM in de *Copland*-zaak, waar naast telefoongesprekken ook sprake was van het monitoren van e-mailverkeer en internetgebruik. Ook moeten de beperkingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het EHRM toetst of in het concrete geval een dringende maatschappelijke behoefte bestond en de inbreuk evenredig was aan het doel, maar is toegesneden op de reden van de inbreuk.

1.1 Cameratoezicht

De Hoge Raad heeft in het arrest *Wennekes Lederwaren*[6] bevestigd dat onder andere art. 8 EVRM het privéleven van de werknemer beschermt, daar waar een werknemer wordt gefilmd door zijn werkgever en welke beelden worden bewaard en bekeken. Daarnaast valt cameratoezicht in bepaalde gevallen ook onder de AVG. Immers, een beeldopname verschaft informatie over een persoon. Indien met behulp van onderscheidingskenmerken – eventueel in combinatie met andere gegevens – een persoon geïdentificeerd kan worden, is er sprake van een persoonsgegeven in de zin van art. 4 onderdeel I AVG. Op grond van art. 2 lid 1 AVG is die van toepassing op digitale (video- of webcam)beelden, op analoge beelden indien deze later digitaal worden verwerkt en op analoge beelden die in een bestand worden opgenomen. Indien cameratoezicht op de werkplek onder het bereik van de AVG valt, kan de werkgever een grondslag vinden in art. 6 onderdeel a AVG: toezicht is toegestaan met de ondubbelzinnige toestemming van de werknemer. Hierbij geldt dat in nationaal en internationaal verband als uitgangspunt geldt dat in de arbeidsverhouding geen sprake kan zijn van uit vrije wil toestemming geven gezien de tussen werkgever en werknemer bestaande gezagsverhouding. Ook de toenmalige Artikel 29-werkgroep (thans de European Data Protection Board – EDPB)[7] heeft zich uitgelaten over het verlenen van toestemming in de

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

arbeidsverhouding. In zijn rapport over de gegevensverwerking op de werkvloer schrijft de EDPB dat:

"Given the unequal relationship between employers and employees – i.e. the employee has a financial dependence on the employer – and the sensitive nature of the data, it is highly unlikely that legally valid explicit consent can be given for the tracking or monitoring of such data as employees are essentially not free to give such consent in the first place."[8]

Cameratoezicht kan ook een grondslag vinden in art. 6 onderdeel f AVG. Deze grondslag kan gebruikt worden als het toezicht noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang van de werkgever of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang van de werknemer, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert. De noodzakelijkheidstoets in dit onderdeel veronderstelt, aldus de memorie van toelichting, dat het toezicht pas voldoet als de werkgever heeft voldaan aan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets:[9] wordt met het cameratoezicht een inbreuk gemaakt op belangen of fundamentele rechten van wie beeldopnamen worden verwerkt en zo ja, dient dan, afhankelijk van de ernst van de inbreuk, cameratoezicht achterwege te blijven? Kan het doel dat met cameratoezicht wordt nagestreefd ook langs andere weg worden bereikt? Is het cameratoezicht (in intensiteit) evenredig aan het na te streven doel? Op 28 januari 2014 publiceerde het College Bescherming Persoonsgegevens (thans de Autoriteit Persoonsgegevens – AP) 'do's and don'ts voor cameratoezicht op de werkvloer.[10] In deze do's and don'ts wordt ingegaan op de zogenaamde privacytoets, inhoudende dat de vraag moet worden gesteld: 1) of de inzet van camera's noodzakelijk is; 2) of het doel ook op een andere manier kan worden bereikt, met een minder ingrijpend middel dan camera's; en 3) of het bedrijfsbelang opweegt tegen het privacybelang van de werknemers.

De normen die de AP hanteert, komen in belangrijke mate overeen met de criteria die het EHRM stelt. In 2010 heeft het EHRM zich in de *Köpke*-uitspraak uitgelaten over de inzet van heimelijk cameratoezicht.[11] In de uitspraak gaat het EHRM uitgebreid in op de vraag of de inbreuk op de privacy van de werkneemster voldoende steun vond in het nationale recht. Werkneemster, mevrouw Köpke, werkte in een Duitse supermarkt en werd ervan verdacht dat zij had gefraudeerd met de statiegeldbonnetjes. Zij wordt op basis van de uitkomst van heimelijk cameratoezicht op staande voet ontslagen. Nadat in Duitsland in drie instanties is geoordeeld dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, dient werkneemster een klacht in bij het EHRM. De klacht wordt niet ontvankelijk verklaard waarbij het hof de volgende elementen van het heimelijk cameratoezicht van belang achtte:

- de waarneming was gebaseerd op een specifiek vermoeden van onrechtmatig gedrag van een werknemer;
- de waarneming was in tijd en ruimte beperkt;
- de waarneming betrof het gedrag van K. als werkneemster;
- de waarneming was noodzakelijk om bewijs te vergaren;
- toegang tot de beelden was beperkt tot de ingeschakelde privédetective en een aantal stafleden van de werkgever; en
- de beelden waren slechts gebruikt als bewijs in de ontslagprocedure.

Het hof merkt ten slotte nog wel op dat de belangenafweging tussen het privacybelang van de werknemer en dat van de werkgever op bescherming van zijn bedrijfsbelangen in de toekomst anders zou kunnen uitvallen, in het licht van het feit dat de steeds verdergaande techniek steeds verdergaande inbreuken op de privacy mogelijk zullen maken.

In Nederland is een extra voorwaarde – naast de door het EHRM genoemde voorwaarden – dat de werknemers vooraf in kennis worden gesteld over de mogelijke inzet van verborgen camera's. Sinds 2004 is het kenbaarheidsvereiste bij heimelijk cameratoezicht strafrechtelijk verankerd (artt. 139f en 441b Sr).[12]

Dit kenbaarheidsvereiste speelde ook een belangrijke rol in het recente arrest van het EHRM *López Ribalda a.o./Spain*.[13] De Spaanse werkgever had zichtbare én onzichtbare camera's geïnstalleerd vanwege een vermoeden van diefstal maar had de werknemers alleen over de zichtbare camera's geïnformeerd. Naar Spaans recht moeten – net als in Nederland – werknemers vooraf worden geïnformeerd over de inzet van verborgen camera's. Dit was niet gebeurd. Het EHRM benoemt dat dit een verschil is met de *Köpke*-zaak waar geen dergelijke wettelijke verplichting bestond. Daar kwam bij dat de inzet niet proportioneel was aangezien de werkgever alle werknemers wekenlang filmde, gedurende alle arbeidsuren. Het EHRM oordeelde om die reden dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM met als gevolg dat door de Spaanse overheid schadevergoeding moet worden betaald aan de vijf werknemers ter hoogte van EUR 4.000,- per werknemer. Het EVRM oordeelde voorts dat de schending van art. 8 EVRM niet met zich brengt dat er geen eerlijk proces is geweest als bedoeld in art. 6 EVRM. De ontslagen waren niet alleen gebaseerd op de video-opnamen maar ook op verklaringen van getuigen en op bekentenissen van drie van de vijf werknemers. In Nederland zou er ook niet snel een situatie ontstaan waar bewijs buiten beschouwing moet worden gelaten. De Hoge Raad liet zich in 2014 tot tweemaal toe uit over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken.[14] Uit deze arresten volgt het uitgangspunt dat het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang van partijen om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken zwaarder wegen dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd.

Ook de overheid van Montenegro moest schadevergoeding betalen aan twee professoren die gefilmd zijn in de auditoria

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

waar college werd gegeven. Het EHRM concludeerde dat dit eveneens een schending van art. 8 EVRM opleverde aangezien er voor dit specifieke cameratoezicht geen wettelijke basis was. Het EHRM bevestigt in dat kader dat het begrip 'privéleven' in art. 8 EVRM ook betrekking heeft op professionele activiteiten. Ook activiteiten die plaatsvinden in een openbare context vallen onder het artikel. De auditoria zijn niet alleen aan te merken als hun werkplek, maar ook als de plaats waar zij contact hebben met studenten, relaties onderhouden en hun sociale identiteit vormgeven. De overheid van Montenegro moet aan beide professoren het door hen gevorderde bedrag aan schadevergoeding betalen van EUR 1.000,-.

Geconcludeerd kan worden dat zowel het EVRM, als de AVG, maar ook het Wetboek van Strafrecht en het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW van toepassing zijn op de privacyrechten van werknemers. Dit maakt het speelveld diffuus.

1.2 E-mail- en internetcontrole

Ook e-mail- en internetverkeer wordt beschermd door art. 8 EVRM. Het EHRM maakte in dit kader in de *Halford*-uitspraak uit dat de werknemer een 'reasonable expectation of privacy' heeft. Zoals hiervoor aangegeven besliste het EHRM in het *Copland*-arrest dat correspondentie ook telefoongesprekken, e-mailverkeer en internetgebruik omvat. Hier was in de *Barbulescu*-uitspraak uit 2016 dan ook geen discussie meer over.[15] Het EHRM overwoog dat de betreffende zaak verschilde van de eerdergenoemde zaken vanwege het feit dat in de interne reglementen was opgenomen dat het voor werknemers strikt verboden was om de computers van de werkgever te gebruiken voor privédoeleinden. Het EHRM oordeelde dat controle op e-mailgebruik van een Roemeense werknemer was toegestaan, met inbegrip van persoonlijke e-mail nu deze werd verstuurd vanaf het werkaccount. Het EHRM bevestigt daarbij nogmaals dat correspondentie vanuit werk in principe valt onder het bereik van art. 8 EVRM. Onder verwijzing naar de zaak *Köpke/Duitsland* oordeelt het EHRM:

> "It is open to question whether – and if so, to what extent – the employer's restrictive regulations left the applicant with a reasonable expectation of privacy. Be that as it may, an employer's instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero. Respect for private life and for the privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary."

Met andere woorden, als er geen waarschuwing is gegeven dat het e-mailgebruik wordt gemonitord, mag de werknemer een redelijke verwachting van privacy hebben. Het EHRM heeft de kwestie vervolgens beperkt getoetst. Niet het gedrag van de werkgever wordt beoordeeld, maar de vraag of Roemenië voldoende heeft gedaan om art. 8 EVRM goed op te volgen.

Naast artikel 8 EVRM is ook de AVG van toepassing op de verwerking van email- en internetgegevens van een werknemer. Ook voor de beoordeling of het controleren van e-mail- en internetgebruik geoorloofd is, geldt dat niet altijd helder is wat precies het toetsingskader is. Zowel het CBP[16] (thans AP), als de EDPB[17] hebben een toetsingskader geschetst voor controle van werknemers. Ook voor dit onderwerp maakt de verschillende toepasselijke wet- en regelgeving dat er sprake is van een onduidelijk toetsingskader.

2. Oproep aan de wetgever

2.1 Nadere regels stellen voor controle van werknemers

Zoals hiervoor geconstateerd is de versplinterde toepasselijke wet- en regelgeving ten aanzien van het monitoren van werknemers – voor juristen, laat staan voor werkgevers en werknemers – lastig te doorgronden. Daar komt bij dat het 'probleem' dat speelde bij de Wet bescherming persoonsgegevens ook onder de AVG bestaat: deze wetgeving niet is geschreven voor de arbeidsverhouding en leidt om die reden tot verwarring. Rechters worstelen hier ook mee[18] zodat ook de uit de rechtspraak af te leiden criteria niet eenduidig zijn. Dit is onwenselijk, vooral bij onderwerpen waar grondrechten in het geding zijn, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.[19] Art. 88 AVG biedt wetgevers de mogelijkheid nadere regels te stellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding. Zowel voor de inzet van (heimelijk) cameratoezicht en e-mail/internetcontrole als voor het afnemen van alcohol- en drugstesten[20] is het van belang dat nadere regels worden gesteld. Zelfs de AP heeft hiertoe recentelijk opgeroepen.[21] Door de vereisten die worden gesteld aan de inzet van cameratoezicht, e-mail/internetcontrole en alcohol- en drugstesten wettelijk te verankeren komt er meer eenduidigheid in de rechtspraak en dit komt de rechtszekerheid ten goede.

2.2 Inzagerecht

Ook voor het inzagerecht van de werknemer – strikt genomen geen grondrecht – geldt mijns inziens dat een nadere verduidelijking noodzakelijk is. Ook hierover bestond onder de Wbp al onduidelijkheid, voornamelijk over de vraag of het inzagerecht ook het recht op fotokopieën behelsde alsook de vraag wanneer er een grond was om inzage te weigeren. Uit de rechtspraak onder de Wbp volgde dat het inzagerecht op vier gronden van de hand kon worden gewezen, te weten: 1)

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

omdat het geen bestand betreft; 2) omdat het persoonlijke aantekeningen betreft; 3) op grond van de uitzondering dat de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen ertoe leidt dat geen inzage hoeft te worden gegeven; en 4) omdat een derde bedenkingen heeft tegen de inzage.

In de AVG is expliciet opgenomen dat een betrokkene het recht heeft op een kopie van de persoonsgegevens die worden verwerkt (art. 15 lid 3 AVG). Desalniettemin is niet geheel duidelijk of een werkgever kan volstaan met inzage in een overzicht van welke persoonsgegevens worden verwerkt en met welke doeleinden enz. (de informatie die volgens art. 15 AVG moet worden verkregen) of dat de werknemer ook fotokopieën van onderliggende documenten moet krijgen. Volgens de AP moet de verwerkingsverantwoordelijke een afschrift van persoonsgegevens verstrekken, hetgeen bijvoorbeeld een overzicht van de persoonsgegevens is die van de betrokkene worden verzameld en wat die precies zijn. Of een kopie van een document waarin de persoonsgegevens staan opgenomen, maar dit hoeft niet per se, aldus de AP.[22] Met andere woorden, onder verwijzing naar de website van de AP zou betoogd kunnen worden dat het verstrekken van fotokopieën niet noodzakelijk is. Dit is ook in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Aan het hof zijn in 2014 prejudiciële vragen gesteld over het inzagerecht.[23] Het hof stelt bij de beantwoording van deze vragen voorop dat het recht op inzage is gegeven aan de betrokkene om zich te vergewissen dat zijn persoonsgegevens juist en rechtmatig worden verwerkt. Verder oordeelt het hof dat het volstaat als aan de betrokkene een volledig overzicht, in begrijpelijke vorm, van de gegevens wordt gegeven. Dat wil zeggen in een vorm die de betrokkene in staat stelt kennis te nemen van die gegevens en te controleren of zij juist zijn en zijn verwerkt in overeenstemming met de oude Privacyrichtlijn en thans de AVG.

Als al fotokopieën gegeven moeten worden, is de vraag of ook documenten moeten worden verstrekt die de betrokkene al heeft. De Hoge Raad oordeelde hierover in de *Dexia*-zaken[24] dat door de verantwoordelijke geen gegevens verstrekt hoeven te worden waarover de betrokkene reeds beschikt en aan de hand waarvan hij zich reeds een oordeel heeft kunnen vormen. Zo dacht de voorzieningenrechter te Den Haag er echter niet over.[25] Deze rechter oordeelde dat de argumenten van de werkgever dat de opgevraagde gegevens bij de werknemer bekend waren of hadden moeten zijn alsmede dat sommige gegevens eerder al door de werknemer waren opgevraagd, niet als uitzondering in de AVG waren opgenomen. De kopieën moesten dus worden verstrekt.

Ten aanzien van de uitzonderingen op het inzagerecht onder de AVG, geldt het volgende. Art. 15 lid 4 AVG regelt dat “het in lid 3 bedoelde recht om een kopie te verkrijgen, geen afbreuk doet aan de rechten en vrijheden van anderen”. Daarnaast is in art. 41 van de Uitvoeringswet AVG (UAVG) een uitzondering opgenomen die regelt dat de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen er toe kan leiden dat geen inzage hoeft te worden gegeven. Voorts geldt – net als onder de Wbp – dat de AVG niet van toepassing is als er geen sprake is van een bestand.[26] Ten slotte is de AVG niet van toepassing op verwerking van persoonsgegevens door een natuurlijke persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit (art. A lid 2 AVG). Anders gezegd, op hoofdlijnen is de regeling ten aanzien van het inzagerecht ongewijzigd.

De verduidelijking op dit punt zou er wat mij betreft op moeten zien helder te krijgen welke gegevens een werkgever precies moet verstrekken als een werknemer zich beroept op het inzagerecht. Op basis van de eerdere rechtspraak[27] zou mijns inziens het uitgangspunt moeten zijn dat inzage niet het recht op een fotokopie behelst. Indien wel fotokopieën worden verstrekt, hoeven in ieder geval geen gegevens verstrekt te worden waarover de betrokkene reeds beschikt en aan de hand waarvan hij zich reeds een oordeel heeft kunnen vormen. Voorts hoeft interne correspondentie niet te worden verstrekt omdat deze gegevens vallen onder de uitzonderingsbepaling ex art. 41 UAVG op grond waarvan de persoonlijke gedachten van medewerkers die uitsluitend bedoeld zijn voor intern overleg en beraad buiten het inzagerecht vallen.[28] Ten slotte geldt nog dat het inzagerecht beperkt kan worden als dit noodzakelijk is om de rechten en vrijheden van anderen te beschermen. Zo kan bijvoorbeeld de identiteit van een klager of een klokkenluider niet worden verkregen op basis van het inzagerecht.[29]

3. Roep om wetgeving

Sinds de invoering van de AVG staat de privacy van werknemers steeds meer in de schijnwerpers. Dit maakt dat ook de onduidelijkheid over hoe de privacyregelgeving moet worden toegepast in de arbeidsverhouding steeds pregnanter wordt. Dit geldt ten aanzien van het door werkgevers monitoren van gedrag van werknemers, maar ook ten aanzien van het inzagerecht. Het verbaast dat de wetgever geen gebruik heeft willen maken van de mogelijkheid die de AVG biedt om bepaalde onderwerpen nader uit te werken. Mijns inziens is het wel degelijk aan de wetgever te zorgen dat de vereisten die worden gesteld aan de inzet van cameratoezicht, e-mail/internetcontrole en alcohol- en drugstesten alsmede aan de toepassing van het inzagerecht in wetgeving worden uitgewerkt.

Voetnoten

[1]
Dit artikel is in andere vorm verschenen in het liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van J.J.M de Laat als kantonrechter.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[2]
Inge de Laat is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

[3]
EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 (*Niemietz*).

[4]
EHRM 3 april 2007, no. 62 617/00 (*Copland*).

[5]
EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998/506 (*Halford*).

[6]
HR 27 april 2001, *JAR* 2001/95.

[7]
De European Data Protection Board (EDPB) is een orgaan waarin alle nationale privacytoezichthouders uit de Europese Unie samenwerken bij hun toezicht op de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De EDPB bestaat uit alle voorzitters van de privacytoezichthouders van de EU.

[8]
Opinion 2/2017 on data processing at work d.d. 8 June 2017.

[9]
Kamerstukken II 1997/98, 25892, 3, p. 86-89.

[10]
https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/cameratoezicht/cameratoezicht-op-de-werkplek?qa=cameratoezicht.

[11]
EHRM 18 april 2012, *JAR* 2012/155.

[12]
Laat, I.J. de, 'Verborgen cameratoezicht en de rol van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2006/55.

[13]
EHRM 9 januari 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413, *JAR* 2018/56, m.nt. De Laat.

[14]
HR 11 juli 2014, *JAR* 2014/194 en HR 18 april 2014, *JAR* 2014/65.

[15]
EHRM 5 september 2017, no. 61496/08.

[16]
J.H.J. Terstegge, *Goed werken in netwerken; Regels voor controle op e-mail en internetgebruik van werknemers*, 2001, bewerkt door S. Lieon, 2002.

[17]
Artikel 29-werkgroep 8 juni 2017, Werkdocument over de controle op elektronische communicatie op het werk.

[18]
Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBMNE:2017:6075.

[19]
Zie hierover ook: A.H. Pool, 'Particuliere recherche door werkgevers'.

[20]
Zie hierover: Laat, I.J. de, 'Alcohol- en drugstesten, een gemiste kans', *ArbeidsRecht* 2018/6.

[21]
https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/testen-op-alcohol-drugs-geneesmiddelen-tijdens-werktijd-alleen-met-wettelijke-regeling.

[22]
https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/privacyrechten/recht-op-inzage.

[23]
HvJ EU 17 juli 2014, *AB* 2014/365.

[24]
HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4664.

[25]

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Rb. Den Haag 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10910.

[26]
HR 3 juni 2002, *LJN* AT 1093 maar ook Rb. Midden-Nederland 25 juli 2018, *JAR* 2018/228.

[27]
Zie voor een helder overzicht de recente uitspraak van de Rb. Noord-Holland van 23 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:4283.

[28]
HR van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4196.

[29]
Artikel 29-werkgroep, Opinion 1/2006, 1 februari 2006.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 07-01-2020. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Ontslagregeling
Geldend van 01-01-2020 t/m heden

Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling)

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op de artikelen 669, vijfde lid, onderdelen a en b, 671a, zevende lid, 673a, derde lid, 673c, tweede lid, 673d, eerste lid, en 682a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1, eerste lid, onderdeel e, en tweede lid, van de Wet melding collectief ontslag;

Besluit:

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 1. Begripsbepalingen

In deze regeling wordt verstaan onder:

a. *bedrijfseconomische omstandigheden:* bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
b. *werknemer:* de werknemer, bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
c. *werkgever:* de werkgever, bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
d. *bedrijfsvestiging:* een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft;
e. *groep:* de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
f. *payrollwerkgever:* de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen;
g. *payrollwerknemer:* de werknemer, bedoeld in onderdeel f;
h. *opdrachtgever:* de derde, bedoeld in onderdeel f;
i. *uitzendwerkgever:* de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
j. *inleenopdracht:* een overeenkomst tussen een uitzendwerkgever en een derde, niet zijnde een opdrachtgever als bedoeld in onderdeel h;
k. *UWV:* het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, bedoeld in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen;
l. *overheidswerkgever:* de werkgever, bedoeld in artikel 2 van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren die op basis van artikel 1 van die wet arbeidsovereenkomsten sluit met ambtenaren.

§ 2. Regels met betrekking tot een redelijke grond voor ontslag als bedoeld in artikel 669 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 2. Beoordeling noodzaak verval van arbeidsplaatsen

In geval van een collectief ontslag als bedoeld in de Wet melding collectief ontslag wordt voor de toepassing van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aangenomen dat voor een doelmatige bedrijfsvoering het door de werkgever voorgestelde aantal te vervallen arbeidsplaatsen noodzakelijk is, indien dit blijkt uit een schriftelijke verklaring van de belanghebbende verenigingen van werknemers als bedoeld in artikel 3, derde lid, van de Wet melding collectief ontslag, tenzij sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden.

Artikel 2a. Beoordeling noodzaak verval van arbeidsplaatsen bij democratisch genomen besluiten die betrekking hebben op overheidswerkgevers

Een overheidswerkgever die bij het UWV een schriftelijk verzoek indient om toestemming om op te zeggen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, geeft aan in het schriftelijke verzoek op welke wijze, binnen de democratische structuur waarin de overheidswerkgever opereert een bepaalde organisatie dan wel een onderdeel van een bepaalde overheidsorganisatie wordt opgeheven, gereorganiseerd of gekort dient te worden. De overheidswerkgever geeft daarbij concreet aan hoe de beslissing om de organisatie te veranderen tot stand is gekomen en welke, indien aan de orde, democratisch genomen besluiten aan de beslissing om toestemming te vragen om op te zeggen ten grondslag liggen.

Artikel 3. Verval arbeidsplaatsen groep

Indien arbeidsplaatsen vervallen bij een werkgever, wiens onderneming deel uitmaakt van een groep, of die meer dan één onderneming in stand houdt, wordt de noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die van toepassing zijn op de onderneming waar de arbeidsplaatsen vervallen.

Artikel 4. Deeltijdontslag

Er bestaat geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen, tenzij dit onvermijdelijk is en de werkgever de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur.

Artikel 5. Uitbesteden werkzaamheden

Er bestaat geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbesteedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten.

Artikel 6. Uitbesteden werkzaamheden aan zelfstandigen

Indien de werkgever voornemens is werkzaamheden van een werknemer uit te besteden aan een persoon die deze werkzaamheden niet op basis van een arbeidsovereenkomst zal verrichten, is alleen sprake van een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als die persoon werkzaamheden verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep en deze werkzaamheden zullen worden verricht door of namens een natuurlijke of rechtspersoon die is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel.

Artikel 7. Redelijke grond voor ontslag uitzendkracht

Bij het beëindigen van een inleenopdracht, bestaat een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien aannemelijk is dat de werknemer niet binnen de periode van 26 weken, bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, bij die derde dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal

kunnen verrichten en de uitzendwerkgever zich gedurende een periode gelijk aan de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, heeft ingespannen om de werknemer te herplaatsen in een passende functie.

Artikel 8. Verval arbeidsplaatsen over toekomstige periode bezien

1. De periode van 26 weken, bedoeld in artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

2. Indien sprake is van het beëindigen van een inleenopdracht vangt de periode, bedoeld in het eerste lid, aan op de dag waarop de inleenopdracht eindigt.

§ 3. Regels met betrekking tot herplaatsing en de redelijke termijn, bedoeld in artikel 669 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 9. Herplaatsing

1. Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, worden arbeidsplaatsen betrokken:

a. waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, een vacature zal ontstaan;
b. waarop werknemers of personen, die geen werkzaamheden van tijdelijke aard verrichten gedurende ten hoogste 26 weken, werkzaam zijn:
   1°. op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, die binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, eindigt;
   2°. op basis van een uitzendovereenkomst;
   3°. op basis van een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet is vastgelegd;
   4°. die ter beschikking zijn gesteld, anders dan door een payrollwerkgever;
   5°. die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd hebben bereikt; of
   6°. anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, tenzij deze werkzaamheden worden verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep, deze werkzaamheden worden verricht door of namens natuurlijke of rechtspersonen die zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, en het voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is dat deze werkzaamheden anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht.

2. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, worden bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is mede arbeidsplaatsen in andere tot deze groep behorende ondernemingen betrokken.

3. Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.

Artikel 10. Redelijke termijn

1. De redelijke termijn, bedoeld in artikel 669, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is gelijk aan de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, tweede en derde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

2. Voor een werknemer met een arbeidshandicap bedraagt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste lid, 26 weken.

3. Als werknemer met een arbeidshandicap, bedoeld in het tweede lid, wordt aangemerkt de werknemer:

a. die voor 29 december 2005 als arbeidsgehandicapte is aangemerkt op grond van de Wet op

de (re)integratie arbeidsgehandicapten voor zolang aanspraak bestaat op voorzieningen op grond van die wet;
b. met een uitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen of een uitkering of recht op arbeidsondersteuning op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten;
c. waarvoor voorzieningen zijn getroffen tot behoud, herstel of ter bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid; of
d. die bij ziekte recht heeft op ziekengeld als bedoeld in artikel 29b van de Ziektewet.

4. De redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

5. Indien sprake is van het beëindigen van een inleenopdracht:

a. vangt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, aan op de dag waarop de inleenopdracht eindigt;
b. wordt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, verlengd met de perioden waarin de werknemer wegens ziekte of gebreken niet in staat is arbeid te verrichten.

§ 4. Regels met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden

Artikel 11. Afspiegelingsbeginsel

1. Voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 gaat, komen per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komt, voor zover mogelijk, overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de desbetreffende categorie uitwisselbare functies. De in de eerste volzin bedoelde leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en vanaf 55 jaar.

2. Indien in een categorie uitwisselbare functies werknemers werkzaam zijn van wie de arbeidsrelatie op grond van artikel 671a, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek moet worden beëindigd alvorens toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst wordt verleend, komen in volgorde van de lengte van het dienstverband achtereenvolgens voor ontslag in aanmerking:

a. de werknemers, bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, onderdeel d, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
b. de werknemers, bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
c. de werknemers bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

3. Indien de toepassing van het eerste lid geen uitsluitsel geeft over de voor ontslag in aanmerking te brengen werknemers doordat:

a. op enig moment in de berekening, op grond van het eerste lid, twee of meer leeftijdscategorieën aangemerkt worden, waarbinnen een werknemer voor ontslag in aanmerking komt, worden werknemers uit bedoelde leeftijdscategorieën samengenomen. Van deze werknemers komt de werknemer met het kortste dienstverband voor ontslag in aanmerking.
b. in een bepaalde leeftijdscategorie, of bij het van toepassing zijn van onderdeel a, de duur van het dienstverband van meerdere werknemers gelijk is, beslist de werkgever welke van deze werknemers voor ontslag in aanmerking komt.

4. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, kan deze werknemer bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten.

5. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn, kan deze werknemer bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten.

6. Arbeidsbeperkten als bedoeld in artikel 38b, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen kunnen bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten.

7. Indien een werknemer voor ontslag in aanmerking wordt gebracht wegens het vervallen van een loonkostensubsidie die de werkgever voor die werknemer ontving, is het eerste lid niet van toepassing.

Artikel 12. Peildatum

1. Bij de toepassing van artikel 11 wordt uitgegaan van de werknemers die op het moment waarop het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomsten te beëindigen wordt ingediend werkzaam waren binnen een categorie uitwisselbare functies.

2. De werkgever kan voor de toepassing van artikel 11, eerste lid, uitgaan van een eerder objectief vast te stellen moment dan het moment, bedoeld in het eerste lid, indien daar een redelijke grond voor is en voor zover dat moment niet gelegen is voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat arbeidsplaatsen zouden vervallen.

3. Indien het beëindigen van een inleenopdracht leidt tot het vervallen van één of meer arbeidsplaatsen bij een uitzendwerkgever, wordt, in afwijking van het eerste lid en tweede lid, bij de toepassing van artikel 11 uitgegaan van het moment waarop de inleenopdracht eindigt.

Artikel 13. Uitwisselbare functies

1. Een functie is uitwisselbaar met een andere functie, indien:

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

2. De factoren, bedoeld in het eerste lid, worden in onderlinge samenhang beoordeeld.

Artikel 14. In aanmerking te nemen uitwisselbare functies

1. Bij de toepassing van artikel 11 wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de onderneming van de werkgever, tenzij de arbeidsplaatsen vervallen binnen een bedrijfsvestiging van de onderneming van de werkgever, in welk geval voor de toepassing van dat artikel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de bedrijfsvestiging.

2. Indien de redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel dit, gelet op de omstandigheden, met zich meebrengt, worden, in afwijking van het eerste lid, uitwisselbare functies bij verschillende ondernemingen van de werkgever of onderdelen van een onderneming van de werkgever die worden aangemerkt als bedrijfsvestiging, samengenomen.

3. In afwijking van het eerste lid wordt, bij het vervallen van een inleenopdracht bij een uitzendwerkgever, bij de toepassing van artikel 11 uitgegaan van de inleenopdrachten met uitwisselbare functies bij het bedrijf waar de werknemer laatstelijk werkzaam was en de inleenopdrachten op grond waarvan bij andere bedrijven per bedrijf in totaal vier of meer werknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies, met dien verstande dat van de

inleenopdrachten in andere bedrijven, de inleenopdrachten buiten beschouwing blijven waarvan de resterende duur twee maanden of minder bedraagt te rekenen vanaf het moment waarop de inleenopdracht is komen te vervallen.

4. In afwijking van het eerste lid, wordt bij het vervallen van arbeidsplaatsen bij een werkgever in de thuiszorg, de kraamzorg, de jeugdgezondheidszorg, de gehandicaptenzorg, de jeugdhulp, de geestelijke gezondheidszorg met inbegrip van de verslavingszorg, de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening of bij een verpleeg- of verzorgingshuis, uitgegaan van de gemeente waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen, tenzij de werkgever:

a. binnen de betreffende gemeente beschikt over meerdere bedrijfsvestigingen, in welk geval bij de toepassing van artikel 11 wordt uitgegaan van die bedrijfsvestigingen; of
b. aannemelijk maakt dat vanwege de wijze waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd, uitgegaan moet worden van de onderneming of van een bedrijfsvestiging binnen de onderneming.

5. Indien een werknemer in meerdere gemeenten of bedrijfsvestigingen zijn werkzaamheden uitvoert wordt de werknemer bij de toepassing van het eerste en vierde lid toegerekend aan elk van die gemeenten of bedrijfsvestigingen voor het aantal uren waarin de werknemer in een gemeente of bedrijfsvestiging werkzaam is. Indien het aantal uren waarin de werknemer werkzaamheden uitvoerde in een gemeente of bedrijfsvestiging in een periode van ten hoogste zes maanden voorafgaand aan de peildatum, bedoeld in artikel 12, wisselend was, wordt uitgegaan van het gemiddelde aantal uren waarin de werknemer in een gemeente of vestiging werkzaam was in die periode.

Artikel 15. Opvolgende arbeidsovereenkomsten

1. Voor de berekening van de duur van het dienstverband, bedoeld in artikel 11, eerste, tweede en derde lid, onderdeel a, worden een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.

2. Voor de toepassing van het eerste lid worden arbeidsovereenkomsten geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.

3. Voor de toepassing van het eerste lid worden arbeidsovereenkomsten geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die deel uitmaken van een groep, indien van werknemers die in dienst zijn bij deze werkgevers verwacht wordt dat zij regelmatig binnen deze groep van functie veranderen.

4. In afwijking van het eerste lid worden voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet samengeteld als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden.

Artikel 16. Alternatief afspiegelingsbeginsel

1. Bij de toepassing van artikel 11 kan ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers dat voor ontslag in aanmerking komt buiten beschouwing worden gelaten, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is bepaald dat van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt.

2. Werknemers kunnen uitsluitend op grond van het eerste lid buiten beschouwing worden gelaten, indien:

a. aannemelijk is dat de werknemer bovengemiddeld functioneert dan wel naar verwachting in de toekomst zich bovengemiddeld zal ontwikkelen;
b. de werknemers periodiek zijn beoordeeld, waarbij steeds aangegeven is of een werknemer

bovengemiddeld functioneert of zich naar verwachting in de toekomst bovengemiddeld zal ontwikkelen;
c. voor alle werknemers kenbaar is gemaakt dat werknemers die bovengemiddeld functioneren of waarvan de verwachting is dat zij zich bovengemiddeld zullen gaan ontwikkelen buiten beschouwing gelaten kunnen worden bij de toepassing van artikel 11; en
d. aan alle werknemers dezelfde mogelijkheden zijn geboden om zich, al dan niet in de toekomst, te ontwikkelen tot een bovengemiddeld functionerende werknemer.

3. Toepassing van het eerste lid is toegestaan, voor zover dit er niet toe leidt dat meer werknemers uit de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar en van 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet genoemde leeftijd voor ontslag in aanmerking worden gebracht dan zonder toepassing van het eerste lid.

4. Het aantal werknemers dat op grond van het eerste lid buiten beschouwing wordt gelaten, wordt naar boven afgerond.

§ 5. Regels met betrekking tot het eerst beëindigen van andere arbeidsrelaties

Artikel 17. Opzeggen terwijl andere arbeidsrelaties nog niet zijn geëindigd

De toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek kan worden verleend zonder dat de werkgever de arbeidsrelatie of overeenkomst heeft beëindigd van:

a. werknemers en personen die werkzaamheden van tijdelijke aard verrichten, gedurende een periode van ten hoogste 26 weken;
b. werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, anders dan bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, onderdelen b en d, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de resterende looptijd van de arbeidsovereenkomst meer bedraagt dan 26 weken, te rekenen vanaf de dag waarop op het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wordt beslist, voor zover deze werknemers niet op grond van artikel 11 in aanmerking komen voor ontslag;
c. payrollwerknemers, die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, anders dan bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, onderdelen b en d, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de resterende looptijd meer bedraagt dan 26 weken, te rekenen vanaf de dag waarop op het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wordt beslist, voor zover voor deze werknemers uit de toepassing van artikel 11 niet voortvloeit dat de overeenkomst met de payrollwerkgever moet worden opgezegd;
d. personen die werkzaamheden verrichten anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, indien de werkzaamheden worden verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep, door of namens natuurlijke of rechtspersonen die zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, en het voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is dat deze werkzaamheden anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht.

§ 6. Regels met betrekking tot de wederindiensttredingsvoorwaarde

Artikel 18. Wederindiensttredingsvoorwaarde buiten toepassing

De artikelen 681, eerste lid, onderdelen d en e, en 682, vierde en vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing, indien de werkgever nadat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 6 is opgezegd of ontbonden, de werkzaamheden laat verrichten door een persoon als bedoeld in artikel 6.

Artikel 19. Wederindiensttredingsvoorwaarde na groepsontslag

Indien meer dan één arbeidsovereenkomst met betrekking tot dezelfde werkzaamheden wegens bedrijfseconomische omstandigheden is opgezegd of ontbonden, stelt de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op grond van artikel 11 als laatste in aanmerking kwam voor opzegging

of ontbinding, als eerste in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden te hervatten dan wel als kandidaat bij een derde te worden voorgedragen. Indien een werknemer geen gebruik van die gelegenheid maakt, of een werknemer door die derde niet geschikt wordt geacht, stelt de werkgever telkens de werknemer die daarna in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding in de gelegenheid de werkzaamheden te hervatten of te worden voorgedragen bij die derde.

§ 7. Regels met betrekking tot het ontslag van de payrollwerknemer

Artikel 20. Redelijke grond bij ontslag van payrollwerknemer

Indien een overeenkomst tussen een payrollwerkgever en een opdrachtgever wordt beëindigd, wordt aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever bepaald of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer, waarbij:

a. voor de toepassing van paragraaf 2 tot en met 5 de payrollwerknemer geacht wordt in dienst te zijn bij de opdrachtgever; en
b. de opdrachtgever geacht wordt de werkgever, bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te zijn.

Artikel 21. Afwijking afspiegelingsbeginsel

Voor zover de regels voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen bij de opdrachtgever afwijken van paragraaf 4, wordt bij de toepassing van die paragraaf uitgegaan van de afwijkende regels.

Artikel 22. Wederindiensttredingsvoorwaarde bij payrolling

Indien de arbeidsovereenkomst met een payrollwerknemer is opgezegd of ontbonden nadat de overeenkomst tussen een payrollwerkgever en een opdrachtgever is beëindigd, wordt de opdrachtgever geacht de werkgever te zijn die dezelfde werkzaamheden door een ander laat verrichten, bedoeld in de artikelen 681, eerste lid, onderdeel d, en 682, vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 23. Einde payrollovereenkomst bij niet-nakoming

Indien de overeenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever op initiatief van de payrollwerkgever wordt beëindigd, omdat de opdrachtgever de financiële verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst gedurende een periode van ten minste drie maanden in het geheel niet is nagekomen en de payrollwerkgever in voldoende mate heeft getracht nakoming van de overeenkomst af te dwingen:

a. zijn de artikelen 11, 20 en 22, alsmede de artikelen 681, eerste lid, onderdelen d en e, en 682, vierde en vijfde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing; en
b. kan de toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 669, derde lid, onderdeel a, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek worden verleend zonder dat de payrollwerkgever arbeidsrelaties of inleenovereenkomsten als bedoeld in artikel 671a, vijfde lid, heeft beëindigd.

§ 8. Regels met betrekking tot de transitievergoeding

Artikel 24. Kleine werkgever

[Vervallen per 01-01-2020]

Artikel 25. Betalen in termijnen

Indien van de mogelijkheid om de transitievergoeding in termijnen te betalen, bedoeld in artikel 673c, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gebruik wordt gemaakt, wordt de betaling van de transitievergoeding verspreid over een periode van ten hoogste zes maanden na de dag waarop op grond van artikel 686a, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de wettelijke rente

verschuldigd is over het bedrag van de transitievergoeding.

§ 9. Regels met betrekking tot de Wet melding collectief ontslag

Artikel 26. Werkgebieden Wet melding collectief ontslag

1. De werkgebieden, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet melding collectief ontslag zijn:

a. Friesland, Groningen en Drenthe;
b. Overijssel en Gelderland;
c. Noord-Brabant en Limburg;
d. Zuid-Holland en Zeeland;
e. Flevoland en Utrecht;
f. Noord-Holland.

2. Indien het UWV een melding van een collectief ontslag ontvangt, zendt het hiervan een afschrift, vergezeld van een rapport waarin de gemelde gegevens en verdere bijzonderheden zijn samengevat, toe aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Artikel 27. Gelijkstelling payrollwerknemer

Voor de toepassing van de Wet melding collectief ontslag worden payrollwerknemers gelijkgesteld met werknemers als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van die wet.

§ 10. Slotbepalingen

Artikel 28. Intrekken Ontslagbesluit en overgangsrecht

1. Het Ontslagbesluit wordt ingetrokken.

2. Het Ontslagbesluit, zoals dat luidde op 30 juni 2015, blijft van toepassing op een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en een opzegging gedaan na dat tijdstip op grond van een verzoek om toestemming van de arbeidsovereenkomst gedaan voor dat tijdstip en op de gedingen die daarop betrekking hebben.

Artikel 29. Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Ontslagregeling.

Artikel 30. Inwerkingtreding

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 juli 2015.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 23 april 2015

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher

M.H. Verschoor[1]

Wet arbeidsmarkt in balans: een overzicht

ArbeidsRecht 2019/52

Met het in consultatie brengen van het conceptwetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab), heeft de regering in april 2018 een eerste stap gezet in de uitvoering van hetgeen dat is overeengekomen in het Regeerakkoord 2017-2021.[2] Op 7 november 2018 werd de Wab ingediend bij de Tweede Kamer, waarna deze op 5 februari 2019 werd aangenomen door de Tweede Kamer.[3]
De weg door de Eerste Kamer verliep niet zonder weerstand. Herhaaldelijk werd kritiek geuit ten aanzien van het feit dat nieuwe wetgeving wordt geïntroduceerd, terwijl de eindevaluatie van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) nog niet heeft plaatsgevonden.[4] Daarnaast werd onder andere de angst uitgesproken voor het waterbedeffect (door de tijdelijke arbeidsovereenkomst minder aantrekkelijk te maken wordt gebruikmaken van zzp-constructies aantrekkelijker, omdat die nog niet worden aangepakt)[5] en werden vraagtekens geplaatst bij de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de Wab.[6]
Ondanks deze kritische noten werd het wetvoorstel op 28 mei 2019 aangenomen door de Eerste Kamer.[7] De Wab treedt, grotendeels,[8] in werking met ingang van 1 januari 2020.[9] Dit artikel geeft een overzicht.

1. Doelstelling en inhoud Wab

De Wab beoogt de kosten- en risicoverschillen tussen contractvormen te verminderen, zodat flexibel werk wordt gebruikt indien de aard van het werk dit behoeft en niet wegens een potentieel kostenvoordeel. Negatieve effecten van specifieke vormen van flexibele arbeid, zoals onzekerheid over werk en inkomen en afwenteling van kosten en risico's, worden beperkt of beprijsd. Ook beoogt de Wab het aangaan van een vast contract aantrekkelijker te maken voor werkgevers, zodat voor werkenden meer perspectief op zekerheid ontstaat.[10]

De Wab herziet daartoe wetgeving op het gebied van flexibele arbeid en het ontslagrecht. Verder introduceert de Wab premiedifferentiatie in de WW naar de aard van het contract. De wijzigingen ten aanzien van het ontslagrecht hebben betrekking op de introductie van een nieuwe ontslaggrond, en een daarbij behorende vergoeding. Tevens wordt wetgeving ten aanzien van de transitievergoeding gewijzigd.[11] De wijzigingen ten aanzien van flexibele arbeid hebben betrekking op de oproepovereenkomst, de ketenbepaling en payrolling.

In deze bijdrage zullen de belangrijkste wetsartikelen die door de WAB wijzigen, worden besproken. Aan een aantal van deze wijzigingen wordt tevens een afzonderlijke bijdrage geleverd in deze aflevering van ArbeidsRecht.

2. Ontslagrecht

De Wwz heeft het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd.[12] Er werd een gesloten stelsel van ontslaggronden ingevoerd, waarbij slechts een voldragen grond tot toewijzing van het ontbindings- of UWV verzoek kan leiden.[13] Cumulatie van ontslaggronden is niet mogelijk. Ook werden de te volgen ontslagroutes en ontslagtoets een vaststaand gegeven.[14]
Daarnaast werd de transitievergoeding ingevoerd. Een vergoeding die in beginsel eenieder met een dienstverband van ten minste twee jaar toekomt.[15] Deze maatregelen beoogden onder meer een eenvoudiger, sneller, eerlijker en goedkoper ontslagrecht.[16]

De regering heeft geconcludeerd dat het huidige systeem knelt voor werkgevers én werknemers.[17] In de praktijk blijkt dat zich situaties kunnen voordoen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd wordt geacht, terwijl er geen voldragen ontslaggrond aanwezig is.[18] Het huidige systeem leidt er - daarom - toe dat werkgevers terughoudend zijn met werknemers een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. Wijziging van het ontslagrecht is noodzakelijk om de balans tussen flexibele en vaste contractvormen te verbeteren.[19]

Met de bedoeling die balans te verbeteren wordt ten eerste een nieuwe ontslaggrond, met een daarbij behorende ver-

1 Mevr. M.H. Verschoor is masterstudent Arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en is betrokken geweest bij de totstandkoming van de Parlementaire Geschiedenis Wet arbeidsmarkt in balans onder redactie van G.C. Boot, A.R. Houweling en M.J.M.T. Keulaerds, Boom 2019.
2 Regeerakkoord 10 oktober 2017, 'Vertrouwen in de toekomst'.
3 *Handelingen II* 2018/2019, nr. 49, item 11.
4 O.a. *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 3; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 11; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 5, p. 27.
5 O.a. *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 1-3; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 7; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 15; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 22.
6 O.a. *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 6; *Handelingen I* 2018/19, 29, item 3, p. 20.
7 *Handelingen I* 2018/19, 32, item 12, p. 1.
8 De bepalingen die zien op de adequate pensioenregeling voor payrollkrachten, en de compensatie van de transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging wegens ziekte, pensionering of overlijden van de werkgever, treden op een later tijdstip in werking. Zie hierover het inwerkingtredingsbesluit van 11 juli 2019, *Stb.* 2019, 266.
9 Inwerkingtredingsbesluit van 11 juli 2019, *Stb.* 2019, 266.
10 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 1.
11 Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234.
12 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.
13 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 86-87.
14 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 25.
15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.
16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.
17 Regeerakkoord 10 oktober 2017, 'Vertrouwen in de toekomst', p. 20.
18 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 54.
19 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 4.

goeding, toegevoegd aan de redelijke gronden voor ontslag. Ten tweede wordt het recht op, en de opbouw van de transitievergoeding aangepast. Ten derde worden er compensatiemaatregelen ingevoerd waar onder bepaalde omstandigheden beroep op kan worden gedaan.

2.1 *Cumulatiegrond (artikel 7:669 lid 3 onder i BW)*

Een cumulatiegrond wordt toegevoegd aan het gesloten stelsel van redelijke gronden in de wet opgenomen. Deze cumulatiegrond wordt geplaatst in artikel 7:669 lid 3 onder i BW (de 'i-grond') en luidt als volgt:

> 'een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.'

De cumulatiegrond maakt het voor de rechter mogelijk de arbeidsovereenkomst te ontbinden indien er geen voldragen ontslaggrond aanwezig is, maar een combinatie van omstandigheden uit meerdere ontslaggronden, waardoor voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet langer van de werkgever verlangd kan worden.[20] Hiermee wordt beoogd werkgevers het vertrouwen te geven dat een arbeidsovereenkomst ontbonden kan worden in een situatie waar een einde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aan de orde is. Naar verwachting zijn zij dan eerder bereid om werknemers een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden.[21]

De cumulatiegrond ziet alleen op omstandigheden die in de persoon van de werknemer, of in de onderling relatie tussen partijen zijn gelegen.[22] Om die reden kan alleen een cumulatie van de gronden c tot en met h plaatsvinden, en blijven de gronden a en b buiten beschouwing (die worden immers getoetst door het UWV).
De f-grond (werkweigering wegens ernstig gewetensbezwaar) valt eveneens buiten het bereik van de cumulatiegrond. Aanleiding voor deze uitsluiting is de tijdens de plenaire behandeling door de Eerste Kamer aanvaarde motie van het lid Schalk c.s.[23] Deze motie is nader verwerkt in de Nota van wijziging Verzamelwet SZW 2020.[24] Het is volgens de minister niet mogelijk om een gedeeltelijk ernstig gewetensbezwaar te hebben, en het is daarom ook niet mogelijk om gedeeltelijk aannemelijk te maken dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.

Procedurele aspecten

Hoewel de Raad voor de rechtspraak verwacht dat in de praktijk standaard (uiterst) subsidiair verzocht zal worden de overeenkomst op de cumulatiegrond te ontbinden,[25] is het volgens de regering ook mogelijk de cumulatiegrond zowel primair als (meer) subsidiair ten grondslag te leggen aan het ontbindingsverzoek.[26] De regering acht het niet ondenkbaar dat de cumulatiegrond subsidiair vaak in ontslagzaken zal worden aangevoerd; niet is beoogd dat de cumulatiegrond als standaardontslaggrond gaat gelden. In hoeverre de cumulatiegrond primair dan wel subsidiair als ontslagrond zal worden aangevoerd zal de praktijk moeten uitwijzen.[27]

Het is daarnaast ook de vraag of ambtshalve toepassing van de cumulatiegrond mogelijk is. In het consultatie-ontwerp van de memorie van toelichting Wab werd gesteld dat de cumulatiegrond, net als de andere redelijke gronden voor ontslag, ook ambtshalve door de rechter kan worden toegepast. De rechter zou deze bevoegdheid hebben op grond van artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[28] De Raad voor de rechtspraak heeft hierop kritiek geuit. Toepassing van de cumulatiegrond leidt tot een ander rechtsgevolg, namelijk een additionele vergoeding (zie paragraaf 2.2). Hier staat wel tegenover dat de werkgever in dat geval de mogelijkheid heeft om het ontbindingsverzoek in te trekken (artikel 7:686a lid 6 BW).[29]

In de uiteindelijke memorie van toelichting staat niets meer geschreven over de ambtshalve toepassing van de cumulatiegrond. Het lijkt er daarmee op dat de minister de kritiek van de Raad voor de rechtspraak ter harte heeft genomen, en dat ambtshalve toepassing van de cumulatiegrond niet mogelijk is.

2.2 *Vergoedingen (artikel 7:671b lid 8 & 7:682 lid 7 BW)*

2.2.1 *Artikel 7:671b lid 8 BW*

Ter compensatie van de cumulatiegrond, introduceert de Wab de mogelijkheid voor de rechter om de transitievergoeding te verhogen tot 150% van de standaard transitievergoeding. Uit artikel 7:671b lid 8 BW volgt dat de kantonrechter aan de werknemer een vergoeding kan toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding indien hij de arbeidsovereenkomst op de cumulatiegrond ontbindt. De regering acht deze extra vergoeding wenselijk om de werknemer te compenseren voor het feit dat de ontslaggronden c tot en met h ieder voor zich onvoldoende waren om een ontslag te rechtvaardigen.[30]

De toekenning van deze vergoeding, alsmede het vaststellen van de omvang ervan, is een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De hoogte van de vergoeding wordt vastge-

20 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 54.
21 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 5.
22 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 54.
23 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, H.
24 *Kamerstukken II* 2018/19, 35275, 5, p. 10.
25 Advies concept-wetsvoorstel Wet herstel balans flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten van 7 juni 2018.
26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 54.
27 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 9, p. 60.
28 Concept-MvT Wab, p. 62.
29 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 126.
30 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 56.

steld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In hoeverre omstandigheden uit de gronden c tot en met h hierop van invloed zijn zal de jurisprudentie nader uitmaken.[31]
De extra vergoeding bij ontbinding op de cumulatiegrond staat overigens los van de billijke vergoeding.[32]

2.2.2 *Artikel 7:682 lid 7 BW*

Voor de groep werknemers opgesomd in artikel 7:671 lid 1 BW (huishoudelijk personeel[33] statutair bestuurders, geestelijken en werknemers in het bijzonder onderwijs aan wie een zogenoemd identiteitsontslag is verleend) geldt dat de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd zonder instemming van de werknemer en dus ook zonder preventieve toets van de kantonrechter. Voor opzegging is wel een redelijke grond nodig. De regering heeft voor toepassing van de cumulatiegrond, en het daaraan verbonden recht op een eventuele extra vergoeding, geen onderscheid willen maken tussen categorieën werknemers voor wie de preventieve ontslagtoets al dan niet geldt.[34]
Deze groep werknemers kan zich daarom tot de kantonrechter wenden met het verzoek om een extra vergoeding toe te kennen indien de arbeidsovereenkomst op grond van de cumulatiegrond is opgezegd. Deze mogelijkheid wordt geïntroduceerd in artikel 7:682 lid 7 BW.[35]
Deze extra vergoeding bedraagt, net als de vergoeding in artikel 671b, achtste lid, BW, ten hoogste de helft van de transitievergoeding waar de werknemer recht op heeft.

2.3 ***Transitievergoeding (artikel 7:673 & 7:673e BW)***

Sinds de invoering van de Wwz hebben werknemers vanaf 1 juli 2015 recht op een transitievergoeding bij ontslag. De transitievergoeding is, aldus de memorie van toelichting, enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.[36]

De werkgever is een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Deze plicht vloeit voort uit de zorgplicht die de werkgever heeft in het kader van goed werkgeverschap, ook bij ontslag. Deze zorgplicht op grond van de Wwz strekt echter niet zo ver dat de werkgever ook verplicht is een vergoeding te betalen voor dienstverbanden die korter hebben geduurd dan 24 maanden.[37]

De regering heeft diverse knelpunten geconstateerd ten aanzien van de huidige vormgeving van de transitievergoeding. Om te beginnen zijn het nu veelal werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die geen transitievergoeding ontvangen. Werknemers met een niet verlengd contract voor bepaalde tijd zijn in de huidige situatie daarmee dubbelslecht af. Omdat het moment vanaf waar de transitievergoeding verschuldigd is samenvalt met de maximale termijn uit de ketenregeling (die verruimd wordt door de Wab, zie paragraaf 3.1), is dit moment voor veel werkgevers bepalend of zij al dan niet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden. De regering stelt vast dat in de regel niet de aard van het werk (tijdelijk of structureel), maar de kosten bepalend lijken te zijn voor de keuze van een contractvorm. Dit acht zij onwenselijk.
Daarnaast leidt de huidige vormgeving tot hogere ontslagkosten over de periode dat de arbeidsovereenkomst langer dan tien jaar heeft geduurd, en daarmee tot een groot kostenverschil tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (welke meestentijds langer dan 24 maanden duurt).[38]

Om deze knelpunten op te lossen, wordt artikel 7:673 BW op een tweetal punten gewijzigd. De wijzigingen zien op het recht op, en de opbouw van, de transitievergoeding.

Daarnaast liep parallel aan de wetgevingsprocedure van de Wab, de wetgevingsprocedure van de Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid.[39] Deze 'compensatiewet' geeft werkgevers aanspraak op restitutie door het UWV van aan langdurig zieke werknemers betaalde transitievergoeding. Deze wet treed in werking per 1 april 2020.[40] De Wab amendeert het door deze wet geïntroduceerde artikel 7:673e BW.

Het daadwerkelijk door de Wwz gestelde doel van de transitievergoeding, de compensatie voor ontslag en transitie naar nieuwe baan, komt gedurende het parlementair debat van de Wab bijzonder weinig ter sprake. Met name het kostenaspect voor werkgevers, en de daarop door hen gebaseerde keuze ten aanzien van het al dan niet overeenkomen van een contract voor onbepaalde tijd, lijkt de drijfveer te zijn voor aanpassing van de huidige regeling.

2.3.1 *Artikel 7:673 BW*

Ten eerste wordt het recht op de transitievergoeding gewijzigd. Daartoe wordt de huidige 'referte-periode' uit artikel 7:673 BW geschrapt. Dit leidt ertoe dat iedere werknemer, ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst, een transitievergoeding krijgt wanneer de arbeidsovereenkomst

31 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 57.
32 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 57.
33 Zie voor een kritische beschouwing over het toekennen van een zwakkere dan de gebruikelijke rechtspositie aan huishoudelijk personeel: annotatie G.C. Boot in *USZ* 2019/310 bij CRvB 12 september 2019.
34 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 139; *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 61.
35 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 139.
36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.
37 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38
38 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 61.
39 Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234.
40 Inwerkingtredingsbesluit van 20 februari 2019, *Stb.* 2019, 76.

wordt beëindigd of niet wordt voortgezet op initiatief van de werkgever.[41]

De transitievergoeding zal voortaan een derde maandsalaris per dienstjaar gaan bedragen. Daarnaast zal de transitievergoeding naar evenredigheid verschuldigd zijn indien de arbeidsovereenkomst korter dan een kalenderjaar heeft geduurd. De hoogte van de transitievergoeding zal naar rato berekend worden.
De transitievergoeding bedraagt dan 2,78% van het jaarsalaris (jaarsalaris x 1/3: 12 maanden = 1/36e van het jaarsalaris). Indien de arbeidsovereenkomst korter heeft geduurd dan een jaar dient 2,78% van het feitelijk betaalde salaris te worden betaald. In dit geval dient uit te worden gegaan van het laatstgenoten loon.

Ten tweede wordt de opbouw van de transitievergoeding gewijzigd. De verhoging van de transitievergoeding nadat de arbeidsovereenkomst tien jaar heeft geduurd wordt afgeschaft. Ook na het tiende dienstjaar zal de transitievergoeding dus een derde maandsalaris per dienstjaar gaan bedragen.
Hierdoor wordt de opbouw van de transitievergoeding meer in balans gebracht door het verschil in ontslagkosten tussen flexibele en vaste contracten te verkleinen. Zo worden de maatschappelijke gevolgen van ontslag gelijkmatiger beprijsd en wordt het voor werkgevers aantrekkelijker om tijdelijke werknemers te laten doorstromen naar een vast contract.[42]

2.3.2 *Artikel 7:673e BW*

Zoals eerder aangehaald amendeert de Wab het nog niet van kracht zijnde artikel 7:673e BW.[43] De Wab introduceert in artikel 7:673e BW de compensatieregeling voor kleine ondernemers.
Volgens de regering kan het betalen van een transitievergoeding in enkele situaties tot een onevenredig zware belasting voor werkgevers leiden. Om die reden wordt aan kleine werkgevers de mogelijkheid geboden compensatie te vragen voor de verschuldigde transitievergoeding bij ontslag als gevolg van bedrijfsbeëindiging wegens het bereiken van de aow-gerechtigde leeftijd, ziekte of overlijden van de werkgever.[44]
De voorwaarden om voor compensatie in aanmerking te komen zijn geregeld in het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Om in aanmerking te komen voor compensatie van verstrekte transitievergoedingen, dient er aan de volgende eisen te worden voldaan:

- Vast staat dat het vervallen van arbeidsplaatsen het gevolg is van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.
- Het moet gaan om een ‘kleine werkgever’. Als kleine werkgever wordt aangemerkt de werkgever die minder dat 25 werknemers in dienst had op 1 januari van het kalenderjaar waarin het verzoek is ingediend voor het verkrijgen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Uitzendkrachten of payrollwerknemers die aan de werkgever van de onderneming (in de hoedanigheid van inlener) ter beschikking zijn gesteld, tellen niet mee voor de berekening van het aantal werknemers.
- Indien het verzoek wordt gedaan wegens pensionering van de kleine werkgever, dient de werkgever de pensioengerechtigde leeftijd te hebben bereikt, of te bereiken binnen zes maanden nadat het verzoek is ingediend voor het verkrijgen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.
- Indien het verzoek wordt gedaan in verband met ziekte van de werkgever, dient de werkgever dusdanig ziek te zijn dat niet te verwachten is dat hij zijn werkzaamheden redelijkerwijs kan of, indien de werkzaamheden van de onderneming reeds beëindigd zijn, had kunnen voortzetten binnen een periode van zes maanden nadat een bedrijfsarts hierover geadviseerd heeft.
- De transitievergoeding was verschuldigd in verband met het eindigen van een arbeidsovereenkomst in een periode van:
    - zes maanden voorafgaand aan het verzoek om de toestemming of de ontbinding;
    - negen maanden na de verleende toestemming of inwilliging van het verzoek om ontbinding.

3. Flexibele arbeid

De arbeidsmarkt heeft behoefte aan een zekere mate van flexibiliteit. Flexibiliteit is noodzakelijk om in te kunnen spelen op marktveranderingen. Uit de praktijk blijkt echter dat werkgevers veelal kiezen voor flexibele arbeid omdat dit een potentieel kostenvoordeel oplevert, en niet omdat de aard van de werkzaamheden hierom vraagt.
De Wab beoogt deze concurrentie op arbeidsvoorwaarden te beperken en te voorkomen dat de flexibiliteit voor de werk- of opdrachtgever ten koste gaat van de arbeidsmarktpositie van de werkende.[45]

De Wab brengt daartoe wijzigingen aan in regelingen omtrent flexibele werknemers. Ten eerste wordt de ketenbepaling verruimd. Ten tweede worden maatregelen geïntroduceerd om de positie van oproepkrachten verder te versterken. Daarnaast wordt de definitie ‘payrollovereenkomst’ opgenomen in afdeling 7.10 BW. Ook brengt de Wab wijzigingen aan in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) om in een adequate pensioenvoorziening te voorzien voor payrollwerknemers. Verder voert de Wab differentiatie in de WW in. Tot slot brengt de Wab enkele wijzigingen aan in het kader van de informatieverplichting van werkgevers.

41 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 61.
42 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 5.
43 Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234.
44 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 53.
45 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 8.

3.1 *Ketenbepaling (artikel 7:668a BW)*

De ketenbepaling regelt wanneer elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met invoering van de Wwz werd de maximumtermijn van de ketenbepaling teruggebracht van drie naar twee jaar.[46] Deze maatregel had tot doel ongewenst langdurig verblijf van werknemers in de flexibele schil tegen te gaan.[47]

Snel na invoering van de Wwz werd duidelijk dat het inperken van de ketenbepaling niet heeft geleid tot een doorstroom naar contracten voor onbepaalde tijd, maar juist averechtse werking had.[48]
De regering constateert diverse knelpunten ten aanzien van de huidige ketenregeling. Zo stelt de regering vast dat de huidige regeling voor werkgevers als knellend wordt ervaren, en dat werknemers niet gebaat zijn bij de termijn van maximaal 2 jaar. De huidige regeling biedt zowel werkgevers als werknemers onvoldoende ondersteuning bij het aangaan van een arbeidsrelatie die aansluit bij hun behoeften en de aard van het werk. Werkgevers beschikken niet over de flexibiliteit die voor hen noodzakelijk is, terwijl het voor werknemers zinvol kan zijn om voor een langere tijd op basis van contracten voor bepaalde tijd te werken.[49]
Daarnaast is de regering van mening dat, naast de huidige mogelijkheid in geval van seizoensarbeid, ook bij andere vormen van terugkerend tijdelijk werk mogelijkheid moet bestaan om van de ketenbepaling af te wijken.
Voorts constateert de regering dat in het primair onderwijs behoefte is aan een uitzondering op de ketenregeling. Weliswaar bestaat de mogelijkheid al om af te wijken bij cao,[50] de regering acht het onwenselijk dat het bestaan van deze afwijkingsmogelijkheid afhangt van cao-onderhandelingen. De regering voert aan dat invalkrachten niet graag voor een kortdurende vervanging worden ingezet, omdat zij dan snel het maximale aantal overeenkomsten binnen de keten bereiken. Zij kunnen op die manier niet voor een langere periode als invaller op dezelfde school werkzaam zijn. Veel schoolbesturen hebben daarom moeite met het vinden van kortdurende vervanging bij ziekte.[51]

Om voornoemde knelpunten op te lossen, wordt door de Wab een drietal wijzigingen aangebracht ten aanzien van de ketenbepaling:

I. *Maximumtermijn ketenbepaling*
Artikel 7:668a lid 1 BW wordt aangepast. De maximumtermijn van de ketenbepaling wordt verruimd van twee naar drie jaar, zoals ook voor inwerkingtreding van de Wwz het geval was. Daarbij blijft het huidige artikel 7:668a lid 2 BW wel gehandhaafd; er kunnen maximaal 3 tijdelijke contracten worden overeengekomen alvorens deze van rechtswege zullen overgaan naar een contract voor onbepaalde tijd.

In hoeverre de verruiming van de ketenbepaling zal bijdragen aan de doorstroom naar contracten voor onbepaalde tijd, en in hoeverre de kloof tussen 'flex' en 'vast' zal verkleinen, is onduidelijk.[52]
De verruiming kan voor werkgevers aantrekkelijk zijn. Indien bij de werkgever twijfel bestaat omtrent het aanbieden van een contract voor onbepaalde tijd, kan de werkgever de werknemer nog een derde jaar een contract voor bepaalde tijd aanbieden. In die drie jaar tijd bouwt een werknemer meer ervaring op, en dat kan doorslaggevend zijn voor de werkgever om de werknemer na die periode een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden.[53] Anderzijds blijft een aantal van de oorzaken, met als belangrijkste de verplichte loondoorbetaling en re-integratieplicht bij ziekte, die werkgevers ervan weerhoudt werknemers in vaste dienst te nemen voorlopig in stand.[54] Mogelijk gevolg hiervan is dat de arbeidsovereenkomst (ook) na drie jaar niet zal worden verlengd.

Overigens is in 2018 het aantal arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd wel sterk gestegen, zelfs sterker dan het aantal contracten voor bepaalde tijd. Daardoor liet het percentage werknemers met een contract voor onbepaalde tijd voor het eerst sinds 2009 een geringe toename zien.[55] Dat is waarschijnlijk meer gevolg van de economische conjunctuur, dan van de regelgeving.

II. *Terugkerend tijdelijk werk*
Artikel 7:686a lid 13 BW wordt gewijzigd. Waar het huidige lid 13 slechts geldt voor seizoensgebonden arbeid, schept het nieuwe lid 13 de mogelijkheid om de tussenpoos bij cao te kunnen terugbrengen tot drie maanden als de aard van het werk daar om vraagt. Dat is het geval bij terugkerend tijdelijk werk dat ten hoogste gedurende een periode van negen maanden kan worden verricht. Onder de reikwijdte van de formulering valt dus ook terugkerend tijdelijk werk dat niet te scharen valt onder seizoenswerk.

III. *Invalkrachten in het basisonderwijs en speciaal onderwijs*
Er wordt een nieuw lid 15 aan artikel 7:686a BW toegevoegd. Dit lid zondert tijdelijke invalkrachten in het primair onderwijs, die een leerkracht vervangen wegens ziekte, uit van de ketenregeling. Dit zorgt ervoor dat invalkrachten die invallen wegens ziekte van een leerkracht op tijdelijke basis kunnen invallen, zon-

46 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 2, p. 6-7.
47 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 12-15.
48 VAAN-VvA, *Evaluatie onderzoek WWZ 2016*, p. 82.
49 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 10.
50 In de cao Primair Onderwijs 2018-2019 is reeds gebruikgemaakt van deze uitzondering voor invalkrachten.
51 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 10-11.
52 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 93.
53 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 10.
54 Het Wetsvoorstel maatregelen loondoorbetaling bij ziekte en WIA is op 18 juni voor internetconsultatie uitgezet en wordt naar verwachting eind 2019 naar de Tweede Kamer gestuurd (*Kamerstukken II* 2018/19, 29544, 922). Het wetsvoorstel beoogt de verplichtingen voor werkgevers en werknemers bij ziekte makkelijker, duidelijker en goedkoper te maken.
55 CBS (2018) De arbeidsmarkt in cijfers 2018.

der dat na een aantal invalbeurten, waarbij telkens een tijdelijke arbeidsovereenkomst gesloten wordt, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.[56]

3.2 *Oproepovereenkomst (artikel 7:628a BW)*

In de praktijk wordt onder een oproepcontract zowel een voorovereenkomst als een arbeidsovereenkomst *met uitgestelde prestatieplicht* verstaan. Deze tweede categorie oproepcontracten wordt gesplitst in zogenoemde nul-urencontracten enerzijds en min-max contracten anderzijds.[57] De maatregelen die de Wab introduceert zien in het bijzonder op deze tweede categorie oproepcontracten.
Zowel bij een nul-urencontract, als bij een min-max contract, ligt de 'onzekerheid van werk' bij de werknemer. Hoewel de oproepkracht zich beschikbaar dient te houden voor oproepen van de werkgever en hieraan in beginsel ook gehoor dient te geven, is het allerminst zeker of, en zo ja wanneer, de werkgever dit initiatief neemt. In de tussentijd verwerft de oproepkracht geen loon.[58]

De regering meent dat oproepcontracten in bepaalde gevallen voorzien in de behoefte aan flexibiliteit bij werkgevers en bij een deel van de werknemers. Zij acht het verbieden, dan wel onnodig beperken, van het gebruik van de oproepovereenkomst daardoor niet gewenst. Wel meent de regering dat het noodzakelijk is de positie van de oproepkracht te versterken, gelet op de onzekere positie van deze groep werknemers ten aanzien van de factoren arbeid en loon.[59]

De Wab introduceert daartoe een aantal maatregelen, beginnend met het opnemen van de definitie van de oproepovereenkomst in artikel 7:628a lid 9 BW.[60] Indien de arbeidsovereenkomst valt onder de definitie van artikel 7:628a lid 9 BW, gelden de beschermende bepalingen van artikel 7:628a BW zoals zij onder de Wab komen te luiden:

I. *Oproeptermijn en loonaanspraak (artikel 7:628a lid 2, 3, 4 BW)*
Artikel 7:628a BW verbindt gevolgen aan het niet in acht nemen van de oproeptermijn. De werkgever dient de werknemer ten minste vier dagen voor aanvang van te voren op te roepen. Indien de werkgever dit nalaat en een kortere oproeptermijn hanteert, is de werknemer niet gehouden gehoor te geven aan deze oproep. Ingeval de werkgever de oproep geheel dan wel gedeeltelijk intrekt, of de tijdstippen wijzigt binnen vier dagen voor de aanvang van de werkzaamheden, dan behoudt de werknemer recht op het loon overeenkomstig de oorspronkelijke oproep. [61]

II. *Aanbod vaste arbeidsomvang (artikel 7:628a lid 5, 6, 7, 8 BW)*
Indien de arbeidsovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd, is de werkgever verplicht de werknemer een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang. Dit geldt vervolgens voor elk opvolgende periode van twaalf maanden indien de werknemer het aanbod (andermaal) niet accepteert. Deze verplichting geldt ook voor arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van zes maanden opvolgen en in het geval van opvolgend werkgeverschap.[62]

III. *Korte(re) opzegtermijn nul-urencontract (artikel 7:672 lid 5 BW)*
Tot slot wordt met het nieuwe artikel 7:672 lid 5 BW de opzegtermijn voor de werknemer verkort tot de oproeptermijn die de werkgever in acht moet nemen bij een oproep.
De werknemer kan dan met inachtneming van een opzegtermijn van vier dagen (of een kortere cao-termijn) opzeggen zonder dat hij een vergoeding als bedoeld in artikel 7:672, tiende lid, BW is verschuldigd.[63]

3.3 *Payrolling (artikel 7:692(a) BW)*

Het Nederlandse arbeidsrecht is diverse typen arbeidsverhoudingen rijk, maar de definitie van de payrollovereenkomst was tot nog toe niet opgenomen in titel 7.10 BW. De Wab brengt daar verandering in. De payrollovereenkomst wordt in een nieuw artikel 7:692 BW als volgt geformuleerd:

> 'De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.'

Daarnaast wordt een nieuw artikel 7:692a BW toegevoegd. Dit artikel bevat het regime omtrent de afwijkingen bij de payrollovereenkomst, een regime dat vergelijkbaar is met de op de (gewone) arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde regels.

De regering heeft diverse knelpunten gesignaleerd die nopen tot definiëring van de payrollovereenkomst in titel 7.10 BW.

Ten eerste valt de payrollovereenkomst onder de huidige systematiek onder de uitzendovereenkomst als opgenomen in artikel 7:691 BW. Dit brengt mee, dat er een 'verlicht arbeidsrechtelijk regime' van toepassing is op de payrollovereenkomst.[64]

56 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 13-15.
57 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 17.
58 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 18.
59 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 22.
60 Indien de arbeidsuren wel zijn overeengekomen maar de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht niet vaststaan, is geen sprake van een oproepovereenkomst en gelden de maatregelen van artikel 7:628a BW in ieder geval niet. Zie hierover: *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 26-29; *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 9, p. 28.
61 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 24-27.
62 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 27-29.
63 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 29.
64 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 34.

Ten tweede ondervinden payrollwerknemers ook nadeel omdat niet dezelfde cao-arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op de arbeidsverhouding, maar op grond van artikel 8 WAADI (oud) slechts een beperkte gelijkstelling plaatsvindt met werknemers die rechtsreeks in dienst zijn bij de werkgever.[65] Het huidige artikel 8 Waadi ziet slechts op de primaire arbeidsvoorwaarden (zoals loon), maar niet op secundaire arbeidsvoorwaarden.

Langs deze twee genoemde wegen kunnen werkgevers verplichtingen omzeilen, en ontstaat er oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

Payrollbedrijven beschikken over specialistische administratieve kennis om de cao-verplichtingen die gelden bij de opdrachtgever toe te passen, te zorgen voor de juiste en tijdige loonbetaling en verantwoordelijk te zijn voor de re-integratieverplichtingen na een langdurige periode van ziekte.
De regering acht het van belang dat payrollbedrijven het juridisch werkgeverschap op zich kunnen blijven nemen, en hiermee deze 'ontzorgende functie' kunnen blijven uitoefenen.[66] De definitie in artikel 7:692(a) BW schept hiertoe mogelijkheid.

3.3.1 *Kostenkwesties*

In de Eerste Kamer werd meermaals angst uitgesproken voor het feit dat payrollwerkgevers niet langer de ontzorgende functie kunnen uitoefenen (voor met name kleine werkgevers) als gevolg van de kostenstijging door de Wab.[67]

Het is juist dat de payrollovereenkomst duurder wordt maar daar zijn wel enige nuances aan te brengen.
Ten eerste zullen de kostenstijgingen bij payrollkrachten afhankelijk zijn van de mate waarin deze payrollbedrijven thans op arbeidsvoorwaarden concurreren, en dus minder gunstige arbeidsvoorwaarden bieden aan werknemers in gelijkwaardige functies bij concurrent-werkgevers. Op deze manier worden voornamelijk payrollbedrijven die concurreren op arbeidsvoorwaarden aangepakt, hetgeen ook beoogd is met de Wab.[68]

Daarnaast zal de differentiatie in de WW naar de aard van het contract (zie hoofdstuk 4) in een aantal gevallen voordeliger uitpakken. In de huidige systematiek vallen payrollbedrijven voor de WW-premie onder de uitzendsector. In deze sector wordt een hoge WW-premie geheven. Ingevolge de nieuwe systematiek wordt een lage premie geheven voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet zijnde een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a, negende en tiende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, en een hoge premie voor overige werknemers.

65 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 34-35.
66 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 39.
67 *Handelingen I* 2018/19, 35074, 29, item 3, p. 12, 16.
68 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 10.

Voor werknemers in dienst van een payrollbedrijf en voor werknemers in dienst van de inlener geldt dezelfde systematiek. Payrollbedrijven die aan de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bieden, betalen dus dezelfde lage premie als werkgevers waarbij werknemers rechtstreeks in dienst zijn.[69]

3.4 *Waadi*

De Waadi is een afkorting die staat voor Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.[70] De Waadi werd ingevoerd om de belangen van arbeidskrachten die worden uitgezonden te beschermen.[71]
Sinds 2012 hebben uitzendkrachten recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers werkzaam in gelijkwaardige functies bij de inlener. Hierbij maakt de Waadi geen onderscheid tussen buitenlandse en Nederlandse uitzendkrachten.
De Wab brengt een aantal wijzigingen aan in de Waadi die specifiek zien op de payrollovereenkomst.[72]

Krachtens artikel 8a Waadi (nieuw) worden payrollbedrijven verplicht werknemers die zij ter beschikking hebben gesteld, dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als die zouden gelden indien een payrollwerknemer rechtstreeks in dienst zou zijn bij de inlener.[73] Daarnaast krijgen payrollwerknemers recht op een 'adequate' pensioenregeling. Met een adequate pensioenregeling wordt bedoeld, een pensioenregeling waarbij het verschil met de pensioenregeling van de inlener niet te groot mag zijn. Deze voorschriften zijn nader uitgewerkt in het ontwerpbesluit adequate pensioenregeling payrollwerknemers.[74] Dit besluit is reeds aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.[75]

4. WW-premiedifferentiatie

De Wab introduceert een differentiatie in de WW naar de aard van het contract. Het doel hiervan is tweeledig. Ten eerste wordt het voor werkgevers aantrekkelijker om vaste contracten aan te bieden, indien een lagere WW-premie geheven wordt op vaste contracten en een hogere premie op tijdelijke contracten.[76] Ten tweede beprijst het de instroom in de WW.[77] Zodoende wordt de financiering van de WW gemoderniseerd door werkloosheidsrisico's niet langer te beprijzen via de thans geldende sectorale differentiatie, maar via differentiatie naar aard van het contract.[78]
De introductie van de WW-premiedifferentiatie leidt overigens niet tot verandering van de totale WW-premielast. De

69 *Handelingen I* 2018/19, 35074, 29, item 5, p. 13-14.
70 Wet van 4 juni 1998, *Stb.* 1998, 306.
71 *Kamerstukken II* 1996/97, 25264, nr. 3.
72 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, p. 8-11.
73 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38.
74 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 65.
75 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 juni 2019, 2019-0000081477.
76 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 13-15.
77 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 116.
78 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 4.

hoge en lage premietarieven zullen zodanig worden vastgesteld dat de totale premieopbrengsten gelijk blijven.[79]

De premie wordt vastgesteld op een percentage van het loon dat voor categorieën van werknemers naar de aard van hun arbeidsovereenkomst verschilt. Hierbij wordt onderscheid gemaakt in een lage premie voor werknemers met een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet zijnde een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 628a, negende en tiende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, en een hoge premie voor overige werknemers.[80]
Het hoge percentage van de premie wordt vijf procentpunten hoger vastgesteld dan het lage percentage.[81]

Uitzondering op het hoge premietarief wordt gemaakt voor werknemers die:
- de beroepspraktijkopleiding volgen van de beroepsbegeleidende leerweg; of
- de leeftijd van 21 jaar nog niet hebben bereikt, mits het aantal verloonde uren in het aangiftetijdvak van vier weken niet meer bedraagt dan 48 uur, dan wel in het aangiftetijdvak van een maand niet meer.

Bij de eerste categorie gaat het om arbeidsovereenkomsten die per definitie voor bepaalde tijd worden overeengekomen, aangezien zij worden overeengekomen voor (een deel van) de duur van een opleiding. Om het aanbieden van opleidingsplekken in het beroepsonderwijs te stimuleren, is er gekozen voor lage premieheffing.[82]
De tweede categorie is er naar aanleiding van Amendement Stoffer c.s.[83] Deze categorie is erop gericht om studenten en scholieren uit te zonderen van het hoge tarief.

4.1 *Controle en handhaving*

Het afdragen van de juiste premie behoort tot het domein van de werkgever. Omdat de premielasten van werkgevers afhangen van het type contract van de werknemers, acht de regering het noodzakelijk dat er controle plaatsvindt op een correcte opgave in de loonaangifte.[84]
De regering waarborgt de handhaafbaarheid van de premiedifferentiatie op meerdere manieren.

Ten eerste wordt geregeld dat een werkgever voor werknemers voor wie hij de lage premie afdraagt, een afschrift van de arbeidsovereenkomst moet opnemen in zijn loonadministratie (zie hoofdstuk 5). Daarnaast wordt geregeld dat de lage premie nooit van toepassing kan zijn op arbeidsovereenkomsten met een uitzendbeding. Bovendien is geregeld dat in een viertal situaties herziening van de lage naar de hoge premie zal plaatsvinden:[85]

I. De dienstbetrekking wordt binnen vijf maanden na aanvang beëindigd.
II. De werknemer krijgt binnen een kalenderjaar 30% of meer uren verloond dan contractueel voor dat jaar overeengekomen.
III. De werknemer krijgt binnen een jaar na aanvang van de dienstbetrekking een WW-uitkering door arbeidsuren- of inkomstenverlies bij de werkgever.
IV. De werknemer krijgt een WW-uitkering, terwijl maximaal een jaar eerder bij dezelfde werkgever de lage premie is herzien omdat dezelfde werknemer binnen een jaar na de aanvang van de dienstbetrekking een WW-uitkering kreeg uit hoofde van diezelfde dienstbetrekking.

De eerste twee herzieningssituaties zullen in werking treden per 1 januari 2020.[86] Herzieningssituaties III en IV zullen (nog) niet in werking treden. De regering zal eerst gericht onderzoek doen naar ontwijking van het hoge tarief. Naar aanleiding van de resultaten van dit onderzoek zal de regering besluiten of de betreffende herzieningssituaties alsnog in werking moeten treden.[87]

5. Informatieplicht

(artikel 7:655 BW)

Krachtens artikel 7:655 BW rust op de werkgever de plicht om de werknemer te informeren over de wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding. Ten gevolge van andere wetswijzigingen op het terrein van flexibele arbeid, wijzigt de Wab artikel 7:655 BW op enkele punten.[88]

De eerste wijziging is het gevolg van aanpassing van de payrollovereenkomst en de Waadi. In het eerste lid, onderdeel L, wordt geregeld dat de werkgever de werknemer informeert over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden uit artikel 8 of 8a van de Waadi.
In onderdeel M wordt geregeld dat de werkgever de werknemer informeert of sprake is van een payrollovereenkomst als bedoeld in het nieuwe artikel 7:692 BW.

Deze wetswijziging maakt de voor de payrollwerkgever geldende verplichtingen beter uitvoerbaar. Voor correcte naleving van de artikelen 8 en 8a (zie paragraaf 3.3) is het noodzakelijk dat de payrollwerkgever op de hoogte is van de arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener. Het nieuwe artikel 12a Waadi verplicht de inlener om, voorafgaand aan de terbeschikkingstelling, de voor hem geldende arbeidsvoorwaarden te melden aan de payrollwerkgever

79 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 81.
80 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, p. 12.
81 Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen, *Stb.* 2019, 236.
82 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 78.
83 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 60.
84 *Handelingen I* 2018/19, 35074, 29, item 5, p. 22.
85 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 78.
86 Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen, *Stb.* 2019, 236.
87 Nota van toelichting bij het Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen, *Stb.* 2019, 236.
88 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, p. 3-4.

en de payrollwerknemer. Krachtens het nieuwe onderdeel L is de payrollwerkgever op zijn beurt verplicht om bij de schriftelijke opgave ook de gegevens te sturen die hij van de opdrachtgever heeft ontvangen over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. De inlener is ingevolge de Wet aanpak schijnconstructies[89] hoofdelijk aansprakelijk ten opzichte van de payrollwerknemer voor niet-genoten loon. Ook de inlener heeft dus belang bij juiste informatieverschaffing aan de payrollwerknemer. [90]

In het kader van de WW-premiedifferentiatie worden de onderdelen n en o toegevoegd aan lid 1. Deze onderdelen verplichten de werkgever om bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst de werknemer schriftelijk te informeren of de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, en of sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a, negende en tiende lid BW.

6. Blijft het balanceren?

De Wab brengt een groot aantal wijzigingen aan. De wijzigingen op het terrein van het ontslagrecht en flexibele arbeid treden in werking per 1 januari 2020.[91] Hierop wordt een uitzondering gemaakt voor de maatregelen ten aanzien van de compensatie van de transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging wegens ziekte, pensionering of overlijden van de werkgever. Deze maatregelen zullen in werking treden vanaf 1 januari 2021.[92]
Daarnaast treden de bepalingen die zien op de adequate pensioenregeling voor payrollkrachten, conform de toezegging tijdens de plenaire behandeling van de Wab in de Eerste Kamer, per 1 januari 2021 in werking. Dit betreft de artikelen 8a lid 4 tot en met 6 Waadi.

De Wab beoogt het voor werkgevers aantrekkelijker te maken om werknemers in vaste dienst te nemen en daarmee de balans tussen flexibele en vaste contractvormen te herstellen. Zullen deze wijzigingen bijdragen aan een daadwerkelijke balans op de arbeidsmarkt, of blijft het nog steeds een kwestie van balanceren? Het antwoord op deze vraag zal de tijd ons geven.

89 Wet van 4 juni 2015, *Stb.* 2015, 233.
90 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 48.
91 Inwerkingtredingsbesluit van 11 juli 2019, *Stb.* 2019, 266.
92 Zie artikel 10, Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

WABlief?

mr. Marit Beukhof, mr. Joanne Marijnissen, mr. Rachel Rietveld en mr. drs. Vincent Scuric*

1. Inleiding

Ruim vier jaar geleden trad de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking. De wet, die Boek 7 Titel 10 BW drastisch veranderde, had als voornaamste doel flex en vast dichter bij elkaar te brengen, hetgeen in de memorie van toelichting (MvT) werd uitgebeeld met het memorabele figuur waarin poppetjes op en van gebouwen heen en weer sprongen en vielen. Het gesloten stelsel van het ontslagrecht werd ingevoerd. Met deze systematiek volgden nog enkele veranderingen, diverse vergoedingen deden hun intrede en hoger beroep instellen tegen sommige van deze vergoedingen en tegen ontbindingszaken werd mogelijk.

In aanloop naar de wet en in de eerste jaren van het bestaan ervan, was er veel protest. Het ontslagrecht zou voor werkgevers een te rigide en te duur stelsel zijn geworden. Zo snel als de Wwz door de Eerste en Tweede Kamer was geduwd, zo snel zwichtte de minister voor de druk van buitenaf om de Wwz eerder te evalueren. Alhoewel diverse onderzoeken en publicaties lieten zien dat bijvoorbeeld de ontslagkosten voor werkgevers bij wederzijds goedvinden niet waren gestegen en de verhouding tussen het aantal toe- en afwijzingen van ontbindingsverzoeken nagenoeg gelijk was gebleven,[1] werden plannen gemaakt om het arbeidsrecht wederom op de schop te nemen. Het gevolg is de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) die, na een internetconsultatie waar maar liefst 278 personen of verenigingen op reageerden, in enigszins gewijzigde vorm is aangenomen.[2] De WAB brengt meer wijzigingen met zich dan alleen op het gebied van het ontslagrecht. Ook bepaalde arbeidsverhoudingen worden gewijzigd per 1 januari 2020. Door de onmiddellijke inwerkingtreding per deze datum zijn de gevolgen op dat moment aanzienlijk en direct merkbaar. Voor slechts enkele regelingen is overgangsrecht bepaald, met als gevolg dat keuzes die nu worden gemaakt van invloed zijn op de rechtspositie over een paar maanden. In dit artikel bespreken wij kort de wijzigingen die de WAB met zich brengt en gaan wij vooral in op mogelijke knelpunten voor de praktijk en inconsistenties in de wet zelf, zodat inzichtelijk wordt hoe nu al te anticiperen op de WAB.

2. Oproepovereenkomst

Een oproepovereenkomst kenmerkt zich door een flexibele arbeidsomvang. Het kan een nulurencontract of een arbeidsovereenkomst met een minimum- en een maximumaantal uren betreffen. Voor oproepwerknemers is op voorhand onzeker hoeveel en wanneer zij worden opgeroepen en dus ook wat de hoogte van het inkomen is. Toch dienen zij zich beschikbaar te houden voor werk en moeten zij in beginsel gehoor geven aan de oproep. De (inkomens)onzekerheid die een oproepovereenkomst met zich brengt, maakt een werknemer met een oproepcontract kwetsbaar. Vooruitlopend op de voorgenomen wijzigingen op Europees niveau, introduceert de regering met de WAB een aantal maatregelen ter versterking van de positie van oproepwerknemers.[3]

Hierna zetten wij de wijzigingen uiteen en gaan per onderdeel gelijk in op de praktische knelpunten.

2.1 Oproepovereenkomst onder de Wwz

De oproepwerknemer wordt onder de Wwz onder meer beschermd door de beperkte mogelijkheid de loondoorbetalingsplicht uit te sluiten indien niet wordt gewerkt. Partijen kunnen voor de eerste zes maanden van het dienstverband overeenkomen dat werkgever geen loon is verschuldigd over de tijd waarin de oproepwerknemer geen arbeid heeft verricht.[4] Deze periode van zes maanden kan bij cao worden verlengd, maar alleen als sprake is van werkzaamheden van incidentele aard of zonder vaste omvang. Op uitzendovereenkomsten is deze clausule niet van toepassing en kan de termijn verlengd worden tot ten hoogste 78 weken.[5] Verder is in artikel 7:628a BW geregeld dat oproepwerknemers een minimum loonaanspraak van drie uur per oproep hebben als de arbeidsomvang minder dan vijftien uur per week bedraagt of als sprake is van een nulurencontract. Tot slot dienden oproepwerknemers zich bewust te worden

* Marit Beukhof, Joanne Marijnissen, Rachel Rietveld en Vincent Scuric zijn onderzoeker en ontwikkelaar bij ArbeidsmarktResearch UvA B.V. (www.magontslag.nl).

1. A. Heyma e.a., *De kosten van ontslag met wederzijds goedvinden voor werkgevers*, SEO-publicatie 2017/25 en J.H. Bennaars e.a., *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, 2016. Zie ook M.L. Beukhof & R.D. Rietveld, 'Twee jaar Wwz in cijfers', *TvO* 2017/4.
2. Internetconsultatie Wet arbeidsmarkt in balans, bij Kamerstukken 35074. Naast vele individuele reacties kwamen onder andere de VAAN en VvA samen met een uitgebreide reactie. De mogelijkheid een proeftijd overeen te komen van vijf maanden werd uiteindelijk niet in de WAB opgenomen.
3. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, COM(2017) 797 final, 2017/0355(COD).
4. Art. 7:628 lid 5 BW.
5. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 4.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

van hun rechten zoals de mogelijkheid een beroep te doen op het rechtsvermoeden voor de arbeidsrelatie (art. 7:610a BW) en de arbeidsomvang (art. 7:610b BW).

2.2 Oproepovereenkomst onder de WAB

De WAB heeft tot doel de positie van oproepwerknemers verder te versterken en onzekerheid over werk en inkomen te beperken door permanente beschikbaarheid tegen te gaan. De maatregelen moeten er bovendien voor zorgen dat het verschil in kosten niet langer een reden is voor de keuze voor deze vorm van flexibele arbeid, maar dat schommelingen in de werkdruk bepalend zijn.[6] De wetswijzigingen worden hieronder weergegeven.

2.2.1 Definitie oproepovereenkomst

Met de WAB wordt een definitie van het begrip oproepovereenkomst in de wet opgenomen.[7] Volgens deze definitie is sprake van een oproepovereenkomst indien de arbeidsomvang niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van (1) ten hoogste een maand; of (2) ten hoogste een jaar en het recht op loon gelijkmatig is verspreid over die tijdseenheid. Van een oproepovereenkomst is ook sprake als de werknemer op grond van artikel 7:628 lid 5 of lid 7 BW geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon als hij de overeengekomen arbeid niet verricht.

Ondanks dat de wetgever dit waarschijnlijk niet heeft beoogd, valt door de zinsopbouw van het nieuwe artikel een aantal 'oproepovereenkomsten' buiten de definitie en missen zij dus de extra arbeidsrechtelijke bescherming. Uit de taalkundige lezing van lid 9 volgt dat contracten zonder eenduidige arbeidsomvang overeen te komen zijn, zonder onder de definitie van oproepovereenkomst te vallen. Dat zit als volgt: lid 9 schrijft voor dat sprake moet zijn van een niet-vast aantal uren en dat de arbeidsomvang verbonden dient te zijn aan een tijdseenheid van ten hoogste een jaar. In geval van een overeengekomen arbeidsomvang over een tijdseenheid langer dan een maand wordt daaraan een tweede, cumulatief vereiste gekoppeld: het loon moet gelijkmatig worden verspreid over die tijdseenheid. Dit brengt met zich dat geen sprake is van een oproepovereenkomst als de arbeidsomvang wordt vastgelegd voor een periode van langer dan één maand, maar het loon wordt betaald op basis van wat daadwerkelijk per maand is gewerkt (nacalculatie). Komen partijen bijvoorbeeld overeen dat de werknemer iedere periode van twee maanden 200-300 uur werkt onder maandelijkse uitbetaling op basis van nacalculatie, dan mist de werknemer de arbeidsrechtelijke bescherming die in de WAB is neergelegd voor oproepwerknemers. Dit lijkt ons een maas in de wet, werkgevers kunnen nu immers op eenvoudige wijze onder de beschermingsbepalingen voor de oproepwerknemer uitkomen. Wellicht dat rechters pragmatisch te werk gaan en oordelen dat een dergelijke constructie gelijk wordt gesteld aan een niet-vast aantal uren per maand. Overigens geldt dit probleem niet alleen voor de nieuwe (sub)artikelen die de WAB introduceert, maar ook voor het aangepaste artikel 7:628a lid 1 BW. Krachtens dit artikel heeft een werknemer voor wie de arbeidsomvang niet eenduidig is vastgelegd recht op ten minste drie uur loon per oproep. Met inwerkingtreding van de WAB wijzigt dit artikel, zodat het alleen geldt voor oproepovereenkomsten die onder de wettelijke definitie vallen. De gevallen die hier niet onder vallen, zoals hier omschreven, hebben vóór inwerkingtreding van de WAB wel recht op minimaal drie uur loon per oproep (mits zij nu onder het toepassingsbereik vallen), maar na 1 januari 2020 niet meer.

Er kleeft nog een tweede onduidelijkheid aan de definitie van de oproepkracht. Het lijkt de meest voor de hand liggende oplossing voor werkgevers die hun werknemers toch flexibel willen inzetten, een arbeidsovereenkomst aan te gaan voor een lager aantal uren dan het aantal uren dat ze verwachten de werknemer in te zetten. Zolang het overeenkomen aantal uren maar geen minimum en maximum kent en meer dan nul uur per maand is, valt de overeenkomst niet onder de scope van artikel 7:628 BW. De vraag is of deze oplossing stand zal houden. Wordt structureel overgewerkt, dan is onzes inziens alsnog sprake van een oproepovereenkomst. Dit geldt niet als wegens piek en ziek tijdelijk meer uren worden gemaakt. Het lijkt erop dat de wetgever dit (deels) heeft voorzien. In de MvT staat vermeld dat tijdelijk meer uren mogen worden gewerkt om bijvoorbeeld uitval van anderen op te vangen en er wordt gerefereerd aan overwerk van meer dan 30% van het overeengekomen aantal uren:

> 'Dit betekent in de praktijk dat, voor de toepassing van de lage WW-premie, overwerk en geconsigneerde/ beschikbare (en eventueel opgeroepen) uren gezamenlijk maximaal 30% van de vaste arbeidsomvang mogen vormen.'[8]

Bij de vraag wat nu structureel overwerk is, zou wellicht dus kunnen worden aangesloten bij de 30% van de premiedifferentiatie (zie § 2.2.5). Vragen die resteren zijn of bij structureel overwerk de werknemer het verzoek kan weigeren als dit niet op tijd is aangekondigd en of de werknemer loon krijgt als geplande overuren uiteindelijk niet door blijken te gaan. Ook ontstaat een interessant tijdsverloop ten aanzien van de rechten en vorderingen van de werknemer die begint met werken voor een niet eenduidig overeengekomen aantal uren: na drie maanden kan hij een beroep doen op het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang van artikel 7:610b BW. Doet hij dit en slaagt het beroep erop, dan is geen sprake van een oproepovereenkomst, maar van een nieuw aantal overeengekomen uren. De werknemer geniet dan dus ook niet meer de bescherming die het zijn van oproepkracht met zich brengt. Het initiatief is met een beroep op de arbeidsomvang weer bij de werknemer komen te

6. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 4.
7. Art. 7:628 lid 9 BW.
8. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 77.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

liggen, terwijl het nu juist de bedoeling van de wetgever is dat initiatief bij de werkgever te leggen. Op vragen uit de Eerste Kamer wordt dan ook geantwoord dat het aan de werkgever is een aanbod te doen voor het gemiddelde aantal arbeidsuren en niet aan de werknemer een beroep te doen op artikel 7:610b BW.[9] Doet de werknemer dat inderdaad niet, dan blijft hij gedurende het jaar oproepwerknemer, met bijkomende bescherming, en moet hij een aanbod krijgen van de werkgever. Dit kan nadelig zijn als in drie opvolgende maanden gemiddeld aanzienlijk meer uren gewerkt is. Een geslaagd beroep op de arbeidsomvang had dan een hoger gemiddeld aantal uren tot gevolg gehad dan wanneer naar het hele jaar wordt gekeken. Daarnaast zit de werknemer in het laatste geval langer in onzekerheid – alhoewel de wetgever een beroep op artikel 7:610b BW als onzeker voor de werknemer aanmerkt, aangezien de werkgever het vermoeden kan weerleggen – dan wanneer na drie maanden recht op een vast en hoger aantal uren ontstaat.

2.2.2 Aanbod gemiddelde arbeidsomvang

Werkgevers worden verplicht oproepwerknemers in de dertiende maand van het dienstverband schriftelijk een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang. De arbeidsomvang moet ten minste gelijk zijn aan de gemiddelde arbeidsomvang in de voorafgaande periode van twaalf maanden. Loopt de oproepovereenkomst door na twaalf maanden en doet werkgever het aanbod niet (op tijd), dan behoudt werknemer het recht op loon over de gemiddelde arbeidsomvang over de eerste twaalf maanden. Bij de berekening van de termijn moet worden gekeken naar de duur van het dienstverband en niet naar het aantal gewerkte weken. Arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van maximaal zes maanden hebben opgevolgd, moeten worden samengeteld. De tussenpozen zelf tellen niet mee voor de berekening van het aantal gewerkte maanden en de gemiddelde arbeidsomvang. Een werknemer is niet verplicht het aanbod van de werkgever te accepteren. Wijst de werknemer het aanbod af, dan kan de oproepovereenkomst en de bijbehorende flexibiliteit blijven bestaan. Schriftelijke vastlegging van zowel het aanbod als een eventuele afwijzing is van belang om te voorkomen dat de werknemer alsnog succesvol een beroep kan doen op de gemiddelde arbeidsomvang en een loonvordering kan instellen over de uren die minder zijn gewerkt. Werknemer heeft *ten minste* een maand de tijd om het aanbod te aanvaarden. Bij cao of een ministeriële regeling kunnen functies worden aangewezen waarbij geen aanbod hoeft te worden gedaan voor een vast aantal uren, maar alleen als deze functies vanwege klimatologische of natuurlijke omstandigheden hoogstens negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend.[10] Deze term kennen we van de Wwz, waarmee een uitzondering werd gemaakt op de onderbrekingsduur tussen arbeidsovereenkomsten in geval van de ketenregeling. Gedoeld wordt ook nu op functies in bijvoorbeeld horeca-strandgelegenheden.

De regeling heeft onmiddellijke werking. Op deze regeling is geen overgangsrecht van toepassing. Bij reeds bestaande oproepovereenkomsten die vóór of op 1 januari 2020, al dan niet samen met eerdere oproepovereenkomsten, de duur van twaalf maanden bereiken of overschrijden moet vóór 1 februari 2020 een aanbod worden gedaan voor een vaste arbeidsomvang.

Dat betekent voor een groot aantal bedrijven een zware verplichting in de eerste maand van 2020, maar er is meer om rekening mee te houden. In artikel 7:628a lid 5 nieuw BW is opgenomen dat de werknemer *ten minste* een maand de tijd heeft voor aanvaarding van het aanbod. Dit betekent dat de werknemer dus ook enkele maanden later pas het aanbod kan accepteren. Onduidelijk is of in dat geval opnieuw het gemiddelde aantal uren moet worden berekend, namelijk over de twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop werknemer het aanbod accepteert of dat het oude aanbod van de werkgever blijft gelden. Onzes inziens ligt het laatste het meest voor de hand. Niet geheel duidelijk is hoe moet worden omgegaan met de tussengelegen periode. Wij zijn van mening dat de werknemer niet met terugwerkende kracht recht heeft op het vaste aantal uren en het bijbehorende loon, zolang hij zelf het aanbod niet accepteert. Pas op het moment waarop sprake is van aanbod én aanvaarding kan de werknemer hier aanspraak op maken. De omstandigheid dat de werknemer onbeperkt de tijd lijkt te hebben voor aanvaarding van het aanbod brengt voor de werkgever onzekerheid met zich. Is hij verplicht de werknemer het aantal uren te laten werken als deze pas na een paar maanden het aanbod accepteert? Naar verwachting heeft hij dan al een andere werknemer aangenomen voor dat aantal uren. De wetgever had onzes inziens daarom beter voor een fatale termijn kunnen kiezen. Wij raden werkgevers aan om bij het doen van een aanbod, tevens een termijn te stellen waarna het aanbod vervalt.

Anders kan dit zijn als het aanbod van de werkgever onredelijk is. Ook het aanbod is namelijk summier omschreven in de wet, nu alleen is bepaald dat dit voor het gemiddelde aantal uren over de afgelopen twaalf maanden moet zijn. Wat nu als de werkgever een lager salaris of andere slechtere arbeidsvoorwaarden biedt of een aanbod doet voor slechts een korte periode? De vraag is of dit dan als een aanbod in de zin van artikel 7:628 lid 5 BW kan worden gezien. Mocht dit niet het geval zijn, dan is het gevolg dat de werknemer recht heeft op loon over het gemiddelde aantal uren tot het moment dat wel een (goed) aanbod wordt gedaan, ook al heeft de werknemer geen of minder arbeidsuren gewerkt.

2.2.3 Oproeptermijn

Is sprake van een oproepovereenkomst volgens de definitie van het nieuwe artikel 7:628 lid 9 BW, dan moet de werkgever de oproep minimaal vier dagen van tevoren

9. Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 39-40.
10. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, p. 3 (art. 7:628a lid 11 BW).

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

schriftelijk of elektronisch doen. Doet de werkgever dit korter van tevoren, dan is de werknemer niet verplicht de oproep te accepteren.[11] Tevens heeft een oproepwerknemer recht op loon waarop hij aanspraak had gemaakt als de oproep korter dan vier dagen van tevoren (deels) wordt ingetrokken, ook als een loonuitsluitingsbeding is overeengekomen.[12] Bij cao kan de termijn van vier dagen worden verkort, maar de termijn mag niet korter zijn dan 24 uur. Daarnaast kan bij cao worden afgesproken dat geen oproeptermijn in acht genomen hoeft te worden in geval van seizoensgebonden functies die vanwege klimatologische of natuurlijke omstandigheden hoogstens negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend.[13] Houdt de werkgever zich niet aan de oproeptermijn, dan kan de werknemer binnen vijf jaar een loonvordering instellen. Over het loon is de werkgever dan ook wettelijke rente verschuldigd en de werknemer kan aanspraak maken op de wettelijke verhoging.

De gedachte achter het nieuwe artikel 7:628a lid 4 BW is onzes inziens goed, maar het is zeer de vraag of de regeling het beoogde effect van meer inkomenszekerheid zal hebben. Werknemers zullen waarschijnlijk zeer terughoudend zijn met een beroep doen op de regeling, omdat zij het risico lopen dat dit een negatief effect heeft op de verhouding met de werkgever en de kans bestaat dat zij minder opgeroepen worden. Dat (oproep)werknemers dergelijke rechten niet snel effecturen, is reeds gebleken bij het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang.[14]

Dat het om relatief kleine bedragen gaat, vond de wetgever geen reden om de regeling te schrappen.[15] De loonvordering wordt verhoogd met de wettelijke rente en eventueel de wettelijke verhoging en er geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Met de tijd kan de loonvordering daardoor flink oplopen. De wetgever gaat ervan uit dat de werkgever hiermee genoeg aangespoord wordt zich aan de regels te houden. Overigens is de aanname dat het om relatief kleine bedragen gaat naar onze mening wel erg generaliserend. Het kan net zo goed om substantiële loonvorderingen gaan.

2.2.4 Opzegtermijn werknemer sluit aan bij oproeptermijn

Voor een werknemer wiens arbeidsomvang *niet* is vastgelegd, geldt een verkorte opzegtermijn die gelijk is aan de oproeptermijn, zodat de opzegtermijn in beginsel vier dagen is.[16] Door de in het nieuwe artikel 7:672 lid 5 BW gehanteerde verwoording lijkt dit dus alleen voor oproepwerknemers met een nulurencontract te gelden, nu bij een min-max-contract wel een urenomvang is vastgelegd. De urenomvang is in dat geval alleen niet eenduidig vastgelegd. Het zal de bedoeling zijn van de wetgever aan te sluiten bij de definitie van de oproepkracht, waardoor ook voor werknemers met een min-max-contract in beginsel een opzegtermijn van vier dagen geldt.

Is in de cao afgeweken van de wettelijke oproeptermijn, dan geldt de termijn uit de cao als opzegtermijn. Deze regeling geldt niet als sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding. Bij functies waarvoor, krachtens cao of ministeriële regeling, geen verkorte opzegtermijn geldt, is de oproeptermijn voor de werknemer vier dagen.[17]

Ook hier spelen de hiervoor beschreven knelpunten een rol. De opzegtermijn kan veranderen als de overeenkomst door uitvoering ervan toch wel of juist niet onder de definitie van oproepovereenkomst valt.

2.2.5 Geen WW-premiedifferentiatie

Afstand wordt gedaan van de sectorenindeling van de WW-premie. Een hoog tarief gaat gelden voor alle flexibele contracten, waaronder de oproepovereenkomst. Leerwerktrajecten in de beroepsbegeleidende leerweg op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en jongeren tot 21 jaar die minder dan twaalf uur werken, zijn uitgezonderd van het hoge tarief. Voor deze contracten geldt het lage tarief, dat ook geldt voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.

Op de loonstrook moet voortaan worden vermeld of sprake is van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of van een oproepovereenkomst en in dat geval daarbij de overeengekomen arbeidsduur, zodat het juiste tarief kan worden toegepast. Blijkbaar hoeft niets op de loonstrook vermeld te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan. Het zullen vooral de salarisadministratiebedrijven zijn die hier rekening mee moeten houden, maar de eindverantwoordelijkheid ligt bij de werkgever. Er is een duidelijk beleid over inspectie en controle en de werkgever kan er dus van uitgaan dat niet-betaalde premies alsnog zullen worden geïnd.

Zonder in te gaan op de differentiatie zelf, willen wij benadrukken dat ook hier geldt dat als meer uren worden gewerkt dan overeengekomen, voor een wisselend aantal uren per maand en dit structureel gebeurt, toch sprake kan (zal) zijn van een oproepovereenkomst. Dit is dan niet vermeld op de loonstrook, zodat het aan de werkgever is een correctiebericht in te dienen bij de Belastingdienst. Doet hij dit niet, dan kan hem een boete worden opgelegd.[18] De MvT geeft aan dat in ieder geval wat betreft de premiedifferentiatie naar overuren wordt gekeken:

> 'Bij het bovenstaande moet worden opgemerkt dat onder de lage premie maximaal 30% meer uren mogen worden verloond dan de overeengekomen vaste arbeidsomvang (…)'.

11. Art. 7:628a lid 2 nieuw BW.
12. Art. 7:628a lid 3 nieuw BW.
13. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, p. 3.
14. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 22.
15. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 25.
16. Art. 7:672 lid 5 nieuw BW.
17. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 61, p. 2.
18. *Stb*. 2019, 236.

doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

3. Payroll

Payrolling heeft mede als doel het ontzorgen van (kleine) werkgevers. Payrolling wordt echter in toenemende mate ingezet voor een ander doel, namelijk het concurreren op arbeidsvoorwaarden. Onder de Wwz zijn de arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener niet van toepassing op de payroller, maar wordt gekeken naar de formele werkgever; het payrollbedrijf. Payrollwerknemers hebben hierdoor vaak slechtere arbeidsvoorwaarden dan 'gewone' werknemers in een gelijkwaardige functie. Met de WAB wil het kabinet dat payrolling weer zijn oorspronkelijke doel terugkrijgt en niet meer kan worden ingezet om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. In deze paragraaf zetten wij de wijzigingen uiteen, waarbij wordt ingegaan op mogelijke knelpunten. De ketenregeling zoals deze geldt voor payrolling behandelen wij in § 4.

3.1 Payroll onder de Wwz

In de Ontslagregeling is een definitie opgenomen van een payrollwerkgever en -werknemer, maar de huidige wet bevat geen definitie.[19] Sinds het Care4Care-arrest weten we dat voor het bestaan van een uitzendovereenkomst geen allocatiefunctie vereist is, zodat ook payrolling onder de uitzendovereenkomst kan vallen.[20] Is voldaan aan de voorwaarden voor het bestaan van een uitzendovereenkomst, dan kunnen uitzendcao's van toepassing zijn op de payrollovereenkomst en kan gebruik worden gemaakt van het uitzendbeding, het verlichte ontslagregime en de verlengde ketenregeling.

3.2 Payroll onder de WAB

Ter bescherming van payrollwerknemers wordt de payrollconstructie in de wet gereguleerd. Hierdoor zijn de regels voor de uitzendovereenkomst niet meer van toepassing op de payrollovereenkomst. De regering acht het onwenselijk dat payrollwerkgevers gebruik kunnen maken van het verlichte ontslagregime terwijl zij geen allocatiefunctie vervullen.[21]

3.2.1 Definitie payrolling

Met de WAB komt in artikel 7:692 BW een definitie van de payrollovereenkomst als lex specialis van de uitzendovereenkomst. Daarmee blijft de payrollovereenkomst een uitzendovereenkomst vanwege de driehoeksverhouding waarbij de payrollwerkgever het feitelijk toezicht en leiding over de werkzaamheden overdraagt aan de opdrachtgever, met als verschil dat de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde geen allocatieve functie heeft en de werknemer alleen met toestemming van die derde aan een ander ter beschikking gesteld mag worden. In de MvT worden indicaties genoemd die relevant zijn bij de beoordeling van beide criteria.[22] Is wel sprake van een allocatiefunctie, dan kan geen sprake zijn van een payrollovereenkomst en mist artikel 7:692 BW toepassing, maar betreft het een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. De individuele driehoeksverhouding is leidend voor de vraag of sprake is van payrolling of uitzending. Is sprake van een payrollconstructie, dan kan geen gebruik meer worden gemaakt van het uitzendbeding en het lichtere arbeidsrechtelijke regime dat geldt voor de uitzendconstructie.

Als gevolg van de nieuwe regeling worden gepayrollde werknemers duurder voor werkgevers, soms zelfs duurder dan werknemers die direct in dienst zijn. De Raad van State stelt in zijn advies over de WAB dat werkgevers andere constructies gaan bedenken om de kosten voor arbeid te verlagen, bijvoorbeeld door zelfstandigen in te zetten.[23] De regeling kan daarmee een dode letter worden met als gevolg payrolling zelf ook. Zwemmer wees al op de mogelijk verstrekkende gevolgen van de definitie voor de uitzendbranche; veel werknemers die tot nu toe als uitzendkracht werden beschouwd, worden nu payrollwerknemer in de zin van de wet. Van belang is de wijziging ook voor internationale intra-concerndetachering.[24] Aangezien de uitzondering voor concernuitzending (art. 7:691 lid 6 BW) niet meer geldt voor de payrollwerknemer en de Wet allocatie arbeid door intermediairs (Waadi) uitdrukkelijk intraconcernpayrolling niet meer uitsluit (art. 8a lid 8 Waadi), zal hierdoor internationale intraconcernuitzending naar Nederland worden bemoeilijkt.

Ten tweede kan het stellen van eisen aan de payrollconstructie ervoor zorgen dat de werkgever het op papier laat lijken dat niet is voldaan aan een van de criteria, zodat sprake is van een uitzendovereenkomst. Of sprake is van payrolling wordt bepaald op basis van de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de werkgever en de overeenkomst van opdracht van de werkgever en de derde. Nu deze overeenkomsten leidend zijn, wordt het eenvoudiger de bescherming van payrollwerknemers te omzeilen.[25]

Ten derde wordt in de memorie van toelichting gesproken van 'exclusieve terbeschikkingstelling' als tweede criterium voor het bestaan van een payrollconstructie. Voor de beoordeling van dit criterium worden indicaties genoemd die van belang zijn, zonder dat duidelijk is welke indicaties een aanwijzing zijn vóór of tegen het bestaan van exclusieve terbeschikkingstelling. Vervolgens wordt aangegeven dat ook sprake kan zijn van exclusieve terbeschikkingstelling als de payrollwerknemer wordt doorgeleend terwijl de 'derde' en de payrollwerkgever geen exclusieve terbeschikkingstelling hebben afgesproken, maar de derde en een vierde 'uiteindelijke inlener' dit wel zo hebben afgesproken.[26]

19. Art. 1 sub f en g Ontslagregeling.
20. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care4Care).
21. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 34.
22. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 40.
23. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 4, p. 8.
24. J.P.H. Zwemmer, 'VAAN – VvA – Wab – Payrolling', *TAP* 2018/149.
25. Zie hierover ook J.P.H. Zwemmer, 'VAAN – VvA – Wab – Payrolling', *TAP* 2018/149 en F.G. Laagland, 'Het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders', *TRA* 2018/75.
26. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 42-43.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

Doorlening betreft in feite een 'vierhoeksrelatie'.[27] Bij doorlening moet dus gekeken worden of toestemming moet worden gegeven door de uiteindelijke inlener aan de derde en niet, zoals in de wettekst staat, van de derde aan de payrollwerkgever. Dit had eenvoudig verduidelijk kunnen worden door in de wettekst te spreken over 'de derde *of* uiteindelijke inlener'.
Tot slot dient bij doorlening te worden opgemerkt dat onduidelijk is of de payrollwerkgever niet zelf de allocatiefunctie zal vervullen als deze de payrollwerknemer aan een ander ter beschikking stelt via een derde. Zodra de werknemer wordt doorgeleend is dan niet meer voldaan aan het eerste criterium.

3.2.2 Gelijke beloning

Het onderscheid tussen de uitzendovereenkomst en de payrollovereenkomst is ook in de Waadi opgenomen. Payrollwerknemers dienen zowel ten aanzien van primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden gelijk te worden beloond als werknemers die in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst zijn bij de inlener. Dit betreft het loon, maar bijvoorbeeld ook onkostenvergoedingen en arbeids- en rusttijden. Ook is het uitgangspunt dat de payrollwerknemer deelneemt aan de basispensioenregeling van de inlener.[28] Is dit niet mogelijk, dan moet de payrollwerkgever zelf een adequate pensioenregeling afsluiten.[29] In tegenstelling tot de uitzendconstructie kan hiervan niet ten nadele van de werknemer bij cao worden afgeweken, zodat payrollwerknemers op wie vóór de inwerkingtreding van de WAB een uitzendcao zoals de ABU-cao van toepassing is, per 1 januari 2020 recht hebben op een ruimere inlenersbeloning.

Door payrolling uit te sluiten van het uitzendregime zijn uitzendcao's niet meer van toepassing en moeten dezelfde arbeidsvoorwaarden worden toegepast als de arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener. Payrollwerkgevers krijgen te maken met verschillende arbeidsvoorwaarden als zij payrollwerknemers op verschillende plekken ter beschikking stellen. Hierdoor moeten zij voortdurend op de hoogte zijn van de arbeidsvoorwaarden die moeten worden toegepast in de branche van de inlener. Het is daarom te adviseren dat payrollbedrijven contractueel afspreken dat de inlener consequent wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden moet melden. Hierbij kan tevens een vrijwaring worden bedongen om eventuele aansprakelijkheid voor schade vanwege het toepassen van verkeerde arbeidsvoorwaarden uit te sluiten.

Nu de WAB en de bijbehorende MvT enkel spreken over gelijke beloning wat betreft primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden, kan nog wel geconcurreerd worden op tertiaire arbeidsvoorwaarden.[30] Tertiaire arbeidsvoorwaarden zouden kunnen zijn kortingen of sportfaciliteiten.

4. Ketenregeling

De ketenregeling beperkt het gebruik van opvolgende contracten voor bepaalde tijd in het arbeidsrecht en beoogt werknemers in tijdelijke dienstverbanden meer zekerheid te bieden.[31] Artikel 7:668a lid 1 BW beperkt zowel de duur waarvoor partijen tijdelijke arbeid kunnen aangaan, als het aantal contracten dat zij kunnen afsluiten. Met de ketenregeling heeft Nederland uitvoering gegeven aan Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.[32]
In het navolgende gedeelte zijn de wijzigingen (§ 4.2) en de mogelijke knelpunten die wij zien (§ 4.3) opgesplitst.

4.1 Ketenregeling onder de Wwz

Met de Wwz werd de ketenregeling stringenter; het gebruik van opvolgende contracten voor bepaalde tijd werd verder ontmoedigd. De maximale duur van de keten ging van 36 naar 24 maanden en er werd een einde gemaakt aan de onbeperkte afwijkingsmogelijkheden via cao's.[33] Afwijken bij cao (of AMvB) van de maximale duur (van 24 tot maximaal 48 maanden) of het aantal contracten (van drie tot maximaal zes) is naar huidig recht alleen toegestaan als de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering de afwijking vereist (art. 7:668a lid 5 BW). Op 1 juli 2016 is artikel 7:668a lid 13 BW in werking getreden. Dit lid maakt het mogelijk om de onderbrekingsduur of 'tussenpoos' van zes maanden te verkorten tot minimaal drie maanden via cao-afspraken of AMvB. De wet schrijft voor dat een verkorting van de tussenpoos mogelijk is als de functie wegens klimatologische of natuurlijke omstandigheden niet langer dan negen maanden per jaar door dezelfde werknemer kan worden uitgeoefend.

4.2 Ketenregeling onder de WAB

De ketenregeling wordt door de WAB in een aantal opzichten verruimd. De maximale duur van de keten wordt verlengd van twee naar drie jaar. Daarnaast wordt het makkelijker om via cao of AMvB afwijkingen toe te passen bij de onderbrekingsduur voor functies waarvan de werkzaamheden van terugkerende tijdelijke aard zijn. Tot slot komt er een wettelijke basis voor het aanbieden van contracten aan invalkrachten in het basis- en speciaal onderwijs waarop de ketenregeling niet van toepassing is. De nieuwe ketenregeling treedt direct per 1 januari 2020 in werking. Alleen voor de payrollover-

27. Zie bijv. Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723.
28. Art. 8a nieuw Waadi.
29. Krachtens art. 8a nieuw Waadi is sprake van een adequate pensioenregeling indien wordt voldaan aan de volgende drie voorwaarden: de pensioenregeling voorziet in een ouderdomspensioen- en een nabestaandenpensioenregeling, er geldt een wachttijd of drempelperiode en de collectieve werkgeverspremie is gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie.
30. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 43.
31. *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 8.
32. Zie Clausule 5 bijlage bij Richtlijn 1999/70/EG betreffende de door het EW, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.
33. *Kamerstukken II* 2014/15, 33818, 3, p. 12-13.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

eenkomst is met artikel XI WAB in overgangsrecht voorzien.

4.2.1 Van 3x6x2 naar 3x6x3

Artikel 7:668a BW wordt aangepast, de maximale duur van de keten van contracten wordt verlengd van twee naar drie jaar. De tussenpoos van zes maanden blijft gelijk. Ook het aantal contracten dat kan worden afgesloten alvorens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat blijft drie. Met het nieuwe artikel 7:668a BW wordt teruggrepen op de oude ketenregeling (pre-Wwz). De oude ketenregeling werd aangepast om het aangaan van vaste dienstverbanden te stimuleren.[34] In de WAB is de regering teruggekomen op dit punt en stelt dat de ketenregeling uitdrukkelijk ten doel heeft om flexibele arbeid mogelijk te maken.[35] Daarnaast heeft de regering op basis van een eerste signaal uit de praktijk[36] geconcludeerd dat de verkorting van de maximale duur geen effect heeft gesorteerd. Integendeel, werknemers zouden juist sneller hun baan verliezen. Hoewel vraagtekens kunnen worden gezet bij het aanpassen van een wet op basis van een onderzoek na één jaar ervaring, wacht de regering de evaluatie van de Wwz na vijf jaar niet af maar verlengt zij al heel snel de maximale termijn van de ketenregeling.[37]

4.2.2 Ruimere mogelijkheid voor afwijking 'tussenpozen' bij terugkerend tijdelijk werk

De mogelijkheid af te wijken van de tussenpoos van zes maanden waarbinnen contracten elkaar opvolgen in een keten wordt verruimd. In artikel 7:668a lid 13 BW wordt de zinsnede 'als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden' geschrapt. Werk van terugkerende en tijdelijke aard dat geen seizoensarbeid is, kan vanaf 2020 middels cao of ministeriële regeling ook gebruik maken van een verkorte tussenpoos. Functies die straks kunnen profiteren van een snelle doorbreking van de keten, zijn volgens de regering te vinden in de culturele sector en in de sport.[38] Sociale partners kunnen zo bij bepaalde functies beter maatwerk leveren. Indien het overleg tussen sociale partners niet tot een bevredigend resultaat leidt voor een bepaalde functie(groep), dan kan de minister middels AMvB ingrijpen (art. 7:668a lid 14 toekomstig BW).[39]

4.2.3 Aparte regeling voor leerkrachten, nieuw lid 15

Een sector waarin de minister al vóór het intreden van de WAB had ingegrepen middels een AMvB, is het onderwijs.[40] Nu wordt de afwijkende status van invalkrachten in het onderwijs een stevigere wettelijke basis gegeven. Er wordt een nieuw lid 15 toegevoegd aan artikel 7:668a BW. Dit lid regelt dat invalkrachten die ziek onderwijspersoneel vervangen in het basis- of speciaal onderwijs buiten de werking van ketenregeling vallen. Vervanging wegens een andere reden zoals zwangerschapsverlof, valt niet onder het nieuwe lid 15.[41]

4.3 Knelpunten

4.3.1 De directe werking

De nieuwe ketenregeling heeft onmiddellijke werking.[42] Dit betekent dat arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan vóór 1 januari 2020 ook beïnvloed kunnen worden door de nieuwe ketenregeling. Eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op of na 1 januari 2020 dan geldt de nieuwe maximale termijn van drie jaar. Stel: er worden twee contracten afgesloten, een van twaalf maanden (10 januari 2018 tot 9 januari 2019) en één contract van achttien maanden (10 januari 2019 tot 9 juli 2020). Onder de oude regeling zou op 10 januari 2020 een vast contract ontstaan (op het moment dat de termijn wordt overschreden, dus per 10 januari 2019), vanwege de directe werking van de nieuwe ketenregeling is dit niet het geval. Dit betekent werknemers die bij het aangaan van een opvolgend bepaaldetijdscontract uitgingen van een vast dienstverband vanwege het overschrijden van de tweejaarstermijn, nu toch geen vast dienstverband krijgen.[43] Uit het oogpunt van rechtszekerheid was het wenselijk geweest dat de wetgever in overgangsrecht had voorzien voor deze groep werknemers.

Het kan ook anders: naar huidig recht zal de arbeidsovereenkomst die eindigt na 1 januari 2020 maar vóór die tijd al de twee jaar overschrijdt converteren naar een vast contract. Uit de bewoording van de memorie van toelichting volgt dat deze praktijk met de WAB wordt aangepast. Hoewel het onzes inziens niet de bedoeling kan zijn, lijkt de minister ervan uit te gaan dat in dat geval de werknemer toch geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft:

> 'De onmiddellijke werking van de ketenbepaling houdt in dat op een arbeidsovereenkomst die eindigt op of na 1 januari 2020 een ketenbepaling van drie jaar van toepassing is, ook als de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor 1 januari 2020.'[44]

Het lijkt ons logischer en zelfs het enige juiste uit te gaan van de Wwz zolang die nog geldt en de daarbij behorende termijn te hanteren, waardoor conversie na twee jaar plaatsvindt. Wanneer conversie plaatsvindt, kan dat niet meer ongedaan worden gemaakt door inwerkingtreding van de WAB op 1 januari 2020. Artikel 7:668a BW stelt immers dat het moment dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat de dag is dat de termijn van twee (of later drie) jaar wordt overschreden.

34. *Kamerstukken II* 2014/15, 33818, 3, p. 15.
35. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 17-18.
36. VAAN – VvA Evaluatieonderzoek WWZ 2016; onderzoek uit 2016 waarvan bijna 80% van onderzoekspopulatie advocaat, jurist of rechtsbijstandverlener is.
37. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 36.
38. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 15.
39. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 10.
40. Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter.
41. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 15-16.
42. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 16-17.
43. Dit is alleen niet het geval wanneer bij cao ten gunste van de werknemer is afgeweken, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 16.
44. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 16.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

4.3.2 *Het overgangsrecht bij de payrollovereenkomst*

Voor payrollwerknemers is wel in overgangsrecht voorzien. Zoals behandeld in § 3 wordt de payrollovereenkomst geregeld in de nieuwe artikelen 7:692 en 7:692a BW. Artikel 7:692a lid 1 BW maakt het onmogelijk de uitzonderingen op de ketenregeling voor uitzendarbeid (art. 7:691 BW) toe te passen bij een payrollovereenkomst. De regering wil voorkomen dat per 1 januari 2020 tijdelijke payrollovereenkomsten worden omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd.[45] Opvallend is dat de regering payrollwerkgevers klaarblijkelijk niet wil opzadelen met vaste dienstverbanden, maar aan de andere kant het faillissement van bepaalde payrollwerkgevers als beoogd doel van de WAB heeft omschreven.[46]

Onduidelijk is op welk moment overgangsrecht van toepassing is. In passages uit de parlementaire geschiedenis komen drie verschillende momenten voor. Het moment waarop de arbeidsovereenkomst ingaat, het moment waarop de arbeidsovereenkomst is gesloten[47] en tot slot het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten *en* ingaat.[48] Uit de tekst van artikel XIV WAB volgt dat het moment waarop de overeenkomst *wordt gesloten* leidend is. Wordt een payrollovereenkomst gesloten vóór inwerkingtreding van de WAB en vangt de uitvoering van de overeenkomst aan na inwerkingtreding, dan kan nog gebruik worden gemaakt van overgangsrecht. Zo kan een nieuwe arbeidsovereenkomst ingaan na 1 januari 2020 waarbij gebruik kan worden gemaakt van oud recht. Dit betekent concreet dat payrollwerknemers na 1 januari 2020 nog steeds kunnen vallen onder de uitzonderingsmogelijkheden op de ketenregeling die worden geboden in artikel 7:691 BW (de uitzendovereenkomst).

4.3.3 *De keten bij invallers in het basis- en speciaal onderwijs*

In § 4.2.3 bespraken wij de introductie van het nieuwe lid 15 bij artikel 7:668a BW. Tijdelijke contracten ter vervanging van ziek onderwijspersoneel in het basis- en speciaal onderwijs worden niet meegerekend in de keten van tijdelijke contracten.[49] Het is niet duidelijk of de onderbrekingsduur van zes maanden doorloopt tijdens een 'invalcontract'. De vraag hoe uitgezonderde contracten de doorbrekingsduur van de keten beïnvloeden bestaat al langer. Zo is bijvoorbeeld in de Cao Universiteiten de promovendus gedurende de tijd waarin het proefschrift wordt geschreven uitgesloten van de ketenregeling. Is eerder bijvoorbeeld als student-assistent gewerkt en wordt na het behalen van de titel een tijdelijke arbeidsovereenkomst aangegaan, dan zou deze latere overeenkomst de tweede in de keten (kunnen) zijn, maar zou ook door het aangaan van het derde contract in ieder geval een contract voor onbepaalde tijd kunnen ontstaan. Onder de WAB is dit extra van belang om te weten. De leerkracht die vaker anderen vervangt kan nu opeens een contract voor onbepaalde tijd krijgen. Als de leerkracht bijvoorbeeld:

- eerst een aantal keer wegens zwangerschapsverlof inspringt (contracten tellen mee voor de keten),
- dan twee keer wegens ziekte (contracten tellen niet mee voor de keten), en,
- vervolgens weer een keer om een andere reden dan ziekte (contract telt weer mee voor de keten) dan kan toch een vast contract zijn ontstaan.

Het laatste contract kan namelijk het vierde in de keten zijn of de duur van drie jaar kan zijn overschreden. Weliswaar tellen de ziekte-vervangende contracten niet meetellen, maar daarmee niet gezegd is dat een onderbrekingsduur van zes maanden de ervoor en erna gesloten contracten van elkaar lostrekt. Een vast contract ontstaat niet als sprake is van een onderbreking van de keten door de invalcontracten tijdens ziekte. Gezien de regelmaat waarin dit soort vervangingen voorkomen, zou het prettig zijn als hier duidelijkheid over komt.

4.3.4 *De eenmalige verlenging na 24 maanden of langer, lid 3*

Het huidige artikel 7:668a lid 3 BW blijft ongewijzigd. Dit lid maakt het mogelijk om na een contract voor bepaalde tijd dat 24 maanden of langer heeft geduurd eenmalig een verlenging van drie maanden overeen te komen. Deze uitzondering op de ketenregeling blijft in de nieuwe ketenregeling ook op 24 maanden staan, de parlementaire geschiedenis merkt hier niets over op. Hoewel de uitwerking van het artikel geen voor- of nadeel ondervindt van deze omissie, is in het kader van de consistentie aan te bevelen dat ook deze termijn wordt aangepast naar 36 maanden. Vóór inwerkingtreding van de Wwz stond in de originele wettekst immers ook de 36-maandentermijn vermeld.[50]

5. Transitievergoeding

Met de invoering van de Wwz heeft de transitievergoeding zijn intrede gedaan. Het doel van deze ontslagvergoeding is tweeledig: de vergoeding moet de gevolgen van het ontslag compenseren en de transitie naar een andere baan vergemakkelijken.[51] De voorwaarden voor het recht op de vergoeding en de berekeningswijze van de hoogte ervan veranderen per 1 januari 2020. In § 5.1 en 5.2 zetten wij de wijzigingen uiteen, om vervolgens in § 5.3 in te gaan op de praktische problemen die de tekst van de wijziging met zich brengt.

5.1 Transitievergoeding onder de Wwz

Een werknemer heeft in beginsel recht op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst twee jaar of langer heeft geduurd en deze op initiatief van de werkgever wordt beëindigd.[52] Op de verschuldigdheid van

45. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 49.
46. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 79.
47. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 49.
48. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 156.
49. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 104.
50. *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 1-2, p. 4.
51. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.
52. Art. 7:673 BW.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

een (volledige) transitievergoeding bestaan verschillende uitzonderingen. Wij beperken ons hier tot het bespreken van de uitzonderingssituaties die beïnvloed worden door de komst van de WAB.

Voor ieder gewerkt halfjaar bestaat recht op een vergoeding van 1/6 maandsalaris. Werkt de werknemer langer dan tien jaar, dan wordt vanaf het elfde jaar 1/4 maandsalaris toegekend per halfjaar. Voor werknemers ouder dan vijftig jaar met een dienstverband van ten minste tien jaar geldt een afwijkende berekeningswijze. Zij krijgen een half maandsalaris per half dienstjaar vanaf het moment dat ze de leeftijd van 50 jaar bereiken, tenzij het een kleine werkgever met minder dan 25 werknemers in dienst betreft. Gaat het om een kleine werkgever en is sprake van een slechte financiële situatie, dan kan een beroep worden gedaan op de overbruggingsregeling, zodat de dienstjaren vóór 1 mei 2013 niet worden meegenomen in de berekening. Deze uitzonderingen zijn tijdelijk en vervallen per 1 januari 2020.

Kosten van scholing mogen in mindering worden gebracht op de te betalen transitievergoeding indien de scholing gericht is op het vergroten van de inzetbaarheid van de werknemer buiten de onderneming.[53] Vergroot de scholing zowel de inzetbaarheid binnen als buiten de organisatie, dan mogen de kosten niet worden verrekend.

5.2 Transitievergoeding onder de WAB

Door de invoering van de WAB gelden per 1 januari 2020 andere voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en geldt een andere berekeningswijze voor de hoogte ervan. Een werknemer heeft in principe vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst recht op een transitievergoeding. Er wordt niet meer gerekend met halve dienstjaren, maar gekeken wordt naar gewerkte jaren, maanden en/of losse dagen. In het algemeen geldt dat de transitievergoeding ongeveer gelijk is aan het totaal verdiende salaris maal 1/36. Aangezien het vaak niet handig of mogelijk zal zijn met het totaal te rekenen, geldt in de basis het volgende:

- 1/3 bruto maandsalaris maal het aantal gewerkte jaren; plus eventueel
- 1/3 bruto maandsalaris maal de resterende, volle gewerkte maanden gedeeld door twaalf; plus eventueel
- 1/3 maal het bruto verkregen loon over de resterende dagen gedeeld door twaalf.

Over de resterende dagen of – als korter dan een maand is gewerkt – het totaalaantal gewerkte dagen wordt derhalve gerekend met een fictief maandloon.

Het moment waarop de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt ingezet, is bepalend voor het toepasselijke recht. Is vóór 1 januari 2020 opgezegd, toestemming gevraagd bij het UWV voor opzegging of een ontbindingsverzoek ingediend bij de kantonrechter, dan is de Wwz-transitievergoeding van toepassing. Dit wijzigt niet als na de inwerkingtreding van de WAB hoger beroep wordt ingesteld. Is de beëindiging ingezet na 1 januari 2020, dan gelden de voorwaarden en de berekeningsmethode van de WAB.

Zowel de uitzondering voor de oudere werknemer als de overbruggingsregeling zijn tijdelijk en vervallen per 1 januari 2020. Dit was al bepaald bij inwerkingtreding van de Wwz en is opgenomen in artikel 7:673a, 7:673c en 7:673d BW. Aanvankelijk was het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt bepalend voor de vraag of nog een beroep kan worden gedaan op een van de uitzonderingen. Het leek er dus op dat in sommige gevallen de Wwz-berekeningsmethode moest worden gehanteerd met uitzondering van de uitzonderingsregels. Op het moment dat in overgangsrecht voor de WAB werd voorzien, werd duidelijk dat de huidige berekeningsmethode niet zou wijzigen.[54]

5.3 Wanneer welke berekeningswijze?

5.3.1 Algemeen

In de MvT staat een tegenstrijdige uitleg over wanneer welke berekeningswijze van toepassing is. Ten aanzien van de toepasselijkheid van het overgangsrecht uit artikel 7:673a en 7:673d BW wordt enerzijds het moment waarop de procedure is gestart genoemd en later het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.[55] Aannemelijk is dat – mede in het licht van de rest van de MvT – het moment waarop de beëindiging is ingezet, bepalend is. Is dit vóór 1 januari 2020, dan is de Wwz-transitievergoeding in volle omvang van toepassing. In die gevallen kan dus ook een beroep worden gedaan op de uitzondering voor de oudere werknemer of de overbruggingsregeling. Dit geldt ook als de arbeidsovereenkomst pas daadwerkelijk eindigt na 1 januari 2020. Bij procedures ingezet na die datum is een berekening op grond van de WAB-methode van toepassing.

5.3.2 Toepasselijk recht ontslag op staande voet

Bij een ontslag op staande voet is het moment van de onverwijlde opzegging bepalend voor het antwoord op de vraag welk recht van toepassing is. In de MvT staat dat voor het ontslag op staande voet geen overgangsrecht nodig is. Niet geheel duidelijk is echter wat het toepasselijke recht is indien het ontslag op staande voet is gegeven vóór 1 januari 2020, wordt vernietigd na deze datum en de arbeidsovereenkomst op dat moment door de kantonrechter wordt ontbonden. Wij zijn van mening dat het in de rede ligt te kijken naar het moment waarop het ontslag op staande voet is gegeven, maar dat volgens de wet gezien het moment waarop het voorwaardelijk tegenverzoek tot ontbinding is gedaan als leidende datum moet worden gekozen. Blijkt het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig, dan is het moment van het indienen van het voorwaardelijk tegenverzoek het moment waarop het ontslag in gang is gezet. Door de vernietiging van de opzeggingshandeling heeft deze

53. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 100.

54. Art. XV WAB.

55. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 69.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

immers niet bestaan. Dit brengt met zich dat een werkgever in 2019 de werknemer kan ontslaan en toch de veelal lagere transitievergoeding hoeft te betalen.
Nog interessanter is het geval waarin het ontslag op staande voet in 2019 plaatsvindt en de rechter in 2020 besluit dat inderdaad een dringende reden voor ontslag bestond, maar dat dit niet tot ernstig verwijtbaar handelen leidt. De werknemer heeft dan, ondanks het geldige ontslag op staande voet, recht op een transitievergoeding[56] en de vraag is wat nu het moment is waarop het ontslag is ingezet. In deze situatie zal het meer voor de hand liggen uit te gaan van de datum van de opzegging, waardoor de berekeningsmethode van de Wwz gehanteerd moet worden. Wellicht is dit reden om ook bij een vernietiging van het ontslag op staande voet en een daaropvolgende ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te gaan van de eerste opzeggingshandeling, ook al wordt deze vernietigd.

5.3.3 Toepasselijk recht UWV-procedure

Voor de toepasselijkheid van de Wwz is vereist dat het ontslag is ingezet vóór 1 januari 2020. Vraagt een werkgever toestemming bij het UWV voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, dan is niet vereist dat de aanvraag voor die datum compleet is terwijl vanaf dat moment de datum van de voorbereidingen als de datum van indiening van het verzoek wordt gezien. Aangezien in het werkgeversportaal de voorbereidingen voor een ontslag kunnen worden getroffen, zonder het daadwerkelijke verzoek om toestemming in te dienen, kan het voor werkgevers die toestemming willen hebben een werknemer die nog geen twee jaar in dienst is op te zeggen interessant zijn van deze mogelijkheid gebruik te maken. Vóór 1 januari 2020 geldt immers dat dan geen transitievergoeding hoeft te worden betaald of dat, bij een wel langer dienstverband, een beroep kan worden gedaan op de overbruggingsregeling. Wordt het ontslag ingezet na die datum, dan is altijd een vergoeding verschuldigd die in sommige gevallen hoger uit kan vallen als de overbruggingsregeling is vervallen.

5.3.4 Verruiming aftrekmogelijkheden scholingskosten

Een werkgever krijgt meer mogelijkheden voor het in mindering brengen van scholingskosten op de transitievergoeding. Hiertoe wordt het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding aangepast. Niet alleen mogen de kosten van scholing worden afgetrokken die zijn gemaakt om de bredere inzetbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt buiten de organisatie van de werkgever te vergroten, maar ook scholingskosten die zijn gemaakt voor de bevordering van kennis en vaardigheden voor een functie binnen de eigen organisatie. Het blijft onmogelijk opleidingskosten af te trekken van de transitievergoeding als de scholing gericht is op het beter functioneren in de eigen functie. Ook de andere voorwaarden voor het in mindering mogen brengen van scholingskosten veranderen niet. Kosten die zijn gemaakt in het kader van de eigen functie en kosten die verband houden met re-integratieverplichtingen of herplaatsing mogen derhalve nog steeds niet worden afgetrokken. Alleen kosten die de afgelopen vijf jaar zijn gemaakt mogen worden afgetrokken, tenzij partijen schriftelijk een andere termijn zijn overeengekomen. Ook moet werknemer schriftelijk hebben ingestemd met het aftrekken van de gespecifieerde kosten. Dit betekent dat een algemene bepaling in de arbeidsovereenkomst niet voldoende is.

De verruiming van de aftrekmogelijkheid van scholingskosten zou aansluiten bij de gedachte van een leven lang leren. Het moet werkgevers stimuleren om tijdens het dienstverband te investeren in werknemers.[57] Het omgekeerde effect is echter ook goed denkbaar. Het vergroten van de inzetbaarheid binnen de organisatie is ook voor de werkgever van belang. Op het moment dat kosten die ten behoeve daarvan zijn gemaakt afgetrokken mogen worden van de transitievergoeding, kan dit werknemers weerhouden van het volgen van scholing, nu zij bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van werkgever volledig de lasten hiervoor dragen.

Het is bovendien onduidelijk hoe de regeling zich verhoudt tot het goed werkgeverschap. Op basis van artikel 7:611a BW moet een werkgever de werknemer in staat stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor een goede uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst of voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of de werknemer niet langer in staat is deze te vervullen.[58] De scholingsplicht op basis van goed werkgeverschap heeft dus niet alleen betrekking op de eigen functie van de werknemer. Naar aanleiding van vragen van de VAAN heeft de regering tijdens de behandeling van de Wwz aangegeven dat de scholingsplicht uit artikel 7:611a BW het gebruik van scholingsbedingen onverlet laat en niet haaks staat op artikel 7:673 lid 6 BW.[59] Dit is anders onder de WAB, nu ook de scholingskosten mogen worden afgetrokken die de inzetbaarheid binnen de organisatie vergroten. Dit is lastig verenigbaar met de omstandigheid dat werkgever op basis van goed werkgeverschap gehouden is zorg te dragen voor deze scholing. Werkgever doet dan feitelijk alleen nog aan voorfinanciering. Echter, blijft de werknemer nog vijf jaar in dienst, dan vervalt in beginsel de aftrekmogelijkheid.

De nieuwe regeling brengt ook onduidelijkheden met zich. Niet blijkt dat de bredere inzetbaarheid daadwerkelijk tot resultaat moet hebben geleid en de werknemer dus op een andere functie moet zijn geplaatst. Hierdoor zal in de praktijk onduidelijkheid ontstaan over welke kosten in aanmerking komen voor aftrek. Dit geldt des te meer wanneer werkgever functienamen en -beschrijvingen wijzigt (met als doel de aftrekmogelijkheid nog meer te vergroten). Wanneer binnen een organisatie veel

56. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484.

57. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 73.

58. Art. 7:611a BW is aan aanvulling op en een invulling van art. 7:611 BW. Zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 29.

59. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 100.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

algemene functiebeschrijvingen worden gehanteerd, zal het makkelijk zijn om scholingskosten af te trekken.

5.3.5 Compensatie bij langdurige arbeidsongeschiktheid

Ten aanzien van de compensatieregeling is een aanvullende voorwaarde opgenomen; een werkgever komt alleen in aanmerking voor compensatie voor de betaalde transitievergoeding indien de werknemer minimaal twee jaar arbeidsongeschikt is. In de wet Compensatie transitievergoeding was oorspronkelijk niet opgenomen hoe lang de werknemer ziek moest zijn om als werkgever compensatie te krijgen. Ten tijde van de invoering van deze wet was de WAB nog in voorbereiding en achtte de regering het niet wenselijk deze aanpassing al mee te nemen.[60] Wordt de werknemer ontslagen terwijl hij korter dan twee jaar arbeidsongeschikt is, dan is de werkgever dus wel een transitievergoeding verschuldigd, maar kan hij hiervoor geen compensatie krijgen. Het vereiste van twee jaar arbeidsongeschiktheid moet voorkomen dat de werkgever ook recht heeft op compensatie als de werknemer ziek wordt vlak voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. De regering acht het onwenselijk dat een werkgever dan ook een compensatiebedrag ontvangt. De financiële lasten van de werkgever zijn in een dergelijke situatie namelijk gering en wegen niet op tegen de hoge uitvoeringskosten van het UWV.[61] Bovendien is het doel van de compensatieregeling werkgevers te compenseren voor kosten van langdurige arbeidsongeschiktheid, zodat compensatie van kleine bedragen niet wenselijk is.

Voor de samenloop met de compensatieregeling is voorzien in overgangsrecht. De tweejaren-eis geldt niet indien de werkgever na een einde van rechtswege een Wwz-transitievergoeding heeft betaald aan een werknemer die minder dan twee jaar arbeidsongeschikt is. Nu onder de Wwz alleen een transitievergoeding verschuldigd is als werknemer langer in dienst is dan twee jaar, zal deze situatie zich in de praktijk haast niet voordoen. Een einde van rechtswege na een dienstverband van twee jaar of langer is volgens het huidige recht namelijk alleen mogelijk indien een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd met een looptijd van meer dan twee jaar of als bij cao is afgeweken van de duur van de ketenregeling. In overige situaties zal, door overschrijding van de keten, automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan na twee jaar, zodat geen sprake meer kan zijn van een einde van rechtswege.

Interessant wordt het ook als blijkt dat slapende dienstverbanden alsnog moeten worden beëindigd en daarmee een recht op de transitievergoeding bestaat. Op het moment van schrijven heeft de A-G in haar conclusie uiteengezet dat – kortgezegd- het in strijd is met goed werkgeverschap de arbeidsovereenkomst slapend te houden met als doel betaling van de transitievergoeding te voorkomen.[62] Mocht de Hoge Raad zich hierbij aansluiten, dan zullen grote aantallen slapende dienstverbanden alsnog beëindigd (moeten) worden. De vraagt die rijst is welke berekeningswijze gehanteerd moet worden. Het ligt voor de hand dat werkgevers het ontslag pas zullen inzetten na 1 januari 2020 om zo een lagere vergoeding te hoeven betalen. Ze betalen dan over een nog wat langere periode, maar zullen qua hoogte gunstiger uitkomen. Onzes inziens zullen er redenen en gevallen zijn waarbij dit wederom in strijd is met goed werkgeverschap. Denk daarbij ook aan de oudere werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt en daarom geen recht meer heeft op de transitievergoeding, maar dit wel had gehad als het dienstverband na 104 weken ziekte zou zijn beëindigd.

5.3.6 Compensatie bij bedrijfssluiting wegens pensionering/ziekte

Kleine werkgevers, met minder dan 25 werknemers in dienst, worden vanaf 1 januari 2021 gecompenseerd voor de betaling van de transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging wegens pensionering of ziekte.[63] De wetgever kwalificeert ziekte en pensionering als onvermijdelijkheden die buiten het gewone ondernemingsrisico vallen. Als de werkgever in deze situatie de volledige transitievergoeding moet betalen, dan kan dit tot ongewenste gevolgen leiden. Een werkgever kan bijvoorbeeld genoodzaakt zijn om zijn pensioenvoorziening aan te spreken als hij onvoldoende financiële middelen heeft om alle werknemers een transitievergoeding te betalen.

Van pensionering in de zin van het besluit is sprake als de werkgever de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. Heeft werkgever de overeengekomen pensioenleeftijd bereikt, maar nog niét de AOW-gerechtigde leeftijd, dan is compensatie dus niet mogelijk. De AOW-gerechtigde leeftijd moet zijn bereikt op het moment waarop het ontbindingsverzoek wordt ingediend of binnen zes maanden daarna. Een werkgever komt alleen in aanmerking voor compensatie bij bedrijfssluiting wegens ziekte indien hij als gevolg van ziekte of gebreken niet in staat is zijn werkzaamheden redelijkerwijs voort te zetten. Bovendien moet het de verwachting zijn dat hij dit ook niet kan binnen een periode van zes maanden, naar het oordeel van de bedrijfsarts. Bij een bedrijfsbeëindiging wegens het overlijden van de werkgever hebben de erfgenamen of medewerkgevers recht op compensatie voor de te betalen transitievergoedingen.

De onderneming moet ten minste twee jaar aan de werkgever hebben toebehoord. Is sprake van een vof, commanditaire vennootschap of maatschap, dan moet de werkgever ten minste twee jaar vennoot (geen commanditaire vennoot) of maat zijn. Betreft het een bv of een nv, dan moet de werkgever ten minste twee jaar

60. *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 6.
61. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3.
62. Conclusie A-G bij HR 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899.
63. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 71 e.v.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

directeur-grootaandeelhouder zijn geweest om in aanmerking te komen voor de compensatieregeling.

De voorwaarden van de compensatieregeling zijn uitgewerkt in het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Op basis van het besluit is sprake van verval van arbeidsplaatsen als het UWV toestemming heeft gegeven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer of als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van ten minste één werknemer heeft ontbonden. Opvallend is dat de werkgever ook gecompenseerd kan worden voor transitievergoedingen die zijn betaald voor arbeidsovereenkomsten geëindigd zes maanden vóór of negen maanden nadat toestemming is verkregen van het UWV of de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden. Dat betekent dat hij ook de transitievergoeding gecompenseerd kan krijgen die betaald is aan de werknemer die wegens bijvoorbeeld disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding is ontslagen.

6. Cumulatiegrond (i-grond)

Sinds de Wwz kennen we een gesloten ontslagstelsel. Op dit systeem is door werkgevers veel kritiek geuit, nu het gesloten stelsel ontslag te moeilijk zou maken.[64] De wetgever heeft met de WAB ervoor gekozen een extra ontslaggrond toe te voegen: de i-grond. Hierdoor moet ontslag makkelijker worden, waardoor werkgevers sneller bereid zijn een vast contract te geven.

6.1 Ontslagstelsel onder de Wwz

Artikel 7:669 lid 3 BW geeft onder sub a t/m h een limitatief aantal gronden waarop werkgever de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken.[65] Voor een redelijke grond voor ontslag is vereist dat de grond voor ontbinding voldragen is.[66] Onvoldragen gronden kunnen niet samen worden gevoegd tot één voldragen grond.

6.2 Ontslagstelsel onder de WAB

Onder de WAB is nog steeds sprake van een gesloten stelsel.[67] Wel kan worden gezegd dat het stelsel met de WAB wordt uitgebreid of versoepeld. Een ontbindingsverzoek op een combinatie van onvoldragen gronden kan op grond van artikel 7:669 lid 3 sub i BW namelijk wel worden toegewezen door de rechter. Er mag echter niet worden gecumuleerd op grond van bedrijfseconomische redenen (sub a) of langdurige arbeidsongeschiktheid (sub b). Op 28 mei 2019 is een motie aangenomen waarin is verzocht ook de f-grond uit te sluiten van de mogelijkheid ontslaggronden te cumuleren, zodat gewetensbezwaren niet meetellen voor een geslaagd beroep op de i-grond.[68]

6.2.1 Toepassing van de i-grond

Een voorwaarde voor de ontbinding op de i-grond is dat het voortduren van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden. Dat is een interessante bepaling, nu het er sterk op lijkt dat deze grond een soort aanvulling is op de d-grond (disfunctioneren), wat de enige van de acht ontslaggronden is waarbij niet de voorwaarde geldt dat *het voortduren van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden.* Had deze toevoeging er wel gestaan, dan is de kans groot dat rechter een minder streng toetsingskader gehanteerd zouden hebben. Er is dan immers eerder aan te nemen dat het gedrag van de werknemer zorgt voor een dusdanige situatie dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet gevergd kan worden. Onder disfunctioneren valt namelijk zowel het niet voldoen aan de functie-eisen als problemen rondom karakter of houding. In onze optiek zouden combinaties van onvoldragen gronden die nu opteren voor ontbinding op de i-grond, zoals bijvoorbeeld regelmatig te laat komen plus niet helemaal lekker in de groep liggen en een iets te grote mond tegen leidinggevenden, onder een iets versoepelde d-grond kunnen vallen.
Verder ligt het in de lijn der verwachting dat ontbindingen die de afgelopen paar jaar wegens een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) zijn uitgesproken, maar eigenlijk niet pasten binnen het oude toetsingskader van het UWV, nu onder de i-grond zullen vallen. Wij doelen dan bijvoorbeeld op de gevallen waarbij ziekte van de werknemer of een eerdere procedure tussen partijen tot een verstoring in de relatie zorgden, zonder dat deze verstoring per se ernstig en duurzaam was of dat mediation is geprobeerd.

Mocht dit het gevolg zijn van de invoering van de i-grond, dan zien wij niet een hoge mate van versoepeling van het ontslagrecht ontstaan, maar net voldoende om de gevallen die onder de Wwz in de knel kwamen op te lossen. Dit is ook onze hoop, aangezien verdere versoepeling weer andere, wellicht ongewenste gevolgen zal hebben.

In § 5.3.2 wezen wij al op de problematiek rondom een ontslag op staande voet en het ontslagregime dat van toepassing is als dit ontslag in 2019 wordt gegeven, terwijl een verzoek om vernietiging in 2020 wordt behandeld. Wanneer na 1 januari 2020 een voorwaardelijk tegenverzoek tot ontbinding wordt ingediend door de werkgever, kan hij het verzoek doen op grond van de i-grond. Daarmee is het WAB-ontslagstelsel van toepassing en waarschijnlijk ook daarmee de opbouw van de transitievergoeding. Wordt nog steeds het moment van het ontslag op staande voet als moment waarop het

64. Dit volgt niet uit onderzoeken zoals J.H. Bennaars e.a., *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, 2016. Zie ook M.L. Beukhof & R.D. Rietveld, 'Twee jaar Wwz in cijfers', *TvO* 2017/4.
65. Ontbinding op grond van art. 7:686 BW is ook nog steeds mogelijk, tijdens de parlementaire geschiedenis van de Wwz is niet stilgestaan bij de ontbinding op grond van dit artikel.
66. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 87.
67. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 112 en *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 37.
68. *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, H. In de Verzamelwet 2020 is het voorstel inmiddels verwerkt.

doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

ontslag is ingezet genomen, dan is een beroep op de i-grond zinloos.

6.2.2 De cumulatievergoeding

Bij een ontbinding op de i-grond bestaat de mogelijkheid dat de rechter een cumulatievergoeding toekent (art. 7:671b lid 8 nieuw BW). Deze extra vergoeding compenseert werknemer voor het ontslag terwijl geen sprake is van een voldragen grond die het ontslag rechtvaardigt. De hoogte van de vergoeding wordt bepaald door de kantonrechter en kan maximaal de helft van de transitievergoeding bedragen. Bij het bepalen van de uiteindelijke hoogte van de cumulatievergoeding kan rekening worden gehouden met de mate waarin de aangedragen gronden voldragen zijn.[69]

De rechter mag krachtens artikel 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden aanvullen, zodat kan worden ontbonden op de i-grond zonder dat de werkgever dit heeft verzocht. Dat werkgever een cumulatievergoeding verschuldigd is, doet hier niet aan af. Nu de werkgever op grond van artikel 7:686a lid 6 BW in dat geval wel een termijn krijgt waarbinnen het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken, wordt hij niet onterecht benadeeld met een verrassingsuitspraak.[70]

Wanneer de rechter de arbeidsovereenkomst al dan niet ambtshalve ontbindt op de i-grond en daarbij een hogere transitievergoeding toekent, rijst ten eerste de vraag hoe zich deze vergoeding verhoudt tot een eventueel toe te kennen billijke vergoeding. Handelt de werkgever ernstig verwijtbaar, dan zal de werknemer weinig voordeel ondervinden van de cumulatievergoeding, nu deze ofwel verdisconteerd zal zijn in de hoogte van de billijke vergoeding ofwel leidt tot een lagere billijke vergoeding.

Wordt alleen een cumulatievergoeding (naast de transitievergoeding) toegekend, dan kunnen zowel de werkgever als de werknemer hiertegen in hoger beroep. Dat kan ook als is ontbonden op de i-grond en geen hogere transitievergoeding is toegekend. Het lijkt ons een belasting van het stelsel als hier steeds gebruik van wordt gemaakt. Toch lijkt het voor de hand te liggen dit te doen. Een weging van alle omstandigheden zoals plaats zal gaan vinden bij ontbinding op de i-grond en de mogelijke toekenning van de extra vergoeding, is veelal een individuele afweging die zomaar de andere kant op kan slaan dan in eerste instantie. Daarnaast kan het in hoger beroep gebeuren dat de grond voor ontbinding door het hof wordt gewijzigd. Is bijvoorbeeld ontbonden op de i-grond met toekenning van een hogere transitievergoeding en is het hof van mening dat wel een andere, voldragen ontslaggrond bestaat, dan zal de werknemer deze extra vergoeding terug moeten betalen.
Overigens en ten overvloede: het hof kan ook ambtshalve de arbeidsovereenkomst laten eindigen op de i-grond, maar kan dit slechts in de gevallen dat het ontslag is ingezet na 1 januari 2020. Het zal dus nog even duren voordat we zien dat een hof zich uitlaat over deze cumulatiegrond.

6.2.3 Herplaatsing bij cumulatie

Ook wanneer een ontbinding op de cumulatiegrond wordt verzocht zal moeten zijn voldaan aan de herplaatsingsplicht van artikel 7:669 lid 1 BW alvorens de ontbinding kan worden uitgesproken. De wetgever heeft geen nadere toelichting gegeven hoe om te gaan met de herplaatsing bij een ontslag wegens cumulatie van gronden. Vastligt dat bij verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer geen herplaatsingsplicht geldt. Wat nu als onderdeel van de cumulatie verwijtbaar handelen/nalaten is, zonder dat het een voldragen e-grond oplevert? Blijft in dat geval de herplaatsingsplicht vol van toepassing? Of wordt deze beïnvloed door de mate waarin sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer? Dat zou dan wellicht tot gevolg hebben dat de plicht van de werkgever lichter is, maar dat roept ook weer de nodige vragen op. Waarschijnlijk zullen de meeste rechters tot het oordeel komen dat herplaatsing niet in de rede ligt, maar tegelijkertijd kan juist de herplaatsingsplicht wel eens vele 'voldragen' i-gronden weerhouden van ontbinding. Wanneer de werknemer immers herplaatst kan worden, kan het blijkbaar ook wel van de werkgever verwacht worden de arbeidsovereenkomst langer in stand te houden.

7. Conclusie

De WAB zal per 1 januari 2020 in werking treden. Werkgevers anticiperen nu al op de komende wijzigingen en dat is niet voor niets. Helaas zijn er veel onduidelijkheden, waarvan een aantal het verdient snel opgelost te worden. Zo moet vooral duidelijk worden wat het moment is dat een ontslag wordt ingezet, aangezien dit bepalend is voor de toepasselijke ontslaggronden en -vergoedingen. De datum speelt ook een belangrijke rol bij de betaling van de transitievergoeding bij slapende dienstverbanden als deze in strijd met goed werkgeverschap blijken te zijn. Daarnaast zou een herstel van artikel 7:628 lid 9 nieuw BW erg welkom zijn.
Het voordeel voor werkgevers is dat de transitievergoeding in de meeste gevallen lager zal uitpakken, maar de vraag is of ze onder de streep ook minder kwijt zijn, nu voor ieder einde van de arbeidsovereenkomst op hun initiatief een vergoeding moet worden betaald. Daarnaast zijn de administratieve lasten hoger, vooral als gebruik wordt gemaakt van oproepovereenkomsten. Verder is het afwachten of regelingen rondom die oproepovereenkomsten en payrolling het gewenste effect gaan hebben. De last die op werkgevers ligt die van dergelijke constructies gebruik maken is in ieder geval een grote. Het bos wordt steeds dichtbegroeider met regels en dat is vast niet wat de werkgevers met hun gelobby om een soepeler ontslagrecht voor ogen hadden. De vraag is anderzijds of werknemers nu echt gebruik

69. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 57 en *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 64.
70. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 125.

 doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Dit artikel uit Tijdschrift voor Ontslagrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Stibbe

maken van de grotere bescherming die hen toekomt met de nieuwe regelingen en of daadwerkelijk geprocedeerd gaat worden om een transitievergoeding van enkele tientjes.
Al met al blijft het oppassen geblazen ten aanzien van het aangaan van overeenkomsten in welke vorm en voor welke duur dan ook en kent procederen weer nieuwe valkuilen.

doi: 10.5553/TvO/254253152019003004004

Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch

Art. 667[1] BW Boek 7

Arbeidsovereenkomst, einde van rechtswege

1. Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst of bij de wet aangegeven.
2. Voorafgaande opzegging is in dat geval nodig:
a. indien zulks bij schriftelijk aangegane overeenkomst is bepaald;
b. indien volgens de wet of het gebruik opzegging behoort plaats te vinden en daarvan niet, waar zulks geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane overeenkomst is afgeweken.

Tussentijdse opzegging

3. Een arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1 kan slechts tussentijds worden opgezegd indien voor ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen.

Ragetlie-regel

4. Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door opzegging als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen a tot en met h, of artikel 40 van de Faillissementswet of door ontbinding door de rechter is geëindigd, aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.

Ragetlie-regel bij opvolgend werkgeverschap

5. Van arbeidsovereenkomsten die elkaar hebben opgevolgd als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.

Opzegging van arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

6. Voor de beëindiging van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is voorafgaande opzegging nodig.

Nietige bedingen

7. Een beding, krachtens hetwelk de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens het in het huwelijk treden van de werknemer of wegens het aangaan van een geregistreerd partnerschap door de werknemer, is nietig.
8. Een beding, krachtens hetwelk de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens zwangerschap of bevalling van de werkneemster, is nietig.

Commentaar door: mr. dr. E.J.A. Franssen en mr. P.H.E. Voûte

A. Inleiding

A

Bij het thema "Einde van rechtswege/arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd" wordt uitgebreid ingegaan op de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
Artikel 7:667 BW regelt een aantal verschillende zaken. Het eerste lid bepaalt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Het zesde lid bepaalt dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voorafgaande opzegging nodig is. Opzegging van de arbeidsovereenkomst was reeds voorzien in de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907.[2] Toen in 1945 het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) in werking trad, was voor geldige opzegging van een arbeidsovereenkomst toestemming van het UWV WERKbedrijf vereist. Zonder toestemming van het UWV WERKbedrijf was de opzegging vernietigbaar. Met ingang

1 Inwerkingtredingsdatum: 01-04-1997; zoals laatstelijk gewijzigd bij: Stb. 2014, 504.
2 Wet van 13 juli 1907, *Stb*. 1907, 193.

van 1 juli 2015 is dit zogenoemde algemene opzegverbod van het BBA overgeheveld naar het BW (art. 7:671 BW). Daarnaast gelden er vele specifieke opzegverboden in het Burgerlijk Wetboek en in aparte wetten. Deze komen aan de orde bij de bespreking van artikel 7:670 BW en artikel 7:670a BW. Omdat het zesde lid in feite de schakelbepaling is voor de artikelen 7:669 jo. 671-671c BW wordt naar de commentaren op deze artikelen verwezen voor een inhoudelijke beschouwing van de opzeggingsprocedure (Sdu Commentaar Arbeidsrecht, artikel 7:669 BW, artikel 7:671 BW, artikel 7:671a BW, artikel 7:671b BW en artikel 7:671c BW). Hierna maken wij enkel een korte opmerking over de "opzeggingshandeling" omdat deze ook en soms juist in het kader van bepaaldetijdscontracten relevant is (C.1).
Aan artikel 7:667 BW is in 1999[3] de mogelijkheid van tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toegevoegd (art. 7:667 lid 3 BW). Als gevolg van de (reparatiewet van de) Wet Flexibiliteit en zekerheid zijn eveneens de leden 4 en 5 aan artikel 7:667 BW toegevoegd. Het betreft hier de codificatie van het zogenoemde Ragetlie-arrest van de Hoge Raad. Zie hierover paragraaf C.1.5. Per 1 juli 2015 is ook lid 1 gewijzigd (*Stb*. 2014, 216), waarover meer in C 1.3.
Ten slotte regelt artikel 7:667 BW welke ontbindende voorwaarden niet zijn toegestaan (leden 7 en 8).

C

C. Behandeling kernproblematiek

Inhoudsopgave

C.1 Algemene aspecten
C.1.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
C.1.2 Wanneer is opzegging nodig?
C.1.3 Wanneer is er sprake van rechtsgeldige opzegging?
C.1.4 Opzegging
C.1.5 Ontbindende voorwaarde (lid 7 en lid 8)

C.1 Algemene aspecten

C.1.1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

In welke gevallen?

De Nederlandse wetgever heeft – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Franse en de Duitse wetgever – niet voorgeschreven in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden gesloten. [4]

Objectieve bepaalbaarheid

Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege wanneer de tijd is enkel eenverstreken bij overeenkomst of bij wet aangegeven. Een voorbeeld van 'bij de wet aangegeven' is te vinden in art. 7:674 lid 1 BW: bij het overlijden van de werknemer eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. [5]

3 In het kader van de Wet van 14 mei 1998 houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het BBA 1945 en van enige andere wetten (de Wet Flexibiliteit en zekerheid), Wet van 14 mei 1998, *Stb*. 1998, 300.

4 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 6, p. 10. Overigens zij opgemerkt dat in bepaalde delen van het Koninkrijk der Nederlanden – in het bijzonder Aruba – wel limitatief is voorgeschreven wanneer tijdelijke arbeidsovereenkomsten mogen worden overeengekomen. Vergelijk art. 1613x BW Aruba en het arrest van de Hoge Raad ter zake: HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7053 (*Brouwerij Nacional Balashi/werknemer*). Zie ook: F.M. Dekker, 'Ontslagrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (1) en (2)', *ArA* 2010-2 en 2010-3.

5 E. Kohne, 'De één zijn dood, de ander zijn brood? Over de vererving van de ontbindingsvergoeding', «TAP» 2014/3.

Meestal wordt in de arbeidsovereenkomst zelf aangegeven wanneer zij van rechtswege eindigt. Maar dan moet de einddatum wel objectief bepaalbaar zijn. Het criterium van objectieve bepaalbaarheid is door de Hoge Raad al geformuleerd in 1952 in het Stenencampagne-arrest. [6] In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, omdat partijen de duur van de arbeidsovereenkomst enkel bij benadering hadden aangegeven, aangezien afgesproken was dat het einde van de werkzaamheden afhankelijk was van de weersomstandigheden en de voortgang van het werk.

Wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, lijkt op het eerste gezicht vrij eenvoudig vast te stellen. Bij nadere bestudering is een aantal subtypen te onderscheiden. In de eerste plaats kennen we de arbeidsovereenkomst voor *kalendermatig bepaalde tijd*. Het gaat hier om het soort tijdelijk contract dat de wetgever in 1907 zonder meer op het oog had: er wordt een duidelijke periodeeinddatum afgesproken. Het einde is vanaf de aanvang door partijen voorzienbaar.

In dat kader rijst de vraag of een zg. pensioenontslagbeding ook geldt als het einde op een kalendermatig bepaalde tijd. Immers, er wordt dan afgesproken dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de dag dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. En die dag is (uiteraard) kalendermatig vast te stellen. Toch wordt een arbeidsovereenkomst met een pensioenontslagbeding erin vaak voor onbepaalde tijd gesloten. Of is er dan toch sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd? Die laatste zienswijze zou als – merkwaardige – consequentie hebben dat indien partijen geen tussentijdse opzegbevoegdheid zijn overeengekomen en er toch voortijdig wordt opgezegd of ontbonden de werkgever hetzij de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd (art. 7:677 lid 4 BW) of bij de kantonrechter (art. 7:671b lid 1 onderdeel c jo. lid 9 BW) het risico loopt op een veroordeling de resterende duur van de overeenkomst (dus tot de pensioenleeftijd) uit te betalen. [7] De Hoge Raad heeft in het zogenoemde KLM-vliegersarrest overwogen: 'Het eerste lid van art. 7:667 is niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het voorschrift van het zesde lid ziet op de wijze waarop een partij een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst kan beëindigen. Het verzet zich niet tegen een overeenkomst (of tegen een op een overeenkomst toepasselijke clausule) als bedoeld in het eerste lid, die meebrengt dat een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt.' (HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, r.o. 5.9.). Kortom: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenontslagbeding blijft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Men kan zich overigens wel afvragen of een pensioenontslagbeding sinds de inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015 nog zin heeft aangezien de wet nu specifieke regelingen voor ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd kent. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst nu immers opzeggen zonder instemming van de werknemer, toestemming van het UWV of ontbinding in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer. Ook een transitievergoeding is in een dergelijke geval niet verschuldigd (zie art. 7:669 lid 4 BW, art. 7:671 lid 1 onderdeel g BW en art. 7:673 lid 7 onderdeel b BW). In het geval van opzegging zal echter wel de opzegtermijn in acht moeten worden genomen, hetgeen bij een einde van rechtswege uiteraard niet het geval is.

In de tweede plaats kennen we de zogenoemde arbeidsovereenkomsten voor *betrekkelijk bepaalde tijd*. Dat zijn tijdelijke arbeidscontracten die worden gesloten ten behoeve van een bepaald karwei, project of seizoen, dan wel ter vervanging van een werknemer die ziek is of een werknemer die (anderszins) met verlof is. De wet spreekt in art. 7:652 lid 6 BW (na 1 januari 2020 zal dit lid 7 zijn) (inzake het proeftijdbeding) en art. 7:668

6 HR 8 januari 1952, *NJ* 1952/243.

7 Zie uitvoerig M.J.M.T. Keulaerds en P.C. Vas Nunes, 'Pensioenontbinding', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud* (Scholtensbundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 111 e.v.

lid 2 onderdeel a BW van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die wel of niet op een kalenderdatum zijn gesteld. De Hoge Raad heeft – in al oude jurisprudentie [8], uitdrukkelijk erkend dat ook de arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd onder de regeling van art. 7:667 lid 1 BW valt en dus van rechtswege eindigt met het voltooien van het karwei of project, dan wel met het verstrijken van het seizoen. De Hoge Raad, zich onder meer beroepend op het standpunt van E.M. Meijers [9] oordeelde dat doorslaggevend voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is, of het einde van de arbeidsovereenkomst volgens een objectief criterium kan worden vastgesteld (zie ook C.1.7). Dat wil zeggen dat het einde van de overeenkomst niet van de wil van een van de contractspartijen afhankelijk is. Een arbeidsovereenkomst voor de duur van de teelt is bijvoorbeeld onvoldoende objectief bepaalbaar. [10] Toch kunnen er nog steeds onduidelijkheden blijven bestaan. Stel bijvoorbeeld dat een technicus op tijdelijke basis wordt aangenomen in het kader van de bouw van een viaduct. Op een gegeven moment worden – naarmate de voltooiing in zicht komt – de werkzaamheden minder. En hoewel de afronding nog steeds niet definitief is, kan er op enig tijdstip geen werk meer zijn voor de technicus. Wanneer is dan zijn arbeidsovereenkomst (van rechtswege) ten einde gekomen? Wanneer kan een project eigenlijk als afgerond worden beschouwd, zo werd de rechter een aantal jaren geleden ter beantwoording voorgelegd. [11] Deze vragen worden in de praktijk, althans voor een deel, opgelost, doordat in een arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde tijd tevens een kalenderdatum wordt ingebouwd. In de arbeidsovereenkomst staat dan bijvoorbeeld dat de werknemer in tijdelijke dienst komt wegens en voor de duur van de afwezigheid van de zieke werknemer X en dat deze overeenkomst in elk geval uiterlijk (zeg) 1 juli 2020 eindigt.
Als het einde van de arbeidsovereenkomst op een duidelijke kalenderdatum is gezet is vereist dat de werkgever minimaal één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst aanzegt (art. 7:668 lid 1 BW). Dat wil zeggen dat hij de werknemer schriftelijk dient te informeren of en onder welke voorwaarden de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Dit wordt uitgebreider besproken bij het commentaar op art. 7:668 BW (W3936#ART 668).

C.1.2 Wanneer is opzegging nodig?

In welke gevallen?

Als het gaat om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan er soms toch voorafgaande opzegging nodig zijn om die arbeidsovereenkomst te laten eindigen.
Art. 7:667 lid 2 onderdeel a BW bepaalt dat voorafgaande opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, bij het verstrijken van die tijd, alleen dan nodig is wanneer dat schriftelijk is overeengekomen. Met andere woorden: er moet een opzeggingsbeding in de arbeidsovereenkomst staan. Een bepaling, ertoe strekkende dat op een zeker moment voor het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal worden bezien of de overeenkomst al dan niet zal worden verlengd, zal niet kwalificeren als een opzeggingsbeding als bedoeld in art. 7:667 lid 2 onderdeel a BW [12]. Het omgekeerde kan ook voorkomen: Een beding in de arbeidsovereenkomst waarin staat dat als de werkgever niet vóór een bepaalde datum aangeeft dat de arbeidsovereenkomst

8 HR 12 november 1937, NJ 1937/247 (*Koning/Kuipers*) en HR 8 januari 1952, *NJ* 1952/243, m.nt. BVAR (*Steenfabrieken/Staat*).

9 E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: W.E.J. Tjeenk Willink 1912, p. 189.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8987.

11 Zie Rb. Middelburg 26 februari 1997, «JAR» 1998/11. De rechtbank oordeelde dat als het overeengekomen eindtijdstip moet worden aangemerkt het tijdstip waarop er voor de werknemers in het geheel geen werkzaamheden meer te verrichten zijn. Zie ook Hof's-Hertogenbosch 25 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8549 (*Quality Inspection Services/werknemer*).

12 Hof Amsterdam 10 mei 2001, «JAR» 2001/126.

wordt beëindigd, de arbeidsovereenkomst automatisch wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook dit beding kan niet worden beschouwd als een schriftelijk opzegbeding in de zin van artikel 7:667 lid 2 onderdeel a BW. [13] In beide gevallen eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dus van rechtswege nadat de tijd is verstreken.

Een andere situatie waarbij voorafgaande opzegging nodig is om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te laten eindigen is beschreven in art. 7:667 lid 4 BW. Dit is de zg. Ragetlie-regel.

Ragetlie-arrest

Het komt voor dat partijen hun arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beëindigen en vervolgens voor bepaalde tijd voortzetten. Bijvoorbeeld omdat de werknemer een andere functie binnen het bedrijf gaat bekleden, of omdat de werknemer na zijn pensioen nog enige tijd wil blijven doorwerken. De vraag die dan rijst is of deze voortgezette arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt of niet. De Hoge Raad heeft in 1986 (in het Ragetlie-arrest) zijn licht over de betreffende problematiek laten schijnen. [14] De Hoge Raad oordeelde dat, ingeval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden is geëindigd en deze is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met betrekking tot die laatste arbeidsovereenkomst opzegging (dus toestemming ex art. 6 BBA (oud) (thans: art. 7:671 jo. 7:671a BW) en inachtneming van de opzegtermijn) vereist is. De Hoge Raad verbond aan dit oordeel echter een uitdrukkelijke voorwaarde: mits het dezelfde functie betreft en mits de arbeidsvoorwaarden niet worden gewijzigd. Deze benadering van de Hoge Raad is stellig te begrijpen: de preventieve ontslagen en de iusta causa-toets (aanwezig met betrekking tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) kunnen anders wel heel gemakkelijk worden omzeild.

Codificatie Ragetlie-regel

De Ragetlie-regel is sinds 1999 in art. 7:667 lid 4 en 5 BW gecodificeerd. Lid 4 bepaalt dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen niet meer dan zes maanden volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en deze laatste anders dan door opzegging als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onderdeel a tot en met h BW of art. 40 Faillissementswet (Fw) is opgezegd of door ontbinding door de rechter is geëindigd, opzegging vereist is voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In het vijfde lid wordt op gelijke wijze als in art. 7:668a lid 2 BW toepassing van de draaideurconstructie onmogelijk gemaakt. De regeling van het vierde lid kan dus niet worden omzeild door de werknemer juridisch 'even' via een andere werkgever, zoals bijvoorbeeld een uitzendbureau, te laten werken.

Om misverstanden te voorkomen heeft de wetgever in de voorlaatste volzin van lid 4 bepaald dat de opzegtermijn berekend wordt vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De gehele arbeidsperiode moet dus in ogenschouw worden genomen.

Ragetlie-arrest ook bij ontslagneming werknemer

Wat heeft nu te gelden als niet de werkgever, maar de werknemer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegt en binnen zes maanden weer terugkeert bij de oude werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd? Eindigt laatstgenoemde overeenkomst dan van rechtswege of is ook hier voorafgaande opzegging vereist? Deze vraag kwam aan de orde in het arrest *De Witte/De Pekel.*[15] In dit arrest overwoog Hoge Raad dat het strookt met de ratio van art. 7:667 lid 4 BW om onder 'rechtsgeldige opzegging' in die bepaling niet te verstaan een opzegging door de werknemer. Bij die opzegging vindt immers geen toetsing van het ontslag plaats. Gezien de bescherming van de werknemer die door de wetgever met het artikellid is beoogd, bestaat ook geen goede grond om onderscheid te maken tussen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van wederzijds goedvinden en die door opzegging door

13 Ktr. Haarlem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC8331.

14 HR 4 april 1986, *NJ* 1987/678 (*Ragetlie*).

15 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127 (*De Witte/De Pekel*).

de werknemer. In beide gevallen berust de beëindiging immers (mede) op een daarop gerichte verklaring of gedraging van de werknemer, die meebrengt dat deze (bij die beëindiging) de ontslagbescherming mist waarop hij bij andere beëindigingswijzen aanspraak kan maken, terwijl het verschil tussen beide beëindigingswijzen feitelijk bovendien zeer gering kan zijn. [16]

Ook onder het huidige recht dwingt de letterlijke tekst van art. 7:667 lid 4 BW tot eenzelfde enge uitleg als door de Hoge Raad bedoeld. Immers, verwezen wordt slechts naar art. 7:671 lid 1 onderdeel a tot en met h BW. Oftewel, de opzegging door de werknemer valt niet onder de uitzondering van de Ragetlie-regel. Sterker nog, ook de opzegging door de werkgever met instemming van de werknemer valt ook niet onder de uitzondering van de Ragetlie-regel. [17] Art. 7:667 lid 4 BW verwijst immers enkel naar art. 7:671 lid 1 onderdeel a tot en met h BW en niet naar de eerste volzin van laatstgenoemd artikel. Dit betekent dat bij een opzegging met instemming van de werknemer, de werkgever er rekening mee moeten houden dat, indien hij binnen zes maanden opnieuw een arbeidsovereenkomst met de werknemer sluit, de Ragetlie-regel van toepassing kan zijn. Overigens doet dit ook recht aan de overweging van de Hoge Raad waarin hij stelt dat opzegging (eenzijdige rechtshandeling door de werknemer) en beëindiging met wederzijds goedvinden wel heel dicht bij elkaar liggen. Kan een werknemer die tijdens de proeftijd wordt ontslagen en aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgt aangeboden, zich ook met succes beroepen op – de ratio van – de Ragetlie-regel? Nee, dat is niet het geval. Immers, die werknemer 'verliest' niet een bepaalde mate van rechtsbescherming die hij eerst wel had. Gedurende de proeftijd geldt simpelweg geen preventieve toetsing. Hetzelfde geldt voor een voortzetting van de arbeidsovereenkomst na een rechtsgeldig ontslag op staande voet. In al deze gevallen is sprake geweest van een opzegging genoemd in art. 7:671 lid 1 onderdeel a tot en met h BW.

Het feit dat er mogelijk andere gebreken aan de opzegging kleven, is niet relevant voor de toepassing van art. 7:667 lid 4 BW. Stel, een werkgever vraagt toestemming van het UWV, verkrijgt deze, zegt daaropvolgend de arbeidsovereenkomst op, maar met een onjuiste opzegtermijn. Daarna gaan de betreffende partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan. Moet dit contract voorafgaand worden opgezegd? Die vraag dient ontkennend te worden beantwoord: hoewel niet regelmatig (onjuiste opzegtermijn), is de arbeidsovereenkomst wel rechtsgeldig geëindigd conform art. 7:671 lid 1 onderdeel a BW, want met toestemming van het UWV opgezegd. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege met het verstrijken van de tijd.

Dezelfde werkzaamheden?

De Hoge Raad stelde in zijn arrest als voorwaarde voor de eis van opzegging, dat de arbeidsvoorwaarden en werkzaamheden onder het tijdelijke contract gelijk dienden te zijn aan die welke op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van toepassing waren. Hoewel de tekst van de wet over deze kwestie niets meldt, was het de bedoeling dat die voorwaarde ook sinds 1999 is blijven gelden. Onduidelijk is of deze eis ook na 1 juli 2015 nog geldt. Dit komt omdat bij Reparatiewet het woord 'voortgezet' in lid 4 is vervangen door 'opgevolgd', waarbij uitdrukkelijk aansluiting is gezocht bij art. 7:668a lid 1 onderdeel a BW. [18] Voor art. 7:668a BW is evenwel de aard van de werkzaamheden niet relevant, maar telt enkel de keten. Onzes inziens is het daarom goed te verdedigen dat de wijziging van het type werkzaamheden niet relevant zou moeten zijn voor de vraag of iemand preventieve ontslagbescherming geniet (die hij eerder – wellicht onwetend – heeft prijsgegeven).

16 Zie ook R.M. Beltzer, 'De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?', *ArA* 2014-2.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92-93.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33988, nr. 3, p. 11.

Ragetlie-regel niet van toepassing bij pensioenontslagbeding of opzegging wegens het bereiken van de AOW-leeftijd

Verder zal de Ragetlie-regel ook niet gelden als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer of op grond van een zogenoemd 'pensioenontslagbeding' in de arbeidsovereenkomst. Art. 7:667 lid 4 spreekt immers over opzegging in de zin van art. 7:671 lid 1 onderdeel a tot en met h. In art. 7:671 lid 1 onderdeel g staat de opzegging op grond van art. 7:669 lid 4 BW genoemd. Laatstgenoemd artikel gaat over opzegging op grond van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Opvolgende werkgevers

In art. 7:667 lid 5 BW is bepaald dat de Ragetlie-regel eveneens geldt als dezelfde arbeidsovereenkomst wordt voortgezet bij een andere werkgever. Dit lid is opgenomen om zogenoemde 'draaideurconstructies' tegen te gaan, waarbij een uitzendkracht na inlening in dienst wordt genomen of een werknemer na afloop van zijn arbeidscontract als uitzendkracht te werk wordt gesteld.

Voor de uitleg van 'opvolgend werkgeverschap' is aangesloten bij het nieuwe art. 7:668a lid 2 BW. Het is niet langer van belang of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer om te bepalen of er sprake is van een opvolgend werkgever. Voor de reden om dit aan art. 7:668a lid 2 BW toe te voegen zij verwezen naar Sdu Commentaar Arbeidsrecht, art. 7:668a BW.

Verhouding Ragetlie-regel tot ketenregeling

De Hoge Raad heeft zich nog niet kunnen uitspreken over de verhouding tussen enerzijds art. 7:667 lid 4 BW en anderzijds art. 7:668a lid 2 BW. Deze kwestie speelt vooral bij een onderwerp dat hiervoor al aan de orde is gesteld: de doorstart van een deel van een gefailleerde werkgever. Als de faillissementscurator de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van de gefailleerde werkgever rechtsgeldig heeft opgezegd (en dat kan zonder toestemming van het UWV; zie art. 40 Fw), treedt het rechtsgevolg van art. 7:667 lid 4 BW niet in werking als een deel van die werknemers (met een vast contract) vervolgens een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluit met een werkgever die een deel van de gefailleerde onderneming heeft opgekocht. Oftewel art. 7:667 lid 4 BW dwingt dan niet tot opzegging. Maar kan dan toch nog het rechtsgevolg van art. 7:668a lid 2 BW in werking treden? Oftewel, converteert de arbeidsovereenkomst alsnog in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, waarvoor weer wel voorafgaande opzegging noodzakelijk is? In de parlementaire geschiedenis is duidelijk gesteld dat er van nevenschikking sprake is en dat tussen de beide wetsartikelen geen hiërarchie bestaat, omdat zij beide iets anders regelen. [19] Art. 7:667 lid 4 BW regelt wanneer er van opzegging sprake is (waarbij het tijdelijke contract tijdelijk blijft); art. 7:668a lid 2 BW regelt wanneer een tijdelijk contract in een vast contract wordt geconverteerd. [20]

De Hoge Raad heeft zich over deze kwestie nog niet uitgelaten, ook niet in het arrest Boekenvoordeel. In dat arrest ging het namelijk alleen over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In de conclusie onder het arrest *Boekenvoordeel/Isik* gaat de A-G wel in op de samenloopproblematiek en is hij de mening toegedaan dat beide bepalingen naast elkaar kunnen bestaan. De opvatting van de minister – dat van enige rangorde geen sprake zou zijn – dient in zijn ogen navolging. [21]

Tussentijdse opzegging

Van de voorafgaande opzegging dient de tussentijdse opzegging bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te worden onderscheiden. Op grond van art. 7:667 lid 3 BW kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts tussentijds worden opgezegd indien dat recht voor beide partijen schriftelijk is overeengekomen. Indien een dergelijk beding niet is overeengekomen en er toch tussentijds wordt opgezegd, zal de opzeggende partij verplicht kunnen worden om de vergoeding als bedoeld in

19 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 7, p. 5 en p. 8; *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 12, p. 5, p. 11, p. 17.

20 Op gelijke wijze Hof Den Haag 3 maart 2008, «JAR» 2008/108 en Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878 met uitgebreide verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid.

21 Zie HR 14 juli 2006, «JAR» 2006/190, conclusie onder punt 2.15 (*Boekenvoordeel/Isik*).

art. 7:677 lid 4 BW te betalen (zie daarover Sdu Commentaar Arbeidsrecht, art. 7:672 BW). Dat zal, in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, het loon over de resterende maanden van die arbeidsovereenkomst zijn. In plaats van de vergoeding kan een werknemer ook er ook voor kiezen de opzegging te vernietigen (zie slot art. 7:677 lid 4 BW).

Verder zijn bij tussentijdse opzegging, evenals bij opzegging voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de normale vereisten voor opzegging van toepassing. Dat betekent dat een tussentijdse opzegging in strijd met een opzegverbod vernietigbaar is (zie ook HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/109 en HR 12 november 2003, *NJ* 2004/139). Ook zal aan de voorwaarden voor opzegging voldaan moeten zijn (art. 7:669 en art. 7:671 BW).

Voorafgaand opzeggingsbeding of tussentijds opzeggingsbeding?

Een complicatie kan optreden als in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een opzeggingsbeding is overeengekomen, terwijl niet uitdrukkelijk is bepaald of het gaat om een beding van voorafgaande opzegging bedoeld in art. 7:667 lid 2 onderdeel a BW of een tussentijds opzeggingsbeding als bedoeld in art. 7:667 lid 3 BW. Een onduidelijk opzeggingsbeding moet onder meer worden uitgelegd aan de hand van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan deze bepaling mochten toekennen en aan hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten. Deze maatstaf werd ook toegepast door de kantonrechter te Zaandam. Deze kwalificeerde, op grond wat partijen redelijkerwijs over en weer hadden mogen begrijpen, een onduidelijk opzeggingsbeding als een tussentijds opzeggingsbeding als bedoeld in art. 7:667 lid 3 BW. [22]

De kortgedingrechter te Haarlem kwalificeerde in een dergelijk geval het opzeggingsbeding als een beding van voorafgaande opzegging als bedoeld in art. 7:667 lid 2 onderdeel a BW. [23]

Als het gaat om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is altijd voorafgaande opzegging nodig, zo staat er in art. 7:667 lid 6 BW. Die opzegging kan gedaan worden door de werkgever of door de werknemer.

C.1.3 Wanneer is er sprake van rechtsgeldige opzegging?

Onder opzegging wordt verstaan de wilsverklaring van de werkgever of de werknemer gericht op eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.[24] Het betreft derhalve een eenzijdige rechtshandeling. Dit heeft als gevolg dat de rechtshandeling in beginsel niet ongedaan kan worden gemaakt zonder de medewerking van de andere partij. Dit is met name relevant bij een verkeerde opzegging (bijvoorbeeld wanneer een werkgever een te korte opzegtermijn in acht heeft genomen). De werkgever kan dan niet zonder de medewerking van de werknemer opnieuw opzeggen tegen een latere – rechtens juiste – termijn. De opzegging met instemming is slechts rechtsgeldig indien deze schriftelijk plaatsvindt (art. 7:671 lid 1, aanhef BW). Opzegging zonder de instemming van de werknemer is in beginsel niet aan een bepaalde vorm gebonden. Zij kan schriftelijk of mondeling geschieden, maar kan ook besloten liggen in een gedraging (art. 3:37 BW).

Aangezien beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer verstrekkende gevolgen kan hebben voor de werknemer (deze verspeelt zijn ontslagbescherming en is mogelijk niet gerechtigd tot een werkloosheidsuitkering), is voor opzegging door de werknemer een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist. Zie hierover verder de bespreking van het thema 'Ontslagneming'.

22 Ktr. Zaandam 26 augustus 1999, *Prg.* 1999/5359.]

23 Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1987, *KG* 1988/110.

24 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 383.

In het arrest *Grillroom Ramses II*[25] bepaalde de Hoge Raad echter uitdrukkelijk dat bij opzegging door de werkgever niet het strenge vereiste als bij opzegging door de werknemer (een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring) geldt. [26] Immers, de verstrekkende gevolgen spelen in dat geval niet. De verklaring van de werkgever dient daarom aan de gewone regels van art. 3:33 en art. 3:35 BW te worden getoetst. [27] Soms kan ook uit de gedragingen van de werknemer worden afgeleid dat hij heeft begrepen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. [28]

Arbeidsovereenkomst met op voorhand overeengekomen beëindiging

Een aan het voorgaande verwante discussie is of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een gelijktijdig gesloten vaststellingsovereenkomst waarin is bepaald dat deze arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) met wederzijds goedvinden over een jaar eindigt, moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd. De Hoge Raad[29] oordeelde dat het op voorhand via een vaststellingsovereenkomst buiten toepassing plaatsen van de dwingendrechtelijke bescherming niet onder de reikwijdte van art. 7:902 BW past.

C.1.4 Opzegging

Vereisten aan opzegging

Onder opzegging wordt verstaan de wilsverklaring van de werkgever of de werknemer gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst.[30] Omdat het een eenzijdige rechtshandeling is, heeft dat als gevolg dat de rechtshandeling in beginsel niet ongedaan kan worden gemaakt zonder de medewerking van de andere partij. Dit is met name relevant bij een verkeerde opzegging (bijvoorbeeld wanneer een werkgever een te korte opzegtermijn in acht heeft genomen). De werkgever kan dan niet zonder de medewerking van de werknemer opnieuw opzeggen tegen een latere – rechtens juiste – termijn. De opzegging met instemming is slechts rechtsgeldig indien deze *schriftelijk* plaatsvindt (art. 7:671 lid 1 BW). Opzegging zonder de instemming van de werknemer is in beginsel niet aan een bepaalde vorm gebonden. Zij kan schriftelijk of mondeling geschieden, maar kan ook besloten liggen in een gedraging (art. 3:37 BW).
Aangezien beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer verstrekkende gevolgen kan hebben voor de werknemer (deze verspeelt zijn ontslagbescherming en is mogelijk niet gerechtigd tot een werkloosheidsuitkering), is voor opzegging door de werknemer een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist. Zie hierover verder de bespreking van het thema "Ontslagneming" . Voor de opzegging door de werkgever geldt die eis niet. Dit oordeelde de Hoge Raad in het arrest Grillroom Ramses II[31] Immers, de verstrekkende gevolgen van de opzegging (verlies ontslagbescherming en WW rechten), zijn in dat geval niet aan de orde. De verklaring van de werkgever dient daarom aan de gewone regels van artikel 3:33 en artikel 3:35 BW te worden getoetst.[32] Soms kan ook uit de gedragingen van de werknemer worden afgeleid dat hij heeft begrepen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.

25 HR 10 juni 2005, «JAR» 2005/157.
26 Zie voor een bespreking van dit arrest A.F. Bungener, 'Geen duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist bij opzegging werkgever', *SR* 2005-7/8, nr. 55.
27 Zie ook HR 15 februari 2008, «JAR» 2008/77.
28 Ktr. Utrecht 1 juli 2009, «JAR» 2009/295.
29 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39.
30 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 383.
31 HR 10 juni 2005, «*JAR*» 2005/157. Zie voor een bespreking van dit arrest A.F. Bungener, 'Geen duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist bij opzegging werkgever', *SR* 2005-7/8, nr. 55.
32 Zie ook HR 15 februari 2008, «*JAR*» 2008/77.

Opzegging, opzegverboden

Op een opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn de opzegverboden van toepassing (zie de bespreking van art. 7:670 BW). Als de opzegging wordt vernietigd wegens strijd met een opzegverbod, wordt de opzegging geacht niet plaats te hebben gevonden en zal de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:668 BW van rechtswege worden verlengd (zie de bespreking van art. 7:668 BW bij het thema Bijzondere arbeidsovereenkomsten).[33]

C.1.5 Ontbindende voorwaarde (lid 7 en lid 8)

Een variant op het einde van rechtswege is het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Als die voorwaarde intreedt is de arbeidsovereenkomst van rechtswege ontbonden. In de literatuur is lange tijd gestreden over het antwoord op de vraag of een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig kan eindigen door het intreden van een ontbindende voorwaarde. Art. 7:667 lid 7 en 8 BW geven in elk geval aan welke ontbindende voorwaarden niet kunnen leiden tot het einde van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft sinds 1992 in diverse arresten zijn visie op de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst ontvouwd.[34]

Mungra-arrest

In het Mungra-arrest[35] oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig is, van geval tot geval moet worden bekeken. Volgens de Hoge Raad strookt dit standpunt met het bepaalde in (thans) artikel 7:667 lid 7 en 8 BW "waarin slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden wordt uitgesloten". De Hoge Raad achtte van belang of de arbeidsovereenkomst door het intreden van de ontbindende voorwaarde in feite inhoudsloos zou worden en of de vervulling van de ontbindende voorwaarde intrad los van de wil van de werkgever. Dit laatste argument zit op één lijn met het gestelde in artikel 6:23 lid 2 BW, waarin wordt bepaald dat de ontbindende voorwaarde – indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen – niet als vervuld wordt aangemerkt wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht.[36] De werkgever die beslist op welk tijdstip de bedrijfsactiviteiten eindigen, voldoet dus niet aan laatstgenoemde eis.[37] Een voorwaarde die stelt dat de arbeidsovereenkomst ten einde is gekomen als het bedrijf is verkocht of opgedoekt, is daarom ook nietig. Een "act of God" zoals een orkaan, is een gebeurtenis die zich buiten de invloedssfeer van de werkgever afspeelt. Een voorwaarde in alle arbeidscontracten die stelt dat de arbeidsovereenkomst eindigt na zo'n "act of God", is op zichzelf rechtsgeldig, alleen weer niet indien de werkgever na een vernietigende orkaan aangeeft dat de arbeidsovereenkomsten van het schoonmakend personeel zijn geëindigd, maar die van het bewakend personeel niet.[38] Zodra dus een derde (een buitenstaander, iemand die geen contractspartij is) beslissende bevoegdheid heeft over het al dan niet in vervulling gaan van de voorwaarde, lijkt een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig. Dat bleek in het laatste arrest met betrekking tot dit onderwerp, waarin de Hoge Raad de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst van een bankdirecteur als rechtsgeldig kwalificeerde, nu een derde het in zijn macht had van die voorwaarde gebruik te maken, hoewel uitsluitend op voordracht van de raad van commissarissen van de werkgever.[39]

---

33 Zie HR 14 juli 2006, «*JAR*» 2006/190, conclusie onder punt 2.15 (*Boekenvoordeel/Isik*).

34 Zie daarover B.A. Boersma, *De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst*, Rotterdam: Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations 2003 en D. Christe, 'Act of God, zegen of plaag? Over de ontbindende voorwaarde in het ontslagrecht', *SR* 2002, p. 102-108.

35 (HR 6 maart 1992, «*JAR*» 1992/10).

36 Vgl. ook R.M. Beltzer, 'De ontbindende voorwaarde en het (gesloten) ontslagrecht', *ArA* 2011-0162.

37 HR 24 mei 1996, «*JAR*» 1996/141 (*Van Zijl/Van Koppen*).

38 HR 13 februari 1998, «*JAR*» 1998/72 (*Port de Plaissance*).

39 HR 1 februari 2002, «*JAR*» 2002/45 (*Monte/Bank*).

Inhoudsloosheid arbeidsovereenkomst wel of geen voorwaarde?

Maar wat nu als de arbeidsovereenkomst niet inhoudsloos wordt door het intreden van de ontbindende voorwaarde? Gedacht kan worden aan een arbeidsovereenkomst waarin is bepaald dat zodra en indien de loonsubsidie niet langer door de gemeente wordt verstrekt, de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Hoewel aan de voorwaarde van het causaliteitsverbod wordt voldaan (het is de gemeente en niet de werkgever die de loonsubsidie intrekt), verrichten de werknemers reguliere werkzaamheden. Het enige verschil is dat deze werkzaamheden duurder worden voor de werkgever. Ligt in een dergelijk geval opzegging ex art. 7:669 jo. 7:671 BW niet in de rede? De Hoge Raad liet zijn licht over deze vraag schijnen in het HTM-arrest eind 2012.[40] De Hoge Raad overwoog dat vooropgesteld dient te worden dat de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden bezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. Naar het oordeel van de Hoge Raad was de in dat geding aan de orde zijnde ontbindende voorwaarde niet in strijd met dit wettelijk stelsel. De door werkneemster vervulde arbeidsplaats is immers uitsluitend geschapen en in stand gehouden in het kader van (de voortzetting van) de ID-regeling (subsidieregeling) en de in verband daarmee van overheidswege verleende subsidie. Het betreft geen reguliere arbeidsplaats en de ID-regeling bevat de nodige waarborgen dat ID-werknemers bij aanvang van de arbeidsovereenkomst of naderhand niet toch op een dergelijke arbeidsplaats worden ingezet, zonder wijziging van aanstelling. Indien een werkgever, daartoe in staat gesteld door de daaraan verbonden subsidie, meewerkt aan een regeling als deze – die als gezegd ten doel heeft langdurig werklozen (weer) te laten deelnemen aan het arbeidsproces door het scheppen van bijzondere, niet reguliere arbeidsplaatsen – is het volgens de Hoge Raad met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht verenigbaar dat die werkgever zich op voorhand ervan verzekert dat de beëindiging van de regeling en van de daarmee verband houdende subsidieverlening voor hem geen nadelige gevolgen heeft. Het is dan immers op voorhand al redelijk dat in de verhouding tot de betrokken werknemer die omstandigheid niet voor rekening van de werkgever komt. Naar onze mening moet dit arrest wel worden bezien in de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit blijkt ook wel uit het feit dat de Hoge Raad veel overwegingen wijdt aan het bijzondere karakter van deze subsidieregeling. In beginsel zou het gaan om het creëren van boven-formatieve arbeidsplaatsen en had de regeling tot doel werknemers vanuit een arbeidsplaats te laten in- en doorstromen op de arbeidsmarkt. Met andere woorden, de regeling was niet bedoeld op in- en doorstroom bij deze subsidiewerkgever. Het lijkt er derhalve op dat de Hoge Raad het gebruik van een dergelijke subsidieregeling niet wenst te ontmoedigen door werkgevers met een risico van 'vaste krachten' op te schepen. Toch kan men zich afvragen of dit werkelijk zo ernstig is. Als bij het verstrijken van de loonsubsidie inderdaad sprake is van boven-formatieve arbeidsplaatsen, dan kan ontslag worden aangevraagd. Blijkt werknemer

40 HR 2 november2012, «JAR» 2012/314.

niet langer bovenformatief, waarom zou hij dan de ontslagbescherming ontberen die zijn collega-werknemer wel geniet? In de situatie waarin de werkgever het niet behouden van de loonkostensubsidie tot slot zelf in de hand heeft gewerkt, zou een beroep op de ontbindende voorwaarde naar onze mening onaanvaardbaar dienen te worden geacht wegens strijd met het causaliteitsverbod.[41]

D

D. Jurisprudentie uitgebreid

- *HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127;* de werknemer zegt na een 25-jarig dienstverband de arbeidsovereenkomst op omdat hij een andere baan heeft. Al snel krijgt hij spijt van die overstap en keert binnen een maand weer terug bij zijn oude werkgever. Die biedt hem een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan van een jaar. Die arbeidsovereenkomst wordt nog een keer verlengd maar daarna laat de werkgever aan de werknemer weten dat verdere verlenging niet aan de orde is en dat de laatst arbeidsovereenkomst dus van rechtswege zal eindigen. De rechtsvraag is of de opzegging door de werknemer van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als een rechtsgeldige opzegging kwalificeert in de zin van art. 7:667 lid 4 BW. De Hoge Raad vindt van niet. Strekking van de Ragetlie-regel is immers dat er op enig moment een toetsing van het ontslag plaatsvindt door het UWV of kantonrechter. Die toetsing is er niet als de werknemer zelf opzegt. Derhalve geldt Ragetlie ook met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opvolgt welke door de werknemer is opgezegd.
- *HR 15 februari 2008, «JAR» 2008/77 (Janssen Groesbeek/Eeren);* onder verwijzing naar een brief van de werkgever, stelt de werknemer dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte met onmiddellijke ingang is beëindigd. De werkgever weerspreekt de eenzijdige beëindiging en betwist de door de werknemer gegeven uitleg van de brief. De werknemer zou hebben ingestemd met een beëindiging. De kantonrechter heeft de vorderingen van de werknemer afgewezen. Het hof heeft het vonnis vernietigd en de primaire vordering tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding alsnog toegewezen. Het hof heeft hiertoe overwogen dat beoordeeld dient te worden of de werknemer de verklaring of gedraging van de werkgever die hij als opzegging heeft geduid, gelet op de omstandigheden van het geval redelijkerwijs als opzegging mocht opvatten. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. De Hoge Raad verwerpt het tegen dat oordeel gerichte cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO.
- *HR 10 juni 2005, «JAR» 2005/157 (Grillroom Ramses II);* de werknemer meldt zich ziek en verschijnt niet meer op het werk. De werkgever stuurt hem hierop een brief waarin hij meedeelt dat de arbeidsovereenkomst is ontbonden. De werknemer ziet dit als een (onregelmatige) opzegging, de werkgever daarentegen meent dat de werknemer zelf reeds voordien ontslag had genomen en dat de brief geen opzegging behelst. De Hoge Raad benadrukt dat een strenge maatstaf moet worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of de werknemer vrijwillig ontslag heeft genomen, gezien de verstrekkende gevolgen voor uitkering(en) en zijn mogelijke beroep op ontslagbescherming. De ratio van deze leer geldt niet bij een opzegging door de werkgever, zodat de vraag of de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, moet worden beantwoord volgens de algemene art. 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 BW (gerechtvaardigd vertrouwen), wanneer de werkgever betwist dat hij daartoe

41 G.W. van der Voet, 'Ook als de arbeidsovereenkomst niet "inhoudsloos" is geworden kan – in uitzonderlijke situaties – sprake zijn van een geldige ontbindende voorwaarde', *ArA* 2012-966. Zie hierover tevens *ArA* 2011-0162, m.nt. R.M. Beltzer. Zie voor meer informatie over de arbeidsverhouding van de gesubsidieerde werknemers voorts: S. Klosse, 'De door de overheid gesubsidieerde werknemer. Gelijke monniken, gelijke kappen?', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 591-599.

de bedoeling had. De opzegging hoeft derhalve niet per definitie te zijn geschied door middel van een 'duidelijke' en 'ondubbelzinnige verklaring' van de werkgever.

- *HR 4 april 1986, NJ 1987/678 (Ragetlie/SLM);* partijen beëindigen in onderling overleg de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De werkgever biedt de werknemer aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan. Aan de orde kwam de vraag of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege is geëindigd of beschouwd moet worden als een voortgezette arbeidsovereenkomst voor beëindiging waarvan opzegging is vereist. De Hoge Raad oordeelt dat er geen sprake is van voortzetting, indien de arbeidsovereenkomst (met betrekking tot de tijdsduur, salaris en de secundaire arbeidsvoorwaarden) zeer verschilt van de direct daaraan voorgaande arbeidsovereenkomst.
- *HR 10 juni 1983, NJ 1984/60 (Groen/Stichting Rooms-katholieke Ziekenverpleging);* op grond van een cao-bepaling was de werkgever verplicht om twee maanden voor het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd schriftelijk aan te geven of de overeenkomst al dan niet zou worden voortgezet. Indien de werkgever een dergelijke mededeling niet zou doen, dan werd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van de cao geacht te zijn omgezet in een contract voor onbepaalde tijd. De werkgever had te laat aangegeven dat de arbeidsrelatie niet zou worden voortgezet. De werknemer vorderde om die reden een dienstverband voor onbepaalde tijd. De Hoge Raad kwalificeerde het beding uit de cao echter niet als een beding van voorafgaande opzegging. Dit baseerde de Hoge Raad op de toelichting bij de cao, waaruit bleek dat partijen enkel bedoeld hadden een waarschuwingsplicht voor de werkgever in het leven te roepen.
- *Hof Arnhem 12 juni 2018, «JAR» 2018/196;* de werkneemster is in januari 2017 in dienst getreden bij de werkgever voor de duur van een project. De werkneemster is gedetacheerd bij een inlener om tijdelijk werkzaamheden voor diens opdrachtgever UWV te verrichten. Op 25 april 2017 heeft de werkneemster zich ziek gemeld. Vervolgens heeft de werkgever op 2 mei 2017 aan haar bevestigd dat het dienstverband per 25 april 2017 is geëindigd. Op verzoek van de werkneemster heeft de kantonrechter geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd. In hoger beroep stelt de werkgever dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd op 25 april 2017, nu onder het project diende te worden verstaan: 'de inlening van een persoon als secretaresse voor het veelomvattender project bij de opdrachtgever' en de inlening per 25 april 2017 is geëindigd. Het hof overweegt dat de werkneemster erop mocht vertrouwen dat de duur van het dienstverband was gekoppeld aan de duur van het project bij UWV. Een andere uitleg is niet aan de werkneemster kenbaar gemaakt. Dat tussen UWV en de inlener en tussen de inlener en de werkgever andere afspraken zouden zijn gemaakt over de duur van de door de werkneemster te verrichten werkzaamheden, maakt dit niet anders. Die afspraken staan los van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werkneemster. Uit het feit dat de werkzaamheden van de werkneemster na haar ziekmelding zijn overgenomen door een interne medewerker van UWV, blijkt dat het project op 25 april 2017 nog niet ten einde was gekomen.
- *Hof Arnhem 7 september 2010, «JAR» 2010/288;* de werknemer is op 1 juli 2007 in dienst getreden van de werkgever in de functie van junior verkoper voor de duur van een jaar. Daarna is zijn arbeidsovereenkomst omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst is met wederzijds goedvinden beëindigd per 28 februari 2009, omdat de werknemer elders in dienst treedt. De werknemer wordt vervolgens bij de nieuwe werkgever in de proeftijd ontslagen en treedt op 1 mei 2009 opnieuw in dienst van de werkgever in de functie van algemeen medewerker voor de duur van vier maanden. Deze overeenkomst wordt eenmaal verlengd. Daarna stelt de werkgever zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. De werknemer stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan wel van een voortgezette arbeidsovereenkomst die had moeten worden opgezegd. De kantonrechter Tiel wijst de loonvordering

van de werknemer toe. De werkgever gaat in hoger beroep. Het hof is van oordeel dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen van 1 mei 2009 niet kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vraag is dan of deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. De Ragetlie-regel is alleen van toepassing indien sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst. Daarvan is geen sprake als de identiteit van beide arbeidsovereenkomsten te zeer van elkaar verschilt, zoals wat betreft de overeengekomen arbeid of de salaris- en andere arbeidsvoorwaarden. Gezien de verschillen tussen de functie van junior verkoper en algemeen medewerker moet worden geconcludeerd dat de twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wezenlijk verschillen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

- *Hof Den Haag 3 maart 2009, «JAR» 2009/108;* er is op grond van art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan, nu de werkgever geacht moet worden de opvolgend werkgever van de failliete werkgever te zijn als bedoeld in art. 7:668a lid 2 en art. 7:667 lid 5 BW. Uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat de werkgever beoogde dat het bepaalde in art. 7:667 lid 4 en 5 (de Ragetlie-regel) een uitzondering zou vormen op het bepaalde in art. 7:668a BW in die zin dat, als een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd als bedoeld in artikel 7:667 lid 4 of 5 BW, deze arbeidsovereenkomst niet meer zou kunnen meetellen in de keten van art. 7:668a BW. De opvatting dat art. 7:667 lid 4 en 5 BW geen feitelijk effect hebben als toepassing van art. 7:668a BW al leidt tot conversie van een tijdelijke arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is meer in de lijn met de wetsgeschiedenis en komt ook logischer voor, omdat daarbij geen sprake is van een rangorde tussen beide artikelen.
- *Hof Arnhem 11 maart 2003, «JAR» 2003/4;* van een voortgezette arbeidsovereenkomst is geen sprake als er wezenlijk verschil is tussen de werkzaamheden die werkneemster verrichtte als bemiddelaar en de werkzaamheden die zij vervolgens verrichtte als personeelsfunctionaris. Er is een wezenlijk verschil tussen deze werkzaamheden zowel inhoudelijk als ten aanzien van de betaling, de plaats van het verrichten van de werkzaamheden en overige omstandigheden. Daarom is voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als personeelsfunctionaris geen voorafgaande opzegging vereist.
- *Ktr. Enschede 14 juni 2018;* werknemer is in dienst getreden bij werkgeefster als particulier beveiliger. In de arbeidsovereenkomst is onder meer bepaald dat het dienstverband per direct wordt beëindigd, wanneer aan werknemer, ingevolge circulaire particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, geen toestemming aan de werknemer wordt verleend om beveiligingswerkzaamheden uit te voeren. Bij brief van 28 november 2017 heeft de korpschef aan werkgeefster meegedeeld dat de toestemming als bedoeld in art. 7 lid 2 Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus om werknemer (beveiligings)werkzaamheden te laten verrichten, is ingetrokken. Werknemer heeft tegen het voorgenomen besluit geen zienswijze ingediend. Evenmin heeft hij tegen het besluit tot intrekking van de toestemming bezwaar gemaakt. Werkgever heeft werknemer laten weten dat de arbeidsovereenkomst, kort samengevat, van rechtswege ten einde is genomen als gevolg van het feit dat werknemer niet langer beschikt over toestemming van de overheid voor het verrichten van (beveiligings)werkzaamheden. De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst inderdaad van rechtswege is geëindigd.
- *Ktr. Rotterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5310;* werknemer is in dienst getreden bij SBD in de functie van kabeltrekker. In de arbeidsovereenkomst is het volgende beding opgenomen: 'De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege als de duur van de terbeschikkingstelling afloopt op het moment dat de opdrachtgever niet langer van de arbeid van de werknemer gebruik wenst te maken. Dit kan op iedere moment gebeuren.' Werknemer was op 31 augustus 2017 ingeleend bij Cable Installation Company B.V. (hierna: CIC). Die heeft op zeker moment aan SBD laten weten werknemer niet meer op projecten te willen. Vervolgens heeft SBD werknemer

laten weten dat de opdrachtgever de opdracht heeft gestopt en dat SBD geen gebruik meer wenst te maken van de diensten van werknemer. De kantonrechter oordeelt dat in het onderhavige geval de ontbindende voorwaarde erop neerkomt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld van de gedragingen van een derde, namelijk de beëindiging van de terbeschikkingstelling door een willekeurige opdrachtgever, die op ieder moment kan plaatsvinden. Die voorwaarde is een toekomstige onzekere gebeurtenis. De kantonrechter acht deze voorwaarde, die bovendien voor meerdere uitleg vatbaar is in het geval een werknemer te werk is gesteld bij meerdere opdrachtgevers, onaanvaardbaar. SBD kan immers op diverse manieren zelf invloed uitoefenen op de vervulling van de voorwaarde door middel van een terbeschikkingstelling van werknemer bij een bepaalde opdrachtgever, wat aan de geldigheid van de ontbindende voorwaarde in de weg staat.

- *Ktr. Utrecht 2 mei 2014, «JAR» 2014/152;* de opvolgend werkgever van de failliet heeft aan de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden, met dezelfde werkzaamheden. Gelijktijdig met deze arbeidsovereenkomst heeft de werknemer een vaststellingsovereenkomst getekend, waarbij hij heeft ingestemd met de verklaring dat de werkgever nimmer als opvolgend werkgever kan worden aangemerkt van de faiiliet en dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen op de overeengekomen datum. Op grond van art. 7:902 BW zijn partijen ook gebonden aan een vaststelling indien deze in strijd is met dwingend recht, zoals in dit geval, tenzij deze naar inhoud en strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Echter een afwijking van dwingend recht is alleen toegestaan als er in redelijkheid verschil van mening kan bestaan over de uitleg of toepassing van het dwingende recht. In onderhavig geval is bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst kennelijk bewust afgeweken van dwingend recht, zonder een reeds bestaande discussie tussen partijen. Gelet op de ontstaansgeschiedenis van art. 7:902 BW hoort dat niet mogelijk te zijn. Dat betekent dat het einde van de arbeidsovereenkomst niet op voorhand in een vaststellingsovereenkomst gerealiseerd moet worden. Aangezien art. 7:668a BW een regel is ter bescherming van de belangen van de werknemer, is de vaststellingsovereenkomst wegens strijd met dwingend recht vernietigbaar.
- *Ktr. Venlo 19 januari 2011, «JAR» 2011/182;* de werknemers zijn, na een faillissement van hun vorige werkgever, bij de werkgever in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Na afloop van deze arbeidsovereenkomst heeft de werkgever zich op het standpunt gesteld dat deze van rechtswege is geëindigd, terwijl de werknemers stellen dat, door de voortzetting voor bepaalde tijd van hun arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – die door het faillissement is geëindigd – opnieuw een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, die voorafgaand moest worden opgezegd. De werknemers vorderen loon over de afgelopen periode en herstel van de dienstbetrekking. De kantonrechter overweegt dat in art. 7:666 BW en art. 7:668a BW niet wordt uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Voorts neemt de kantonrechter in aanmerking dat toepassing van art. 7:668a lid 2 BW niet beperkt is tot de gevallen waarin opvolging van werkgever wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Aan de in art. 7:668a lid 2 BW voorgeschreven toepassing van de omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd staat in een geval als het onderhavige niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomsten van de werknemers rechtsgeldig heeft opgezegd. De arbeidsovereenkomsten zijn derhalve niet van rechtswege geëindigd.
- *Ktr. Utrecht 1 juli 2009, «JAR» 2009/295;* aan werknemer is meegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst wordt opgezegd wegens twee jaar arbeidsongeschiktheid. Deze brief is ondertekend door SVO Vereniging MBO. De werknemer vordert betaling van achterstallig loon en vakantietoeslag van de Vereniging SVO Opleiding

voor de Vleessector, stellende dat zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd door SVO Vereniging MBO en niet door de Vereniging SVO Opleiding voor de Vleessector. Bij laatstgenoemde is werknemer in dienst. De kantonrechter stelt vast dat de werknemer de opzeggingsbrief heeft begrepen of heeft moeten begrijpen als een opzegging door zijn werkgever, zijnde de Vereniging SVO Opleiding voor de Vleessector. De werknemer heeft ter comparitie verklaard dat hij dacht dat de opzeggingsbrief afkomstig was van zijn werkgever, heeft tegen het voornemen tot ontslag bezwaar gemaakt, is een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag gestart, heeft een WW-uitkering aangevraagd en heeft in de procedures bij de kantonrechter en het hof verzocht om SVO als gedaagde partij te beschouwen. De werknemer heeft dan ook begrepen dat zijn werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.
- *Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, «JAR» 2009/3;* nu de wetgever toepassing van art. 7:668a BW niet heeft uitgesloten in faillissementssituaties en de Hoge Raad heeft geoordeeld dat aan de toepassing van lid 2 niet in de weg staat dat de curator de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd, is er geen reden de Ragetlie-regel opzij te zetten. De wetgever heeft een bewuste keuze gemaakt bij de verschillende regimes, waarbij in het ene geval conversie en in het andere geval vereiste opzegging als wijze van beëindiging voorop staat. In geval van ontbinding dient bij de A-factor te worden uitgegaan van het tijdstip van totstandkoming van de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- *Ktr. Haarlem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC8331;* werknemer heeft een jaarcontract met daarin de bepaling dat als de werkgever niet vóór een bepaalde datum aangeeft dat hij de overeenkomst wil beëindigen, er een overeenkomst voor onbepaalde tijd geacht is te zijn aangegaan. De kantonrechter acht dit geen voorafgaand opzegbeding in de zin van art. 7:667 lid 2 onderdeel a BW, maar als een in het belang van de werknemer verplicht gestelde waarschuwing dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen.
- *Ktr. Gorinchem 24 februari 2006, «JAR» 2007/72;* de werknemer is in dienst bij een bedrijf dat op enig moment failliet gaat. De curator zegt op dat moment de arbeidsovereenkomst met de werknemer rechtsgeldig op. Daaropvolgend treedt de werknemer in dienst bij de onderneming die de activiteiten van het failliete bedrijf heeft overgenomen. De werknemer wordt daar in de proeftijd ontslagen. De kantonrechter oordeelt dat uit art. 7:667 lid 4 en 5 BW kan worden afgeleid dat voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die is voorafgegaan door een rechtsgeldig opgezegde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, geen opzegging nodig is. De keten van arbeidsovereenkomsten als bedoeld in art. 7:668a lid 2 BW kan derhalve worden doorbroken door de rechtsgeldige opzegging van de curator. De opzegging in de proeftijd is geldig.
- *Ktr. Haarlem 19 oktober 2005, «JAR» 2005/258;* werkneemster geeft tweemaal aan haar werkgever door dat 'het van haar niet meer zo hoeft'. De werkgever bevestigt de opzegging eerst mondeling: 'dat moet dan maar zo' en vervolgens ook schriftelijk in een brief aan de werkneemster. Daarop wordt ze ziek en stelt nooit de opzegging te hebben gewild. Naar het oordeel van de kantonrechter hoefde de werkgever niet uit de ziekmelding af te leiden dat de werkneemster het ontslag niet had gewild. Met de ontvangst van de bevestigingsbrief van de werkgever is de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig geëindigd.
- *Ktr. Utrecht 30 september 2005, «JAR» 2005/261;* de kantonrechter oordeelt dat het bereiken van de 65-jarige leeftijd een gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering van omstandigheden oplevert.

F

F. Literatuurverwijzing

- Beltzer, R.M., 'De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?', *ArA* 2014-2.

- Beltzer, R.M., 'De ontbindende voorwaarde en het (gesloten) ontslagrecht', *ArA* 2011-0162.
- Boersma, B.A., *De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst*, Rotterdam: Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations 2003.
- Bungener, A.F., 'Geen duidelijke en ondubbelzinnige veklaring vereist bij opzegging werkgever', *SR* 2005 7/8, nr. 55.
- Charbon, P.A., 'Grijs werkt door: Pensioen en Ragetlie',*ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 6.
- Christe, D., 'Act of God, zegen of plaag? Over de ontbindende voorwaarde in het ontslagrecht', *SR* 2002, p. 102-108.
- Grinten, W.C.L. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 295-309.
- Keulaerds, M.J.M.T. en P.C. Vas Nunes, 'Pensioenontbinding', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud* (Scholtensbundel), Deventer: Kluwer 2005.
- Klosse, S., 'De door de overheid gesubsidieerde werknemer. Gelijke monniken, gelijke kappen?', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
- Luttmer-Kat, A.M., *Tekst & Commentaar (Arbeidsovereenkomst)*, aant. 6 en 7 bij art. 7:667 BW.
- Ostendorf, K., 'De Ragetlie-regel; wat is rechtsgeldige opzegging?', *ArbeidsRecht* 2004/10, nr. 51.
- Palm, S., 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregel en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', «*TAP*» 2012/2, maart 2012.
- Slooten, J.M. van e.a., *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- Verhulp, E., *Flexibiliteit en Zekerheid*, 's-Gravenhage: 2001, p. 169.
- Voet, G.W. van der, 'Ook als de arbeidsovereenkomst niet 'inhoudsloos' is geworden kan – in uitzonderlijke situaties – sprake zijn van een geldige ontbindende voorwaarde', *ArA* 2012-966.
- Willems, P.W.H.M., 'De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2009/6, nr. 7, p. 32-37.

Art. 669[1] BW Boek 7

Opzegging arbeidsovereenkomst, redelijke grond, herplaatsing- en scholingsplicht

1. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.

2. Herplaatsing, bedoeld in lid 1, is niet vereist, indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt.

Redelijke gronden voor opzegging

3. Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:

a. het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering;
b. ziekte of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode, bedoeld in artikel 670, leden 1 en 11, is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
c. het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen, mits het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
d. de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;
e. verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
f. het weigeren van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar, mits aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht;
g. een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
h. andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren;
i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever

1 Inwerkingtredingsdatum: 01-04-1997; zoals laatstelijk gewijzigd bij: Stb. 2019, 219.

in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Opzegging wegens bereiken pensioengerechtigde leeftijd

4. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst, die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd, eveneens opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.

Ministeriële regelingen

5. Bij regeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden:

a. nadere regels gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging, de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, bedoeld in lid 1, waarbij onderscheid kan worden gemaakt naar categorieën van werknemers;

b. regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, bedoeld in lid 3, onderdeel a.

Cao-ontslagcommissie

6. De regels, bedoeld in lid 5, onderdeel b, zijn niet van toepassing indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan, andere regels worden gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, bedoeld in lid 3, onderdeel a, en een onafhankelijke commissie als bedoeld in artikel 671a, lid 2, wordt aangewezen.

Opzegging tijdens proeftijd

7. Dit artikel is niet van toepassing op een opzegging tijdens de proeftijd.

Commentaar door: mr. A.J.C. Theunissen, mr. dr. W.A. Zondag, mr. dr. P. Kruit en mr. M.C. van Koppen

A. Inleiding

A

Let op, de wettekst bij dit commentaar is de wettekst die per 01-01-2020 in werking zal treden.

A.1 Algemeen

De 'algemene' – met de WWZ ingevoerde – regeling over de opzegging vinden we in artikel 7:669 BW. In dit artikel worden de voorwaarden waaraan een opzegging moet voldoen genoemd. Vervolgens vinden we in artikel 671 de opzegging met of zonder instemming van de werknemer nader uitgewerkt, in 671a de inhoudelijke kant van de bij het UWV te voeren procedure en in artikel 7:671b en 671c de procedure bij de kantonrechter.[2]

Per 1 januari 2020 wordt - met de invoering van de Wab - art. 7:669 lid 3 sub i BW aan de regeling over de opzegging toegevoegd (de 'cumulatiegrond'). [3][4]

In onderdeel A van dit commentaar worden enkele algemene aspecten van artikel 7:669 BW besproken. In onderdeel C van dit commentaar wordt vervolgens uitvoerig ingegaan op de verschillende ontslaggronden.

2 Zie hierover verder J.H. Bennaars, 'De opzegging: preventief en duaal, maar dan anders', *TAP* 2014, p. 31-37; R.S. van Coevorden, 'Bijzondere opzegverboden', *TAP* 2014, p. 47; E.M. Hoogeveen, 'De opzegging met instemming, de beëindigingsovereenkomst en de bedenktermijn: nieuwe wegen vol valkuilen', *ArbeidsRecht* 2014/48; A.J. Swelheim, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid: van BBA naar BW; voor wie maakt dit verschil?', *TAP* 2014, p. 42; A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51.

3 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3.

4 Zie hierover verder P. Kruit en L.V.V. Meijers, 'De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?' *TAP* 2018/161; R.A.A. Duk, A. Keizer & H.W.M.A. Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *TRA* 2018/73.

A.2 Voorwaarden voor opzegging

Opzegging, voorwaarden

Aan een opzegging worden twee voorwaarden gesteld. De eerste voorwaarde houdt in dat er een redelijke grond voor de opzegging moet zijn. De tweede voorwaarde houdt in dat herplaatsing van de werknemer 'binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere functie niet mogelijk is'.[5] Beide voorwaarden werden voor de invoering van de WWZ ook gesteld aan de verlening van een ontslagvergunning onder het BBA. Inhoudelijk is dan ook geen sprake van een wijziging.[6] Ook in voormalige (en nog gevoerde) procedures ex artikel 7:681 BW vormden (en vormen) de herplaatsingsmogelijkheden die een werkgever had (en heeft) een relevante factor in de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag.

Herplaatsing

Tenzij anders is bepaald, dient bij elke opzegging (en ontbinding zo volgt uit 7:671b BW) beoordeeld te worden of sprake is van een 'redelijke grond' in de zin van art. 7:669 lid 3 BW. [7] Op grond van het eerste lid van voornoemd artikel wordt hieraan toegevoegd dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Deze 'herplaatsingsplicht' geldt voor alle gronden, met uitzondering van de zogenoemde 'e-grond' (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer) en ten aanzien van de werknemer die een geestelijk ambt bekleedt (lid 2). Het voorgaande brengt mee dat een werknemer die terecht op staande voet wordt ontslagen, zich niet op het standpunt stellen dat de werkgever had moeten nagaan of sprake was van passende arbeid. Het gedrag van de werknemer heeft immers juist tot gevolg dat de werkgever de werknemer in het geheel niet meer in het dienstverband wil handhaven. Evenmin is herplaatsing aan de orde waar het gaat om het ontslag van een illegale werknemer of een werknemer die in detentie verblijft (h-grond). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij de grond 'disfunctioneren' van belang is onderscheid te maken tussen enerzijds het niet (meer) kunnen voldoen aan gestelde functie-eisen en anderzijds gedragingen die meebrengen dat een werknemer de uit de arbeidsovereenkomst volgende verplichtingen niet naleeft. Is van het laatste sprake, dan kwalificeert het gedrag van de werknemer als verwijtbaar handelen of nalaten en is herplaatsing niet aan de orde (e-grond). In het eerste geval kan gaan om bijvoorbeeld een (oudere) werknemer die lange tijd naar behoren heeft gefunctioneerd, maar voor wie het uitoefenen van de functie in de loop van de tijd zwaarder is geworden waardoor zijn functioneren is verminderd (d-grond). In zo'n situatie is het niet redelijk dat deze werknemer zou kunnen worden ontslagen, zonder dat een werkgever mogelijkheden tot herplaatsing van de betreffende werknemer heeft onderzocht. [8] Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een passende functie moet worden nagaan of deze aansluiting vindt bij de opleiding, de ervaring en de capaciteiten van de werknemer. Het gaat er uiteindelijk om wat in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. [9] Bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing wel of niet in de rede ligt, gaat het niet alleen om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar kunnen ook redelijkheidsargumenten een rol spelen. In het maken van deze afweging wordt de werkgever wordt een zekere beoordelingsruimte gelaten. [10]

---

5 Zie hierover D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43 en 98.

7 Zie hierover verder C.4.6.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 85–86.

9 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, «JAR» 2018/73.

10 HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54; Zie hierover D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189; S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *AR* 2019/23.

Scholing

De herplaatsingsplicht omvat ook de plicht om zo nodig (extra) scholingsmaatregelen te nemen. Maar wat is eigenlijk een redelijke termijn om werknemers al dan niet met behulp van scholing te herplaatsen? In de ministeriële regeling (Ontslagregeling) is hierover bepaald dat bij 'reguliere werknemers' aansluiting wordt gezocht bij de opzegtermijn die voor de werkgever geldt. Omdat de (wettelijke) opzegtermijnen rekening houden met de anciënniteit van de werknemer, betekent het voorgaande dat een werkgever meer inspanningen zal moeten verrichten voor werknemers met wie hij een duurzamere relatie heeft. Voor arbeidsgehandicapten zal tevens de termijn van herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, worden gesteld op 26 weken. [11] Bij onduidelijkheid hierover zal het uiteindelijk de kantonrechter of het UWV zijn die een afweging moet maken tussen enerzijds de inspanningen van de werkgever en de eventuele kosten die de herplaatsing met zich brengen en anderzijds de belangen van de werknemer. [12]

Geestelijke ambt

In art. 7:669 lid 2 is bepaald dat herplaatsing als bedoeld in lid 1 niet is vereist indien de werknemer 'een geestelijk ambt' bekleedt. [13]

De uitzondering voor de werknemer met een 'geestelijk ambt' kwam aanvankelijk niet meer voor in het ontslagrecht dat geldt per 1 juli 2015 (WWZ). Ook 'geestelijken' die een arbeidsverhouding hebben met een (kerk)genootschap zouden onverkort onder het ontslagrecht van de WWZ gaan vallen. In verband met de invoering van de WWZ had het kabinet zich beraden op de vraag of het nog wel nodig was dat een uitzondering wordt gemaakt voor personen met een geestelijke ambt. Voornoemde vraag werd ontkennend beantwoord. Het kabinet was van oordeel dat de 'nieuwe' ontslagbescherming volledig van toepassing moet zijn op werknemers met een geestelijk ambt. Een uitzondering voor deze personen was volgens het kabinet niet meer nodig. [14] Deze constatering was wel opmerkelijk, nu de uitzondering ruim een halve eeuw in de wet heeft gestaan. Bij amendement van de kamerleden Dijkgraaf (SGP) en Schouten (CU) te is de positie van de geestelijken alsnog geregeld. Het amendement voorzag in een tweetal uitzonderingen ten aanzien van werknemers die een 'geestelijk ambt' vervullen, ten aanzien van:

a. het toestemmingsvereiste; de arbeidsovereenkomst kan rechtsgeldig worden opgezegd zonder schriftelijke instemming van de werknemer en zonder preventieve toetsing door het UWV of de kantonrechter (art. 7:671 lid 1 aanhef en onderdeel f BW);
b. de herplaatsingsplicht; op grond van het eerste lid van voornoemd artikel moet een werkgever om een arbeidsovereenkomst te kunnen opzeggen 'een redelijke grond' voor deze opzegging hebben en bovendien moet herplaatsing van de werknemer (al dan niet met behulp van scholing) in een andere functie niet mogelijk zijn of niet in de rede liggen. Art. 7:669 lid 2 BW bepaalt dat herplaatsing als hiervoor bedoeld niet geldt 'indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt'.

11 Art. 10 lid 2 Ontslagregeling; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

12 Zie hierover het commentaar op de UWV-procedure in dit commentaar.

13 Zie breder hierover: W.A. Zondag, 'De kerk als werkgever. De spanningsvolle relatie tussen kerkelijk recht en het arbeidsrecht', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2019/1, p. 60-93.

14 Het kabinet geeft de volgende toelichting op haar besluit: 'Terwijl onder het BBA 1945 alle redenen voor ontslag zijn onderworpen aan een preventieve toets door UWV, geldt dat in de nieuwe situatie enkel ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of na langdurige arbeidsongeschiktheid aan een preventieve toets onderworpen is. Toetsing vindt hierbij plaats op basis van objectieve criteria, waarbij de vrijheid van onderwijs of godsdienst geen rol speelt maar enkel de vraag of er een redelijke grond is voor ontslag in het licht van wat hierover wettelijk is bepaald. Gelet op deze beperking van de preventieve toets door UWV ten opzichte van het huidige recht is er – mede gelet op het specifieke karakter van deze redenen voor ontslag – geen aanleiding meer om bekleders van een geestelijk ambt categoriaal uit te zonderen van de(ze) preventieve toets.' *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 4, 52-53; Boot, G.C. e.a. (red), Parlementaire geschiedenis WWZ, Den Haag, 2015, 1107.

Nu de toelichting op het amendement geen informatie geeft over de reikwijdte van de gemaakte uitzondering en het begrip als het ware gekopieerd is uit het BBA kan voor de interpretatie aansluiting worden gezocht bij oudere rechtspraak van de Hoge Raad. [15]

In een arrest uit 1986 heeft de Hoge Raad (HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/702) beslist dat het in de wettelijke uitzondering gebezigde begrip 'geestelijk ambt' ruim moet worden uitgelegd. Het gaat bij personen die een geestelijk ambt bekleden derhalve niet alleen om traditionele geestelijke bedienaren, zoals predikanten. Ook anderen, zoals pastoraal werkers, zullen hierin kunnen worden begrepen. [16]

A.3 Ontslaggronden

Ontslaggronden

De wettelijke regeling bevat vanaf 1 januari 2020 negen limitatieve ontslaggronden. Het gaat achtereenvolgens om:

a. bedrijfseconomische omstandigheden;
b. langdurige arbeidsongeschiktheid;
c. frequent ziekteverzuim;
d. disfunctioneren;
e. verwijtbaar handelen of nalaten;
f. (werkweigering wegens gewetensbezwaren;
g. een verstoorde arbeidsverhouding;
h. andere gronden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst voortduurt.
i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst voortduurt.

De concrete, limitatieve gronden hebben als doel een bijdrage te leveren aan de rechtszekerheid en juridisering van het ontslagrecht te bestrijden. De memorie van toelichting vermeldt hierover: 'Als algemene regel geldt dat ontslag geoorloofd is als daar een redelijke grond voor is. Een belangrijke doelstelling van de voorstellen is om juridisering van ontslag te voorkomen en de rechtszekerheid te bevorderen. Dit wordt bereikt door het opnemen van zo concreet mogelijke normen in de wet (en lagere regelgeving) om te beoordelen of er een redelijke grond is voor ontslag, overeenkomstig de regels die thans hiervoor zijn gesteld in het Ontslagbesluit en in de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.'[17] Met invoering van de i-grond moet het aangaan

15 Meijers wijst erop dat het geestelijk ambt een open begrip is. Zijns inziens gaat het om 'personen, aan wie bij uitstek de geestelijke (persoonlijke en sociale) zorg op godsdienstig dan wel levensbeschouwelijk terrein is toevertrouwd.' Daarbij handelen zij op basis van een benoeming, aanstelling of zending vanuit een godsdienstig of levensbeschouwelijk genootschap ten behoeve van vooral aangeslotenen, maar ook van geïnteresseerden en belangstellenden. Meijers, A.P.H., 'De geestelijke' in: F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag, 2008, 183.

16 Zie voor lagere rechtspraak over 'geestelijken': Rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4296, *RAR* 2016/119; «JAR» 2016/139; Hof Den Haag 16 januari 2018, NL:GHDHA:2018:56, «JAR» 2018/51 , *RAR* 2018/65; Rb. Den Haag 28 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12919; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:38. Laatstgenoemd arrest is in cassatie vernietigd omdat het hof onvoldoende rekening had gehouden met het eigen interne recht van kerkgenootschappen: HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1531, zoals ook was geadviseerd door Advocaat Generaal mr. E.M. Wesseling-van Gent d.d. 19 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:434.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43.

van een vast contract aantrekkelijker worden. De memorie van toelichting vermeldt hierover: 'Het is van belang dat werkgevers er vertrouwen in kunnen hebben dat ze een werknemer kunnen ontslaan in een situatie waarin op basis van de huidige ontslaggronden de arbeidsovereenkomst niet kan worden ontbonden door de rechter, maar waarin een einde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aan de orde is.'[18]

A.3.1 Bedrijfseconomisch ontslag (a-grond)

Bedrijfseconomisch ontslag

Op grond van het oude recht gold al dat voor een rechtsgeldig bedrijfseconomisch ontslag sprake moest zijn van een structureel verval van arbeidsplaatsen. Bovendien moesten mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer op een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, ontbreken (dit geldt uiteraard niet als het vervallen van arbeidsplaatsen het gevolg is het staken van de werkzaamheden van de onderneming). "Dat blijft zo", aldus de memorie van toelichting.[19] Verder vermeldt de regering het volgende over de toetsing: "Net als thans het geval is, wordt onder een structureel verval van arbeidsplaatsen verstaan het, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, (naar verwachting) vervallen van arbeidsplaatsen. Ook zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de beslissing die aan het verval van arbeidsplaatsen ten grondslag ligt, noodzakelijk is in het belang van een doelmatige bedrijfsvoering (wat evenmin geldt als het vervallen van arbeidsplaatsen het gevolg is het staken van de werkzaamheden van de onderneming). Daar waar het betreft het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het structureel gedeeltelijk niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid (als gevolg van fluctuaties in het werkaanbod) zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat de werkzaamheden in substantiële mate niet kunnen worden verricht en een andere inrichting van de werkzaamheden, waardoor ontslag voorkomen kan worden, niet tot de mogelijkheden behoort. Net als nu het geval is, moet er wel ruimte zijn voor de werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is. Dat is niet alleen in zijn eigen belang maar ook in het belang van het behoud van werkgelegenheid in meer algemene zin. Bij de toetsing van die beslissing past dan ook een zekere mate van terughoudendheid (zoals nu ook het geval is)."

In de 'oude' (onder het BBA geldende) Beleidsregels Ontslagtaak UWV werd aangegeven welke informatie van een werkgever werd verlangd om aannemelijk te kunnen maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is. Die informatie kon verschillen al naar gelang de bedrijfseconomische reden die werd aangevoerd (slechte financiële situatie, werkvermindering, organisatorische veranderingen, technologische veranderingen, beëindiging van bedrijfsactiviteiten). UWV toetste of wat werd aangevoerd het verzoek om een ontslagvergunning voldoende ondersteunde. Was dat niet het geval of waren andere mogelijkheden voorhanden, dan werd geen vergunning verleend. Hierover schrijft de regering: "Het weigeren van toestemming zal ook aan de orde zijn, net als dat nu het geval is, als werknemers voor ontslag worden voorgedragen – vanwege door de werkgever noodzakelijk geachte kostenbesparing – terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor daar waar een werkgever werknemers wil ontslaan en hen wil vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten. De reden voor het in dergelijke gevallen weigeren van toestemming (en in de huidige situatie van een vergunning) is niet zozeer gelegen in de omstandigheid dat hiervoor geen bedrijfseconomische noodzaak zou zijn aan te wijzen. Dat kan in beginsel in een specifiek bedrijf wel aan

18 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 21.

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43.

de orde zijn. De reden hiervoor is dat er feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen. Tegelijkertijd wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden."[20]

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de werkgever, alvorens toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om bedrijfseconomische redenen wordt verleend, de arbeidsrelatie moet hebben beëindigd met personen die niet op basis van een dergelijke overeenkomst bij hem werkzaam zijn, of bij hem werkzaam zijn op grond van een zogenoemd oproepcontract, voor zover zij dezelfde werkzaamheden verrichten. Dit betreft onder meer uitzendkrachten, ingeleend of ingehuurd personeel van een andere bedrijfsvestiging van de werkgever of van een ander bedrijf, en werknemers met een tijdelijk dienstverband waarvan de arbeidsovereenkomst binnen korte tijd zal eindigen. Ook wanneer het gaat om ingeleend of ingehuurd personeel van een andere bedrijfsvestiging van dezelfde werkgever dient deze inleenrelatie te worden beëindigd als het een werknemer betreft met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.[21]

A.3.2 Langdurige arbeidsongeschiktheid (b-grond)

Er worden in artikel 669 lid 3 BW verschillende 'redelijke' niet-bedrijfseconomische gronden voor ontslag genoemd. De eerste is die van langdurige arbeidsongeschiktheid of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten (de zogenoemde b-grond). Er is dan sprake van een redelijke ontslaggrond mits de periode gedurende welke het opzegverbod bij ziekte geldt is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden of binnen deze periode de bedongen arbeid ook niet in aangepaste vorm zal kunnen worden verricht. Bovendien geldt ook hier dat herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort, alvorens geconcludeerd kan worden dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen.[22]

A.3.3 Overige gronden (niet-bedrijfseconomische)

De regering wijst er in de memorie van toelichting op dat ook bij de andere gronden voor ontslag het in eerste instantie aan de werkgever is om bijvoorbeeld te beoordelen of een werknemer nog voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld of te beoordelen of verwijtbaar gedrag van een werknemer reden kan zijn voor ontslag. Maar, zo wordt er meteen aan toegevoegd: "Ook hier geldt echter dat de kantonrechter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan als het duidelijk is dat een werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, of zelf ook blaam treft." Het voorbeeld wordt genoemd dat een werknemer van de ene op de andere dag te horen krijgt dat hij zal worden ontslagen wegens onvoldoende functioneren terwijl hij daar nooit eerder op is aangesproken of de werkgever zich niet in voldoende mate heeft ingespannen om hierin verbetering aan te brengen. Als het onvoldoende functioneren duidelijk het

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43-44.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44; zie ook E. van Fenema en T. Ridder, 'Opzegging op de a- en b-grond volgens de WWZ', *ArbeidsRecht* 2014/50.

22 Zie voorts E. van Fenema en T. Ridder, 'Opzegging op de a- en b- grond volgens de WWZ', *ArbeidsRecht* 2014/50 en R.A. Heida, 'Arbeidsomstandigheden en deskundigenoordelen, onderbelicht in de WWZ discussie', *TRA* 2015/58; J.M. Opdam, 'De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2015/23.

gevolg is van onvoldoende aandacht voor scholing, is dit de werkgever ook aan te rekenen en zal er evenmin sprake zijn van een redelijke grond voor ontslag. "Verder zal ook hier gelden dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er (binnen een redelijke termijn) geen mogelijkheden zijn tot herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing."[23]

Verder lezen wij in de memorie van toelichting: "Als het gedrag van een werknemer aanleiding vormt voor ontslag, moet het een werknemer van tevoren duidelijk zijn geweest wat wel of niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien (behoudens uiteraard evidente zaken als diefstal e.d.). Bovendien moeten eisen die aan een werknemer worden gesteld gangbaar en niet buitensporig zijn. Van buitensporige eisen is bijvoorbeeld sprake als van een werknemer wordt verlangd te handelen (of na te laten) in strijd met wet- of regelgeving. Onder verwijtbaar handelen of nalaten wordt mede verstaan het niet nakomen door een zieke werknemer van de verplichtingen die hem bij de wet zijn opgelegd, mits (zoals thans ook het geval) de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van die verplichtingen en eerst om die reden de loonbetaling heeft stopgezet. In de situatie waar verwijtbaar handelen of nalaten de grondslag vormt voor ontslag, speelt het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer uiteraard geen rol bij de beoordeling van het geoorloofd zijn van ontslag. In dit geval is ontslag immers een sanctie op ontoelaatbaar gedrag."[24]

Een andere redelijke grond voor ontslag kan zijn het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer (zonder dat er sprake is van langdurige arbeidsongeschiktheid). Dit is het geval wanneer dergelijk verzuim voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen heeft.[25] Daarbij dient de rechter wel in ogenschouw te nemen of het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Tevens moet hij bezien of aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel – waarmee wordt bedoeld: een aanmerkelijke verbetering van de situatie – zal optreden of binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. En ten slotte geldt ook hier dat herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort, alvorens geconcludeerd kan worden dat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden.[26]

Een andere 'redelijke grond' voor ontslag is het weigeren van een werknemer de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar (mits aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht) en een verstoorde arbeidsverhouding die zodanig is dat het in stand laten van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Ook hier geldt dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er geen mogelijkheden zijn tot herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing. Meer in het bijzonder wordt in de memorie van toelichting met betrekking tot een verstoorde arbeidsverhouding nog het volgende opgemerkt: "In het Ontslagbesluit gelden als criteria voor het verlenen van toestemming voor ontslag dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Beide criteria gelden in beginsel nog steeds en komen tot uitdrukking in de

23 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

25 Zie J.M. Opdam, 'De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2015/23.

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

formulering «zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren». In beginsel, omdat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst opgezegd moet kunnen worden als de ernst daarvan zodanig is dat voorzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd."[27]

Tot slot brengt de Wab de cumulatiegrond als redelijke grond voor ontslag indien er sprake is van een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De wetgever constateert dat rechters in de praktijk onvoldoende maatwerk kunnen leveren. In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de cumulatie van ontslaggronden het volgende opgemerkt: 'Het gaat dan om situaties waarbij zich omstandigheden uit verschillende ontslaggronden voordoen (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie met onvoldoende functioneren of verwijtbaar handelen van de werknemer) die echter op zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, maar waarbij het gezien het geheel van de omstandigheden in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In dergelijke gevallen gaat het dus om een combinatie van omstandigheden uit meerdere ontslaggronden waardoor een zodanige situatie voor de werkgever ontstaat dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet langer van hem gevergd kan worden en het dus gerechtvaardigd is dat de arbeidsovereenkomst eindigt.' [28]

A.3.4 Vangnet

Vangnet

Ten slotte is een vangnetbepaling opgenomen voor omstandigheden die niet vallen onder de hiervoor genoemde gronden maar die van dien aard zijn dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Voorbeelden hiervan (die ook worden genoemd in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV) zijn volgens de memorie van toelichting: detentie en illegaliteit van de werknemer en het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning door de werkgever. Opgemerkt wordt nog dat in deze situaties het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer uiteraard geen rol speelt bij de beoordeling van het geoorloofd zijn van ontslag.

A.4 Pensioenontslag

Pensioenontslag

Het vierde lid bepaalt dat tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, de werkgever de arbeidsovereenkomst eveneens kan opzeggen tegen of na de dag waarop de werknemer de in artikel 7a, lid 1, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of, indien voor hem een afwijkende pensioenleeftijd geldt, de leeftijd heeft bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor het bereiken van die leeftijd. In zo'n geval is geen toestemming nodig is. Onder het oude recht was wel toestemming van het UWV nodig, maar hierbij moet worden aangetekend dat die doorgaans werd verleend. Voorwaarde voor de opzegging op deze grond is wel dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan voordat de betreffende pensioenleeftijd is bereikt. Gaat het om een beëindiging van een arbeidsovereenkomst die na de pensioengerechtigde leeftijd is aangegaan, dan moet gewoon worden getoetst aan de 'redelijke gronden' van artikel 7:669 lid 1 (nieuw) BW.

27 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 63.

In de literatuur werden wel wat kritische kanttekeningen geplaatst bij de tekst van het artikel over het pensioenontslag. Daarom wordt in de memorie van toelichting bij de Verzamelwet[29] nog eens aangegeven wat moet worden verstaan onder het begrip 'afwijkende pensioenleeftijd'. De regering schrijft hierover: "Deze formulering leidt tot onduidelijkheid over de vraag wat onder 'afwijkende pensioenleeftijd' moet worden verstaan, doordat het begrip lijkt te verwijzen naar het moment waarop recht op pensioen ontstaat. Dat is in veel gevallen geen eenduidig vast te stellen moment. Bedoeld is de leeftijd waarop arbeidsrechtelijk ontslag volgt wegens het bereiken van een bepaalde (pensioen)leeftijd. Die leeftijd zal veelal de AOW-leeftijd zijn, maar soms geldt er op grond een (collectieve of individuele) overeenkomst een andere (hogere of lagere) leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Een voorbeeld is de 'pensioenleeftijd' van KLM-piloten, die op grond van de voor hen geldende cao lager ligt dan de AOW-gerechtigde leeftijd. Wanneer er dus op grond van een overeenkomst een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd geldt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, kan de arbeidsovereenkomst reeds wegens het bereiken van die lagere leeftijd worden opgezegd op grond van het vierde lid van artikel 7:669 BW. Zoals in de memorie van toelichting bij de WWZ reeds is benadrukt, dient er voor een opzegging wegens het bereiken van een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid wel een objectieve rechtvaardigingsgrond te worden aangevoerd door de werkgever. Wanneer er op grond van een overeenkomst een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd geldt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, dan kan de arbeidsovereenkomst pas wegens het bereiken van die hogere leeftijd worden opgezegd op grond van het vierde lid van artikel 7:669 BW. In dat geval zijn partijen namelijk bij aanvang van het dienstverband reeds uitgegaan van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst op een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd."[30]

A.5 Ministeriële regelingen

Bij ministeriële regeling worden nadere regels opgesteld met betrekking tot payrollmedewerkers (in die zin dat hun ontslagbescherming niet ander is dan werknemers die rechtstreeks in dienst zijn), arbeidsgehandicapten (voor wat betreft de termijn van herplaatsing) en de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag (artikel 7:669 lid 4 sub b BW).[31] Deze nadere regels over de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag kunnen overigens ook bij cao worden vastgesteld ingeval de UWV-rol bij bedrijfseconomische ontslagen door een cao-commissie wordt uitgevoerd. De wet biedt namelijk mogelijkheden om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel 'zodat maatwerk kan worden geleverd daar waar dat door cao-partijen nodig wordt gevonden'. Wel wordt hieraan de voorwaarde verbonden dat als een werknemer bezwaar heeft tegen een voorgenomen ontslag, dat bezwaar wordt getoetst door een van de werkgever onafhankelijke commissie in een door de cao-partijen zelf ingestelde procedure in

29 *Kamerstukken* II 2015/16, 34273, nr. 3.

30 Zie verder B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de Wwz: nuttig of inflexibel', *ArbeidsRecht* 2015/47; B. Degelink, '(Door)werken na de AOW-gerechtigde leeftijd onder de Wet werk en zekerheid', *TPV* 2015/13; J.W. Boelhouwer, 'De pensioengerechtigde leeftijd in de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015/25 en E.L.J. Bruyninkcx en P.C. Vas Nunes, 'De WWZ en gelijke behandeling', *TAP* 2015/172; E. Lutjens, 'Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd: niet voor het geld maar voor het plezier', *TAO* 2015/1, p. 3-4; E. Lutjens, 'Naschrift: Geen ontslagvergoeding bij bereiken pensioenleeftijd?', *TPV* 2015/14; E.T. Visser en R.M.R. Ngalle, 'WWZ en gelijke behandeling', *ArbeidsRecht* 2014/61.

31 Zie F.M. Dekker, 'De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *ArbeidsRecht* 2015/33; E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?', *TRA* 2015/36; J.P.H. Zwemmer, 'Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/60.

plaats van door UWV. Als reden hiervoor noemt de regering dat het voor het UWV ondoenlijk is om – ook binnen de gewenste proceduretermijn – telkens andere criteria te moeten hanteren bij de toetsing van een bedrijfseconomisch ontslag met bovendien het risico van misverstanden en discussie tussen UWV en betrokken cao-partijen over de bedoeling of inhoud van de criteria.[32]

C

C. Behandeling kernproblematiek

Inhoudsopgave

C.1 De a-grond: bedrijfseconomisch ontslag
C.1.1 Inleiding
C.1.1.1 Introductie
C.1.1.2 Relevante wet- en regelgeving
C.1.1.3 Van BBA naar Wwz naar WAB
C.1.2 Bedrijfseconomische omstandigheden
C.1.2.1 Inleiding
C.1.2.2 Payrollwerknemers en -werkgevers
C.1.2.3 Bedrijfsbeëindiging en bedrijfseconomische omstandigheden
C.1.2.4 Slechte of slechter wordende financiële situatie
C.1.2.5 Werkvermindering
C.1.2.6 Organisatorische of technologische veranderingen
C.1.2.7 Bedrijfsverhuizing
C.1.2.8 Uitbesteden van werkzaamheden en zorgsector/branche WMD
C.1.2.9 Deeltijdontslag
C.1.2.10 Adviesrecht ondernemingsraad
C.1.3 Ontslagvolgorde
C.1.3.1 Inleiding en kernbegrippen
C.1.3.2 Peildatum
C.1.3.3 Uitwisselbare functies
C.1.3.4 Bedrijfsvestiging
C.1.3.5 Ontslagvolgorde en flexibele schil
C.1.3.6 Afspiegeling
C.1.3.7 Afwijken van afspiegelingsbeginsel
C.1.4 Herplaatsing
C.1.4.1 Inleiding en kernbegrippen
C.1.4.2 Herplaatsing binnen een redelijke termijn
C.1.4.3 Al dan niet met behulp van scholing
C.1.4.4 Passende functie
C.1.4.5 Beschikbaarheid
C.1.4.6 Herplaatsing middels aanbod en aanvaarding
C.1.4.7 Herplaatsing is niet mogelijk of ligt niet in de rede
C.1.4.8 Herplaatsing en sociaal plan
C.1.5 Opzegverboden

32 Zie hierover R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014, p. 72; D.F. Berkhout en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 111-156; 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 en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 157-209; A.H. van Empel en R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA* 2015/1, p. 47-79; N. Jansen, 'De verhouding tussen cao-leerstukken en het overgangsrecht onder de WWZ', *TAP* 2015/314; N. Jansen, 'Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?', *ArbeidsRecht* 2014/52; J.M. van Slooten, 'Wat er niet in de Ontslagregeling staat', *NJB* 2015/1189 met een reactie van H. van Drongelen (*NJB* 2015/1678) en een naschrift van J.M. van Slooten (*NJB* 2015/1679).

C.1.6 Wederindiensttredingsvoorwaarde
C.1.7 De cao-ontslagcommissie
C.1.8 Procedurele regels
C.1.8.1 UWV-procedure
C.1.8.2 Aftrek proceduretijd van opzegtermijn
C.1.8.3 Procedure bij kantonrechter, hof en Hoge Raad
C.1.8.4 Onderscheid tussen a-grond en h-grond
C.2 De b-grond: langdurige arbeidsongeschiktheid
C.2.1 Inleiding
C.2.1.1 Introductie
C.2.1.2 Relevante wet- en regelgeving
C.2.1.3 Een aantal inhoudelijke veranderingen
C.2.2 Langdurige arbeidsongeschiktheid
C.2.2.1 Inleiding
C.2.2.2 Door ziekte of gebreken niet in staat de bedongen arbeid te verrichten
C.2.2.3 Termijn opzegverbod is verstreken
C.2.2.4 Geen herstel en bedongen arbeid kan niet in aangepaste vorm worden verricht
C.2.3 Herplaatsing binnen redelijke termijn
C.2.4 Ontslagvergoedingen
C.2.5 Procedurele aspecten
C.3 De c-grond: frequent ziekteverzuim
C.4 De d-grond: disfunctioneren
C.4.1 Ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid
C.4.2 Het tijdig aan de orde stellen van het disfunctioneren
C.4.3 Voldoende gelegenheid bieden het functioneren te verbeteren
C.4.4 Anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer
C.4.5 De ongeschiktheid is niet het gevolg van onvoldoende zorg voor scholing van de werknemer of voor arbeidsomstandigheden
C.4.6 Herplaatsing
C.5 De e-grond: verwijtbaar handelen of nalaten
C.6 De f-grond: gewetensbezwaren
C.7 De g-grond: verstoorde arbeidsrelatie
C.8 De h-grond: overige omstandigheden
C.9 De i-grond: de cumulatiegrond

C.1 De a-grond: bedrijfseconomisch ontslag

C.1.1 Inleiding

C.1.1.1 Introductie

Als gevolg van de Wet werk en zekerheid (Wwz) zijn artikel 6 BBA en artikel 4:1 e.v. Ontslagbesluit met ingang van 1 juli 2015 vervallen. Vanaf die datum dienen ontslagvergunningaanvragen wegens bedrijfseconomische omstandigheden te worden voorgelegd aan UWV op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW in combinatie met artikel 7:671a BW. In deze paragraaf wordt het ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden, ook wel de a-grond genoemd, besproken.
Het overgangsrecht wordt niet in deze paragraaf besproken.[33] Ook het eventuele recht op een transitievergoeding, een billijke vergoeding of andersoortige (ontslag)vergoedingen wordt niet besproken.

33 Zie hiervoor J.S. Engelsman en J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en 2015/13.

C.1.1.2 Relevante wet- en regelgeving

Voor een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden zijn – naast art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW – de volgende bepalingen relevant. Art. 7:669 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever, naast een redelijke grond voor ontslag, zich in beginsel moet inspannen om de werknemer te herplaatsen. Art. 7:671a BW bevat procedurele regels, regels over de ontslagvolgorde en de cao-ontslagcommissie. Art. 7:669 lid 5 BW en art. 7:671a lid 7 BW vormen de basis voor de lagere regelgeving. De Ontslagregeling [34] stelt onder meer regels over de redelijke grond voor opzegging, de (redelijke termijn voor) herplaatsing, ontslagvolgorde, payrollwerknemers en de wederindiensttredingsvoorwaarde. De Regeling UWV Ontslagprocedure, [35] gebaseerd op art. 7:671a lid 8 BW, bevat regels over de procedure bij UWV. Voorts wordt gewezen op de vervanger van de vervallen Beleidsregels Ontslagtaak UWV (de 'Beleidsregel'), de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, versie augustus 2018 (de 'Uitvoeringsregels'). [36] Zonder volledig te willen zijn wordt kort gewezen op het Besluit werkgebieden UWV 2019, [37] het Besluit Verplicht gebruik ontslagaanvraagformulieren UWV, [38] het Reglement ontslagadviescommissie 2015, [39] de Wet Melding Collectief Ontslag en artikel 25 Wet op de ondernemingsraden.

C.1.1.3 Van BBA naar Wwz naar WAB

Hoewel de wetgever met invoering van de a-grond en de daarop gebaseerde lagere regelgeving geen veranderingen ten opzichte van het oude recht beoogde,[40] heeft de a-grond wel degelijk geleid tot een aantal inhoudelijke veranderingen. Ik noem de belangrijkste.

Van BBA naar BW

Allereerst heeft de transitie van ontslagbepalingen van het BBA naar het BW tot veranderingen geleid. De arbeidsverhoudingen die niet binnen de reikwijdte van artikel 7:610 BW vielen, maar wel onder artikel 1 BBA konden worden geschaard, zoals de afhankelijke opdrachtnemer, hadden voor inwerkingtreding van het ontslagdeel van de Wwz nog rechtsbescherming van het opzegverbod van artikel 6 BBA. Thans geldt het opzegverbod echter uitsluitend voor werknemers als bedoeld in artikel 7:610 BW.[41] Voorts werd een aantal werknemers als bedoeld in artikel 7:610 BW onder het oude ontslagrecht uitgezonderd van rechtsbescherming vanwege de werkingssfeer van artikel 2 BBA. Deze typen werknemers vallen juist wel onder de reikwijdte van het nieuwe ontslagrecht. Met name bij de 'internationale werknemer' – die zich al dan niet kon beroepen op de voorrangsregel van artikel 6 BBA – is de rechtsbescherming gewijzigd.[42] Voor de huishoudelijke hulp, de statutair bestuurder, de geestelijke en de onderwijzer is – conform het oude ontslagrecht – bepaald dat geen voorafgaande instemming voor opzegging noodzakelijk is (artikel 7:671 lid 1 sub d, e, f en h BW).

Verplichte UWV-ontslagroute, consequenties ontslag zieke werknemers

Ten tweede kan de werkgever vanaf 1 juli 2015 bij een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden niet meer kiezen tussen het verzoeken om een opzegvergunning bij UWV of ontbinding bij de kantonrechter. De UWV-ontslagroute is bij eenzijdige beëindiging door de werkgever verplicht. De wetgever heeft bij de a-grond voor UWV gekozen, omdat dit aansloot bij de bestaande praktijk.[43] Uitzondering hierop is dat de

34 *Stcrt.* 2018, 70925, oudere versies in *Stcrt.* 2016, 34178, *Stcrt.* 2015, 45451 en *Stcrt.* 2015, 12685.

35 *Stcrt.* 2015, 12688, ook diverse keren gewijzigd.

36 *Stcrt.* 2018, 42714, oudere versies zijn te vinden in *Stcrt.* 2016, 34178, *Stcrt.* 2015, 42142 en *Stcrt.* 2015, 5031.

37 *Stcrt.* 2018, 66885, oudere versie in *Stcrt.* 2016, 67536, de vervanger van het besluit uit 2015, *Stcrt.* 2015, 46057.

38 *Stcrt.* 2015, 17968.

39 *Stcrt.* 2015, 27412.

40 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 98; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43.

41 A.J. Swelheim, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid: van BBA naar BW; voor wie maakt dit verschil?', *TAP* 2014/1.

42 Zie hierover C.G.B. Derks, 'De WWZ en de internationale arbeidsverhouding', *ArbeidsRecht* 2015/4.

43 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 25.

kantonrechter bij uitsluiting bevoegd is om kennis te nemen van een ontslag op de a-grond, indien sprake is van een niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 7:671b lid 1 sub c BW). De verplichte UWV-ontslagroute heeft als consequentie dat de tot 1 juli 2015 bestaande praktijk om bij een reorganisatie om ontbinding te verzoeken voor zieke werknemers onder het huidige ontslagrecht niet meer mogelijk is. Zie hiervoor het kopje 'Opzegverboden'.

'Hoger beroep' bij de kantonrechter

Onder het oude ontslagrecht konden werkgevers en werknemers de beslissing van UWV niet aanvechten. Door de Wwz kan de werkgever of werknemer in 'hoger beroep' bij de kantonrechter, waarover onder 'Procedurele aspecten' meer.

Talentregeling 10%

Nieuw is dat het mogelijk is om 10% van de totale krimp binnen uitwisselbare functies te sparen voor ontslag, indien deze mogelijkheid is opgenomen in de toepasselijke cao (artikel 16 Ontslagregeling). Dit wordt onder het kopje 'Afwijken van afspiegelingsbeginsel' nader toegelicht.

Transitievergoeding

Daarnaast was onder het oude ontslagrecht geen ontslagvergoeding verschuldigd na opzegging van de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV. Anders dan onder het oude ontslagrecht, is bij opzegging van de arbeidsovereenkomst onder het nieuwe ontslagrecht in de regel een transitievergoeding verschuldigd, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:673 BW.

WAB

Met ingang van 1 januari 2020 wijzigt onder meer het ontslagrecht als gevolg van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB). De WAB introduceert onder andere een zogenoemde cumulatiegrond (art. 7:669 lid 3 onderdeel i BW). Op basis hiervan kan een combinatie van ontslaggronden leiden tot ontslag. In dit kader is van belang dat er niet met de a-grond mag worden gecombineerd.

C.1.2 Bedrijfseconomische omstandigheden

C.1.2.1 Inleiding

In de a-grond wordt als redelijke grond voor ontslag genoemd (i) het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van een bedrijfsbeëindiging of (ii) het, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

C.1.2.2 Payrollwerknemers en -werkgevers

Payrollwerknemers krijgen onder de Wwz dezelfde ontslagbescherming als de werknemers van de inlener.[44] Om die reden wordt de payrollwerknemer, bij toepassing van de redelijke grond voor ontslag, de regels omtrent herplaatsing, de ontslagvolgorde en het ontslag van de flexibele schil, geacht in dienst te zijn bij zijn inlener (en dus niet de payrollwerkgever als gedefinieerd in artikel 1 sub f Ontslagregeling). De inlener wordt geacht werkgever te zijn (artikel 20 Ontslagregeling). Als hiervan wordt afgeweken, staat dat in de Ontslagregeling.

Ontslag bij payrollwerkgever

In artikel 23 Ontslagregeling is onder meer geregeld in welke situatie de omstandigheden bij de opdrachtgever/inlener niet bepalend zijn voor de vraag of er een redelijke grond voor ontslag is. Dat is het geval als de opzegging van de overeenkomst door de payrollwerkgever aantoonbaar het gevolg is van het gedurende een periode van ten minste drie maanden door de opdrachtgever in het geheel niet naleven van de financiële verplichtingen (jegens de payrollwerkgever) die volgen uit de overeenkomst. Als deze situatie zich voordoet en de payrollwerkgever geen ander werk heeft voor de payrollwerknemer, kan – vanwege bedrijfseconomische redenen – toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden verleend.

44 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12.

C.1.2.3 Bedrijfsbeëindiging en bedrijfseconomische omstandigheden

Bedrijfsbeëindiging

Er is sprake van een bedrijfsbeëindiging als de activiteiten van de onderneming definitief worden beëindigd. De werkgever moet de noodzaak van de bedrijfsbeëindiging aannemelijk maken.[45] Van bedrijfsbeëindiging is geen sprake bij een bedrijfsverhuizing of als de activiteiten worden voortgezet (eventueel via overgang van onderneming). Het overhevelen van (alle) activiteiten van Nederland naar Engeland kwalificeerde volgens de Kantonrechter Amsterdam niet als bedrijfssluiting, maar als bedrijfsverhuizing. Ryanair beriep zich niet succesvol op de vrijheid van vestiging en ondernemerschap bij de sluiting van de basis in Eindhoven.[46] Een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging is een bijzondere vorm van 'organisatorische of technologische veranderingen' (zie onderdeel 1.3.5 Uitvoeringsregels).

Onduidelijk is wanneer sprake is van het definitief beëindigen van de ondernemingsactiviteiten. Dit is onder meer van belang bij het antwoord op de vraag of het opzegverbod wegens ziekte geldt. Is sprake van een bedrijfsbeëindiging als een gehele bedrijfsvestiging wordt gesloten, terwijl de werkgever ook elders een bedrijfsvestiging heeft? Volgens de Kantonrechter Den Haag kan het staken van de activiteiten van de materieel werkgever, terwijl de formeel werkgever blijft bestaan, niet leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.[47] De Kantonrechter Leeuwarden oordeelde echter dat het sluiten van een bedrijfsvestiging ertoe kon leiden dat een zieke werknemer rechtsgeldig werd opgezegd op grond van art. 7:670a lid 2 onderdeel d BW.[48] Volgens de Kantonrechter Apeldoorn en het Hof Den Bosch moet worden aangesloten bij de rechtspraak omtrent overgang van onderneming, dus wanneer een organisatorische eenheid van ondernemingsactiviteiten sluit, is sprake van bedrijfsbeëindiging. [49]

Bedrijfseconomische omstandigheden

Indien niet de gehele onderneming wordt gestaakt, moet de werkgever aantonen dat (i) over een toekomstige periode van 26 weken bezien, (ii) het wegens bedrijfseconomische omstandigheden, (iii) die nopen tot het treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering, (iv) het noodzakelijk is dat arbeidsplaatsen vervallen.

Als de werkgever hieraan niet voldoet, kan dat hem ernstig worden verweten. Zo kende de Kantonrechter Haarlem een billijke vergoeding van € 628.000 bruto toe, omdat de werkgever zonder aankondiging en toelichting plots de functie van werknemer naar het buitenland verplaatste.[50]

In de toelichting bij art. 3 Ontslagregeling is geschreven dat indien een onderneming onderdeel uitmaakt van een concern, de noodzaak van het vervallen van arbeidsplaatsen wordt beoordeeld aan de hand van de bedrijfseconomische omstandigheden die van toepassing zijn op de onderneming waar arbeidsplaatsen komen te vervallen. Dat kan betekenen dat ondanks het feit dat in concernverband winst wordt gemaakt maar in een onderneming behorend tot dat concern verlies wordt geleden, en er onvoldoende winstperspectieven zijn, het laten vervallen van arbeidsplaatsen binnen die onderneming als noodzakelijk kan worden aangemerkt voor een doelmatige bedrijfsvoering binnen de desbetreffende onderneming. De Hoge Raad heeft in de ANWB-beschikking geoordeeld dat dit ook geldt voor één onderneming die meerdere zelfstandige bedrijfsonderdelen heeft.[51]

---

45 Ktr. Nijmegen 16 december 2016, «*JAR*» 2017/3 en het vervolg in Ktr. Nijmegen 30 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3375.

46 Ktr. Amsterdam 29 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4364, UWV 19 maart 2019, *AR* 2019-0326.

47 Ktr. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260. In deze zaak werd de arbeidsovereenkomst wel, gezien de bijzondere omstandigheden, ontbonden op de h-grond.

48 Ktr. Leeuwarden 28 april 2016, *AR* 2016-0948.

49 Ktr. Apeldoorn 31 januari 2019, *AR* 2019-0163, Hof Den Bosch 6 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2048.

50 Ktr. Haarlem 24 april 2018, «*JAR*» 2018/136.

51 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (*ANWB*). Zie ook Ktr. Zaanstad 7 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:181.

De Uitvoeringsregels beschrijven een aantal situaties dat kan leiden tot het vervallen van arbeidsplaatsen, namelijk de slechte of slechter wordende financiële situatie, werkvermindering, de organisatorische of technologische veranderingen, de bedrijfsverhuizing en het vervallen van loonkostensubsidie. In de Uitvoeringsregels wordt per bedrijfseconomische omstandigheid beschreven wat een werkgever in beginsel moet aantonen en welke gegevens moeten worden verstrekt om een ontslagaanvraag in behandeling te nemen. Ik behandel de belangrijkste gronden hieronder kort. Het is de vraag of buiten de in de Uitvoeringsregels genoemde omstandigheden ook andere kunnen omstandigheden leiden tot een legitiem ontslag op de a-grond. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de detacheerder die een werknemer tevergeefs probeert te plaatsen en al maanden 'op de bank' zit (waarover meer in onderdeel C.1.8.4 grond).
De door de werkgever aangevoerde bedrijfseconomische omstandigheden moeten met stukken worden onderbouwd. Overigens hoeft niet steeds alle door UWV genoemde informatie te worden overgelegd, aangezien het erom gaat dat UWV voldoende gegevens heeft om de ontslagaanvraag te behandelen.[52] Daarnaast moet de werkgever toelichten welke maatregelen hij neemt ter dienste van een doelmatige bedrijfsvoering. Als herplaatsing of natuurlijk verloop het 'probleem' kunnen oplossen, zal er geen noodzaak zijn tot het vervallen van arbeidsplaatsen. Het aantal te vervallen arbeidsplaatsen moet logisch samenhangen met de ernst van de bedrijfseconomische omstandigheden en de getroffen maatregelen. Indien de betrokken vakbond (of vakbonden) verklaart (verklaren) dat het vervallen van arbeidsplaatsen noodzakelijk is, hoeft de bedrijfseconomische omstandigheid niet te worden onderbouwd (artikel 2 Ontslagregeling).
Net als onder het oude ontslagrecht heeft de werkgever een grote mate van beleidsvrijheid met betrekking tot de bedrijfsvoering en de inrichting van de onderneming. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op de langere termijn is verzekerd. Hierbij past een terughoudende toetsing van UWV en rechter of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden.[53]Dit neemt echter niet weg dat de werkgever de noodzaak tot herinrichting moet kunnen onderbouwen met (financiële) stukken, een concrete toelichting op de markt waarin de werkgever opereert en de ontwikkelingen binnen die markt.[54]

C.1.2.4 Slechte of slechter wordende financiële situatie

De werkgever moet aan de hand van financiële gegevens de noodzaak tot het vervallen van arbeidsplaatsen onderbouwen. De balans en winst- en verliesrekening met toelichting van de afgelopen drie jaar moeten worden overgelegd. Als onvoldoende informatie wordt overgelegd, is de redelijke grond voor ontslag niet voldoende aangetoond. [55]. Verder is inzicht in de resultaten- en liquiditeitsontwikkeling voor de komende 26 weken nodig bij ongewijzigd en gewijzigd beleid. Ook moet de werkgever onder meer toelichten welk totaalbedrag minimaal moet worden bespaard, welke (andere) kostenbesparende maatregelen zijn en/of worden genomen en welk bedrag minimaal op personeelskosten moet worden bespaard.

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2508.

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43. Zie bijvoorbeeld ook Ktr. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6059, Hof Den Bosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337. Ktr. Alkmaar 2 december 2016 en Ktr. Alkmaar 6 januari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:868, ECLI:NL:RBNHO:2016:11222, Hof Den Haag 3 januari 2017, «*JAR*» 2017/71, Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2950, Ktr. Almere 25 september 2018, *AR* 2018-1179.

54 Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2392.

55 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:818, *RAR* 2019/113.

C.1.2.5 Werkvermindering

De werkgever moet de oorzaak van de werkvermindering toelichten, zodat kan worden vastgesteld of sprake is van een structurele werkvermindering. De werkgever moet een overzicht verschaffen van de ontwikkelingen in de omvang van de werkzaamheden over minimaal de laatste 18 maanden, alsmede de personeelsopbouw in deze periode. De te vervallen arbeidsplaatsen moeten in verhouding zijn met de werkvermindering.

Zorgsector en branche WMD

Voor de zorgsector en de branche welzijn en maatschappelijke dienstverlening ('WMD') gelden aanvullende bepalingen. Kortheidshalve wordt gewezen naar onderdeel 1.4 Uitvoeringsbesluit.

C.1.2.6 Organisatorische of technologische veranderingen

Bij organisatorische of technologische veranderingen kan worden gedacht aan zakelijke, strategische motieven om in de concurrentieslag niet op achterstand te geraken. Digitalisering, automatisering of mechanisering kunnen daarbij onvermijdelijk zijn. De werkgever moet in dit geval de organisatorische en/of technologische veranderingen beschrijven en toelichten waarom die veranderingen noodzakelijk zijn voor de bedrijfsvoering. Ook dient de werkgever een organogram van vóór en na de veranderingen over te leggen, waarbij de gevolgen per afdeling, functie en het aantal arbeidsplaatsen inzichtelijk worden gemaakt. Eventuele nieuwe functies moeten worden omschreven. In geval van een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging is sprake van een bijzondere vorm van 'Organisatorische of technologische veranderingen', aldus onderdeel 1.3.5 Uitvoeringsregels.

C.1.2.7 Bedrijfsverhuizing

Ook bij de bedrijfsverhuizing dient de werkgever zijn beweegredenen uiteen te zetten en aannemelijk maken dat deze beslissing ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering. De werkgever dient vervolgens toe te lichten in hoeverre de werknemers mee kunnen naar de nieuwe locatie en of aan de werknemers een aanbod is gedaan om mee te verhuizen.

C.1.2.8 Uitbesteden van werkzaamheden en zorgsector/branche WMD

Uitbesteden werkzaamheden

In artikel 5 en 6 Ontslagregeling zijn specifieke regels opgenomen voor het uitbesteden van werkzaamheden. Er is geen redelijke grond voor ontslag voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbesteedt om onbepaaldetijders te vervangen voor flexibele of goedkopere arbeidskrachten. Uitbesteding aan zelfstandigen moet, om een redelijke ontslaggrond te hebben, voldoen aan de criteria genoemd in artikel 6 Ontslagregeling. Het gaat in artikel 6 Ontslagregeling kort gezegd om 'echte zelfstandigen', die werkzaam zijn conform een door de Belastingdienst goedgekeurde en door partijen gesloten (model)overeenkomst.

Uit het woord 'uitsluitend' van art. 5 Ontslagregeling kan worden geconcludeerd dat als er andere, legitieme redenen zijn om een arbeidsplaats te laten vervallen, terwijl dit besluit ook leidt tot uitbesteding van werk, er wel degelijk een redelijke grond voor ontslag kan zijn. Zo oordeelde de Kantonrechter Rotterdam dat geen sprake was van uitbesteding als bedoeld in artikel 5 Ontslagregeling, omdat de werkzaamheden van de werknemer – door het verlies van opdrachten – niet meer bestonden en slechts incidenteel zouden worden uitgevoerd door zzp'ers.[56] Als de uitbesteding leidt tot efficiënter en doelmatiger bedrijfsvoering, onder meer vanwege de kostenbesparing en de focus op haar *core business*, is eveneens sprake van een legitieme reden voor ontslag.[57] Het deels automatiseren en deels uitbesteden van werk is eveneens een legitieme reden voor ontslag.[58]Daarentegen oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat

56 Ktr. Rotterdam 11 mei 2016, «*JAR*» 2016/159.

57 Ktr. Rotterdam 17 maart 2017, *RAR* 2017/108.

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5181.

een museum zijn laatste twee rondleiders met een arbeidsovereenkomst, terwijl de overige rondleiders werkten als freelancers, feitelijk slechts wilde vervangen voor freelancers, zodat het ontbindingsverzoek werd afgewezen.[59]Het uitbesteden van redactiewerk aan freelancers kon ook niet door de beugel, omdat onduidelijk was wie dan het werk zou gaan verrichten. [60]. Het uitbesteden van werk aan vrijwilligers leidde in twee zaken tot tegenstrijdige uitspraken. De reorganisatie van een openbare bibliotheek, waarbij werknemers werden vervangen door vrijwilligers, leverde volgens de Kantonrechter Utrecht en in hoger beroep het Hof Arnhem-Leeuwarden verdringing op zoals bepaald in de cao Openbare Bibliotheken. FNV vorderde aldus met recht een verbod op uitvoering van de reorganisatie en het werven van vrijwilligers. [61] In navolging op deze uitspraken heeft de Kantonrechter Utrecht de arbeidsovereenkomsten van de drie betrokken werknemers hersteld.[62] De Kantonrechter Eindhoven oordeelde echter dat de – al deels door vrijwilligers uitgevoerde – taken van werknemer, die vervolgens in zijn geheel door vrijwilligers werd verricht, niet leidde tot verdringing, zodat de arbeidsovereenkomst kon worden ontbonden.[63] Een werkgever heeft een grote mate van beleidsvrijheid met betrekking tot de bedrijfsvoering en de inrichting van de onderneming. Het komt regelmatig voor dat de werkgever besluit een bepaalde bedrijfsactiviteit, die niet tot de primaire ondernemingsactiviteit behoort, uit te besteden. Hierbij kan worden gedacht aan het uitbesteden van de werkzaamheden van de ICT-afdeling, die extern goedkoper en kwalitatief beter kan worden ingekocht, of – zoals in de toelichting bij art. 5 Ontslagregeling genoemd – de uitbesteding van de werkzaamheden van de accountant. De restauranthouder die betoogde dat de afwassers niet tot het primaire proces behoorden en dat er daarom een redelijk ontslaggrond was, kreeg geen gelijk. De Kantonrechter Utrecht oordeelde, aangezien de aard en om de omvang van de werkzaamheden niet wijzigden, dat de werkgever de werkzaamheden uitsluitend wilde uitbesteden om de vaste werknemers te vervangen voor flexibele of goedkopere arbeidskrachten.[64]

Zorgsector en branche WMD

Voor de zorgsector en de branche WMD gelden aanvullende bepalingen. Kortheidshalve wordt gewezen naar onderdeel 1.4 Uitvoeringsbesluit.

C.1.2.9 Deeltijdontslag

Een arbeidsovereenkomst is ondeelbaar en moet daarom in zijn geheel worden opgezegd. Een deeltijdontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden is daarom in beginsel niet mogelijk, tenzij dit onvermijdelijk is en de werkgever de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur (art. 4 Ontslagregeling). Hierbij kan worden gedacht aan werknemers werkzaam in de kinderopvang.[65]Bij een deeltijdontslag heeft de werknemer recht op een pro rata transitievergoeding (waarover onder het kopje 'Ontslagvergoedingen' bij de b-grond meer meer).

59 Ktr. Amsterdam 16 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2015:8342.

60 Ktr. Rotterdam 8 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9228.

61 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2016, «*JAR*» 2017/9, m.nt. Koole, Ktr. Utrecht 8 juni 2016, «JAR» 2016/154.

62 Ktr. Utrecht 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614. Zie hierover O. van der Kind, 'Verdringing van betaalde arbeid door vrijwilligerswerk?', *TAP* 2018/1.

63 Ktr. Eindhoven 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258, Ktr. Rotterdam 11 mei 2016, «JAR» 2016/159.

64 Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2820.

65 C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag in de kinderopvang', *ArbeidsRecht* 2015/31. Zie onderdeel 2.7.3 Uitvoeringsregels voor een voorbeeld afspiegelingsberekening bij deeltijdontslag. Zie ook HR 24 december 2010, *RAR* 2011/38 (*Woonzorg*).

C.1.2.10 Adviesrecht ondernemingsraad

De werkgever moet in bepaalde gevallen op grond van de WOR de ondernemingsraad in de gelegenheid stellen advies uit te brengen (art. 25 lid 1 WOR). Verwezen wordt naar het thema 'Medezeggenschap'.[66] Bijzonder is dat een ontslagvergunning wordt geweigerd als de ondernemingsraad ten onrechte niet is geraadpleegd, als de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd en de maand wachttijd nog niet is verstreken (tenzij de ondernemingsraad geen bezwaar heeft tegen de uitvoering van het besluit) of beroep is ingesteld bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam en (bij voorlopige voorziening) is bepaald dat het besluit nog niet mag worden uitgevoerd (onderdeel 1.5 Uitvoeringsregelsin combinatie met art. 4 lid 6 Regeling UWV Ontslagprocedure). Onder het oude ontslagrecht werd een ontslagvergunning aangehouden en niet geweigerd, als het medezeggenschapstraject niet was voltooid. Het gevolg van het weigeren van de ontslagvergunning door UWV is dat het medezeggenschapstraject nu kan worden gesanctioneerd via het ontslagrecht, terwijl de WOR zijn eigen sancties kent. UWV gaat daarmee op de stoel zitten van de ondernemingsraad. Bij een weigering van de vergunning wegens het niet voldoen aan het medezeggenschapstraject kan de werkgever bij de kantonrechter (alsnog) om ontbinding van de arbeidsovereenkomst vragen. De kantonrechter dient dan bijvoorbeeld te beoordelen of een besluit adviesplichtig was, terwijl aan de Ondernemingskamer eenzelfde vraag kan worden voorgelegd door de ondernemingsraad. Rietveld en Zaal achten deze uitvoerige toets van UWV onwenselijk.[67]

C.1.3 Ontslagvolgorde

C.1.3.1 Inleiding en kernbegrippen

De werkgever kan, als voldoende aannemelijk is dat hij wegens bedrijfseconomische omstandigheden genoodzaakt is arbeidsplaatsen te laten vervallen, niet vrij kiezen welke werknemers voor ontslag worden voorgedragen. Eerst moet – te kort gezegd – afscheid worden genomen van de flexibele schil van arbeidskrachten en pas daarna komen de onbepaaldetijders voor ontslag in aanmerking.

Bij ontslag van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt een selectiemethode, genaamd het afspiegelingsbeginsel. De kern van het afspiegelingsbeginsel is dat de leeftijdsopbouw binnen de onderneming voor en na de ontslagronde zo veel mogelijk gelijk blijft. Per leeftijdsgroep komt de werknemer met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking. De leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en vanaf 55 jaar. Er moet worden afgespiegeld binnen de 'bedrijfsvestiging' op een bepaalde 'peildatum', binnen 'uitwisselbare functies' (artikel 11 tot en met 13 Ontslagregeling). Deze begrippen worden hieronder toegelicht.

Indien sprake is van een unieke functie – een functie die door één persoon wordt bekleed – of indien een gehele categorie uitwisselbare functies geheel komt te vervallen, geldt het afspiegelingsbeginsel niet. Dan komt de werknemer in de unieke functie respectievelijk komen alle werknemers in de functiecategorie voor ontslag in aanmerking.

---

66 Zie ook L.G. Verburg, 'De raadpleging van de ondernemingsraad en vakorganisaties', in: L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015.

67 R.D. Rietveld en I. Zaal, 'Het adviesrecht van de OR en de toets van het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag: sanctionering van de WOR via het ontslagrecht', *ArbeidsRecht* 2016/25. In Ktr. Nijmegen 16 december 2016, «JAR» 2017/3 werd geoordeeld dat een ontslagaanvraag niet prematuur was. Ryanair poogde de vliegbasis in Eindhoven te sluiten, maar wegens het niet vragen van advies aan de personeelsvergadering werd de ontslagaanvraag prematuur geacht, UWV 19 maart 2019, *AR* 2019-0326.

C.1.3.2 Peildatum

Voor het afspiegelen is een peildatum nodig. De peildatum is de datum waarop de ontslagvergunningen worden aangevraagd, of een eerdere, objectief vast te stellen datum, mits daar een redelijke grond voor is en voor zover dat moment niet gelegen is voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat arbeidsplaatsen zouden vervallen (artikel 12 lid 1 en 2 Ontslagregeling). Een peildatum is noodzakelijk, omdat het personeelsbestand continue muteert, als gevolg waarvan wijzigingen optreden in de voor ontslag voor te dragen werknemers. De peildatum bevriest als het ware het personeelsbestand. De Kantonrechter Leeuwarden oordeelde dan ook dat van een werkgever in een omvangrijke reorganisatie niet kan worden gevergd de peildatum te verschuiven, omdat dit zou betekenen dat de reorganisatie over zou moeten worden gedaan (in casu was de peildatum vastgesteld op 1 februari 2015, dus voordat het nieuwe ontslagrecht in werking trad, terwijl de ontslagvergunningen na 1 juli 2015 werden ingediend, als gevolg waarvan het nieuwe ontslagrecht in beginsel zou moeten worden toegepast. De kantonrechter past echter de vervallen Beleidsregels toe).[68]

Berekening duur dienstverband

Per werknemer moet de duur van het dienstverband worden berekend, zijnde de datum van indiensttreding tot de peildatum. Degene met het kortste dienstverband binnen de leeftijdsgroep komt immers als eerst voor ontslag in aanmerking. De peildatum bepaalt binnen welke leeftijdsgroep de werknemers vallen. Indien een werknemer bijvoorbeeld één dag na de peildatum 45 jaar oud wordt, valt hij binnen de leeftijdsgroep 35 tot 45. Met name bij de bepaling van de indiensttredingsdatum kunnen discussies ontstaan.

Artikel 15 lid 1 en lid 4 Ontslagregeling bepaalt dat één of meer arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden (of drie maanden als de arbeidsovereenkomsten zijn gesloten voor 1 juli 2015) hebben opgevolgd, moeten worden samengeteld. Lid 2 van dit artikel bepaalt vervolgens dat dit ook geldt voor de werknemer die 'in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn' (het opvolgend werkgeverschap). Deze zinsnede is overgenomen uit de artikelen 7:668a lid 2, 7:667 lid 5 BW en 7:673 lid 4 sub b BW. Met deze regeling worden draaideurconstructies voorkomen (zijnde dat de werknemer gedurende zes maanden en één dag via een uitzendwerkgever of andere vennootschap bij de materieel werkgever gaat werken, om hem vervolgens weer in dienst te nemen). Voor opvolgend werkgeverschap is wel vereist dat sprake is van dezelfde werkzaamheden, blijkens de zinsnede 'ten aanzien van de verrichte arbeid'. Niet vereist is dat de opvolgende werkgever inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Voor een uitvoerigere toelichting op opvolgend werkgeverschap wordt verwezen naar het commentaar bij artikel 7:668a lid 2 BW.[69]

Tot slot bepaalt artikel 15 lid 3 Ontslagregeling dat de arbeidsduur van een werknemer wordt samengeteld, indien hij bij verschillende werkgevers binnen een groep in dienst is geweest, als hij regelmatig binnen de groep van functie is veranderd.[70]

68 Ktr. Leeuwarden 22 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3072.

69 Zie ook M. Jovović en J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *ArbeidsRecht* 2018/18.

70 In artikel 15 lid 3 Ontslagregeling is per 1 juli 2016 het vereiste vervallen dat de groep van werkgevers 'bij cao' moet hebben geregeld dat de arbeidsduur wordt samengeteld, omdat dit tot onredelijke uitkomsten leidt. Zie de toelichting, onderdeel E, bij de gewijzigde Ontslagregeling (*Stcrt*. 2016, 34178).

Peildatum en AOW'ers

Uit de toelichting bij artikel 12 Ontslagregeling blijkt dat het hanteren van een eerdere peildatum als bedoeld in lid 2 geen afbreuk mag doen aan artikel 11 lid 2 Ontslagregeling. Kortom, als een werknemer op de peildatum de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet heeft bereikt (en op grond van het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking komt), maar op het moment dat de ontslagvergunningen worden aangevraagd wel de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, worden de ontslagvergunningen geweigerd.

Uitzondering uitzendsector

Voor de uitzendsector bepaalt artikel 12 lid 3 Ontslagregeling dat indien het beëindigen van een inleenopdracht leidt tot het vervallen van één of meer arbeidsplaatsen bij een uitzendwerkgever, de peildatum moet worden vastgesteld op het moment waarop de inleenopdracht eindigt.

C.1.3.3 Uitwisselbare functies

Het begrip uitwisselbare functies wordt omschreven in art. 13 Ontslagregeling. Een functie is uitwisselbaar met een andere functie, indien (a) de functies vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties, en de tijdelijke of structurele aard van de functie en (b) het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn. Deze factoren moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld.

In twee beschikkingen heeft de Hoge Raad uitleg gegeven over (1) de vraag welke functie de werknemer bekleedt en (2) de vraag welke functies als uitwisselbaar kwalificeren. In de tanteLouise-beschikking stelde een werknemer die met enkele collega's formeel de functie chef-kok bekleedden dat zijn collega's feitelijk werk verrichtten als kok. Daarom vond hij dat hij ten onrechte was betrokken in de afspiegeling en niet voor ontslag in aanmerking kwam. In deze zaak waren functiebeschrijvingen aanwezig, maar werd feitelijk niet gewerkt conform die functiebeschrijvingen. De klacht tegen de overweging van het hof dat de functieomschrijvingen en niet de feitelijke werkzaamheden bepalend zijn voor de vraag welke collega's behoorden tot de functie chef-kok werd met toepassing van art. 81 RO afgedaan. In de KLM-beschikking kwam de vraag aan de orde welke functies uitwisselbaar zijn. Het gaat volgens de Hoge Raad niet uitsluitend om de functiebeschrijving, al is dat doorgaans wel een belangrijke bron van informatie. Naast de functiebeschrijving kunnen alle omstandigheden van belang zijn die op de gezichtspunten, genoemd in art. 13 Ontslagregeling, een licht kunnen werpen, zoals wat de functie in de praktijk in het algemeen behelst en onder welke algemene omstandigheden de functie moet worden uitgeoefend. Het gaat er bij de beoordeling van uitwisselbaarheid immers om dat een vergelijking tussen functies wordt gemaakt op basis van de werkelijke inhoud ervan. [71] Als er één generieke functieomschrijving wordt gehanteerd voor alle managers, dient werkgever concreet toe te lichten waarom die functies niet uitwisselbaar zijn.[72]

71 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*tanteLouise*), HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (*KLM*). Zie voorts Ktr. Rotterdam 7 maart 2017, *RAR* 2017/108, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:924, Ktr. Den Haag 7 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2017:12912, Hof Amsterdam 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3793, Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:493, Hof Amsterdam 19 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:912, M. Lathouwers, 'Hoe dienen uitwisselbare functies te worden vastgesteld?', *ArbeidsRecht* 2017/26, R. Rietveld en K. van Haaren, 'Een stapsgewijze vaststelling van de categorie uitwisselbare functies, *TvO* 2019/1.]

72 Ktr. Almere 5 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:85.

Aangezien in de Ontslagregeling of Uitvoeringsregels niets is geregeld over de vraag of een overdrachts- of gewenningsperiode relevant is voor de bepaling van uitwisselbare functies, wordt hierover verschillend gedacht. [73] In de voornoemde KLM-beschikking overweegt de Hoge Raad dat voor gewenning enige tijd moet worden ingeruimd en dat wanneer een werknemer na die zekere gewenningsperiode kan voldoen aan de vereiste kennis en ervaring, dit duidt op uitwisselbare functies

(a) Vergelijkbare functies

Het gaat erom of de functies vergelijkbaar zijn en niet om de vraag of de betreffende werknemer ook een andere functie zou kunnen uitoefenen. De functies, dus in meervoud, moeten vergelijkbaar zijn. Het gaat dus om onderlinge uitwisselbaarheid. Onvoldoende is dus als een werknemer in de ene functie (bijvoorbeeld senior verkoper) eenvoudig de functie van een andere werknemer (bijvoorbeeld junior verkoper) zou kunnen vervullen, terwijl het omgekeerde niet kan.[74]

Het feit dat een werknemer toevallig ook een bepaald diploma heeft of een bepaalde vaardigheid bezit, is niet relevant voor de vraag of de functies uitwisselbaar zijn. Het betreft dus een objectieve toets. In het kader van het antwoord op de vraag of een functie passend is, wordt gekeken naar de subjectieve/persoonlijke mogelijkheden van de werknemer.

De inhoud van de functie is niet anders als deze in voltijd of deeltijd wordt gedaan. Als een voltijds kassamedewerker echter ook bevoegd is aan het eind van de dag de kassa op te maken, terwijl de deeltijders dat niet mogen, is sprake van een verschil in functie. Als een op zich vergelijkbare functie slechts tijdelijk – te weten korter dan 26 weken – wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld vanwege vervanging wegens ziekte, mag deze tijdelijke functie buiten beschouwing worden gelaten. Wanneer de werknemer in het kader van een 'graduate programme' tijdelijk diverse functies vervult, is sprake van een unieke functie. [75] Als de werkzaamheden van een uitzendkracht niet duidelijk een tijdelijk karakter hebben, moet deze arbeidsrelatie eerst worden beëindigd. [76]

In de vervallen Beleidsregels werd nader toegelicht wat wordt bedoeld met functie-inhoud, kennis, vaardigheden en competenties. Bij de functie-inhoud gaat het om de taken en resultaten. Taken (activiteiten en handelingen) zijn het samenstel van werkzaamheden. Zo kunnen twee beleidsmedewerkers een geheel andere functie-inhoud hebben, omdat de één specialist is in logistiek en de ander in communicatie. Resultaten zijn de prestaties die de werknemer moet verrichten. Van twee beleidsmedewerkers kunnen geheel andere prestaties worden verwacht, als de één junior en de ander senior beleidsmedewerker is. Onder kennis en vaardigheden wordt verstaan opleidingsniveau en -richting, diploma's, certificaten en de bekwaamheid, handigheid of bedrevenheid om een bepaalde functie uit te oefenen. Met competenties wordt waarneembaar effectief gedrag bedoeld, zoals communicatie, analytisch vermogen, leiderschap, enzovoort. Een junior verkoper ontbeert veelal de competenties die een senior verkoper heeft om een nieuwe klant te werven.

Opvallend is de uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam.[77] In die zaak weigerde UWV een ontslagvergunning, omdat onjuist zou zijn afgespiegeld. Volgens UWV had landelijk moeten worden afgespiegeld, omdat de functies van expert in de verschillende regio's niet wezenlijk van elkaar verschilden. De werkgever had echter per regio afgespiegeld en verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer.

---

73 Ktr. Haarlem 22 april 2013, *RAR* 2013/116 en Ktr. Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7734: Hoe langer de overdrachtsperiode is, hoe minder snel wordt geoordeeld dat de functies uitwisselbaar zijn. Ktr. Alkmaar 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4991 en Ktr. Arnhem 30 november 2016, «JAR» 2017/22: Overdrachtsperiode niet relevant.

74 De functies moeten over en weer uitwisselbaar zijn, aldus Rb. Amsterdam 26 juli 2000, «*JAR*» 2000/189.

75 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5019.

76 Ktr. Zwolle 14 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3101.

77 Ktr. Rotterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5290.

Landelijke afspiegeling zou volgens de werkgever leiden tot een reistijd van circa 4,5 uur per dag voor de werknemer. De kantonrechter overweegt dat de expertfuncties in de regio – hoewel deze niet wezenlijk van elkaar verschillen – toch niet uitwisselbaar waren, gezien het grote verlies aan effectieve arbeidsuren en de extra (reis)kosten die zouden ontstaan als een expert uit de ene regio een andere regio zou moeten bedienen.

(b) Niveau en beloning gelijkwaardig

Een verschil van één salarisschaal is een sterke aanwijzing dat de functies niet gelijkwaardig zijn, aldus de toelichting bij artikel 13 Ontslagregeling.[78]

Uitzondering uitzendwerkgevers

In artikel 14 lid 3 Ontslagregeling wordt voor uitzendwerkgevers afgeweken van het eerste lid ten aanzien van de groep uitwisselbare functies. In het geval sprake is van het vervallen van een inleenopdracht bij een uitzendwerkgever wordt uitgegaan van een andere groep uitwisselbare functies. Hier wordt niet uitgegaan van alle uitwisselbare functies in de onderneming, of van alle uitwisselbare functies binnen een bedrijfsvestiging van de onderneming, maar enkel van de inleenopdrachten met uitwisselbare functies bij het inleenbedrijf waar de werknemer laatstelijk werkzaam was en de inleenopdrachten bij de desbetreffende bedrijfsvestiging op grond waarvan bij andere inleenbedrijven per inleenbedrijf in totaal vier of meer werknemers werkzaam zijn in uitwisselbare functies.

C.1.3.4 Bedrijfsvestiging

Definitie

In artikel 1 sub d Ontslagregeling wordt het begrip bedrijfsvestiging gedefinieerd als 'een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft'. De definitie is niet verder uitgewerkt of toegelicht, behalve dan dat het afspiegelingsbeginsel moet worden toegepast binnen de onderneming of de bedrijfsvestiging van de werkgever (artikel 14 lid 1 Ontslagregeling). In onderdeel 10.3 van het c-formulier, dat moet worden ingevuld bij de ontslagaanvraag, staat welke kenmerken onder andere moeten worden betrokken bij de bepaling of sprake is van een zelfstandige bedrijfsvestiging:

- de eenheid presenteert zich extern publiekelijk als zelfstandige aanbieder van goederen en diensten;
- een eigen adres of bedrijfslocatie;
- registratie als aparte vestiging of locatie bij de Kamer van Koophandel;
- een eigen klantenkring of doelgroep;
- een eigen product- en/of dienstenlijn;
- een eigen naam;
- eigen website, briefpapier, logo of huisstijl;
- een grote geografische afstand tussen de verschillende locaties;
- sprake van een aparte rechtspersoon;
- een zelfstandige (financiële) rapportage;
- de organisatorische eenheid is als zelfstandig onderdeel in de (financiële) rapportage opgenomen; dit blijkt bijvoorbeeld uit jaarplanningen en een eigen winst- en verliesverantwoordelijkheid;
- eigen management verantwoordelijk voor de bedrijfsvoering;
- het zelfstandig in dienst nemen en ontslaan van personeel;
- een eigen, separate medezeggenschap.

Voornoemde kenmerken zijn overgenomen uit hoofdstuk 11 van de vervallen Beleidsregels.[79]

78 Dit wordt ook bevestigd door Ktr. Amsterdam 1 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654 en Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397.

79 Zie voor een overzicht van rechtspraak over 'bedrijfsvestiging' 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 en G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, (VvA Reeks, nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, onderdeel 6.3.3.

Volgens het Hof Amsterdam is geen sprake van een zelfstandige bedrijfsvestiging, indien de vier vestigingen door één rechtspersoon worden geëxploiteerd (als gevolg waarvan één jaarrekening wordt opgesteld en één inschrijving in de KvK is gedaan), er één manager is voor de vier vestigingen, de vestigingen relatief dicht bij elkaar liggen, er één website is en in de arbeidsovereenkomst met de werknemers was opgenomen dat zij ook gehouden zijn op andere vestigingen te werken.[80]

Als twee afzonderlijke locaties van één werkgever niet kwalificeren als afzonderlijke bedrijfsvestigingen, dan zal de werkgever over beide locaties tezamen moeten afspiegelen. Als een onderneming twee bedrijfsvestigingen heeft en de werknemer verricht locatieoverstijgend werk, leidt dat volgens de Kantonrechter Rotterdam niet tot de conclusie dat een werknemer niet aan een van de bedrijfsvestigingen moet worden toegerekend. In een dergelijk geval zal de feitelijke werkplek een grote rol spelen.[81]

Uitzondering redelijke toepassing

Een redelijke toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan meebrengen dat twee of meer bedrijfsvestigingen worden samengenomen, om vervolgens binnen de categorie uitwisselbare functies boventallige werknemers te selecteren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als werknemers regelmatig onderling tussen de bedrijfsvestigingen worden uitgewisseld wegens fluctuaties in het werk (artikel 14 lid 2 Ontslagregeling en de toelichting daarop).

Uitzondering zorgsector en branche WMD

Voor de zorgsector – meer specifiek de branches thuiszorg, kraamzorg, jeugdgezondheidszorg, verpleeg- en verzorgingshuis, gehandicaptenzorg, jeugdhulp, geestelijke gezondheidszorg (met inbegrip van de verslavingszorg) – de welzijnssector en maatschappelijke dienstverlening gelden bijzondere regels, omdat onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel zou leiden tot onredelijke uitkomsten. Voor deze sectoren wordt in beginsel afgespiegeld per gemeente, tenzij de werkgever (a) binnen de betreffende gemeente meerdere bedrijfsvestigingen heeft, in welk geval bij de toepassing van artikel 11 Ontslagregeling wordt uitgegaan van die bedrijfsvestigingen, (b) aannemelijk maakt dat vanwege de wijze waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd, uitgegaan moet worden van de onderneming of van een bedrijfsvestiging binnen de onderneming (artikel 14 lid 4 Ontslagregeling). Hiermee wordt voorkomen dat een werknemer in de ene gemeente zijn baan verliest, omdat de werkgever in een andere gemeente minder zorg mag leveren. Dit strookt niet met het idee dat de zorgbehoevenden een vaste hulpverlener hebben.

Wanneer werkzaamheden in één of meer gemeenten of bedrijfsvestigingen vervallen, wordt de werknemer aan die gemeenten of bedrijfsvestigingen toegerekend voor het aantal uren dat hij in de betreffende gemeenten of bedrijfsvestigingen werkt. Fluctueert het aantal uren waarin de werknemer in de verschillende gemeenten of bedrijfsvestigingen werkt, dan vindt deze toerekening plaats op basis van het gemiddeld aantal gewerkte uren in de periode van ten hoogste zes maanden voorafgaand aan de peildatum (artikel 14 lid 5 Ontslagregeling).[82]

C.1.3.5 Ontslagvolgorde en flexibele schil

Hierboven zijn de kaders geschetst waarbinnen de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen worden geselecteerd. Aan de hand van de peildatum wordt de duur van het dienstverband berekend en wordt het personeelsbestand gefixeerd. Er moet worden bepaald binnen welke uitwisselbare functies en binnen welke bedrijfsvestiging moet worden geselecteerd. Voorts moet worden besloten welke krimp moet worden gerealiseerd binnen dit kader. Er kan bijvoorbeeld worden besloten dat binnen de uitwisselbare functies van secretaresse en receptioniste van in totaal twintig werknemers op de bedrijfsvestiging in Amsterdam in totaal vijf werknemers moeten afvloeien.

80 Hof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:842Zie ook Ktr. Almere 5 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:85.

81 Ktr. Rotterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5875.

82 Deze bepaling is met ingang van 1 juli 2016 aangepast, *Stcrt*. 2016, 34178.

Artikel 7:671a lid 5 BW in combinatie met artikel 11 Ontslagregeling bepalen de ontslagvolgorde. Uitgangspunt – zoals hieronder wordt toegelicht – is dat eerst andere arbeidsrelaties dan de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd moeten worden beëindigd. Op basis van artikel 7:671a lid 7 BW en artikel 17 Ontslagregeling worden op dit uitgangspunt uitzonderingen gemaakt. Daarbij komt dat de artikelen 20 en 21 Ontslagregeling payrollwerknemers gelijk schakelt aan 'gewone' werknemers, zodat de payrollwerknemer wordt geacht in dienst te zijn bij de opdrachtgever/materieel werkgever. Ook kunnen flexibele werkers met een duidelijk tijdelijk karakter buiten beschouwing worden gelaten op grond van art. 13 Ontslagregeling (zie hiervoor onderdeel C.1.3.3). Dit lastige samenstel van bepalingen leidt volgens onderdeel 2.4 Uitvoeringsregels tot de volgende ontslagvolgorde:

- Groep 1: Externe medewerkers: gedetacheerden en uitzendkrachten, zelfstandigen zonder personeel[83] en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging.
- Groep 2: Werknemers (inclusief payrollwerknemers) die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt.
- Groep 3: Werknemers (inclusief payrollwerknemers) als bedoeld in artikel 7:628a BW.[84]
- Groep 4: Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (inclusief payrollwerknemers) van wie het contract binnen ten hoogste 26 weken eindigt na de datum waarop op de aanvraag wordt beslist.[85]
- Groep 5: Werknemers (inclusief payrollwerknemers) met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (inclusief payrollwerknemers) waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt, te rekenen vanaf de datum waarop op de aanvraag wordt beslist.

Eerst komen de werknemers in uitwisselbare functies van groep 1 voor ontslag in aanmerking, dan groep 2, enzovoort. Als laatste komen de onbepaaldetijders en de bepaaldetijders met een arbeidsovereenkomst die nog meer dan 26 weken duurt voor ontslag in aanmerking.

C.1.3.6 Afspiegeling

Als de beoogde krimp niet volledig is bereikt met het afvloeien van arbeidskrachten uit groep 1, dan dient binnen de groepen 2 tot en met 5 te worden afgespiegeld, zo volgt uit onderdeel 2.6.1 Uitvoeringsregels. Indien een leeftijdsgroep dus al voldoende heeft bijgedragen door het voordragen van ontslag van arbeidskrachten uit de groepen 2 tot en met 4, dan komen de onbepaaldetijders in die leeftijdsgroep niet voor ontslag in aanmerking.

---

83 Zzp'ers vallen onder artikel 7:671a lid 5 sub a BW omdat zij een arbeidsrelatie met de werkgever hebben en niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien de redelijke grond voor ontslag gelegen is in uitbesteding van werkzaamheden, hoeft de werkgever uiteraard niet eerst afscheid te nemen van de zzp'ers die al op een dergelijke arbeidsplaats werkzaam zijn. Ook hoeft de werkgever niet eerst afscheid te nemen van een zzp'er als hij aannemelijk maakt dat dit een echte zelfstandige is en het voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is dat de werkzaamheden anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht (artikel 17 sub d Ontslagregeling).

84 Het gaat om oproepkrachten met een nulurencontract. Werknemers met een min/max-arbeidsovereenkomst vallen niet in deze groep 3, zie onderdeel 2.4 Uitvoeringsregels. Mogelijkerwijs is dit zo expliciet genoemd, omdat Visser en Ngalle constateerden dat deze regeling strijdig zou kunnen zijn met gelijkebehandelingswetgeving, zie E.T. Visser en R.M.R. Ngalle, 'WWZ en gelijke behandeling', *ArbeidsRecht* 2014/61.

85 Tot 1 januari 2016 bepaalde artikel 17 Ontslagregeling dat het moment van indiening van de ontslagaanvraag bepalend was voor het antwoord op de vraag of een werknemer al dan niet nog ten hoogste 26 weken zou werken. Per 1 januari 2016 is het moment waarop UWV beslist bepalend. De consequentie hiervan is dat het voor werkgevers moeilijk is in te schatten of een werknemer voor korter of langer dan 26 weken zal blijven werken.

Rekenvoorbeeld

Het afspiegelingsbeginsel heeft als uitgangspunt dat de voor ontslag in aanmerking komende werknemers evenredig worden verdeeld over de leeftijdsgroepen. In onderdeel 2.7 Uitvoeringsregels zijn diverse rekenvoorbeelden gegeven die volgens Rietveld leemten en onjuistheden bevatten.[86] Hieronder volgt één rekenvoorbeeld. Stel dat een werkgever binnen zijn bedrijfsvestiging dertig werknemers heeft binnen de uitwisselbare functies a en b. Hij wil een krimp realiseren van zeven. Om te weten te komen in welke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband voor ontslag in aanmerking komt, dient de werkgever de volgende berekening te doen. Het aantal werknemers binnen de leeftijdsgroep moet worden gedeeld door het totaal aantal werknemers in de uitwisselbare functies en moet vervolgens worden vermenigvuldigd met de beoogde krimp. Dus in de leeftijdsgroep 15-25 geldt: 4/30 x 7 = 0,93. Deze berekening moet per leeftijdsgroep worden herhaald en levert het volgende op:

Uitwisselbare functies a en b						
Gewenste krimp	7					
Leeftijdsgroepen	15 tot 25	25 tot 35	35 tot 45	45 tot 55	55+	
Aantal werknemers	4	7	9	7	3	30
Krimpberekening	0,93	1,63	2,10	1,63	0,7	

De werkgever dient allereerst boventalligen te selecteren, door voor de komma werknemers te selecteren. Aldus komen (i) één werknemer in de leeftijdsgroep 25 tot 35, (ii) twee werknemers in leeftijdsgroep 35 tot 45 en (iii) één werknemer in leeftijdsgroep 45 tot 55 voor ontslag in aanmerking. Daarmee realiseert de werkgever slechts een krimp van vier, terwijl een krimp van zeven is beoogd. Vervolgens moet de werkgever het hoogste getal achter de komma zoeken om vast te stellen welke leeftijdsgroep als volgende een werknemer 'verliest'. Dit moet in het voorbeeld drie keer gebeuren om de beoogde krimp van zeven te realiseren. In het bovenstaande voorbeeld is dat eerst de leeftijdsgroep 15 tot 25 (0,93). Daarna volgt de leeftijdsgroep 55+ (0,7). Tot slot dient nog één arbeidsplaats te vervallen, maar geldt voor zowel de leeftijdsgroep 25 tot 35 als de leeftijdsgroep 45 tot 55 een gelijk cijfer achter de komma (0,63).[87] In dat geval dienen beide leeftijdsgroepen samen te worden genomen en dient de werknemer met het kortste dienstverband binnen die twee leeftijdsgroepen voor ontslag te worden voorgedragen. In uitzonderlijke gevallen zou het zelfs kunnen voorkomen dat twee werknemers een gelijke arbeidsduur hebben en dus een even kort dienstverband. In dergelijke gevallen mag de werkgever beslissen wie hij voor ontslag voordraagt (artikel 11 lid 3 Ontslagregeling).

86 R. Rietveld, 'Het gebrekkige afspiegelen door het UWV', *TvO* 2017/1.6.

87 Niet moet worden vergeten dat werknemers in achtereenvolgend groep 2, groep 3 en groep 4 voorrang hebben bij ontslag. In het voorbeeld geldt dus dat als een werknemer in de leeftijdsgroep 55+ de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, hoewel hij wellicht een langer dienstverband heeft dan zijn collega in deze leeftijdsgroep, hij voorrang heeft bij ontslag.

Opzegverboden

Het kan voorkomen dat een opzegverbod geldt voor de voor ontslag in aanmerking komende werknemer (artikel 7:670 BW). In het kader van het afspiegelingsbeginsel is van belang dat de werkgever op het moment van indienen van de ontslagaanvraag twee maanden vooruit moet kijken of voor een bepaalde werknemer een opzegverbod geldt. Deze termijn bedraagt twee maanden, omdat de UWV-procedure circa vier weken duurt en de eventuele ontslagvergunning vervolgens vier weken geldig is (artikel 7:671a lid 6 BW). Als de werknemer bijvoorbeeld ziek is, maar herstel wordt verwacht binnen twee maanden (hetgeen de werkgever aannemelijk moet maken), dan kan die werknemer voor ontslag worden voorgedragen. Als een opzegverbod naar verwachting niet zal vervallen binnen vier weken na de beslissing op de aanvraag, dan mag de werkgever een andere werknemer voor ontslag voordragen (zie onderdelen 4.2.3 en 4.2.4 Uitvoeringsregels). Voor een inhoudelijke bespreking van de opzegverboden wordt verwezen naar het kopje 'Opzegverboden'.

Vrijwillig vertrekkers/plaatsmakers

Het komt voor dat nadat de ontslagaanvragen zijn ingediend, een werknemer die niet voor ontslag in aanmerking komt vrijwillig vertrekt. Ook komt het voor dat in sociaal plannen een vrijwilligvertrekregeling ofwel plaatsmakersregeling is vastgelegd. In die gevallen dient de werknemer met het langste dienstverband die voor ontslag is voorgedragen in dezelfde leeftijdsgroep van de vrijwillig vertrekker te worden gespaard.
Terzijde wordt opgemerkt dat het gebruikmaken van een vrijwilligvertrekregeling wegens een bedrijfseconomische reden in beginsel niet leidt tot verwijtbare werkloosheid in de zin van artikel 24 lid 1 WW, zo volgt uit paragraaf 2 van de Beleidsregels toepassing artikelen 24 en 27 WW 2006.[88] Uit rechtspraak van de CRvB blijkt dat het UWV moet nagaan of de werknemer onder de werkingssfeer van het sociaal plan valt, of het sociaal plan voorziet in een vrijwilligvertrekregeling en of aan de werknemer daadwerkelijk de daarin opgenomen faciliteiten zijn verstrekt. De vrijwillig vertrekker maakt dan als het ware plaats voor een andere boventallige collega-werknemer, die door zijn vrijwillig vertrek niet wordt ontslagen. Om die reden behoudt de werknemer dan aanspraak op een WW-uitkering. Dat de werknemer nog niet zeker wist of zij boventallig zou worden, is in dit kader irrelevant.[89]

Afspiegeling binnen een (internationale) groep

Bij herplaatsing (waarover hieronder meer) wordt expliciet gemeld dat de herplaatsing binnen de (internationale) groep dient te worden onderzocht. Bij afspiegeling is dit niet expliciet benoemd. Naar mijn mening geldt daarom in beginsel geen verplichting op internationaal niveau af te spiegelen. Het zou wat mij betreft te ver gaan een bijvoorbeeld Engelse werknemer op basis van Nederlands recht voor ontslag in aanmerking te laten komen. De Kantonrechter Alkmaar overwoog echter dat internationaal moest worden afgespiegeld bij een werknemer die in een internationale omgeving werkte.[90]

C.1.3.7 Afwijken van afspiegelingsbeginsel

Er is een limitatief aantal mogelijkheden om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel, die hieronder worden besproken. Een beroep op deze afwijkingsmogelijkheden kan niet ten aanzien van de AOW-gerechtigde werknemer (onderdeel 2.6.2 Uitvoeringsregels).

Bij derde werkzame werknemer

In artikel 11 lid 4 Ontslagregeling staat dat een bij een derde werkzame werknemer buiten de afspiegeling kan worden gelaten, indien de werkgever aannemelijk maakt dat vervanging van die werknemer in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. Hierbij moet met name worden gedacht aan detacheringsconstructies in de zakelijke dienstverlening, aldus de toelichting van de Ontslagregeling.

---

88 *Stcrt*. 2006, 190.

89 CRvB 3 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:820. Als de werknemer vóór de aankondiging van de reorganisatie al het initiatief nam tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kan wel sprake zijn van verwijtbare werkloosheid: CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:51. Zie voorts P.S. Fluit, 'Het nieuwe ontslagrecht en de toegang tot de sociale zekerheid', *TRA* 2014/76.

90 Ktr. Alkmaar 25 oktober 2017, «*JAR*» 2017/103.

De werkgever moet aantonen dat vervanging van de gedetacheerde werknemer, gelet op zijn zakelijke relatie met de derde, te bezwaarlijk is. Dit kan onder meer worden aangetoond aan de hand van (i) de inhoud van de opdrachtovereenkomst tussen werkgever en derde en de duurzaamheid van de relatie tussen hen beiden, waarbij het enkele feit dat de opdrachtovereenkomst vermeldt dat vervanging niet is toegestaan, onvoldoende is; (ii) de mate waarin de persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van de betrokken werknemer voor de opdrachtgever van belang zijn; (iii) de mate waarin bezwaren tegen vervanging zijn terug te voeren op een tekort aan scholingsinspanningen van de zijde van de werkgever; (iv) de duurzaamheid van de relatie tussen de betrokken werknemer en de opdrachtgever; (v) de verhouding tussen de terbeschikkingstelling van de betrokken werknemer bij de opdrachtgever en het totaal van diens arbeidsduur bij deze werkgever; (vi) de wijze waarop vervanging van de betrokken werknemer is geregeld in andere gevallen, zoals bij ziekte of vertrek naar een andere werkgever, en de wijze waarop daarmee in de praktijk is omgegaan; (vii) de benodigde inwerkperiode in relatie tot de resterende looptijd van de werkzaamheden die voortvloeien uit de opdracht; en (viii) de mate waarin de voortgang van de werkzaamheden door een eventuele vervanging worden geschaad.

Onmisbare werknemer

Artikel 11 lid 5 Ontslagregeling bepaalt dat als 'een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn', deze werknemer buiten de afspiegeling kan worden gelaten. Het moet gaan om *bijzondere* kennis, dus geen kennis en bekwaamheden die normaal binnen de functie zijn vereist. Vervolgens moet worden bepaald welke negatieve gevolgen het ontslag van deze onmisbare werknemer zou hebben. Als de gevolgen van zijn ontslag te bezwaarlijk zijn, kan deze werknemer worden gespaard, aldus de toelichting bij artikel 11 lid 5 Ontslagregeling. Denk bijvoorbeeld aan de chauffeur bij een kleine werkgever, die ook shovelchauffeur, lasser en monteur is en reparaties en onderhoud aan machines kan uitvoeren, welke werkzaamheden bij ontslag van de werknemer extern zouden moeten worden ingekocht.[91] Verder kan worden gedacht aan bijzondere talenkennis of onmisbare kennis en contacten bij defensie van een werknemer.[92]

Arbeidsbeperkten

De wetgever stimuleert met de Wet banenafspraak en quotum arbeidsbeperkten de inzet van arbeidsbeperkten in het arbeidsproces. Op grond van artikel 11 lid 6 Ontslagregeling kan de werkgever een werknemer met een arbeidsbeperking bij de toepassing van het eerste lid buiten beschouwing laten. In onderdeel 2.6.2 Uitvoeringsbesluit wordt nader uitgelegd welke arbeidsbeperkten onder deze regeling vallen.

Talentenregeling 10%

De regering is met sociale partners van mening dat er ruimte moet zijn voor de werkgever om werknemers die bovengemiddeld presteren, of die naar zijn verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, buiten de toepassing van afspiegeling te houden.[93] Hiervan kan slechts gebruik worden gemaakt, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is bepaald dat van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt (artikel 16 lid 1 Ontslagregeling). Op grond van lid 4 mag naar boven worden afgerond, dus bij een krimp van 11 managers kan 10%, zijnde 1,1, dus in totaal twee managers worden gespaard op grond van deze talentenregeling. Gezien de strenge eisen van de leden 1 tot en met 3 wordt niet verwacht dat veel gebruik zal worden gemaakt van deze regeling.

Afwijking bij cao, cao-ontslagcommissie

Voorts kan bij cao worden afgeweken van de regels omtrent de ontslagvolgorde, door middel van de cao-ontslagcommissie. Verwezen wordt naar het onderdeel 'De cao-ontslagcommissie' in deze bijdrage.

91 Ktr. Winschoten 4 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:3479.

92 UWV 29 juli 2009, «JAR» 2009/204 en Ktr. Leiden 16 januari 2006, «*JAR*» 2006/5.

93 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 23.

Stoelendansmethode

In de praktijk is nog een uitzondering op het afspiegelingsbeginsel ontwikkeld. Dit wordt wel de stoelendansmethode of de methode-De Blécourt genoemd en werkt als volgt. Binnen een onderneming wordt een bestaande functie of functies geheel opgeheven, zodat alle werknemers in die functie(s) boventallig worden. Vervolgens wordt een nieuwe functie of functies gecreëerd met minder arbeidsplaatsen dan de oude, vervallen functie(s). Omdat de gehele functie komt te vervallen, hoeft niet te worden afgespiegeld. Voor een succesvolle toepassing van de stoelendansmethode is vereist dat de oude, vervallen en nieuw gecreëerde functie niet uitwisselbaar zijn. Immers, als de oude en nieuwe functies uitwisselbaar zijn, moet over beide functies tezamen worden afgespiegeld. Er moet dus een verschil tussen de functies worden gecreëerd, bijvoorbeeld door additionele functie- of diploma-eisen te stellen aan de nieuwe functie en/of een verschil in salarisschaal te creëren.

Vóór inwerkingtreding van de Wwz kon de werkgever vervolgens op basis van kwaliteit selecteren welke werknemers in de nieuwe functies worden herplaatst. De meest geschikte werknemer kon voor de functie worden geselecteerd, waarbij geen sprake mocht zijn van willekeur. De niet voor herplaatsing geselecteerde werknemers worden vervolgens (als geen andere passende functie voor handen is) ontslagen. Deze vrijheid is ingeperkt door het huidige ontslagrecht.

Zowel (de parlementaire geschiedenis bij) de Wwz als de Ontslagregeling bepaalt niets over de stoelendansmethode. In de toelichting bij art. 9 Ontslagregeling en in onderdeel 3.3 Uitvoeringsregels staat dat bij herplaatsing in beginsel de meest geschikte kandidaat mag worden geselecteerd, behalve bij toepassing van de stoelendansmethode. 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. Omgekeerd afspiegelen houdt in dat degene die als laatst voor ontslag is aangewezen, als eerst wordt gespaard. Er kan echter niet omgekeerd worden afgespiegeld over alle boventallige werknemers, zo blijkt uit het voorbeeld in onderdeel 3.3.1 Uitvoeringsregels. Uit dit voorbeeld blijkt dat geschikte boventallige werknemers, van wie een deel van hun oude taken is overgeheveld naar de nieuwe functie, voorrang hebben boven geschikte boventallige werknemers, van wie geen deel van hun oude taken is overgegaan naar de nieuwe functie. Omgekeerd afspiegelen geldt dus alleen voor de geschikte boventallige werknemers die al deels de taken van de nieuw gecreëerde functie uitoefenden in hun oude, vervallen functie. Als gevolg van deze nieuwe regels kan de werkgever dus niet meer uitsluitend op basis van geschiktheid selecteren. Hij moet binnen de groep van geschikte kandidaten voor de nieuwe functie (i) vaststellen bij welke werknemers een overlap van taken zit tussen de oude en nieuwe functie en (ii) vervolgens via het omgekeerde afspiegelingsbeginsel de als laatst voor ontslag voorgedragen werknemer selecteren voor de functie. Wie als 'geschikt' kwalificeert, wordt niet in de Ontslagregeling of Uitvoeringsregels uitgelegd. Logischerwijs zou moeten worden uitgegaan van objectief bepaalbare, persoonlijke geschiktheidscriteria die volgen uit de functieomschrijving van de nieuwe functie.[94]

94 In Ktr. Utrecht 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614, Hof Amsterdam 5 december 2017, «JAR» 2018/7, Hof Amsterdam 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3793, Hof Den Bosch 28 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:722, werd geoordeeld dat de stoelendans ten onrechte was toegepast. In Ktr. Apeldoorn 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559, *RAR* 2017/69, «JAR» 2017/43 en Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7318, *RAR* 2018/160, werd geoordeeld dat een stoelendans rechtsgeldig was uitgevoerd. Zie voorts T.M.J. Wegener-Belinfante 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, 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 en G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, (VvA Reeks, nr. 42), Deventer: Kluwer 2014, onderdeel 6.4. M. Hulstijn-Botter, 'De stoelendans anno 2018', *ArbeidsRecht* 2018/17 en M. de Blecourt, 'Stoelendans aan boord van de KLM', *TvO* 2018/2.4.

C.1.4 Herplaatsing

C.1.4.1 Inleiding en kernbegrippen

Art. 7:669 lid 1 BW bepaalt dat een werknemer pas kan worden ontslagen in geval van een redelijke grond, waarbij herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Het herplaatsingsvereiste is nader uitgewerkt in de artikelen 9 en 10 Ontslagregeling en wordt hieronder nader toegelicht.

Meest geschikte kandidaat en voorrang boven externe kandidaten

Als meerdere werknemers boventallig zijn, staat het de werkgever in beginsel vrij om de in zijn ogen meest geschikte kandidaat te kiezen, maar de werkgever moet zijn keuze wel kunnen verantwoorden. Als een werknemer geschikt is te maken (maar dus nog niet geschikt is), mag werkgever kiezen voor een (reeds) geschikte werknemer, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad aanvaardt daarnaast de algemene regel dat interne kandidaten, die geschikt zijn of geschikt te maken zijn, voorrang hebben boven externe kandidaten.[95] De toezegging van werkgever dat bij gelijke geschiktheid tussen een interne en externe sollicitant de interne sollicitant voorrang krijgt, is niet voldoende.[96] Bij herplaatsing in geval van de stoelendansmethode gelden andere regels (zie hierboven).

C.1.4.2 Herplaatsing binnen een redelijke termijn

De werkgever dient te onderzoeken of een werknemer binnen een redelijke termijn is te herplaatsen Het begrip 'redelijke termijn' heeft betrekking op de termijn waarbinnen herplaatsing daadwerkelijk moet kunnen plaatsvinden. Het gaat niet om de periode waarin herplaatsingsinspanningen dienen plaats te vinden.[97] De redelijke termijn is in beginsel gelijkgesteld aan de wettelijke opzegtermijnen van art. 7:672 lid 2 en 3 BW (art. 10 lid 1 Ontslagregeling). Eventueel contractueel overeengekomen afwijkende opzegtermijnen spelen bij de termijn voor herplaatsing dus geen rol. Voor arbeidsgehandicapten, zoals omschreven in lid 3, geldt een – vaste – termijn van 26 weken voor herplaatsing.[98] De termijn vangt aan op het moment dat UWV toestemming verleent de arbeidsovereenkomst op te zeggen (lid 4). Vacatures die zijn ontstaan na de redelijke termijn zijn irrelevant.[99] Als binnen de termijn een passende functie vrijkomt, dient die functie aan de boventallige te worden aangeboden. [100] De proceduretijd kan niet worden afgetrokken van de herplaatsingstermijn. De rechter dient ex tunc te beoordelen, dus of het bij aanvang van de redelijke termijn te verwachten viel dat werknemer kon worden herplaatst. Er start dus geen nieuwe termijn na de uitspraak van de rechter.[101]

95 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (*ANWB*).

96 Ktr. Haarlem 20 juli 2016, AR 2016-0856.

97 UWV 22 februari 2017, *AR* 2017-0284, Ktr. Rotterdam 8 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5860.

98 Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 17 mei 2018, *AR* 2018/0627.

99 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, *RAR* 2017/41 en Hof Arnhem-Leeuwarden 11 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9046.

100 Ktr. Leeuwarden 12 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5382.

101 Ktr. Utrecht 18 maart 2016, «*JAR*» 2016/105, m.nt. Dop, Ktr. Haarlem 15 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6590. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, *RAR* 2017/41, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2016, «JAR» 2016/146 en *AR* 2016-0468 m.nt. Even, Hof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1523 en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5019. Zie hierover J.M. van Slooten, 'De drie tijdsdimensies van de a-grond', *TRA* 2016/81.

C.1.4.3 Al dan niet met behulp van scholing

De scholing is gekoppeld aan de eventuele mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op herplaatsing in een passende functie. De duur (in relatie tot de in acht te nemen redelijke termijn) en de kosten van scholing zijn bepalend voor de vraag welk scholingsaanbod bij een mogelijk geschikte functie van werkgever gevergd kan worden, waarbij de financiële positie van een onderneming relevant is, aldus de toelichting bij art. 9 Ontslagregeling. Uit de zinsnede 'al dan niet met behulp van scholing' kan worden afgeleid dat een proefplaatsing een geschikt middel is om de passendheid van de functie te onderzoeken. [102]

C.1.4.4 Passende functie

De begrippen passende functie en passende arbeid zijn soms verwarrend.[103] Daarnaast moet een passende functie niet worden verward met een uitwisselbare functie.[104] Van een passende functie is sprake als deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer (het loon wordt dus – anders dan in de vervallen Beleidsregels – niet genoemd als factor voor de vraag of een functie passend is). Als een bepaalde positie harde functie-eisen kent waaraan de boventallige werknemer niet voldoet en niet binnen redelijke termijn kan voldoen, zal de functie niet passend zijn.[105] De eigen functie kan ook als passende functie worden beschouwd.[106] Uit de toelichting van de Ontslagregeling en een uitspraak van het Hof Den Bosch volgt dat een werkgever niet zo ver hoeft te gaan dat hij een nieuwe, passende functie creëert voor de werknemer van wie de arbeidsplaats is vervallen.[107] Ook hoeft een werkgever niet een passende functie aan te bieden als dit zal leiden tot overschrijding van de formatieruimte met bijvoorbeeld 0,58 FTE, terwijl er slechts 0,26 FTE beschikbaar is.[108]

Herplaatsing binnen een (internationale) groep

Bij de herplaatsing dienen – kort samen gevat – arbeidsplaatsen betrokken te worden (a) waarvoor een vacature bestaat of binnen een redelijke termijn een vacature zal ontstaan en (b) waarop flexibele arbeidskrachten werkzaam zijn (zoals hieronder nader uitgewerkt). Als de werkgever deel uitmaakt van een groep, moeten alle passende functies binnen deze groep aan werknemer worden voorgelegd (artikel 9 lid 2 en 3 Ontslagregeling).[109] Er geldt een verdergaande inspanningsverplichting voor grotere ondernemingen en ondernemingen die onderdeel zijn van een groep, zoals gedefinieerd in artikel 1 sub e Ontslagregeling.[110] Bij een grotere reorganisatie kan een werkgever niet volstaan met een groepsgerichte inspanning. De werkgever dient een 'actieve en initiërende, belemmeringen opheffende, individuele aanpak' te hanteren en werknemer

102 Ktr. Rotterdam 16 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5742.

103 Zie hierover D.J.B. de Wolff, 'Passende arbeid, een kameleontisch begrip', *ArbeidsRecht* 2016/30.

104 In Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397 waren twee functies niet uitwisselbaar, maar was de nieuwe functie wel passend.

105 Ktr. Tilburg 30 maart 2016, *RAR* 2016/107.

106 Hof Amsterdam 29 maart 2016, «*JAR*» 2016/145.

107 Hof Den Bosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337. Zie ook Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880.

108 Ktr. Den Haag 24 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14618.

109 Onder het oude ontslagrecht was de eis minder streng. De tot een concern behorende werkgever diende onder het oude ontslagrecht te informeren naar vacatures bij andere locaties/vestigingen van het concern en diende te onderzoeken of herplaatsing elders mogelijk was. Zie hoofdstuk 20-2 vervallen Beleidsregels.

110 Ktr. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136, Ktr. Utrecht 9 november 2016, *RAR* 2017/35, Ktr. Haarlem 3 januari 2017, «JAR» 2017/125, m.nt. Fruytier, Ktr. Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, Ktr. Alkmaar 31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4395, Hof Den Bosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:146 (met uitleg over de definitie groep) en Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116.

betrekken bij het herplaatsingsonderzoek.[111] Schending van de plicht tot herplaatsing kan leiden tot een billijke vergoeding.[112] Volgens Laagland en Lintsen hoeft bij herplaatsing bij een andere vennootschap binnen de groep van de werkgever alleen te worden bezien of die andere vennootschap een vacature heeft of binnen redelijke termijn zal hebben. De herplaatsing reikt aldus niet zo ver dat een zustervennootschap de arbeidsrelatie met een flexibele arbeidskracht moet beëindigen.[113] Dient een internationaal concern ook te onderzoeken of een werknemer kan worden herplaatst buiten Nederland? Naar mijn mening is dat het geval voor wat betreft passende functies waarvoor een vacature bestaat of binnen redelijke termijn zal ontstaan. Immers, art. 9 lid 2 en 3 Ontslagregeling stelt geen territoriale beperkingen aan de herplaatsingsplicht binnen de groep. Uiteraard blijft het de vraag of een werknemer bereid is te verhuizen naar een ander land, maar dat is aan de werknemer. [114]

Reistijd

Het kan voorkomen dat een werkgever met twee bedrijfsvestigingen een vacature heeft in Groningen voor een boventallige werknemer in Maastricht. Naar mijn mening dient de werkgever deze functie aan te bieden en kan hij niet voor de werknemer beslissen of de functie al dan niet passend is. Immers, wellicht is de werknemer bereid te verhuizen. De werknemer kan mogelijk een beroep doen op het Besluit passende arbeid WW en ZW en stellen dat de aangeboden functie, gelet op de reistijd, niet passend is.[115] De werkgever kan daarentegen naar analogie met de uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam inzake uitwisselbare functies betogen dat de functie niet passend is.[116] De Kantonrechter Zutphen ontbond een arbeidsovereenkomst op de h-grond met toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding, omdat de vestiging van een werkgever in Zutphen was gesloten en de reistijd naar de vestiging in Weert (3 uur en 50 minuten reistijd per dag) aanmerkelijk te lang was.[117]

C.1.4.5 Beschikbaarheid

De passende functie dient voorts 'beschikbaar' te zijn. Daarvan is sprake als binnen (de groep van) de werkgever (a) een vacature bestaat, of binnen de redelijke termijn als bedoeld in artikel 10 Ontslagregeling een vacature zal ontstaan, of (b) bepaaldetijders, inleenkrachten (anders dan payrollwerknemers), oproepkrachten, AOW'ers en schijnzelfstandigen[118] die werkzaamheden van structurele aard verrichten voor maximaal 26 weken, werkzaam zijn (artikel 9 lid 1 Ontslagregeling). Het vrijwillig vertrek van

111 Bijvoorbeeld Ktr. Assen 21 november 2016, «JAR» 2017/4, Ktr. Assen 15 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3140 en Ktr. Arnhem 30 november 2017, *AR* 2017/1515 en Hof Den Bosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118.

112 Ktr. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

113 F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13. Zie ook R.M. Beltzer en S. Smeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017/2.3 en R. Olivier en J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67. Zie anders P. Kruit en J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2.2 Zie voorts T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken', *ArbeidsRecht* 2018/5 over wat onder 'groep' moet worden verstaan.

114 Ktr. Amsterdam 29 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4364 (werkgever had, bij de verplaatsing van activiteiten van Nederland naar Engeland, moeten onderzoeken of de werknemer kon worden herplaatst. Nu dat was nagelaten, had de werknemer recht op een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen), Den Bosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118 (er geldt een wereldwijde inspanningsplicht om wereldwijd te herplaatsen en werkgever had werknemer moeten vragen of hij bereid was naar het buitenland te gaan), HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*) (dit gaat over de h-grond, maar de inspanningsplicht om wereldwijd te herplaatsen is in deze kwestie bevestigd; zie hieronder een nadere bespreking van deze beschikking).

115 Zie ook P. Kruit en J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2.2.

116 Ktr. Rotterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5290.

117 Ktr. Zutphen 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252.

118 Als sprake is van een echte zelfstandige als bedoeld artikel 6 Ontslagregeling, hoeft deze arbeidsplaats niet te worden betrokken bij de herplaatsing.

een werknemer in een uitwisselbare functie nadat de arbeidsovereenkomst met een boventallige werknemer is geëindigd, betekent volgens het Hof Den Bosch niet dat daarmee de inspanningsverplichting tot herplaatsing is geschonden.[119] Op het moment van eindigen van de arbeidsovereenkomst was de arbeidsplaats van de later vrijwillig vertrokken werknemer nog niet beschikbaar.

C.1.4.6 Herplaatsing middels aanbod en aanvaarding

Voor een succesvolle herplaatsing dient de werknemer de (passende) functie te aanvaarden. Aanvaarding 'onder protest' is onvoldoende. Een werkgever mag pas erop vertrouwen dat een werknemer een functie heeft aanvaard die voor die werknemer een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden meebrengt, indien op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die nieuwe functie heeft ingestemd, aldus de Hoge Raad. [120]

C.1.4.7 Herplaatsing is niet mogelijk of ligt niet in de rede

In de SIEP-beschikking – die weliswaar over de h-grond gaat, maar ook toepasbaar is op de a-grond – heeft de Hoge Raad overwogen 'dat met het gebruik van het begrippenpaar "niet mogelijk is of niet in de rede ligt" niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen, maar dat het daarbij gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd (…). Hieruit volgt dat het bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, niet enkel gaat om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar dat daarbij ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen. Daarmee wordt de werkgever een zekere beoordelingsruimte gelaten.' Voor de werkgever gaat het dus om een *obligenheit*: een verplichting waarvan de nakoming niet kan worden afgedwongen, maar aan het niet-nakomen waarvan wel een rechtsgevolg kan worden verbonden. Van een afdwingbaar recht van de werknemer op herplaatsing is geen sprake (zie de conclusie van mr. Langemeijer voor deze beschikking). [121]

Bij het 'niet in de rede' liggen van herplaatsing kan worden gedacht aan verwijtbaar handelen van de werknemer, zoals het weigeren mee te werken aan herplaatsing. [122]

Bij ontslag op de a-grond zal het in beginsel wel in de rede liggen te herplaatsen en is het antwoord op de vraag of herplaatsing mogelijk is van groter belang. Als een werknemer bij wijze van proef op een functie wordt geplaatst en gedurende die proefperiode geen noemenswaardige kritiek wordt geuit op het functioneren, kan de werkgever niet plots beslissen dat de functie niet passend is. Door deze handelwijze was onvoldoende aannemelijk dat herplaatsing niet mogelijk was of niet in de rede lag, aldus de Kantonrechter Rotterdam. [123]

119 Hof Den Bosch 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046, welke zaak met toepassing van artikel 81 Wet RO is afgedaan in HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1349.

120 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2172 (*Bogra*).

121 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), zie hierover: S. Gerritse en S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *ArbeidsRecht* 2019/23 en D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189.

122 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 98 en onder andere Ktr. Den Haag 4 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:71 en Ktr. Utrecht 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5838.

123 Ktr. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6059.

C.1.4.8 Herplaatsing en sociaal plan

Het komt regelmatig voor dat in een sociaal plan een extra verplichting tot het verrichten van herplaatsingsinspanningen is opgenomen. Ik begrijp uit onderdeel 3.3.3 Uitvoeringsregels dat twee situaties kunnen ontstaan. Enerzijds kan bij sociaal plan een bezwarencommissie zijn opgericht, die toetst of de werkgever aan de extra herplaatsingsinspanningen heeft voldaan. Als een bezwarencommissie bij sociaal plan is opgericht en indien een uitspraak van deze commissie bepalend is voor de vraag of een werknemer terecht voor ontslag is voorgedragen, zal geen toestemming voor ontslag verleend worden zolang geen uitspraak is gedaan. Ik maak hieruit op dat de ontslagaanvraag in dit geval zal worden aangehouden. Anderzijds, als geen bezwarencommissie is ingesteld, zal UWV toetsen of is voldaan aan de toegezegde extra inspanningsverplichtingen. Als UWV vervolgens oordeelt dat nog niet aan de extra verplichting is voldaan, wordt de ontslagaanvraag als prematuur beoordeeld. Een premature ontslagaanvraag wordt niet aangehouden, maar afgewezen, zo volgt uit onderdeel 1.5 Uitvoeringsregels.

C.1.5 Opzegverboden

Het kan voorkomen dat een opzegverbod geldt voor de voor ontslag in aanmerking komende werknemer, bijvoorbeeld omdat hij of zij arbeidsongeschikt is, zwanger is of lid is van de ondernemingsraad (art. 7:670 BW). UWV dient zelfstandig te toetsen of sprake is van een opzegverbod. Anders dan onder het oude recht dient UWV bij een opzegverbod de ontslagvergunning te weigeren (art. 7:671a lid 11 BW). Hieruit kan niet a contrario worden geredeneerd dat als UWV de ontslagvergunning verleent, er geen opzegverbod geldt.[124]

Artikel 7:671a lid 11 BW bepaalt dat ook geen opzegvergunning mag worden verleend in geval van naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift. Hierbij moet worden gedacht aan artikel 108 lid 4 Pensioenwet, artikel 8 Algemene wet gelijke behandeling, artikel 12f Wet gelijke behandelingen van mannen en vrouwen, artikel 9 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, artikel 11 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en artikel 3 Wet flexibel werken.

Voor het opzegverbod tijdens ziekte betekent het voorgaande dat de werkgever op het moment van indienen van de ontslagaanvraag twee maanden vooruit moet kijken. De werkgever moet aannemelijk maken (aan de hand van een verklaring van de bedrijfsarts) dat redelijkerwijs kan worden verwacht dat de zieke werknemer binnen twee maanden na indiening is hersteld (artikel 7:671a lid 11 BW). Als redelijkerwijs moet worden verwacht dat een zieke werknemer niet binnen twee maanden na indiening van de ontslagaanvraag herstelt, hetgeen *moet* worden aangetoond met een verklaring van de bedrijfsarts, mag de werkgever een andere werknemer, die vervolgens conform het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt, voor ontslag aandragen (zie onderdelen 4.2.3 en 4.2.4 Uitvoeringsregels). Hierbij wordt opgemerkt dat het opzegverbod tijdens ziekte voor AOW'ers als gevolg van de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd aanzienlijk is verkort naar maximaal zes weken (krachtens overgangsrecht geldt echter een opzegverbod gedurende maximaal dertien weken, totdat bij Koninklijk Besluit anders is bepaald). Zie hiervoor het commentaar bij artikel 7:629 lid 2 BW en 7:670 BW.

124 In Ktr. Rotterdam 2 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3299 meldde een werknemer na indiening van de ontslagaanvraag dat zij zwanger was, maar onderbouwde dat bij UWV niet. UWV verleende toestemming tot opzegging, maar de kantonrechter oordeelde dat sprake was van een opzegverbod. Dat de zwangerschap bij het aanvragen van de ontslagvergunning nog niet bekend was, doet daaraan niet af. Zie ook F.M. Dekker, 'De Regeling UWV Ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *ArbeidsRecht* 2015/33 (artikel 7 Regeling UWV Ontslagprocedure is inmiddels overgeheveld naar art. 7:671a lid 11 B).

Het opzegverbod tijdens ziekte geldt niet in geval van een algehele beëindiging van de onderneming (artikel 7:670a lid 2 sub d BW), of weigering mee te werken aan de re-integratie (artikel 7:670a lid 1 BW). Bij een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging geldt het opzegverbod tijdens ziekte dus wel (zie het commentaar hierboven onder 'bedrijfsbeëindiging en bedrijfseconomische omstandigheden'). In dit kader wordt gewezen op het feit dat de a-grond niet wordt genoemd in de uitzondering dat kan worden ontbonden hoewel sprake is van een opzegverbod (artikel 7:671b lid 6 en 7 BW). De kantonrechter kan daarom geen ontbindingsverzoek toekennen op de a-grond, als sprake is van een zieke werknemer.[125] De ratio hiervan is dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer.[126] Een zieke werknemer geniet hiermee gedurende 104 weken een vrijwel absolute ontslagbescherming.[127]

Het opzegverbod omzeilen door op de h-grond wegens (bijzondere) bedrijfseconomische omstandigheden te verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer, behoort volgens sommige rechters niet en sommige rechters wel tot de mogelijkheden.[128]

Bij een ontslag op de a-grond, anders dan een algehele bedrijfssluiting, bepaalt artikel 7:670a lid 3 BW dat (i) het opzegverbod tijdens zwangerschap niet van toepassing is, indien het onderdeel van de onderneming waarbij de werkneemster uitsluitend of hoofdzakelijk werkzaam was, wordt beëindigd, tenzij de werkneemster zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet, (ii) het opzegverbod wegens het vervullen van de militaire dienstplicht niet van toepassing is, indien het onderdeel van de onderneming waarbij de werknemer uitsluitend of hoofdzakelijk werkzaam was, wordt beëindigd en (iii) het opzegverbod van medezeggenschapsleden – of degenen die daarbij betrokken zijn (geweest) – niet van toepassing is. Om te voorkomen dat het opzegverbod wordt omzeild door werknemers te plaatsen op een spoedig te vervallen arbeidsplaats, is in artikel 7:670a lid 3 BW als voorwaarde gesteld dat de betreffende werknemer minimaal 26 weken moet hebben gewerkt op de te vervallen arbeidsplaats.[129]

Als in strijd met een opzegverbod is opgezegd, kan de werknemer de kantonrechter binnen twee maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd verzoeken de opzegging te vernietigen, of verzoeken om een billijke vergoeding (artikel 7:681 lid 1 sub b en artikel 7:686a lid 4 sub a BW).

In de rechtspraak wordt verschillend gedacht over de vraag of het opzegverbod geldt als een werknemer na indiening van een ontslagaanvraag bij UWV, welke aanvraag wordt afgewezen, arbeidsongeschikt raakt en werkgever vervolgens een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient.[130]

---

125 Ktr. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8706.

126 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 86, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 50.

127 M. Opdam, 'De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2015/23.

128 Geen ontbinding: Ktr. Assen 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2188. Wel ontbinding: Ktr. Leeuwarden 1 juni 2016, «*JAR*» 2016/178, Ktr. Nijmegen 28 februari 2017, «*JAR*» 2017/80.

129 Zie hierover ook L.C.J. Sprengers, 'Doorvoeren van bedrijfseconomische ontslagen', in: L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015, p. 69 e.v.

130 Het opzegverbod geldt wel volgens Ktr. Bergen op Zoom 10 januari 2017, «JAR» 2017/128, Hof Den Bosch 22 juni 2017, *RAR* 2017/135, «JAR» 2017/251 en Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, «JAR» 2017/242. Het opzegverbod geldt niet volgens Ktr. Roermond 30 januari 2018, «JAR» 2018/41 , Ktr. Roermond 29 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6201, Ktr. Nijmegen 6 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5388, Ktr. Maastricht 21 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1635. Zie C.J. Frikkee, 'Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/4. Volgens de hoven Arnhem-Leeuwarden en Den Haag – inzake ontbindingen op de d-grond en-grond – moet het hof ex tunc toetsen of sprake is van een opzegverbod, dus bezien of ten tijde van indiening van het ontbindingsverzoek in eerste aanleg een opzegverbod geldt. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5829, Hof Den Haag 25 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:289.

Opzegverbod en baangarantie

Het komt incidenteel voor dat een werknemer stelt niet te kunnen worden ontslagen vanwege een in het verleden toegekende baangarantie (of werkgelegenheidsgarantie). De garantie zal moeten worden uitgelegd op basis van de Haviltex-norm (of de cao-norm indien deze bijvoorbeeld is vastgelegd in een sociaal plan). Naar mijn mening kwalificeert een baangarantie niet als absoluut (wettelijk) opzegverbod, maar een contractuele afspraak waarvan onder omstandigheden kan worden afgeweken. UWV dient dus geen acht te slaan op eventuele baangaranties en slechts te toetsen aan de redelijk grond voor ontslag en het herplaatsingsvereiste. Het algemene ondernemingsbelang, waaronder het werkgelegenheidsbelang op langere termijn, kan prevaleren boven het individuele belang van een werknemer op een (gegarandeerde) baan. Het schenden van een baangarantie kan evenwel leiden tot toekenning van een schadevergoeding of billijke vergoeding. [131] In een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden werd geoordeeld dat een in tijdsduur onbegrensde baangarantie was uitgewerkt, omdat de baangarantie tijdens een eerdere reorganisatie al had geleid tot een herplaatsing.[132]

C.1.6 Wederindiensttredingsvoorwaarde

De wederindiensttredingsvoorwaarde is opgenomen in de artikelen 7:681 lid 1 sub d en e en 7:682 lid 4 en 5 BW. Strikt genomen is geen sprake meer van een wederindiensttredings*voorwaarde*. Aan de door UWV verleende toestemming is immers geen voorwaarde verbonden. Gemakshalve wordt hier toch gesproken over de wederindiensttredingsvoorwaarde.

Op grond van artikel 18 Ontslagregeling mag een werkgever werk uitbesteden aan 'echte zelfstandigen' als bedoeld in artikel 6 Ontslagregeling, zonder dat hij een succesvol vernietigings- of herstelverzoek van zijn voormalig werknemer riskeert. De Kantonrechter Maastricht oordeelde dat een werkgever de wederindiensttredingsvoorwaarde had geschonden door zzp'ers in te huren. Daarbij vond de kantonrechter het niet relevant of deze zzp'ers structureel of incidenteel werkzaamheden verrichtten. Het gaat om dezelfde werkzaamheden, ongeacht de omvang van het werk.[133]

Op basis van artikel 19 Ontslagregeling dient het omgekeerde afspiegelingsbeginsel te worden toegepast als twee of meer voormalig werknemers weer in dienst moeten worden genomen.

Schending wederindiensttredingsvoorwaarde

De stelplicht en bewijslast van het schenden van de wederindiensttredingsvoorwaarde ligt bij werknemer, dus de werknemer zal – bij betwisting – moeten bewijzen dat een werknemer in dienst is genomen die dezelfde werkzaamheden is gaan verrichten als de werknemer heeft gedaan. [134]

131 Zie HR 22 december 1995, *NJ* 1996/300 (Hoog Catherijne), waarin wordt overwogen dat 'aan het begrip 'instaan voor' niet steeds eenzelfde, door 'vast juridisch spraakgebruik' bepaalde betekenis toe in die zin dat degeen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat. Ook voor de betekenis van een begrip als hier aan de orde komt het aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.

132 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7318, *RAR* 2018/160. Zie verder Ktr. Amsterdam 27 juli 2005, *RAR* 2005/104.

133 Ktr. Maastricht 16 juni 2016, «*JAR*» 2016/174 m.nt. Quist.

134 Hof Den Haag 19 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1435 (werkzaamheden dusdanig gewijzigd dat wederindiensttredingsvoorwaarde niet was geschonden) en Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1939 (wederindiensttredingsvoorwaarde niet geschonden), Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:496 (wederindiensttredingsvoorwaarde geschonden, dus billijke vergoeding).

Bij schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde door de werkgever kan de werknemer bij de kantonrechter binnen twee maanden verzoeken om vernietiging van de opzegging of een billijke vergoeding (artikel 7:681 lid 1 sub d en e BW).[135] Als UWV de toestemming heeft geweigerd, maar de kantonrechter vervolgens ontbindt op de a-grond en de wederindiensttredingsvoorwaarde wordt vervuld, kan de werknemer binnen twee maanden verzoeken om herstel van de arbeidsovereenkomst, althans een billijke vergoeding (artikel 7:682 lid 4 en 5 BW). De termijn van twee maanden vangt aan op het moment dat hij bekend is of had moeten zijn met het in vervulling gaan van de voorwaarde (artikel 7:686a lid 4 sub c BW).

Payrollwerknemers

Op grond van artikel 22 Ontslagregeling worden payrollwerknemers in dit verband gelijk gesteld aan werknemers. Payrollwerknemers genieten daardoor dezelfde ontslagbescherming bij een eventuele schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde.

C.1.7 De cao-ontslagcommissie

Artikel 7:669 lid 6 BW opent de mogelijkheid van een alternatieve ontslagroute voor de a-grond (en niet de b-grond, laat staan de c- tot en met h-gronden), met andere regels voor het bepalen van de ontslagvolgorde. Deze andere regels worden niet door UWV maar door een onpartijdige en onafhankelijke ontslagcommissie toegepast. Deze ontslagcommissie kan dus ontslagvergunningen verlenen (artikel 7:671a lid 2 en lid 3 BW). Dit moet bij cao zijn overeengekomen en op zijn minst moeten regels zijn vastgesteld omtrent hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, de redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en de redelijke beslistermijn. ABNAMRO heeft een dergelijke commissie.[136] Van deze commissie zijn enkele uitspraken gepubliceerd.[137]

Volgens critici is de cao-ontslagcommissie met te weinig waarborgen omkleed, zijn er bindingsproblemen met de zogenoemde ongebonden werknemers, problemen omtrent de geldingsduur, terugwerkende kracht en nawerking van de betreffende cao, is het niet mogelijk bepalingen omtrent de cao-ontslagcommissie algemeen verbindend te verklaren en is er onduidelijkheid over de juridische status van een beslissing van de cao-ontslagcommissie.[138] Onder meer om deze redenen heeft de Vereniging voor Arbeidsrecht 'de cao ontslagcommissie code' opgesteld.[139]

Door een wetswijziging van artikel 7:673b lid 1 BW worden de regels over de cao-transitievergoeding versoepeld. In plaats van een 'gelijkwaardige vergoeding' kan een 'voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid' of een 'redelijke financiële vergoeding' of een combinatie daarvan worden afgesproken.[140]

---

135 Ktr. Leiden 4 januari 2017, «*JAR*» 2017/140 m.nt. Hufman.

136 A.H. van Empel en R. Hansma, 'Praktijkervaringen met een cao-commissie', *ArA* 2015/1.

137 ABN AMRO Geschillencommissie 10 februari 2016, «JAR» 2016/44, m.nt. Jansen, Ktr. Amsterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8683.

138 R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/1; D.F. Berkhout en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014* (VvA Reeks, nr. 42), Deventer: Kluwer 2014; J. van Drongelen, 'De zogenoemde "cao-ontslagcommissie" nader beschouwd', *TRA* 2014/85; J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 100 e.v.; A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke ThemataII*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p.109 e.v.; I. van der Helm, 'Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?', *ArA* 2016/1.

139 Vereniging voor Arbeidsrecht, *De cao ontslagcommissie code. Best Practice Rules voor de ontslagcommissie ex artikel 7:671a BW*, Finale versie 1, 17 juli 2015, te downloaden via www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl.

140 Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

C.1.8 Procedurele regels

C.1.8.1 UWV-procedure

De Regeling UWV Ontslagprocedure bevat regels over de procedure bij UWV. In de eerste fase vindt de feitenverzameling plaats. Deze fase start met de ontslagaanvraag van de werkgever door middel van een ingevuld formulier (artikel 2 Regeling UWV Ontslagprocedure en artikel 2 Besluit Verplicht gebruik ontslagaanvraag formulieren UWV).[141]

UWV beoordeelt of de aanvraag compleet is. Als dat niet het geval is, krijgt de werkgever in beginsel acht dagen om de aanvraag aan te vullen (artikel 3 Regeling UWV Ontslagprocedure). Vervolgens wordt de werknemer op de hoogte gesteld van de ontslagaanvraag en krijgt hij veertien dagen om verweer te voeren. Indien noodzakelijk kan UWV een tweede schriftelijke ronde van hoor en wederhoor toepassen. Indien het in de procedure door partijen gewisselde hiertoe aanleiding geeft, kan UWV werkgever of werknemer verzoeken aanvullende gegevens of bescheiden te verstrekken binnen een door UWV te bepalen termijn (artikel 4 Regeling UWV Ontslagprocedure). Nadat alle feiten zijn verzameld start fase 2, de besluitvorming. UWV kan – maar dit is geen verplichting – de ontslagaanvraag voorleggen aan de ontslagadviescommissie (artikel 6 Regeling UWV Ontslagprocedure). De organisatie en werkwijze van de ontslagadviescommissie is geregeld in het Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015. Uiteindelijk volgt de beslissing van UWV.

UWV kan de verzochte toestemming verlenen of weigeren. Deze beslissing wordt gelijktijdig schriftelijk aan de werkgever en werknemer uitgebracht, onder vermelding van de datum waarop het volledige verzoek is ontvangen (art. 7:671a lid 4 BW). De vermelding van de datum waarop het volledige verzoek is ontvangen is van belang voor het bepalen van de tijd die kan worden afgetrokken van de opzegtermijn (zie hierna). De werkgever heeft vier weken na dagtekening van de toestemming de tijd om op te zeggen, onder vermelding van de reden van de opzegging (art. 7:671a lid 6 BW). Het in de opzeggingsbrief verwijzen naar het besluit van UWV tot toestemming is voldoende om te voldoen aan het vermelden van de reden voor ontslag.[142] Het in de opzegbrief vergeten te verwijzen naar de opzegvergunning is ongelukkig, maar staat de geldigheid van de opzegging niet in de weg. [143]

C.1.8.2 Aftrek proceduretijd van opzegtermijn

Opzegtermijn na toestemming van UWV

Na de verleende toestemming van UWV kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen, uiteraard met inachtneming van de opzegtermijn. Onder het oude ontslagrecht mocht één maand van de opzegtermijn worden afgetrokken van de opzegtermijn. Op grond van het thans geldende artikel 7:672 lid 5 BW mag de werkelijke proceduretijd bij UWV in mindering worden gebracht op de opzegtermijn, mits een opzegtermijn van minimaal één maand resteert. De proceduretijd start als het volledige verzoek om toestemming is ontvangen. Als UWV naar aanleiding van een ontslagaanvraag vragen stelt, zal de termijn pas starten op het moment van beantwoording van de vragen.

141 Het formulier bestaat uit drie delen (deel A: gegevens werkgever, deel B: gegevens werknemer en deel c: onderbouwing ontslagaanvraag), te gebruiken via www.uwv.nl.

142 Ktr. Alkmaar 31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4395en Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397.

143 Ktr. Arnhem 21 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2773.

Opzegtermijn na toestemming van cao-ontslagcommissie

Artikel 7:672 lid 5 BW verwijst uitsluitend naar artikel 7:671a lid 1 BW en niet naar lid 2 van laatstgenoemd artikel. Bij een ontslag met toestemming van een cao-ontslagcommissie kan de werkelijke proceduretijd niet worden afgetrokken van de opzegtermijn. Deze fout is in de wet geslopen door de Verzamelwet, waarmee de tekst van artikel 7:672 lid 4 (inmiddels lid 5) BW op onjuiste wijze is aangepast. Uit de memorie van toelichting blijkt dat in geval van toestemming van een cao-ontslagcommissie ook de werkelijke proceduretijd kan worden afgetrokken van de opzegtermijn.[144]

Rekenvoorbeeld

In de memorie van toelichting bij de Wwz is een rekenvoorbeeld gegeven van de wijze waarop de werkelijke proceduretijd kan worden afgetrokken van de opzegtermijn. Een werkgever doorloopt een UWV-procedure van drie weken en krijgt toestemming de arbeidsovereenkomst met een werknemer op te zeggen. Er geldt een opzegtermijn van drie maanden. Op 10 januari zegt de werkgever op. De werkgever moet dan drie maanden opzegtermijn optellen bij 10 januari, zijnde 10 april. Vervolgens mag hij drie weken proceduretijd in mindering brengen. De opzegtermijn wordt daardoor bekort naar 20 maart. De werkgever dient tegen het einde van de maand op te zeggen, zodat de arbeidsoverkomst kan worden opgezegd tegen 1 april.[145]

C.1.8.3 Procedure bij kantonrechter, hof en Hoge Raad

'Hoger beroep' bij kantonrechter

Tegen de beslissing van UWV staat geen beroep bij de bestuursrechter open[146] Zowel werkgever als werknemer kan van de beslissing van UWV in 'hoger beroep'[147] bij de kantonrechter.

Als de werknemer in 'hoger beroep' komt van het UWV-oordeel, draagt hij de bewijslast, maar is verdedigbaar dat op de werkgever een verzwaarde stelplicht rust, waarmee de werknemer in staat wordt gesteld zijn verzoeken te onderbouwen.[148]

Buitengerechtelijke vernietiging ex artikel 3:55 BW is uitgesloten als onder meer is opgezegd in strijd met artikel 7:681 BW (artikel 7:686a lid 8 BW). Werknemers kunnen om veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding verzoeken (artikel 7:682 lid 1 BW). Werkgevers kunnen, na weigering van toestemming door UWV, bij de kantonrechter alsnog om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken (artikel 7:671 lid 1 sub b BW). De kantonrechter toetst aan dezelfde criteria als die UWV hanteert.[149] Het betreft dus een volle toets. De rechter toetst niet marginaal of UWV in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, dient de kantonrechter de proceduretijd tussen het indienen van het verzoekschrift en de beschikking – en dus niet de proceduretijd tussen het indienen van de afgewezen ontslagaanvraag bij UWV en de 'hoger beroep'-beschikking – in beginsel in mindering te brengen (artikel 7:671b lid 8 sub a BW).[150]

144 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 109. Zie F.M. Dekker, *Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 204.

145 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 109.

146 Zie de bij artikel 8:5 Awb behorende 'Bijlage 2: Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak', waarin artikel 7:671a BW wordt uitgezonderd van de mogelijkheid van beroep.

147 Van hoger beroep is geen sprake, nu de procedure niet tegen UWV wordt gevoerd. Er geldt dus geen grievenstelsel. Nieuwe feiten en omstandigheden moeten duidelijk worden gesteld en bij betwisting bewezen. Deze nieuwe feiten en omstandigheden kunnen leiden tot een andersluidend oordeel van de kantonrechter, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 94-95 en Ktr. Maastricht 13 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5608.

148 Vergelijk HR 7 september 2001, «*JAR*» 2001/188 (*Staat/Middel*)

149 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 31.

150 Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 6, p. 44-45, waarin expliciet staat vermeld dat de proceduretijden bij UWV en vervolgens kantonrechter niet cumuleren.

Als de UWV-procedure niet wordt doorlopen, maar de werkgever rechtstreeks een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient (al dan niet in combinatie met andere gronden van artikel 669 lid 3 BW), moet dat leiden tot niet-ontvankelijkheid voor wat betreft de a-grond en b-grond.[151]

Vervaltermijnen

Werknemers dienen binnen twee maanden nadat de arbeidsovereenkomst door de opzegging is geëindigd een procedure aanhangig te maken bij de kantonrechter indien is opgezegd in strijd met een opzegverbod (artikel 7:686a lid 4 sub a BW). Als de werknemer, anders dan UWV, vindt dat geen sprake is van een bedrijfseconomische reden, dient hij binnen twee maanden na de dag waarop de werknemer hiervan op de hoogte is of redelijkerwijs had kunnen zijn een procedure te starten (artikel 7:686a lid 4 sub c BW). Voor werkgevers geldt een termijn van twee maanden, gerekend vanaf de datum dat de toestemming door UWV is geweigerd (artikel 7:686a lid 4 sub d BW). Voornoemde termijnen zijn vervaltermijnen. Anders dan verjaringstermijnen kunnen vervaltermijnen in beginsel niet worden gestuit, geschorst of verlengd.[152] Vervaltermijnen hebben – eveneens anders dan verjaringstermijnen – 'sterke werking'. Dit houdt in dat een beroep op een vervallen vordering niet meer mogelijk is bij wijze van verweermiddel of in geval van verrekening.[153]

Hoger beroep en beroep in cassatie

Tegen de beschikking van de kantonrechter staat hoger en cassatie open. Hoger beroep of beroep in cassatie schorst de tenuitvoerlegging van de beschikking niet (artikel 7:683 lid 1 BW). In dit kader wordt verwezen naar het thema 'Arbeidsprocesrecht'.

C.1.8.4 Onderscheid tussen a-grond en h-grond

Het is soms niet duidelijk of een ontslag moet worden gebaseerd op de a-grond of h-grond, terwijl dit van groot belang is in het kader van de rechtsingang (UWV respectievelijk kantonrechter). Moet bijvoorbeeld voor de a-grond of h-grond worden gekozen als een (intraconcern) gedetacheerde werknemer 'terugkeert' naar zijn formeel werkgever en aldaar geen werk voor hem beschikbaar is? Is de arbeidsovereenkomst dan inhoudsloos geworden, zodat ontbinding op basis van de h-grond mogelijk is? De h-grond mag in elk geval niet worden gebruikt als ontsnappingsclausule voor een onvoldragen a-grond, maar kan wel enige samenhang vertonen met de a-grond. [154]

In de hierboven al besproken SIEP-beschikking is geoordeeld dat een intraconcern gedetacheerde werknemer, die in het buitenland zijn functie verliest en als gevolg daarvan terugvalt op zijn Nederlandse arbeidsovereenkomst, valt binnen de reikwijdte van de h-grond, omdat geen arbeidsplaats bij de Nederlandse werkgever verviel. [155]

Volgens de kantonrechters te Rotterdam en Haarlem ging de vergelijking met de SIEP-zaak niet op bij bankmedewerkers met een langdurig dienstverband, die tijdelijk waren

151 Ktr. Almere 27 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7078 (niet-ontvankelijkheid voor de b-grond), Ktr. Maastricht 4 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6348 en ECLI:NL:RBLIM:2018:6346.

152 De Hoge Raad oordeelde evenwel dat het beroep van een werkgever op de zes maanden vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA (oud), hoewel het om een regel van dwingend recht ging, in uitzonderlijke omstandigheden in strijd kan zijn met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW, HR 22 juni 2012, «*JAR*» 2012/189 m.nt. Helstone.

153 P.G. Vestering en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 30.

154 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 84, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 44, Ktr. Rotterdam 28 september 2016, «JAR» 2016/274, m.nt. Van Woerden, Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, Ktr. Haarlem 23 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2654, Ktr. Arnhem 11 oktober 2018, *AR* 2018-1170, Ktr. Enschede 13 december 2018, «JAR» 2019/29, Hof Den Bosch 27 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2327.

155 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (*SIEP*), zie hierover: S. Gerritse en S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *ArbeidsRecht* 2019/23 en D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189.

gedetacheerd, en vervolgens geen arbeid meer kreeg aangeboden bij terugkeer in Nederland. [156] Ik vind deze uitspraken onjuist, omdat de functie wel degelijk inhoudsloos is geworden na terugkeer bij de formeel werkgever. Indien dan sprake is van een unieke functie, kan deze vervallen. Naar mijn mening kan een vergelijk worden gemaakt met de statutair directeur die vennootschappelijk – maar niet arbeidsrechtelijk – wordt ontslagen, als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden en op de h-grond kan worden ontbonden. [157]

C.2 De b-grond: langdurige arbeidsongeschiktheid

C.2.1 Inleiding

C.2.1.1 Introductie

Als gevolg van de Wet werk en zekerheid (Wwz) zijn artikel 6 BBA en artikel 5:2 Ontslagbesluit met ingang van 1 juli 2015 vervallen. Vanaf die datum dienen ontslagvergunningaanvragen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid te worden voorgelegd aan UWV op grond van artikel 7:669 lid 3 sub b BW in combinatie met artikel 7:671a BW, behoudens de uitzondering genoemd in artikel 7:671b lid 1 sub c BW. In deze paragraaf wordt het ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, ook wel de b-grond genoemd, besproken.
Het overgangsrecht wordt niet in deze paragraaf besproken.[158]

C.2.1.2 Relevante wet- en regelgeving

Voor een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid zijn – naast art. 7:669 lid 3 onderdeel b BW – de volgende bepalingen relevant. Art. 7:669 lid 1 BW en de Ontslagregeling[159] stellen onder meer regels over de inspanningsverplichting om de werknemer te herplaatsen. Art. 7:629 BW geeft een zieke en arbeidsongeschikte werknemer een – qua duur en omvang beperkt – recht op doorbetaling van loon. De art. 7:670 BW en 7:670a BW bevatten regels omtrent opzegverboden. De Regeling UWV Ontslagprocedure ,[160] gebaseerd op art. 7:671a lid 8 BW, bevat regels over de procedure bij UWV. Voorts wordt gewezen op de vervanger van de vervallen Beleidsregels Ontslagtaak UWV (de 'Beleidsregels'), de Uitvoeringsregels Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, versie augustus 2018 (de 'Uitvoeringsregels').[161] Tot slot wordt gewezen op het Besluit werkgebieden UWV 2017[162] en het Besluit Verplicht gebruik ontslagaanvraagformulieren UWV'[163]

C.2.1.3 Een aantal inhoudelijke veranderingen

Hoewel de wetgever met invoering van de b-grond en de daarop gebaseerde lagere regelgeving geen veranderingen ten opzichte van het oude recht beoogde,[164] heeft de b-grond wel degelijk geleid tot een aantal inhoudelijke veranderingen. Ik noem de belangrijkste.

---

156 Ktr. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3298, «JAR» 2019/137, Ktr. Haarlem 3 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5903.

157 Bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4989.

158 Zie hiervoor J.S. Engelsman en J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en *TRA* 2015/13.

159 *Stcrt*. 2018, 70925, oudere versies in *Stcrt.* 2016, 34178, *Stcrt*. 2015, 45451 en *Stcrt.* 2015, 12685.

160 *Stcrt*. 2015, 12688, ook diverse keren gewijzigd.

161 *Stcrt.* 2018, 41718, oudere versies zijn te vinden in2016, 34178,2015, 42142 en2015, 5031.

162 *Stcrt.* 2018, 66885, oudere versie in *Stcrt.* 2016, 67536 en *Stcrt*. 2015, 46057.

163 *Stcrt*. 2015, 17968.

164 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 98, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43.

Van BBA naar BW

Allereerst heeft de transitie van ontslagbepalingen van het BBA naar het BW tot veranderingen geleid. Hiervoor wordt verwezen naar het commentaar bij de a-grond.

Verplichte UWV-ontslagroute

Ten tweede kan de werkgever vanaf 1 juli 2015 bij een ontslag wegens langdurige ziekte niet meer kiezen tussen het verzoeken om een opzegvergunning bij UWV of ontbinding bij de kantonrechter. De UWV-ontslagroute is bij eenzijdige beëindiging door de werkgever verplicht. De wetgever heeft bij de b-grond voor UWV gekozen, omdat dit aansloot bij de bestaande praktijk.[165] Uitzondering hierop is dat de kantonrechter bij uitsluiting bevoegd is om kennis te nemen van een ontslag op de b-grond, indien sprake is van een niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 7:671b lid 1 sub c BW).

UWV-toets opzegverboden

Onder het oude ontslagrecht toetste UWV voorts niet of de termijn van het opzegverbod tijdens ziekte was verlopen. Dit werd gedaan door de civiele rechter (zie hoofdstuk 28, onderdeel 7 sub b van de vervallen Beleidsregels). Uit de b-grond volgt echter dat slechts een redelijke grond voor ontslag bestaat, indien onder meer de termijn van het opzegverbod tijdens ziekte is verstreken. UWV zal dit dus moeten toetsen. Als gevolg daarvan zal UWV zich moeten buigen over kwesties als de berekening van de lengte van de (mogelijkerwijs samengestelde) ziekteperiode(n) en het mogelijke verval van het opzegverbod wegens het door de werknemer niet of niet volledig nakomen van re-integratie-inspanningen (artikel 7:629 lid 10 BW en artikel 7:670a lid 1 BW).[166]

'Hoger beroep' bij de kantonrechter

Onder het oude ontslagrecht konden werkgevers en werknemers de beslissing van UWV niet aanvechten. Door de Wwz kan de werkgever of werknemer in 'hoger beroep' bij de kantonrechter, waarover onder 'Procedurele aspecten' meer.

Transitievergoeding

Daarnaast was onder het oude ontslagrecht geen ontslagvergoeding verschuldigd na opzegging van de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV. Anders dan onder het oude ontslagrecht is bij opzegging van de arbeidsovereenkomst onder het nieuwe ontslagrecht in de regel een transitievergoeding verschuldigd, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 7:673 BW. Dit betekent dat de werkgever, na de (verlengde) loondoorbetalingsplicht, wordt geconfronteerd met het betalen van een transitievergoeding. Dit heeft geleid tot zogenoemde slapende dienstverbanden en de Wet compensatie transitievergoeding, hetgeen nader wordt toegelicht onder het kopje 'Ontslagvergoedingen' in deze bijdrage.

WAB

Met ingang van 1 januari 2020 wijzigt onder meer het ontslagrecht als gevolg van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB). De WAB introduceert onder andere een zogenoemde cumulatiegrond (art. 7:669 lid 3 onderdeel i BW). Op basis hiervan kan een combinatie van ontslaggronden leiden tot ontslag. In dit kader is van belang dat er niet met de b-grond mag worden gecombineerd.

C.2.2 Langdurige arbeidsongeschiktheid

C.2.2.1 Inleiding

In artikel 7:669 lid 3 sub b BW wordt als redelijke grond voor ontslag genoemd:
ziekte of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode, bedoeld in artikel 670, leden 1 en 11, is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, 6 weken,[167] *geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht*'.
De elementen uit deze bepaling worden hierna besproken.

165 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 25.

166 E.C. Fenema en T. de Ridder, 'Opzegging op de a- en b- grond volgens de WWZ', *ArbeidsRecht* 2014/50.

167 De termijn van zes weken treedt pas in werking op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip. Tot die tijd geldt een termijn van dertien werken (artikel VIIIA Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd).

C.2.2.2 Door ziekte of gebreken niet in staat de bedongen arbeid te verrichten

Een werknemer is arbeidsongeschikt als hij door ziekte of gebrek niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Dat wil zeggen dat de werknemer de overeengekomen functie en urenomvang, alsmede de daarmee samenhangende werkzaamheden, niet kan verrichten (zie onderdeel 1.4 Uitvoeringsregels).

Een werknemer kan ziek zijn of aan een gebrek (bijvoorbeeld een gebroken been) lijden zonder arbeidsongeschikt te zijn, omdat hij de bedongen arbeid gewoon kan verrichten. Andersom kan de werknemer arbeidsongeschikt zijn zonder aan een ziekte of gebrek te lijden. Voor een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid moet worden voldaan aan beide criteria. Voor een uitleg over de begrippen ziekte en arbeidsongeschiktheid wordt verwezen naar het thema 'Ziekte'.

Bedongen versus passende arbeid

Het is niet altijd duidelijk of een werknemer passende of bedongen arbeid verricht. Dit hangt bijvoorbeeld af van de functieomschrijving. Hoe ruimer de functieomschrijving, hoe minder snel de werknemer verhinderd zal zijn de bedongen arbeid te verrichten.[168] De werkgever dient dan ook duidelijk te maken wat de bedongen arbeid is (qua inhoud en omvang) die de werknemer vanwege arbeidsongeschiktheid niet meer kan verrichten, aldus onderdeel 1.5 Uitvoeringsregels.

Of de arbeid passend dan wel bedongen is, is van groot belang. Immers, zolang de arbeid passend (en niet bedongen) is, gelden de artikelen 7:629 BW (loon) en 7:670 BW (opzegverbod). Dit opzegverbod eindigt in beginsel na twee jaren. Kwalificeert daarentegen het werk dat hij doet als de bedongen arbeid, dan zijn de voornoemde artikelen niet van toepassing. Een ontslag op de b-grond is dan uitgesloten. Als de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden kan de werknemer in zijn nieuwe functie ziek worden, met onder andere het gevolg dat een nieuw recht op loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 BW ontstaat. Voor een uitvoerigere behandeling van het verschil tussen bedongen en passende arbeid wordt verwezen naar het thema 'Ziekte'.

C.2.2.3 Termijn opzegverbod is verstreken

Er is sprake van langdurige arbeidsongeschiktheid als het opzegverbod tijdens ziekte is verstreken. In beginsel eindigt het opzegverbod tijdens ziekte na twee jaar (artikel 7:670 lid 1 BW).

Verlenging opzegtermijn

De opzegtermijn kan op grond van artikel 7:670 lid 11 BW wegens drie omstandigheden worden verlengd, die hieronder worden besproken.

Lid 11 sub a

Op grond van artikel 64 lid 3 WIA moet de verzekerde uiterlijk elf weken vóór het einde van de wachttijd zijn aanvraag van de uitkering doen. De wachttijd wordt met evenveel weken verlengd als dat de aanvraag van de uitkering te laat is. Indien het aan de werknemer te wijten is dat de aanvraag van de uitkering te laat is ingediend, dan wordt de wachttijd verlengd, maar heeft de werknemer geen recht op loon (artikel 7:629 lid 3 sub f BW).

Lid 11 sub b

Op grond van artikel 19 lid 7 Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) kan op gezamenlijk verzoek de wachttijd worden verlengd. Deze bepaling kan niet of nauwelijks meer worden toegepast, nu de WAO is vervangen door de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Het WIA-equivalent van lid 11 sub b staat in lid 11 sub c.

Lid 11 sub c

Op grond van artikel 24 lid 1 WIA kan op gezamenlijk verzoek de wachttijd worden verlengd. De loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:629 BW loopt dan evenzoveel langer door. Een dergelijke verlenging komt voor wanneer partijen verwachten dat de werknemer spoedig zal herstellen c.q. re-integreren. Daarnaast wordt de vrijwillige verlenging verzocht indien afkeuring van de re-integratie-inspanningen door UWV dreigt.

---

168 Zie A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke Themata II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 427 en R. Jonkmans, 'Passende arbeid, wat is dat?', *ArbeidsRecht* 2018/25.

Daarnaast bepaalt artikel 7:670 lid 11 sub c BW dat de opzegtermijn met maximaal 52 weken wordt verlengd, indien de werkgever zijn verplichtingen niet of niet volledig nakomt of onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, als bedoeld in artikel 25 lid 9 WIA. Dit wordt ook wel de loonsanctie genoemd. Voor commentaar bij de loonsanctie wordt verwezen naar het Sdu commentaar bij artikel 7:629 lid 11 BW.

Geen of kortere opzegtermijn AOW'er

Er zijn – buiten de gevallen genoemd in artikel 7:670a lid 2 BW – drie omstandigheden die ertoe leiden dat geen of een kortere opzegtermijn geldt.

Als de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, geldt een opzegverbod van zes weken (artikel 7:670 lid 1 sub a BW). Krachtens overgangsrecht geldt echter eerst een periode van dertien weken, totdat bij Koninklijk Besluit anders is bepaald (artikel VIIIA Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd).

Antimisbruikbepaling

Er geldt geen opzegverbod als de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het UWV een ontslagaanvraag voor die werknemer heeft ontvangen. Hiervoor wordt verwezen naar het thema 'Opzegging' en de hierna genoemde procedurele aspecten (C.2.5).

Werknemer voldoet niet aan re-integratie-verplichtingen

Op grond van artikel 7:670a lid 1 BW vervalt het opzegverbod, indien de werknemer zonder deugdelijke grond weigert zijn medewerking aan re-integratie te verlenen als bedoeld in artikel 7:660a BW. Voorwaarde hierbij is wel dat de werkgever de werknemer schriftelijk heeft gemaand zijn re-integratieverplichtingen na te komen en/of het loon heeft gestaakt (conform artikel 7:629 lid 3 en lid 7 BW).

C.2.2.4 Geen herstel en bedongen arbeid kan niet in aangepaste vorm worden verricht

Voor een succesvolle ontslagaanvraag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is ook vereist dat aannemelijk is dat de werknemer binnen 26 weken of voor de AOW'er een termijn van zes weken[169] niet hersteld is noch de bedongen arbeid in aangepaste vorm kan verrichten.

Start termijn

De termijn van 26 weken – of de daarvan afwijkende termijn voor de AOW'er – start vanaf de datum dat UWV heeft beslist op de ontslagaanvraag (onderdeel 1.6 Uitvoeringsregels).

Herstel versus bedongen arbeid in aangepaste vorm

Opvallend is dat gebruik wordt gemaakt van de termen 'herstel' en 'bedongen arbeid in aangepaste vorm'. Met herstel wordt bedoeld dat de werknemer weer de bedongen arbeid, qua inhoud en omvang, kan verrichten (onderdeel 1.5 Uitvoeringsregels). Hiermee wordt dus bedoeld dat de oude, oorspronkelijke arbeid weer zonder beperkingen wordt verricht. Dit herstel is anders dan het herstel als bedoeld in de c-grond (ontslag wegens frequent ziekteverzuim). Onder herstel bij de c-grond wordt verstaan een aanmerkelijke verbetering in de situatie.[170] Wat met bedongen arbeid in aangepaste vorm wordt bedoeld, staat niet in de parlementaire geschiedenis. Wel staat in de parlementaire geschiedenis dat een deskundigenoordeel kan worden aangevraagd omtrent de vraag of de werknemer bij de werkgever medische mogelijkheden heeft om de bedongen arbeid in aangepaste vorm of andere passende arbeid (al dan niet met behulp van scholing) te verrichten.[171]

In onderdeel 1.5 Uitvoeringsregels staat voorts dat het verrichten van 'hetzelfde werk in aangepaste vorm' niet betekent dat dit de bedongen arbeid is geworden. Bij de bedongen arbeid in aangepaste vorm kan worden gedacht aan aanpassingen van de eigen functie ten aanzien van bijvoorbeeld het aantal uren, werkrooster of taken (onderdeel 1.6 Uitvoeringsregels).[172] Het Hof Den Bosch overwoog dat een werknemer, die door zijn ziekte niet langer onder tijdsdruk kon werken, de niet de bedongen arbeid

169 De termijn van zes weken treedt pas in werking op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip. Tot die tijd geldt een termijn van dertien werken (artikel VIIIA Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd).

170 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 99.

171 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 55.

172 Dit is bevestigd in Roermond 1 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11781.

in aangepaste vorm kon verrichten en dat daarom de arbeidsovereenkomst terecht was opgezegd. [173] De Kantonrechter Bergen op Zoom oordeelde dat een docent, die ongeschikt was tot het geven van groepslessen, in totaal 24 taken had en dat het geven van groepslessen niet zwaarder woog dan die andere taken die de docent nog wel kon uitoefenen. Het ontbindingsverzoek van werkgever werd daarom afgewezen.[174]

Op basis van het voorgaande neem ik aan dat met bedongen arbeid in aangepaste vorm wordt bedoeld dat de werknemer in zijn eigen functie arbeid verricht, maar dat dit qua inhoud en omvang is aangepast. Passende arbeid is, zo begrijp ik, alle andere arbeid dan de bedongen arbeid (al dan niet in aangepaste vorm), die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer zijn berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van de werknemer kunnen worden gevergd (vergelijk artikel 7:658a lid 4 BW).

Kortom, de werkgever dient aannemelijk te maken dat de werknemer niet de bedongen arbeid of de bedongen arbeid in aangepaste vorm kan verrichten. De werkgever dient hiervoor een adequate verklaring van de bedrijfsarts van niet ouder dan drie maanden over te leggen, die een prognose bevat of herstel van de werknemer voor de bedongen arbeid valt te verwachten (onderdeel 1.6 Uitvoeringsregels). Deze verklaring van de bedrijfsarts is niet vereist als de werknemer een IVA-uitkering ontvangt. Immers, dan is duidelijk dat hij volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is.

Uit het voorgaande lijkt te volgen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wel na afloop van de opzegtermijn zou kunnen opzeggen met een werknemer die passende arbeid, al dan niet in tweede spoor, verricht. Tegengeworpen zou kunnen worden dat op basis van artikel 7:629 lid 12 BW de arbeidsovereenkomst in stand dient te worden gehouden gedurende de periode dat de werknemer passende arbeid verricht. De ratio van die bepaling is echter dat de werknemer gedurende de eerste twee jaar moet kunnen terugvallen op zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst (zie hiervoor het Sdu commentaar bij artikel 7:629 lid 12 BW). Na ommekomst van deze twee jaar kan de arbeidsovereenkomst van een werknemer die passende arbeid verricht dus worden opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, mits herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk is (zie hieronder). Als de werknemer in (de groep van) de onderneming van werkgever aan het re-integreren is, zal hij passende arbeid kunnen verrichten en zal als gevolg daarvan door UWV geen toestemming voor ontslag worden verleend.

In de regel zullen tussen de werkgever, de re-integrerende werknemer en de derde bij wie in het tweede spoor arbeid wordt verricht na afloop van de tweejaarstermijn afspraken maken over de eventuele indiensttreding bij de derde.[175]

173 Hof Den Bosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4570.

174 Ktr. Bergen op Zoom 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

175 In Ktr. Eindhoven 5 april 2016, «*JAR*» 2016/87 ging dit mis. De werkgever wenste de in tweede spoor re-integrerende werknemer veel succes bij zijn nieuwe werkgever. De werknemer vatte dit op als een onregelmatige opzegging ex artikel 7:672 lid 10 BW. De werknemer kreeg ongelijk, omdat de werknemer er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat met de brief de arbeidsovereenkomst was opgezegd.

C.2.3 Herplaatsing binnen redelijke termijn

Artikel 7:669 lid 1 BW bepaalt dat een werknemer pas ontslagen kan worden in geval van een redelijke grond, waarbij herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Deze inspanningsverplichting is nader uitgewerkt in de artikelen 9 en 10 Ontslagregeling. Inhoudelijk is deze inspanningsverplichting gelijk aan de inspanningsverplichting tot herplaatsing bij ontslag op de a-grond. Kortheidshalve wordt daarom verwezen naar het Sdu commentaar bij artikel 7:669 lid 3 sub a BW. Als de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen (eerste en tweede spoor) heeft verricht, zal ook worden geoordeeld dat er voldoende herplaatsingsinspanningen zijn verricht.[176]

C.2.4 Ontslagvergoedingen

Voor een uitvoerige bespreking van de ontslagvergoedingen wordt verwezen naar de commentaren bij de art. 7:673, 7:671b, 7:671c, 7:681, 7:682 en 7:683 BW. Hierna wordt specifiek ingegaan op de transitievergoeding en billijke vergoeding na langdurige arbeidsongeschiktheid.

Langdurige arbeidsongeschiktheid en de transitievergoeding

Als de werkgever na de (verlengde) loondoorbetalingsplicht van UWV toestemming krijgt de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid op te zeggen, heeft de werknemer in beginsel recht op de transitievergoeding (art. 7:673 BW). De wetgever zag geen rechtvaardiging om onderscheid te maken tussen arbeidsongeschikte werknemers en andere werknemers bij dit recht, ondanks zorgen over de cumulatie van kosten voor loondoorbetaling en de transitievergoeding.[177]Dit recht geldt ook als de werknemer een IVA-uitkering krijgt en de werknemer bijna de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. [178] De transitievergoeding wordt niet berekend aan de hand van het opeisbare loon (want dat is na de loondoorbetalingsplicht € 0), maar kort gezegd aan de hand van het overeengekomen loon.[179] Aangezien bij de b-grond gedurende langere tijd geen of ander werk is verricht, moet voor de bepaling welke eventuele variabele beloning de referteperiode van twaalf maanden worden 'voorverlengd'. Volgens de Hoge Raad moet, mede gelet op het vergroten van de rechtszekerheid, worden aangenomen dat het de rechter niet vrijstaat af te wijken van de referteperiode zoals die uit de wettelijke regelingen volgt, tenzij onverkorte toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[180]

Slapende dienstverbanden

De werkgever kan besluiten de werknemer niet te ontslaan na de (verlengde) loondoorbetalingsplicht. Dan ontstaat een zogenoemd slapend dienstverband: de loondoorbetalingsplicht is geëindigd, terwijl de werknemer in dienst blijft. Op deze wijze kunnen werkgevers betaling van de transitievergoeding uitstellen. Er is dan uiteraard een risico dat de slaper herstelt en zich weer meldt bij werkgever. [181] Werknemersverzoeken tot

176 Ktr. Rotterdam 8 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8512, Hof Den Bosch 7 december 2017, «*JAR*» 2018/11 (in het kader van een billijke vergoeding wordt geoordeeld dat de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht).

177 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 96; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 38-39; *Handelingen I* 2013/14, 33818, 32, item 14, p. 11-12; E.B. Wits, 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?', in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid – Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Deventer: Kluwer 2014, p. 192 e.v. Rb. Amsterdam 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

178 HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845.

179 Ktr. Arnhem 23 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511.

180 HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632 (*Tibco*).

181 Ktr. Arnhem 22 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:384.

toekenning van de transitievergoeding (en billijke vergoeding) wegens het door werkgever ernstig verwijtbaar nalaten de arbeidsovereenkomst op te zeggen en vorderingen met een gebod tot opzegging zijn tot heden overwegend niet succesvol geweest. [182]In drie uitspraken werd echter geoordeeld dat de werkgever verplicht was de arbeidsovereenkomst op te zeggen.[183]

Gelet op de onduidelijkheid of een slapend dienstverband moet worden beëindigd, heeft de Kantonrechter Roermond hierover prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld [184] De prejudiciële vragen behelzen een omgekeerde Mammoet/Stoof-benadering op grond van art. 7:611 BW. Doet een langdurig arbeidsongeschikte werknemer een redelijk voorstel als hij de werkgever verzoekt het slapende dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen? Daarbij kan een (belangrijke) rol spelen dat de werkgever compensatie kan krijgen van UWV voor de betaalde ontslagvergoeding op grond van de Wet compensatie transitievergoeding (waarover hieronder meer) en dus financieel geen of weinig nadeel zal ondervinden van het betalen van die ontslagvergoeding. Ik heb moeite met deze omgekeerde Stoof/Mammoet-benadering, omdat het goedwerkgeverschap naar mijn mening is beperkt *binnen* de arbeidsverhouding en niet ziet op het beëindigen van de arbeidsrelatie. Daarnaast ligt het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in deze omgekeerde Stoof/Mammoet-benadering bij de werknemer. In zo'n geval is de transitievergoeding niet verschuldigd, aangezien voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding (1) het initiatief bij werkgever moet liggen of (2) sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkgever, zo volgt uit art. 7:673 BW. Met de Wet compensatie transitievergoeding is dit belangrijke initiatief-criterium door de wetgever niet gewijzigd. Dat had gekund en is al eerder toegepast, te weten in art. 7:665 BW. In dat artikel is geregeld dat indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door of op verzoek van de werknemer omdat de overgang van onderneming een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft, de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn beëindigd op initiatief van de werkgever. In zo'n geval is dus de transitievergoeding verschuldigd, ondanks dat werknemer het initiatief nam tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is mijns inziens ook niet snel sprake. Er ligt geen ontslagplicht voor werkgevers vast in het BW. Als bij langdurige arbeidsongeschiktheid een plicht tot beëindigen zou worden aangenomen, is het een kleine stap naar bijvoorbeeld de situatie dat een werknemer disfunctioneert, verwijtbaar handelt of een verstoorde arbeidsverhouding 'opzoekt', om vervolgens

182 Ktr. Gouda 21 oktober 2015, *AR* 2015-1095, Ktr. Rotterdam 6 november 2015, *AR* 2015-1181, Ktr. Almere 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495, Ktr. Almelo 3 december 2015, *AR* 2016-0012, Ktr. Breda 22 december 2015, *AR* 2015-1302, Ktr. Breda 3 februari 2016, *AR* 2016-0250, Ktr. Den Haag 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14103, Ktr. Roermond 23 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4343, Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140, Ktr. Roermond 1 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:6805, Ktr. Maastricht 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608, Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036, Ktr. Roermond 5 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10510, Ktr. Roermond 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7394, Hof Arnhem-Leeuwarden 3 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6702, Ktr. Groningen 16 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5003, Ktr. Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215, Ktr. Almelo 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021, Ktr. Maastricht 3 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3068, Ktr. Maastricht 4 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3208, Ktr. Maastricht 4 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3211, Ktr. Enschede 11 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1471, Ktr. Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855, Ktr. Den Bosch 29 mei 2019, *AR* 2019-0623, Ktr. Rotterdam 19 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4911, Ktr. Den Bosch 24 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3539.]

183 Scheidsgerecht Gezondheidszorg 17 december 2018, *AR* 2019-0065, «JAR» 2019/21, m.nt Koole, Ktr. Den Haag 28 maart 2019, *AR* 2019-0334, Ktr. Arnhem 29 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3440.

184 Ktr. Roermond 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331, «JAR» 2019/100. Zie hierover E. Wits, 'Gaat de Hoge Raad recyclen?', AR-Annotatie bij Ktr. Roermond 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331.

conform de omgekeerde Stoof/Mammoet-benadering een voorstel te doen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding. Bovendien geldt met name bij oudere langdurig arbeidsongeschikte werknemers dat de werkgever deze werknemer, de langdurige arbeidsongeschiktheid wegdenkend, tot aan de pensioengerechtigde leeftijd in dienst zou hebben gehouden omdat hij prima functioneerde. Zo'n werknemer zou ook geen transitievergoeding hebben ontvangen als hij had doorgewerkt tot de pensioengerechtigde leeftijd, gelet op art. 7:673 lid 4 onderdeel b BW. [185] Waarom zou een langdurig zieke werknemer die al twee jaar lang loon krijgt doorbetaald zonder arbeid te verrichten ook nog eens bevoordeeld moeten worden met de *volledige* transitievergoeding [186] ten opzichte van zijn arbeidsgeschikte collega die tot de pensioengerechtigde leeftijd heeft doorgewerkt?

Wet compensatie transitievergoeding

Als reactie op de slapende dienstverbanden is het wetsvoorstel 'Maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid' geïntroduceerd. De Wet compensatie transitievergoeding treedt 1 april 2020 in werking. De WAB heeft reeds wijzigingen gebracht in de compensatieregeling van art. 7:673e BW. Vanaf 1 april 2020 kan binnen zes maanden na uitbetaling van de transitievergoeding bij UWV compensatie worden aangevraagd voor de betaling van die transitievergoeding aan een uit dienst tredende langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Ook de betaling van de transitievergoeding bij langdurige ziekte in de periode 1 juli 2015 tot 1 april 2020 komt voor vergoeding in aanmerking, mits een aanvraag bij UWV is gedaan vóór 1 oktober 2020. De te compenseren transitievergoeding wordt berekend tot het moment dat de reguliere (dus niet wegens een loonsanctie verlengde) loondoorbetalingsverplichting is geëindigd. Met andere woorden, als de arbeidsovereenkomst langer (slapend, waarover hieronder meer) heeft voortgeduurd of de loondoorbetaling wegens een sanctie langer heeft geduurd, wordt die periode niet gecompenseerd. UWV zal een aanvraagformulier beschikbaar stellen en tegen een afwijzing van de compensatieaanvraag door UWV staat bezwaar en beroep open. [187]

Pro rata transitievergoeding

Het kan ook voorkomen dat een werknemer langdurig gedeeltelijk arbeidsongeschikt raakt. Wanneer dat leidt tot een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (en dus niet een gedeeltelijk slapend dienstverband), dient de werkgever een pro rata transitievergoeding te betalen, zo volgt uit de Kolom-beschikking. Het moet daarbij wel gaan om een structurele en substantiële vermindering van de arbeidstijd van tenminste 20%. [188] Soms zal het duidelijk zijn wanneer de arbeidsduur structureel en substantieel is verminderd. In dergelijke gevallen zal de vervaltermijn van drie maanden van art. 7:686a lid 4 onderdeel b BW de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer

185 Zie hierover E.L.H. van der Vos, 'Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijke geen probleem', *TRA* 2017/60.

186 In HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845 is bepaald dat een werknemer recht heeft op de volledige transitievergoeding, ook als de inkomensschade tot de pensioengerechtigde leeftijd lager zou zijn.

187 Zie voorts de volgende literatuur over slapende dienstverbanden en de compensatieregeling: M.L.G. Otte, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?', *TRA* 2016/93, G.A. Diebels, 'Drie aspecten van het slapende dienstverband', *ArbeidsRecht* 2017/45, P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3, E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37, N. Jansen, 'Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap', *TvO* 2019/2.4, C.S. Kehere-Bot en P.A. Charbon, 'Slapende arbeidsovereenkomsten en compensatie van de transitievergoeding', *ArbeidsRecht* 2019/31, P.S. Fluit en M.J. Smit, 'Nadere overwegingen over de compensatieregeling', *TRA* 2019/57.

188 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*). Zie hierover V. Bij de Vaate en D. Pinedo, 'De pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat 'off road'', *TvO* 2019/3.]

nopen tot spoedige indiening van een verzoekschrift. [189] Soms zal evenwel, met name in situaties waarin de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden [190], onduidelijk zijn wanneer de vervaltermijn is gestart. In dergelijke gevallen meen ik dat de vervaltermijn start op het moment dat de werknemer wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de passende arbeid de bedongen arbeid was geworden.

Billijke vergoeding

Op 5 juli 2019 heeft A-G De Bock een lezenswaarde conclusie geschreven over de vraag wanneer een langdurig arbeidsongeschikte werknemer aanspraak maakt op een billijke vergoeding ex art. 7:682 lid 1, aanhef en onderdeel c, BW. De Bock komt tot de conclusie dat het door UWV aan werkgever opleggen van een loonsanctie niet automatisch betekent dat werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. [191]

Opvallend zijn twee uitspraken, waarin de werkgevers zonder instemming van de werknemer en zonder toestemming van UWV de arbeidsovereenkomsten opzegden. De werknemers verzochten daarop onder meer om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 onderdeel a BW. Deze verzoeken werden afgewezen, omdat werknemers geen loonaanspraak meer hadden. Werkgevers kunnen deze uitspraken gebruiken om op te zeggen zonder instemming van UWV of de langdurig zieke werknemer. Werkgevers dienen in dit kader wel de opzegtermijn in acht te nemen ter voorkoming van verschuldigdheid van de vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex art. 7:672 lid 10 BW. [192]

C.2.5 Procedurele aspecten

Uitsluitend bij niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dient bij de kantonrechter te worden verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer (artikel 7:671b lid 1 sub c BW). Deze uitzondering wordt hier verder onbesproken gelaten. In de regel zal bij UWV een ontslagvergunning moeten worden aangevraagd. Kortheidshalve wordt voor de UWV-procedure verwezen naar het commentaar bij artikel 7:669 lid 3 sub a BW. In het specifieke kader van opzegging na langdurige arbeidsongeschiktheid is van belang dat de toestemming niet te vroeg wordt aangevraagd. De toestemming voor opzegging is namelijk gedurende vier weken na dagtekening van de beslissing van UWV geldig (artikel 7:671a lid 6 BW), dus als op dat moment het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 BW nog niet is geëindigd, kan geen gebruik worden gemaakt van de toestemming.

C.3 De c-grond: frequent ziekteverzuim

Vereisten

Artikel 7:669 lid 3 onder c BW (de 'c-grond') ziet volgens de wetgever in de memorie van toelichting op de situatie waarin een werknemer met enige regelmaat, maar *niet* langdurig ziek is en dit zodanige negatieve gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering van de werkgever dat dit aanleiding kan zijn voor ontslag. Niet alleen dient de kantonrechter in die gevallen te beoordelen of er sprake is van frequent verzuim, tevens dient de kantonrechter zich een oordeel te vormen over de oorzaak van het frequente verzuim en de gevolgen daarvan voor de bedrijfsvoering van de werkgever.[193] De kantonrechter dient daarbij volgens de wetgever in ogenschouw te nemen of het bij regelmaat niet

189 In Ktr. Roermond 11 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3352, «JAR» 2019/118, m.nt. Koole werd geoordeeld dat een beroep op de vervaltermijn niet redelijk en billijk was en in Ktr. Amsterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3304, werd geoordeeld dat een beroep op de vervaltermijn niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

190 HR 30 september 2011, «JAR» 2011/277 (*Kummeling/Oskam*).

191 Parket bij de Hoge Raad 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:772 (*Cicero Zorggroep*). Zie ook Ktr. Haarlem 22 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3773.

192 Ktr. Rotterdam 22 augustus 2016, *AR* 2016-0961, Ktr. Maastricht 1 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:992. Zie ook Rb. Amsterdam 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

193 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 99-100.

kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. De kantonrechter dient ook te beoordelen of aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden of binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Tot slot geldt ook voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens frequent ziekteverzuim het algemene vereiste van artikel 7:669 lid 1 BW dat herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort, voordat kan worden geconcludeerd dat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden.[194] Uit de formulering van artikel 7:669 lid 3 onder c BW kan worden afgeleid dat een redelijke grond voor ontslag bestaat indien:

- de werknemer regelmatig de bedongen arbeid niet kan verrichten als gevolg van ziekte;
- de frequente afwezigheid van de werknemer leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de onderneming van de werkgever;
- het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden;
- niet aannemelijk is dat de werknemer binnen 26 weken zal herstellen;
- de bedongen arbeid niet binnen 26 weken in aangepaste vorm kan worden verricht; en
- er geen mogelijkheden bestaan om de werknemer binnen een redelijke termijn te herplaatsen in een passende functie waarin de werknemer naar verwachting minder zal verzuimen of waarin het frequente ziekteverzuim van de werknemer minder ingrijpende gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering van de onderneming van de werkgever.

In de parlementaire geschiedenis bij de WWZ wordt door de regering niet nader toegelicht wanneer aan voornoemde vereisten is voldaan en aldus sprake is van zodanig frequent ziekteverzuim en zodanig ernstige gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever, dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst is gerechtvaardigd. Uit de wetgeschiedenis kan echter worden afgeleid dat de wetgever niet heeft beoogd af te wijken van het hetgeen tot de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 gold op basis van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.[195] In het hierna volgende commentaar op de afzonderlijke vereisten van artikel 7:669 lid 1 en 3 onder c BW wordt dan ook uitgegaan van de invulling aan deze vereisten in hoofdstuk 29 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, zoals deze golden voor 1 juli 2015.

Frequent ziekte-verzuim

Uit hoofdstuk 29 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV volgt dat sprake moet zijn van frequent en onevenredig hoog ziekteverzuim gedurende langere tijd. Hieruit vloeit voort dat het ziekteverzuim van de betrokken werknemer dient te worden afgezet tegen het ziekteverzuim van de andere medewerkers binnen het bedrijf, waarbij met name het ziekteverzuim van de directie collega's van de medewerker, die op dezelfde afdeling werken of eenzelfde of soortgelijke functie vervullen, van belang is.[196] De werkgever dient daarom een volledig overzicht te verstrekken van het ziekteverzuim van de betrokken werknemer in de voorafgaande drie jaar en dient tevens inzicht te verschaffen in het gemiddelde ziekteverzuimpercentage in die periode binnen het bedrijf of de afdeling van het bedrijf waar de betrokken werknemer werkzaam is, teneinde de kantonrechter in staat te stellen om te beoordelen of het ziekteverzuim van de werknemer een tijdelijk of een structureel karakter heeft en het ziekteverzuim van de werknemer ten opzichte van de overige medewerkers onevenredig hoog is.

194 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

195 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43. Zie ook: E. Knipschild, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014-5.

196 Ktr. Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312, «*JAR*» 2017/247.

Ziekteverzuim, oorzaak

Het is van belang dat de kantonrechter zich een oordeel vormt over de oorzaak van het frequente ziekteverzuim van de werknemer. De kantonrechter dient daartoe te beoordelen of er sprake is van frequent verzuim als gevolg van ziekte of gebrek of dat aan het frequent ziekteverzuim van de werknemer een andere oorzaak ten grondslag ligt. In plaats van ziekte kan sprake zijn van verwijtbaar handelen door de werknemer. De wetgever noemt daarvan als voorbeeld de werknemer die zich stelselmatig ziek meldt op maandag na het weekend.[197] Tevens kan de oorzaak van het frequente ziekteverzuim (deels) zijn te wijten aan de arbeidsomstandigheden van de werknemer of het gevolg zijn van het feit dat de werknemer niet langer aan de functievereisten kan voldoen.[198] Van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer is bijvoorbeeld sprake indien de werkgever nalaat aanpassingen te doen aan de werkplek of de werktijden van de werknemer, waardoor deze minder zou verzuimen.[199] Indien het ziekteverzuim samenhangt met de arbeidsomstandigheden van de werknemer of andere omstandigheden die binnen de invloedssfeer van de werkgever liggen, ligt het op de weg van de werkgever om de arbeidsomstandigheden te verbeteren in plaats van een beëindiging van het dienstverband na te streven. Tot slot is van belang dat het frequente ziekteverzuim niet is terug te voeren tot een chronische ziekte of een bijzondere fysieke gesteldheid. In die gevallen kan namelijk sprake zijn van strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.

Gevolgen voor de bedrijfsvoering

De kantonrechter dient zich voorts een oordeel te vormen over de gevolgen van het frequente ziekteverzuim van de werknemer voor de bedrijfsvoering van de werkgever en over de vraag of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen om de werkzaamheden aan te passen.[200] Veelvuldig ziekteverzuim is op zichzelf geen reden voor ontslag omdat in het algemeen van een werkgever wordt verwacht dat deze de gevolgen van ziekteverzuim van een werknemer opvangt.[201] Pas indien het frequent ziekteverzuim van een werknemer leidt tot ernstige organisatorische problemen binnen de organisatie van de werkgever, kan dat beëindiging van het dienstverband rechtvaardigen. De gevolgen van het frequente ziekteverzuim van een werknemer dienen dusdanig te zijn dat het productieproces daardoor zodanig wordt verstoord dan wel dat de collega's die de werknemer tijdens ziekte vervangen of bijspringen, daardoor zo onevenredig zwaar worden belast, dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd het dienstverband voort te zetten. De gevolgen van veelvuldig ziekteverzuim kunnen per bedrijf en per functie verschillen. In die gevallen waarin sprake is van een strak aaneengesloten productieproces, dat door het onverwacht wegvallen van een werknemer in belangrijke mate stagneert, of van een kleine werkgemeenschap, zal het frequente ziekteverzuim van een medewerker doorgaans eerder tot verstoring van het productieproces of een (te) zware belasting van collega's leiden dan bij grote(re) bedrijven die beschikken over een pool aan invalkrachten die afwisselend kunnen worden ingezet.[202] De kantonrechter zal in dit kader nagaan welke mogelijkheden de werkgever ter beschikking staan om voor vervanging te zorgen en op welke wijze de frequente afwezigheid van de werknemer tot dan toe is opgevangen.[203] Ontslag geldt als ultimum remedium.

197 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 100.

198 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 100.

199 A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even en E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 802.

200 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 100.

201 N.L.C. Esveld, 'Ontslag bij langdurige of veelvuldige ziekte: reflexwerking over en weer', *ArbeidsRecht* 2010-30.

202 Ktr. Arnhem 9 september 2013, *Prg.* 2013/311.

203 Ktr. Arnhem 9 september 2013, Prg. 2013/311.

Waar mogelijk dient de afwezigheid van de frequent verzuimende werknemer op andere wijze te worden opgevangen dan door beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals door het inhuren van zzp'ers of uitzendkrachten. Ook daarbij geldt dat meer inspanningen en investeringen van de werkgever mogen worden verwacht naarmate diens onderneming een grotere omvang heeft.[204] De maatregelen die van de werkgever mogen worden gevergd blijven bovendien niet beperkt tot de vestiging alwaar de frequent verzuimende werknemer werkzaam is. Van een grote organisatie met meerdere vestigingen mag worden verwacht dat deze op centraal niveau of vanuit andere filialen voor vervanging zorgt, door bijvoorbeeld een 'flexibele pool' op te richten.[205] Voorts is van belang of de werkgever in de loop van het dienstverband een flexibele en coöperatieve opstelling heeft getoond en van slecht werkgeverschap geen sprake is.[206] In dit kader is relevant of overleg met de werknemer heeft plaatsgevonden over het verstorend effect van diens frequente ziekteverzuim op de bedrijfsvoering en de belasting van collega's. Vanzelfsprekend wordt van de werknemer een dergelijke welwillende opstelling verwacht.[207] Een goed werkgever behoort met de werknemer het gesprek aan te gaan over de achtergrond van diens frequente ziekteverzuim en een goed werknemer behoort daaraan in redelijkheid zijn medewerking te verlenen.[208] De financiële gevolgen van het frequent ziekteverzuim zijn op zichzelf onvoldoende om een beëindiging van het dienstverband te rechtvaardigen.[209] Daarbij speelt tevens een rol of de werkgever een ziektegeldverzekering heeft kunnen afsluiten voor een zieke werknemer, waardoor de (improductieve) salarislast voor deze werknemer niet op de bedrijfsexploitatie zou drukken. De omstandigheid dat een werkgever die mogelijk heeft gehad, doch daarvan heeft afgezien, kan enkel ertoe leiden dat de extra druk van de salarislast van een zieke werknemer op het bedrijfsresultaat buiten beschouwing gelaten wordt en, indien aanwezig, de 'voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen' geheel voor risico van de werkgever blijven.[210]

Herstel binnen 26 weken

De werkgever dient voorts aan de hand van oordelen van de bedrijfsarts en/of arbeidsdeskundige aannemelijk te maken dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en de bedongen arbeid binnen deze termijn evenmin in aangepaste vorm kan worden verricht. Onder 'herstel' wordt door de wetgever 'een aanmerkelijke situatie van de situatie' verstaan.[211] De werkgever dient derhalve aannemelijk te maken dat het veelvuldig verzuim van de betrokken werknemer binnen 26 weken niet zodanig zal teruglopen dat de werknemer weer normaal inzetbaar is binnen de onderneming. Daarnaast dient de werkgever aan te tonen dat de arbeidsomstandigheden van dewerknemer ook niet zodanig kunnen worden aangepast dat de werknemer binnen 26 weken normaal inzetbaar zal zijn of de gevolgen van diens frequente verzuim voor de bedrijfsvoering van de werkgever minder ingrijpend zijn. Vice versa geldt dat de werknemer die in zijn verweerschrift aanvoert binnen 26 weken weer normaal inzetbaar te zijn, dat dient te onderbouwen met bijvoorbeeld een verklaring van de bedrijfsarts, de arbeidsdeskundige, de huisarts of de behandelend arts. De enkele stelling dat hij binnen 26 weken weer normaal inzetbaar zal zijn, volstaat niet.

---

204 Ktr. Maastricht 30 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2900, «*JAR*» 2017/122.

205 Ktr. Tilburg, 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312, «*JAR*» 2017/247.

206 Ktr. Eindhoven 22 juni 1994, *NJ* 1995, 92.

207 Ktr. Assen 25 maart 2009, *RAR* 2009/79.

208 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4214.

209 Ktr. 's-Hertogenbosch 5 juli 2006, «*JAR*» 2006/179 en Ktr. Maastricht, 30 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2900, «*JAR*» 2017/122.

210 Rb. Limburg 1 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10430.

211 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

Afwijkende termijn AOW'ers

Voor werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd als bedoeld in artikel 7a van de Algemene Ouderdomswet reeds hebben bereikt, geldt op grond van artikel 7:669 lid 3 onder c BW een afwijkende termijn van zes in plaats van 26 weken waarin het ziekteverzuim naar verwachting niet zodanig zal teruglopen dat de werknemer weer normaal inzetbaar zal zijn. De wettekst is op dit punt echter misleidend: artikel VIIIA lid 3 van de Wet Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd bepaalt namelijk dat bij wijze van overgangsrecht een termijn van 13 weken geldt tot een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Indien bij de evaluatie van de Wet Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd blijkt dat deze wet niet of nauwelijks leidt tot verdringing van jongere werknemers op de arbeidsmarkt, dan zal bij Koninklijk Besluit de termijn van zes weken gaan gelden. Deze evaluatie heeft bij de afronding van deze editie nog niet plaatsgevonden. Wie artikel 7:669 lid 3 onder c BW leest dient zich derhalve te realiseren dat, waar voor AOW-gerechtigde werknemers een termijn van zes weken wordt genoemd, vooralsnog een termijn van 13 weken geldt.[212]

Herplaatsing

Tot slot dient de werkgever op grond van art. 7:669 lid 1 BW, dat voor alle in art. 7:669 lid 3 BW genoemde ontslaggronden geldt, aannemelijk te maken dat binnen de onderneming geen mogelijkheden bestaan om de werknemer, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn te herplaatsen in een andere passende functie waarin het veelvuldige ziekteverzuim tot aanvaardbare proporties kan worden teruggedrongen dan wel het verstorend effect op het productieproces of de onevenredig zware druk op de overige medewerkers in mindere mate optreedt, dan wel dat herplaatsing in een zodanige functie niet in de rede ligt.[213] Daarbij is van belang dat een herplaatsing in volle omvang moet worden gerealiseerd en voldoende tijd moet bieden om effect te kunnen sorteren op het ziekteverzuim.[214] De werkgever mag niet te snel concluderen tot ontslag als een herplaatsing na korte tijd niet tot minder ziekteverzuim leidt. Werknemers met een lang dienstverband mogen rekenen op meer inspanningen van de werkgever dan collega's met een kortdurend dienstverband.[215] Art. 7:669 lid 1 BW roept geen resultaatverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven. Het gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. [216] Bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, gaat het niet enkel om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar kunnen ook redelijkheidsargumenten een rol spelen. De werkgever wordt een zekere beoordelingsruimte gelaten. [217] Ook van de werknemer wordt een flexibele en coöperatieve opstelling verwacht. Partijen kunnen in overleg de functieinhoud en/of de werktijden aanpassen. Onder omstandigheden kan een eenzijdige wijziging van de werktijden (bijvoorbeeld werken in dagdienst in plaats van nachtdienst) wegens frequent ziekteverzuim redelijk en toelaatbaar zijn.[218]

212 D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015-46.

213 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

214 Ktr. 's-Hertogenbosch 28 september 1994, «JAR» 1994/227.

215 Ktr. Haarlem 17 april 2002, «JAR» 2002/126.

216 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, «JAR» 2018/73).

217 HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54. Zie hierover D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189; S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *AR* 2019/23.

218 Ktr. Nijmegen 1 maart 2005, «JAR» 2005/127, Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *NJF* 2012/350. Zie ook: M.A. Huizing, 'De eenzijdige roosterwijziging en het goed werkgeverschap/werknemerschap', *Arbeidsrecht* 2012, nr. 46.

Deskundigenadvies

Zonder medisch inzicht kan de kantonrechter niet inschatten of het frequente verzuim samenhangt met de arbeidsomstandigheden en of herstel te verwachten is. Een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens frequent ziekteverzuim kan daarom op grond van artikel 7:671b lid 4 BW uitsluitend worden toegewezen indien de werkgever bij het verzoekschrift tot ontbinding een verklaring van een arbeidsdeskundige van het UWV als bedoeld in artikel 7:629a BW overlegt, tenzij het overleggen van een dergelijke verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien het UWV de aanvraag van een deskundigenoordeel niet in behandeling neemt of de werknemer weigert om daaraan zijn medewerking te verlenen. Het is volgens Opdam opmerkelijk dat partijen steeds gebonden zullen zijn aan een deskundige van het UWV. In het kader van deze ontslaggrond is immers goed mogelijk dat het UWV in het geheel niet betrokken of bekend is met de werknemer. Partijen kunnen niet zelf kiezen voor een andere onafhankelijke deskundige, zoals dat bijvoorbeeld wel kan in letselschadezaken.[219] Ten aanzien van de vraag wat de arbeidsdeskundige in diens advies dient te beoordelen, werpt Heida de suggestie op aan te sluiten bij de criteria die tot 1 juli 2015 golden op basis van hoofdstuk 29 van de Beleidsregels ontslagtaak UWV. De arbeidsdeskundige van het UWV dient zich in dat geval in het deskundigenadvies uit te laten over de aard en oorzaak van het veelvuldig ziekteverzuim, de eventuele relatie tot de arbeidsomstandigheden van de werknemer, de herstelprognose binnen 26 weken en de vraag of er sprake is van een chronische ziekte.[220]

C.4 De d-grond: disfunctioneren

Sinds de invoering van de WWZ is de ontslagroute gekoppeld aan de ontslaggrond. Dit betekent dat de werkgever bij een ontslag wegens disfunctioneren naar de kantonrechter moet. Als de werkgever toch (ten onrechte) naar het UWV gaat, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard.[221] Materieel heeft de wetgever geen grote wijzigingen bij ontslag vanwege disfunctioneren beoogd. Sterker nog, de ontslagcriteria die zijn opgenomen in artikel 7:669 BW zijn ontleend aan wat in het (oude) Ontslagbesluit is opgenomen en op grond van de (oude) Beleidsregels van UWV gold.[222] Ook het (oude) Ontslagbesluit en de (oude) Beleidsregels blijven dus – hoewel juridisch niet meer geldend – waarde behouden.[223] Om die reden verwijzen wij hier en daar naar die 'oude stukken'.

D-grond, vereisten

Op grond van artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 onder *d* BW (de 'd-grond') bestaat een redelijke grond voor ontslag indien voldaan wordt aan de volgende vereisten:

- de werknemer is ongeschikt tot het verrichten van de bedongen arbeid;
- de werknemer is tijdig in kennis gesteld van zijn/haar disfunctioneren;
- de werknemer is voldoende gelegenheid geboden het functioneren te verbeteren;
- de ongeschiktheid vindt niet zijn oorzaak in ziekte of gebreken van de werknemer;
- de ongeschiktheid is niet het gevolg is van onvoldoende zorg voor scholing van de werknemer of voor arbeidsomstandigheden; en
- herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, is niet mogelijk of ligt niet in de rede.

219 M. Opdam, 'De gevolgen van de Wet Werk en Zekerheid voor de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2015-23.

220 R.A. Heida, 'Arbeidsomstandigheden en deskundigenoordelen, onderbelicht in de WWZ discussie', *TRA* 2015-58.

221 Zie de eerste pagina van de toelichting bij de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102296, tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (Regeling UWV ontslagprocedure), *Stcrt*. 2015, 12688.

222 C.G. Boot e.a., *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid, deel 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 465.

223 J.M. van Slooten e.a., *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 123.

C.4.1 Ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid

Ongeschiktheid werknemer tot verrichten bedongen arbeid

Het eerste vereiste houdt in dat de werknemer niet in staat is zijn werk – de bedongen arbeid – naar behoren te verrichten. Omdat het gaat om ongeschiktheid voor zijn eigen werk, ligt het voor de hand dat wordt getoetst aan het functieprofiel van de desbetreffende werknemer.[224] In het functieprofiel zullen de taken die bij de functie horen zijn beschreven. Daarnaast zijn de vereiste *vaardigheden* vaak vermeld: eisen die betrekking hebben op 'bekwaamheid, handigheid of bedrevenheid benodigd voor het uitoefenen van de functie'.[225] Soms worden ook *competenties* gegeven, door UWV destijds beschreven als 'waarneembaar effectief gedrag'. Wellicht dat het functieprofiel ook gewenste *persoonskenmerken* van de werknemer beschrijft, passend binnen de bedrijfscultuur. Denk hierbij bijvoorbeeld aan karakter, houding en gedrag. Soms schrijft het functieprofiel ook *resultaten* voor: een bepaalde output of zekere kwaliteitseisen. Hierbij wordt opgemerkt dat het niet behalen van bepaalde resultaten niet automatisch de conclusie rechtvaardigt dat sprake zou zijn van disfunctioneren. De gevraagde resultaten moeten namelijk wel redelijk zijn en het niet behalen daarvan mag niet aan externe omstandigheden (bijvoorbeeld de slechte markt) worden toegeschreven.[226]

Als iemand zijn taken niet goed verricht, de benodigde vaardigheden onvoldoende onder de knie heeft of de gestelde (redelijke) resultaten niet behaalt, dan gaat het in principe om disfunctioneren aangaande de functie-uitoefening. Gaat het om zaken als competenties of persoonskenmerken, dan gaat het om in de persoon liggende functioneringsklachten.[227] Ter illustratie de zaak van de Kantonrechter Amsterdam d.d. 29 juni 2017, waarin de competenties/persoonskenmerken van de werkneemster centraal stonden.[228] Hierin oordeelde de kantonrechter dat de werkneemster qua zelfstandigheid, verantwoordelijkheid en zelfreflectie onvoldoende geschikt was voor haar functie van Senior Advisor Marketing & Communications bij de werkgeefster. Beide voornoemde vormen van disfunctioneren kunnen, tezamen maar ook los van elkaar, resulteren in disfunctioneren. In die zin is het onderscheid tussen beide niet relevant. Die relevantie is er wel als wordt gekeken naar de wijze waarop de werkgever het beste kan helpen dit disfunctioneren aan te pakken.

Uit de rechtspraak blijkt dat rechters vaak netjes toetsen aan de functie-eisen om vast te stellen of sprake is van disfunctioneren.[229] Het tekortschieten moet zo concreet mogelijk worden gemaakt, met voorbeelden worden onderbouwd. Een mooi voorbeeld hiervan is de Kantonrechter Utrecht:

---

224 J.H. Even en E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016/2, p. 62.

225 Zie hierover de vervallen maar nog steeds waardevolle bron: UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 111.

226 Dit werd onder het oude recht mooi onder woorden gebracht door de Rb. Zwolle: 'het enkele feit dat het bedrijfsresultaat is gedaald kan geen bewijs zijn voor het beweerde disfunctioneren, nu de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet het karakter van een resultaatsverbintenis draagt.' Zie Rb. Zwolle 7 oktober 1992, «*JAR*» 1993/7.

227 UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 218.

228 Kantonrechter Amsterdam 29 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4861.

229 De Ktr. Leeuwarden toetst bijvoorbeeld aan het 'functiebouwwerk' van de werkgever, zie Ktr. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611; de Ktr. Zutphen aan 'de functie-eisen van teammanager', zie Ktr. Zutphen 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909; de Ktr. Utrecht aan de functieomschrijving, zie Ktr. Utrecht 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.

"Het valt op dat de negatieve beoordeling van [verweerder] op deze punten niet is toegelicht met concrete feiten of gedragingen van [verweerder]. Het staat [A] vrij om bepaalde verwachtingen te hebben van [verweerder] in houding en gedrag, maar alvorens de houding en gedrag als onvoldoende functioneren te kwalificeren, moet dat oordeel wel gebaseerd zijn op concrete, voor de werknemer herkenbare en objectiveerbare feite die dat oordeel rechtvaardigen."

Uit de beoordelingsgesprekken moet voorts blijken dat *onvoldoende* functioneren is geconstateerd: als het functioneren in een prestatieformulier – op een schaal van 1 tot en met 5 – met een 3 wordt beoordeeld (bekwaam) geeft dat geen aanleiding disfunctioneren te veronderstellen.[230] Sterker nog, volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch gaat het niet alleen om de kruisjes ('onvoldoende', 'redelijk', 'naar tevredenheid', 'goed' of 'uitstekend functioneren') die bij de diverse onderdelen in een prestatieformulier zijn geplaatst, maar ook, en zelfs vooral, om de toelichting die aan het einde van de verslagen is vermeld en om de actiepunten en afspraken die daarin eveneens zijn vermeld.[231]

Ook gaat het voor de werkgever mis als de gedragingen die volgens de werkgever in de ontbindingsprocedure tot de conclusie 'disfunctioneren' zouden moeten leiden in de beoordelingsgesprekken weliswaar zijn genoemd, maar in die gesprekken hieraan niet het oordeel is gekoppeld dat er sprake is van onvoldoende functioneren, laat staan dat is aangegeven dat het functioneren op straffe van een mogelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou moeten verbeteren. Zo'n beoordeling draagt al helemaal niet bij aan de conclusie 'disfunctioneren', als de werknemer daarna nog een bonus kreeg wegens inzet en prestaties in de afgelopen periode.[232] Een enkel incident resulteert niet eenvoudig in de slotsom dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van disfunctioneren is gerechtvaardigd.[233] Een enkele opmerking over functioneren in een anderszins 'vrijblijvende' notitie geeft ook onvoldoende substantie om disfunctioneren te onderbouwen.[234]

Disfunctioneren kan worden aangetoond als de werknemer bepaalde vooraf gestelde resultaten niet haalt. De Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat de werkgever terecht opmerkingen had gemaakt over onder andere het werktempo van de werknemer. De opgelegde norm voor dit werktempo was hetzelfde voor andere werknemers en werd door hen wel behaald. Op zichzelf genomen betwistte de werknemer die norm ook niet, maar hij wees op externe factoren waarom hij die norm niet zou hebben behaald. Die externe omstandigheden achtte de kantonrechter echter onvoldoende onderbouwd, zodat hij tot ontbinding overging.[235]

Het maakt niet uit of het disfunctioneren op een betrekkelijk gering deel van de werkzaamheden van de werknemer ziet. Volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kan ontbinding op de d-grond dan alsnog worden toegewezen.[236]

Bij de beoordeling van disfunctioneren in appel dient te worden uitgegaan van de toestand ten tijde van de beslissing van de rechter in eerste aanleg ('ex tunc-beoordeling'). Dit brengt met zich mee dat geen rekening mag worden gehouden met feiten en omstandigheden die zich na de beslissing in eerste aanleg hebben voorgedaan. Een dergelijke 'ex tunc-beoordeling' doet echter niet af aan de herkansingsfunctie van het

230 Ktr. Rotterdam 30 september 2015, *AR-updates* 2015-1007.

231 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

232 Ktr. Dordrecht 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9892.

233 Ktr. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7786.

234 Ktr. Utrecht 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365.

235 Ktr. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

236 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4782.

hoger beroep, aldus de Hoge Raad in de uitspraak van 19 juli 2019. Het staat partijen vrij om in appel een beroep te doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg. In dit specifieke geval stond het werknemer dus vrij om voor het eerst in hoger beroep alsnog een beroep te doen op het opzegverbod. [237]

Ten slotte wordt per 1 januari 2020 de rechtspositie van ambtenaren middels de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren ('Wnra') genormaliseerd. Waar wangedrag wegens integriteitschending in het arbeidsrecht geen grond is om een ontslag wegens disfunctioneren te geven (er dient te worden uitgeweken naar de e-grond), is dit anders voor ambtenaren. Integriteit wordt onderdeel geacht van de functie-eisen van de ambtenaar, ongeacht de functie die wordt uitgeoefend. Of dit onderscheid blijft bestaan na inwerkingtreding van de Wnra, is niet bekend. [238]

Onderscheid disfunctioneren en verwijtbaar handelen/nalaten

De reden dat de werknemer niet in staat is zijn/haar werk naar behoren te verrichten – de reden dus dat hij/zij disfunctioneert – moet liggen in *onkunde* of *onmacht* van de werknemer het behoorlijke niveau te halen, en niet in *onwil* of *moedwil*. In dat laatste geval is geen sprake van disfunctioneren, maar (mogelijk) van verwijtbaar handelen of nalaten (artikel 7:669 lid 3 onder e BW).[239]

C.4.2 Het tijdig aan de orde stellen van het disfunctioneren

Disfunctioneren, tijdig aan de orde stellen

Het tweede vereiste betekent dat de werkgever de werknemer tijdig in kennis moet stellen van zijn gebrekkige functioneren: een mogelijk disfunctioneringsontslag mag in beginsel niet als een verrassing komen. Functioneringsproblemen worden vaak besproken tijdens periodieke beoordelingen. Bij die aangelegenheden is het van belang dat een werknemer weet waarop hij wordt beoordeeld. Dat betekent dat de werknemer op de hoogte moet zijn wat van hem wordt verwacht – zoals de vereisten die voor hem gelden in het functieprofiel – en waarop hij wordt beoordeeld. Verder is het goed gebruik dat de resultaten van de beoordelingsgesprekken de werknemer zo min mogelijk overvallen. De werknemer moet idealiter al in grote mate weten waar hij aan toe is. Dat betekent dus ook dat als er zaken zijn die niet goed lopen, die het liefst zo snel mogelijk moeten worden geadresseerd. Het 'oppotten' van commentaar tot aan het laatste moment is onverstandig.[240] Het tijdig in kennis stellen van de werknemer van zijn gebrekkige functioneren betekent volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de werkgever in redelijkheid geen beroep op ongeschiktheid kan doen, als de werknemer van de ene op de andere dag te horen krijgt dat hij vanwege onvoldoende functioneren zal worden ontslagen, zonder dat hij daarop eerder is aangesproken en zonder dat hij voldoende hulp heeft gekregen hierin verbetering aan te brengen.[241] Door deze eis te stellen wordt volgens het hof een plotsklapse boodschap vermeden.

Dossieropbouw

Een van de belangrijkste onderdelen bij disfunctioneren is de schriftelijke vastlegging daarvan, iets dat vaak als 'dossieropbouw' wordt aangeduid. Net zoals voorafgaand aan de introductie van de WWZ, biedt het door sommigen zo benoemde 'REP-model' daarbij handvatten.[242] Op grond van de rechtspraak uit 2009 en 2010, is geconcludeerd dat dossieropbouw feitelijk uit drie fasen bestaat: de Reageer-, Evalueer- en Presteer-(of Procedeer)fase.[243] Ingeval de werkgever deze stappen niet of slechts gedeeltelijk had

237 HR 19 juli 2019, «JAR» 2019/204, r.o. 3.1.3.

238 Zie hierover B. Barentensen & M.A. Schneider, 'Normalisering, integriteit en ontslag', *TAP* 2019/153.

239 C.G. Boot e.a., *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid, deel 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 467.

240 J.H. Even en E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016/2, p. 63.

241 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 45.

242 H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/29.

243 D. de Vries en K. Deelen, 'De noodzaak en wijze van dossieropbouw bij disfunctioneren; REP't u ook?', *Arbeidsrecht* 2010/31.

gevolgd, dan werd (voor de WWZ) of niet ontbonden of slechts ontbonden onder toekenning van een hoge ontbindingsvergoeding.[244] Sinds de WWZ is dossieropbouw misschien wel van nog groter belang, omdat de rechter geen 'smeermiddel' meer heeft in de zin van een hoge(re) vergoeding. Bij een onvolledig dossier zal de rechter dan ook in principe overgaan tot afwijzing van de gevraagde ontbinding.[245] Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 12 juni 2017, waarin de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever afwees, omdat de kantonrechter door de gebrekkige vastlegging door de werkgever van het functioneren van de werknemer en de door werkgever geboden begeleiding, niet goed kon nagaan of en hoe het disfunctioneren van werknemer met hem was besproken.[246] Steeds vaker wordt er bij functionerings- en beoordelingsgesprekken gekozen voor softere, meer stimulerende bewoordingen. Mogelijke tekortkomingen worden niet meer precies en hard vastgelegd, partijen zijn niet bezig met de beëindiging maar proberen juist nog van het dienstverband een succes te maken. De wet schrijft niet voor dat disfunctioneren schriftelijk aan de werknemer moet zijn voorgelegd of dat de schriftelijkheidseis geldt voor het (moment van het) inzetten van het verbetertraject. Dit sluit echter niet uit dat het in een bijzonder geval wel noodzakelijk is. De specifieke omstandigheden van het geval geven daarbij de doorslag, in het bijzonder wanneer gesprekken en mondelinge waarschuwingen geen effect sorteren.[247]

Wel kan onder omstandigheden een door werkgever gesteld, maar niet (volledig) aanwezig disfunctioneringsdossier toch een grondslag zijn voor ontbinding, niet vanwege disfunctioneren, maar wegens een verstoorde arbeidsverhouding (de zogenoemde Asscher-escape).[248]Op 30 november 2018 heeft de Hoge Raad de Asscher-escape bevestigd. De arbeidsverhouding kan zodanig verstoord zijn geraakt dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd deze te laten voortduren, ook wanneer de werkgever een werknemer die volgens de werkgever ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid, niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat aan de ontbinding op zichzelf niet in de weg. Het handelen van de werkgever, in dit geval het feit dat de werkgever de werknemer onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren, kan echter wel worden verdisconteerd in de billijke vergoeding. [249] Zie eerder ook Kantonrechter Leeuwarden, die in zo'n geval tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overging onder toekenning van een billijke vergoeding.[250]

244 H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/29.

245 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Rotterdam 30 september 2015, *AR-updates* 2015-1007, Ktr. Enschede 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663 en Ktr. Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1321.

246 Kantonrechter Amsterdam 12 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4399.

247 HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2105, Conclusie A-G, zie hierover J.J.M. de Laat, 'Over dossieropbouw, de verstoring van een arbeidsrelatie bij ruzie tussen twee werknemers en over de contractuele vergoeding', *TRA* 2019/18.

248 De term is geïntroduceerd door Sagel in: S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules', (oratie), 2014, p. 11. Zie verder: J.H. Even en E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016/2, p. 63.

249 HR 30 november 2018, «JAR» 2019/15; HR 24 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:576, conclusie A-G.

250 Ktr. Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423. Een overstap van o.a. de d-grond naar de g-grond nam ook Ktr. Maastricht 6 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9608.

C.4.3 Voldoende gelegenheid bieden het functioneren te verbeteren

Het derde vereiste houdt in dat de werkgever de werknemer voldoende gelegenheid moet hebben geboden om zijn functioneren te verbeteren. In de beschikking van 14 juni 2019 heeft de Hoge Raad dit vereiste nader gespecificeerd: 'De wet bepaalt niet op welke wijze de werkgever de werknemer in de gelegenheid moet hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren. Gelet op de ingrijpende gevolgen die een ontbinding op grond van disfunctioneren voor een werknemer kan hebben, moet worden aangenomen, mede gelet op de eisen van goed werkgeverschap, dat de werkgever aan de werknemer serieus en reëel gelegenheid tot verbetering moet hebben geboden. Welke hulp, ondersteuning en begeleiding in een concreet geval van de werkgever mag worden verwacht ter verbetering van het functioneren van de werknemer, alsmede op welke wijze een en ander moet worden vastgelegd, hangt af van de omstandigheden van het geval.' Er volgt een opsomming van omstandigheden die een rol kunnen spelen, te weten: (i) de aard, de inhoud en het niveau van de functie, (ii) de bij de werknemer aanwezige opleiding en ervaring, (iii) de aard en mate van de ongeschiktheid van de werknemer, (iv) de duur van het onvoldoende functioneren vanaf het moment dat de werknemer daarvan op de hoogte is gesteld, (v) de duur van het dienstverband, (vi) wat er in het verleden reeds is ondernomen ter verbetering van het functioneren, (vii) de mate waarin de werknemer openstaat voor kritiek en zich inzet voor verbetering, (viii) en de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever. [251] De opsomming is geenszins limitatief, andere mogelijk belangrijke aspecten zijn o.a. (i) de vraag of sprake is van een nieuwe functie, (ii) de vraag of de werkgever voldoende duidelijk en concreet heeft gemaakt in welke opzichten de werknemer tekortschiet, (iii) de hulp en ondersteuning die de werkgever de werknemer biedt met betrekking tot het verbetertraject, (iv) andere aspecten die betrekking hebben op de capaciteiten van de werknemer en (v) andere aspecten van de wijze van betrokkenheid van de werkgever bij het verbetertraject. [252]

Volgens de (oude) Beleidsregels van het UWV, moet de werkgever 'voldoende contact' met de werknemer hebben gehad om verbetering in zijn/haar functioneren teweeg te brengen.[253] Dat contact moet daadwerkelijk gericht zijn op die verbetering, en mag niet slechts zien op het enkele registreren of rapporteren van gesteld tekortschietend functioneren. In de praktijk betekent dit veelal dat voor de betrokken werknemer een plan van aanpak – ook wel persoonlijk verbeterplan genoemd – zal worden opgesteld. Rechters toetsen ook expliciet aan deze voorwaarde: zonder verbetertraject volgt geen ontbinding.[254] De Kantonrechter Maastricht oordeelde dat een verbeterplan bovendien echt moet worden doorlopen.[255] Hier ging het in deze zaak mis, hetgeen tot afwijzing van het ontbindingsverzoek leidde. De werkgever had weliswaar het verbetertraject aangekondigd, maar dit was nooit adequaat opgesteld. De werknemer had een aanzet hiertoe gemaakt, die echter niet door de werkgever was overgenomen, afgemaakt en opgelegd:

"De kantonrechter acht het niet van goed werkgeverschap getuigen om een werknemer zelf een verbeterplan te laten opstellen en daar verantwoordelijk voor te maken en vervolgens de werknemer daarop af te rekenen: deze constructie heeft alle ingrediënten voorhanden om de werknemer zichzelf te laten ophangen."

251 HR 14 juni 2019, «JAR» 2019/182, r.o. 4.1.3.

252 HR 15 maart 2019, «JAR» 2019/182, conclusie A-G, r.o. 3.37.

253 UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 222.

254 Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.

255 Ktr. Maastricht 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.

Een vrijwel gelijk oordeel kwam van de Kantonrechter Groningen.[256] De lengte van het verbetertraject hoeft volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet te worden gekoppeld aan de lengte van het dienstverband van de desbetreffende werknemer. Bij een dienstverband van 35 jaar kan een verbetertraject dat loopt van september 2014 tot maart 2015 volstaan.[257] Een verbetertraject hoeft daarnaast niet per se met zo veel woorden te zijn benoemd: zo'n traject kan ook op informele wijze plaatsvinden, zolang maar voldoende duidelijk is getracht tot verbetering in het functioneren van de werknemer te komen.[258] Als de werknemer tijdens het verbetertraject ervoor kiest zijn prioriteit niet bij dat traject, maar bij andere projecten te leggen, disculpeert hem dat niet als na dit verbetertraject blijkt dat hij het niet heeft gehaald.[259] Dat gold in dit geval temeer, omdat het verbetertraject nu juist ook verbetering beoogde op het gebied van prioritering en planning.

Rechters tonen ten aanzien van het verbetertraject soms ook gevoel voor 'de omstandigheden van het geval'. Zo oordeelde de Kantonrechter Zutphen dat, als een leidinggevende in een voortraject al was begeleid in het verbeteren van haar functioneren (door middel van coaching en regelmatige gesprekken met de hogere leidinggevende), dit niet nogmaals hoefde te gebeuren bij nieuwe incidenten die het tekortschieten van de betreffende werkneemster onderstreepten.

In dit verband is tevens het vermelden waard de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht die betrekking had op een hooggeplaatste werkneemster (werkzaam in de functie Managing Consultant), die volgens de werkgever disfunctioneerde. De kantonrechter was van mening dat van deze werknemer, gezien haar hooggeplaatste positie, verwacht mag worden dat zij aan de hand van feedback zelf met een verbeterplan had moeten komen.[260] Uit dat verbeterplan had volgens de kantonrechter allereerst moeten blijken dat zij begrijpt en ook erkent dat op bepaalde vlakken verbetering van haar functioneren nodig is en dat zij gemotiveerd is die verbeterpunten daadwerkelijk op te pakken. Nu zij dit heeft nagelaten, was het volgens de kantonrechter voldoende aannemelijk dat het werkneemster ontbreekt aan vermogen tot zelfreflectie en – als gevolg daarvan – aan leervermogen, waardoor zij onvoldoende in staat is bepaalde, voor de functie van Managing Consultant noodzakelijke vaardigheden (op het gebied van samenwerking, communicatie, houding en gedrag) te verbeteren. Aangenomen mag worden, aldus de Kantonrechter Utrecht, dat die vaardigheden onontbeerlijk zijn om goede verkoopresultaten te kunnen behalen op een (voor werkneemster) nieuw werkterrein. Dit alles leidt ertoe dat de Kantonrechter Utrecht de arbeidsovereenkomst wegens ongeschiktheid voor de functie (de d-grond) heeft ontbonden.

256 Ktr. Groningen 2 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5620.

257 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

258 Ktr. Utrecht 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.

259 Ktr. Utrecht 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

260 Kantonrechter Utrecht 19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3873.

Disfunctioneren, anders dan ziekte of gebrek van werknemer

C.4.4 Anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer

Het vierde vereiste houdt in dat het disfunctioneren niet mag voortvloeien uit ziekte of gebrek.[261] Als een werknemer minder presteert vanwege ziekte of gebrek – hij functioneert bijvoorbeeld een zekere periode minder omdat hij een chemotherapie ondergaat ter bestrijding van kanker – kan deze werknemer niet worden ontslagen vanwege disfunctioneren. Evenmin kan een werknemer worden ontslagen vanwege disfunctioneren als de werkgever nog in afwachting is van de uitslag van – bijvoorbeeld – een specialistisch onderzoek, omdat dan in onvoldoende mate kan worden vastgesteld dat de ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer.[262]

Uit de gepubliceerde jurisprudentie na de introductie van de tweede tranche van de WWZ blijkt dat ziekte slechts een kleine rol speelt in het disfunctioneringsontslag. In een zaak waar de Kantonrechter Rotterdam al oordeelde dat disfunctioneren niet was aangetoond, voegde hij toe dat – zoals dat ook stond op de beoordelingsformulieren – rekening moet worden gehouden met de ziekte van de werknemer.[263] Ook in een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam speelde de gezondheid van de werknemer een bijrol in de afwijzing van het ontbindingsverzoek.[264] Ziekte speelde daarentegen een belangrijke rol bij het Gerechtshof Amsterdam, waar de werknemer ageerde tegen een verleende ontbinding omdat haar ziekte aan een dergelijke ontbinding in de weg zou staan.[265] Het hof kon echter niet uit de stellingen van de werkneemster afleiden dat haar disfunctioneren zou zijn te herleiden tot ziekte. Haar ziekte stond dan ook los van het disfunctioneren. Hierbij speelde bovendien dat de werkneemster zich ziek had gemeld nadat de werkgever had aangegeven dat zij haar werk vanwege haar disfunctioneren niet meer mocht uitvoeren. In zo'n geval kan de rechter met een beroep op artikel 7:671b lid 6 BW tot ontbinding overgaan. Een dergelijke benadering komt ook in andere onderzochte jurisprudentie terug.[266]

C.4.5 De ongeschiktheid is niet het gevolg van onvoldoende zorg voor scholing van de werknemer of voor arbeidsomstandigheden

Het vijfde vereiste houdt in dat het disfunctioneren niet mag zijn veroorzaakt door gebrekkige arbeidsomstandigheden. Dit is een toets die onder het oude recht al door het UWV werd aangelegd.[267] Als een werknemer bijvoorbeeld door het moeten werken in een onveilig werklokaal een bepaalde – anderszins redelijke – norm niet kan halen, is geen sprake van disfunctioneren dat een beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou kunnen rechtvaardigen.

De toets aan scholing is nieuw en dient in samenhang met het eveneens nieuwe artikel 7:611a BW te worden gelezen. Hierin wordt aan de werknemer ten laste van de werkgever een recht op scholing verleend, voor zover dit noodzakelijk is voor onder andere het kunnen voortzetten van de arbeidsovereenkomst.

---

261 De term ziekte komt terug in artikel 7:629 BW – loondoorbetaling bij ziekte – maar is daar niet gedefinieerd. Wel is bekend dat deze term geacht wordt te verwijzen naar het evenmin gedefinieerde ziektebegrip van artikel 19 ZW, welk artikel in lid 4 duidelijk maakt dat 'gebrek' ook onder de term ziekte valt.

262 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.

263 Ktr. Rotterdam 30 september 2015, *AR-updates* 2015-1007.

264 Ktr. Amsterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9255.

265 Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.

266 Zie Ktr. Gouda 27 oktober 2015, *AR* 2015-1067; Ktr. Maastricht 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9182 en Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357, «*JAR*» 2016/50 m.nt. J. Dop; Kantonrechter Roermond 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4373.

267 UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 224.

De onderwerpen scholing en arbeidsomstandigheden zijn in de jurisprudentie slechts mondjesmaat aan bod gekomen.[268] Verder dan algemene opmerkingen in de trant van *"er bestaat geen grond om aan te nemen dat de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg van [de werkgever] voor scholing van [de werknemer] of voor de arbeidsomstandigheden*' komt het niet."[269] Een uitzondering is een zaak bij de Kantonrechter Alkmaar.[270] Hier meende de werkgever dat sprake was van disfunctioneren, maar stelde de werknemer dat dit kwam door pesterijen en aanranding op het werk. Dit verweer plaatste de kantonrechter niet zo zeer in de sleutel van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden, maar hij oordeelde basaler dat deze omstandigheden ten onrechte niet zijn meegewogen in het oordeel van de werkgever dat sprake is van disfunctioneren. Dit resulteerde in een afwijzing van het ontbindingsverzoek.

C.4.6 Herplaatsing

Disfunctioneren, herplaatsing

Als is voldaan aan alle eisen van artikel 7:669 lid 3 onder d BW, dan zal op grond van artikel 7:669 lid 1 BW nog moeten worden getoetst of de werknemer kan worden herplaatst in een voor die werknemer passende functie. Artikel 7:669 lid 1 BW roept geen resultaatverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven. Het gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. [271] Bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, gaat het niet enkel om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar kunnen ook redelijkheidsargumenten een rol spelen. De werkgever wordt een zekere beoordelingsruimte gelaten. [272]

Uit de rechtspraak blijkt dat een actieve proceshouding van de werknemer ten aanzien van dit onderwerp wordt verwacht. Als de werknemer niet gemotiveerd stelt dat er mogelijkheden tot herplaatsing zijn, neemt de kantonrechter vrij snel aan dat deze niet bestaan. Zie bijvoorbeeld de Kantonrechter Rotterdam, die kort motiveert dat, nu er door de werknemer met geen woord hierover is gerept en van reële passende functies niet is gebleken, herplaatsing binnen een redelijke termijn niet in de rede ligt.[273] Een uitzondering op deze regel komt van de Kantonrechter Leeuwarden.[274] Deze vond dat de werkgever onvoldoende had onderbouwd dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of in de rede ligt. De werkgever had volgens de kantonrechter niet slechts moeten opsommen voor welke functies de werknemer niet in aanmerking kwam, maar had een concreet onderzoek naar herplaatsingsmogelijkheden binnen haar organisatie en de rest van de groep moeten aantonen. Dat deed de werkgever niet. Mede om die reden werd het ontbindingsverzoek afgewezen. De Kantonrechter Zutphen memoreerde dat van een werkgever niet wordt verwacht een functie voor de disfunctionerende werknemer te creëren.[275]

---

268 J.H. Even en E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016/2, p. 65.

269 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.

270 Ktr. Alkmaar 7 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1659.

271 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, «JAR» 2018/73.

272 HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54; Zie hierover D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189; S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *AR* 2019/23.

273 Ktr. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176. Zie ook Ktr. Gouda 27 oktober 2015, *AR updates* 2015-1067.

274 Ktr. Leeuwarden 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

275 Ktr. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

Herplaatsing in een functie waaraan vergelijkbare eisen worden gesteld als de functie waarin de werknemer disfunctioneerde, ligt volgens de Kantonrechter Groningen niet in de rede.[276] Herplaatsing in exact dezelfde soort functie ligt dat uiteraard evenmin.[277] Ook kan niet van de werkgever worden verwacht dat zij een onvoldoende functionerende werknemer op hetzelfde niveau of zelfs een niveau hoger herplaatst.[278]
Noemenswaardig is nog dat de Kantonrechter Leeuwarden opmerkt dat, als een werknemer in het recente verleden meerdere malen heeft geweigerd een passende functie te aanvaarden, dit als consequentie kan hebben dat herplaatsing ten tijde van de ontbindingsprocedure niet meer in de rede ligt.[279]

C.5 De e-grond: verwijtbaar handelen of nalaten

Vereisten

Op grond van artikel 7:669 lid 3 onder e BW (de 'e-grond') kan een arbeidsovereenkomst worden beëindigd indien sprake is van zodanig verwijtbaar handelen en/of nalaten van de werknemer, dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het is volgens de wetgever in eerste instantie aan de werkgever om te beoordelen of het verwijtbaar gedrag van een werknemer reden kan zijn voor ontslag. De wetgever merkt daarbij op dat de kantonrechter slechts tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan indien de werkgever in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen en zelf geen blaam treft.[280] Hierbij geldt dat enkel de mate van verwijtbaar handelen of nalaten bepalend is voor de vraag of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[281] Voorts is vereist dat het de werknemer van tevoren duidelijk moet zijn geweest wat wel of niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien, tenzij de ontoelaatbaarheid van bepaald gedrag dermate evident is, dat het de werknemer redelijkerwijs duidelijk had behoren te zijn dat dit gedrag voor de werkgever aanleiding zou kunnen vormen tot ontslag.[282] De wetgever noemt daarvan als voorbeeld de werknemer die zich schuldig maakt aan diefstal. Tevens is vereist dat de aan de werknemer gestelde eisen gangbaar en niet buitensporig zijn. Van buitensporige eisen is volgens de wetgever bijvoorbeeld sprake als van een werknemer wordt verlangd te handelen of na te laten in strijd met wet- of regelgeving.[283] De werkgever dient tot slot aan te tonen dat niet kan worden volstaan met minder ingrijpende disciplinaire maatregelen, zoals een waarschuwing of een schorsing.[284]

Dringende reden

Van zodanig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, zal in de meeste gevallen sprake zijn in situaties die ook een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 BW opleveren. Door de wetgever wordt evenwel benadrukt dat reeds uit de formulering volgt dat de e-grond zeker niet beperkt is tot situaties waarin ook een dringende reden tot ontslag op staande voet bestaat.[285] In situaties waarin geen sprake is van een dringende reden, kan de arbeidsovereenkomst toch worden ontbonden op de e-grond.[286] Ook wanneer het gaat om situaties die een dringende reden zouden opleveren en dus ook een ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen, maar de werkgever niet voor die route kiest, kan de werkgever de rechter verzoeken de

276 Ktr. Groningen 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493.
277 Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.
278 Ktr. Amsterdam 29 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4861.
279 Zie bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.
280 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45.
281 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43 en p. 131.
282 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.
283 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.
284 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 132.
285 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 131.
286 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Maastricht 7 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6615.

arbeidsovereenkomst op de e-grond e ontbinden.[287] De wetgever merkt daarbij uitdrukkelijk op dat niet hoeft te worden voldaan aan de zogeheten onverwijldheidseis. Een ontbindingsverzoek 'wegens een dringende reden' behoeft volgens de wetgever dus niet onverwijld te worden ingediend.[288] Hieruit volgt dat het de intentie van de wetgever is geweest om de 'dringende reden' als ontbindingsgrond, zoals deze stond opgenomen in artikel 7:685 lid 2 (oud) BW, onder te brengen in de nieuwe e-grond. Van den Brink, Kruit e.a. merken op dat de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, dat de werknemer van een dringende reden geen verwijt behoeft te worden gemaakt, laat staan een ernstig verwijt, door de wetgever wel erg gemakkelijk terzijde wordt geschoven.[289]

Schending van re-integratieverplichtingen

Onder zodanig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, wordt door de wetgever mede verstaan het niet nakomen door een zieke werknemer van de re-integratieverplichtingen die hem bij de wet zijn opgelegd.[290] Uit de jurisprudentie volgt dat onder meer (i) het zonder deugdelijke grond nalaten om passende arbeid te verrichten,[291] (ii) het nalaten aan de adviezen van de bedrijfsarts te voldoen,[292] (iii) het herhaaldelijk niet komen opdragen bij een bezoek aan de bedrijfsarts[293] (iv) het niet bereikbaar zijn voor de bedrijfsarts en/of de werkgever,[294] (v) het stelselmatig niet nakomen van het verzuimreglement[295] en (vi) het niet meewerken aan een mediationtraject[296] aanleiding kunnen vormen voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen of nalaten als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat een werkneemster ernstig verwijtbaar had gehandeld gezien het aantal malen dat zij tekort was geschoten in haar re-integratieverplichtingen en het feit dat zij in haar houding volhardde, ook nadat de loonbetalingsverplichting was opgeschort, en vervolgens gestaakt en zelfs nadat het UWV een deskundigenoordeel had uitgebracht.[297]Wel is vereist dat de werknemer ook daadwerkelijk een verwijt kan worden gemaakt van het niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen. [298]

287 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 106.

288 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 106-107.

289 P.F. van den Brink (red.), P. Kruit e.a., *WWZ in Modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p . 132.

290 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

291 Zie o.a. Ktr. Alkmaar 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197; Ktr. Arnhem 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7087; Ktr. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9381; Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2115; Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2964; en Ktr. Haarlem 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11032.

292 Ktr. Lelystad 8 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2016:4938, Ktr. Roermond 9 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9653, Ktr. Roermond 31 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2954; Ktr. Amsterdam 9 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4138.

293 Ktr. Roermond 15 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2190; Ktr. Tilburg 21 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2119; Ktr. Utrecht 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748; Ktr. Almelo 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957; Ktr. Rotterdam 4 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:151; Ktr. Alkmaar 21 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2600; Ktr. Zwolle 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3502.

294 Ktr. Almelo 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957, Ktr. Zaanstad 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8898.

295 Hof Amsterdam 25 april 2017, AR-Updates 2017-056.

296 Ktr. Leiden 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4890.

297 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6567.

298 Ktr. Leiden 21 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8375. Zie hierover verder S.F. Jansen & A.J.C. Theunissen, 'Ontslag wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften, *TAP* 2018/213; J. Dietz & M. Opdam, 'Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible?', *AR* 2019/14.

Deskundigenverklaring

Op grond van artikel 7:671b lid 5 BW is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege het niet-nakomen van re-integratieverplichtingen als bedoeld in artikel 7:660a BW voorts vereist dat de werkgever (1) de werknemer eerst schriftelijk tot nakoming van diens verplichtingen heeft gemaand en met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:629 lid 7 BW de betaling van het loon heeft gestaakt of (2) de werkgever een deskundigenverklaring van het UWV als bedoeld in artikel 7:629a BW kan overleggen, tenzij het overleggen van een dergelijke verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Heida merkt op dat het gebruik van het woord 'of' door de wetgever vragen oproept, nu daarmee de indruk wordt gewekt dat de werkgever het waarschuwen van de werknemer en het eventueel stopzetten van diens loon achterwege kan laten en zonder die acties een deskundigenoordeel bij het UWV kan aanvragen. Dan doet zich volgens Heida het probleem voor dat er zonder een loonvordering van werknemer geen grond voor een deskundigenoordeel op basis van artikel 7:629a BW bestaat. Correct is volgens Heida dat, indien het loon door werkgever niet is gestopt, ten aanzien van niet-voldoen aan de re-integratie-inspanningen een verklaring op basis van artikel 32 lid 2 Wet SUWI moet worden overgelegd.[299]

Verwijtbaarheid, gezichtspunten

Volgens de regering is enkel de mate van verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer bepalend voor de vraag of van de werkgever nog in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[300]Er dient sprake te zijn van concrete, voldoende onderbouwde verwijten. Een gebrek aan concretisering van het ene verwijt, kan niet worden 'geheeld' door andere, eveneens onvoldoende geconcretiseerde verwijten. Vage stellingen worden niet concreter door een opeenstapeling ervan.[301] Op basis van de in het eerste jaar na de inwerkingtreding van de WWZ gepubliceerde jurisprudentie concluderen Wies en Schneider dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer een grote rol spelen bij de beoordeling van de mate waarin de werknemer van diens handelen of nalaten een verwijt kan worden gemaakt. Omstandigheden als de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband, het goede functioneren van de werknemer, de sociale positie en het opleidingsniveau van de werknemer, het belang van de werknemer bij het behoud van diens baan, diens arbeidsmarktpositie en diens privésituatie kunnen maken dat een werknemer weliswaar verwijtbaar handelt, maar niet zodanig dat van de werkgever niet meer in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[302] De Kantonrechter Assen oordeelde dat een bankmedewerkster, die zonder functionele noodzaak de klantgegevens van een vriendin had ingezien en een BKR-toets op haar had uitgevoerd, weliswaar verwijtbaar had gehandeld, maar ontbinding van de arbeidsovereenkomst een te zware sanctie was gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werkneemster en haar onberispelijke dienstverband van 31 jaar.[303] De arbeidsovereenkomst van een werknemer die zich onheus uitliet tegen zijn werkgever na te zijn gewaarschuwd voor handtastelijkheden bij een collega, werd door de Kantonrechter Almere in stand gelaten omdat de werknemer tien jaar uitstekend had gefunctioneerd.[304] De omstandigheid dat de werknemer een voorbeeldfunctie, vertrouwensfunctie of leidinggevende functie vervult, maakt juist dat door de werkgever strengere eisen aan diens gedrag mogen worden gesteld. De Kantonrechter Rotterdam ontbond de arbeidsovereenkomst van een kleuterleidster die op een warme zomerdag een kind in de auto had achtergelaten en liet daarbij zwaar meewegen dat de aard van de functie met zich bracht dat van

299 R.A. Heida, 'Arbeidsomstandigheden en deskundigenoordelen, onderbelicht in de WWZ discussie', *TRA* 2015-58, par. 3.2.

300 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43 en p. 131.

301 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:264, r.o. 3.16.

302 E. Wies en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016-28, par. 3.

303 Ktr. Assen 15 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4342.

304 Ktr. Almere 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715.

werkneemster mocht worden verlangd dat zij haar taken voor het aan haar zorg en verantwoordelijkheid toevertrouwde kind op een professionele en verantwoorde wijze zou verrichten.[305] De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat de beledigende en racistische wijze waarop een werknemer van een winkelketen zich uitliet tegen en over zijn collega's, niet door de werkgever hoefde te worden getolereerd nu de werknemer een leidinggevende positie en daarmee ook een voorbeeldfunctie had.[306] Ook de arbeidsovereenkomst van een werknemer die de veiligheidsinstructies met betrekking tot het laten verschroten van asbesthoudende acetyleencilinders niet in acht nam, werd door de Kantonrechter Rotterdam ontbonden nu het zijn taak als leidinggevende was om erop toe te zien dat veiligheidsinstructies werden nageleefd.[307] De Kantonrechter Amsterdam ontbond de arbeidsovereenkomst van een vestigingsmanager die had gelogen over een kasverschil nu de werkgever, in het licht van de functie van de vestigingsmanager en de daaraan verbonden taken en verantwoordelijkheden, de werknemer zonder meer moest kunnen vertrouwen.[308] Deze gezichtspunten kwamen samen in de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 3 februari 2016.[309] De kantonrechter overwoog dat een grondwerktuigkundige die onder invloed van alcohol op het werk verscheen, een grote fout had gemaakt nu de functie van grondwerktuigkundige grote verantwoordelijkheden met zich brengt en de werknemer als voorzitter van de ondernemingsraad een voorbeeldfunctie had. De kantonrechter oordeelde dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst desalniettemin een te verstrekkende sanctie was, gelet op de leeftijd van de werknemer, zijn lange dienstverband en goede staat van dienst en diens slechte arbeidsmarktpositie. De kantonrechter liet tevens meewegen dat de werknemer geen strafbaar feit had gepleegd, volledig had meegewerkt aan blaastesten, direct heeft erkend een fout te hebben gemaakt, inmiddels professionele hulp had gezocht voor zijn alcoholgebruik en geen eerdere waarschuwingen had gehad. De kantonrechter heeft in 2018 in alle gevallen van (bewezen) fraude door de werknemer de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ontbonden. Bovendien werd in alle gevallen ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer aangenomen.[310] Tot slot is het nog maar de vraag in hoeverre het mogelijk is dat privégedragingen van de werknemer tot ontslag op de e-grond leiden. Begin 2018 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat een piloot die deelnam aan een straatrace waarbij een dodelijk slachtoffer viel, niet mocht worden ontslagen [311]. Afhankelijk van de gedragscodes, een personeelsbeleid of de algemene norm van art. 7:611 BW dient beoordeeld te worden of de werknemer een norm overtreed die de werknemer jegens de werkgever dient na te leven. [312]

Kenbaarheid

Bij de beoordeling of sprake is van zodanig verwijtbaar handelen dat van de werkgever niet in redelijkheid kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, komt veel gewicht toe aan de vraag of het de werknemer van tevoren duidelijk is geweest dat het verweten gedrag voor de werkgever als ontoelaatbaar werd gezien.[313] Buiten evidente gevallen als diefstal en geweldpleging kan dat met zich brengen dat ontslag op de e-grond slechts mogelijk is, indien de werkgever vooraf duidelijk heeft gemaakt

305 Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744.

306 Ktr. Amsterdam 8 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8949.

307 Ktr. Rotterdam 4 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2464.

308 Ktr. Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8027.

309 Ktr. Haarlem 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1680.

310 Ktr. Limburg 22 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:588; Ktr. Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1506; Ktr. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431; Ktr. Rotterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3871; Ktr. Den Haag 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14450; zie hierover P.J. Huys, 'Fraude op de werkvloer: een analyse van de rechtspraak anno 2018,' *AR* 2019/37.

311 Ktr. Amsterdam 12 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:694.

312 Zie hierover verder T.J. Vloet & A.H. Arntz, 'Privégedragingen en ontslag', *AR* 2018/39.

313 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45, HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:264, r.o. 3.2.

bepaalde gedragingen niet te zullen tolereren en de werkgever dat beleid in de praktijk ook handhaaft.[314] Daarbij speelt onder meer een rol of binnen de organisatie van de werkgever duidelijke reglementen en protocollen van kracht zijn. De Kantonrechter Den Haag overwoog dat een werknemer die structureel bovenmatige volumes afval had aangenomen zonder dit te vermelden op de boordcomputer en tevens beloningen van derden had aangenomen, ernstig verwijtbaar had gehandeld gelet op de geldende gedragsregels en richtlijnen van de werkgever.[315] De Kantonrechter Zaanstad wees een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een verzorgende, die de pinpas van een cliënt had gebruikt, onder meer van de hand omdat er door de werkgever juist geen kenbare en op schrift gestelde regels waren opgesteld over pinnen voor zorgbehoevenden.[316] Wel is vereist dat de geldende reglementen en protocollen consequent door de werkgever worden nageleefd. De Kantonrechter Groningen oordeelde dat een werknemer die in strijd met de geldende veiligheidsregels in een bak op een heftruck een collega had opgelift, niet verwijtbaar had gehandeld omdat die werkwijze bij de werkgever niet ongebruikelijk was en ook door diens leidinggevende werd toegepast.[317] Ook speelt een rol of de werknemer in het verleden op soortgelijk gedrag is aangesproken of daarvoor is gewaarschuwd. De Kantonrechter Rotterdam wees een ontbindingsverzoek af omdat de werknemer er onvoldoende nadrukkelijk op was gewezen dat het gebruik van het woord 'nazi' niet meer zou worden getolereerd.[318] De Kantonrechter Zaanstad ontbond de arbeidsovereenkomst van een werknemer die zich bot en onbeschoft uitliet naar collega's en te pas en te onpas in woede ontstak, omdat de werknemer al meermaals voor dit gedrag was gewaarschuwd.[319] Ook de Kantonrechter Amsterdam liet meewegen dat de wijze van communiceren van een werknemer al meermaals een punt van aandacht was geweest bij beoordelingsgesprekken.[320] Wel is vereist dat de werkgever het gedrag niet alleen signaleert, maar daaraan ook consequenties verbindt in de vorm van (bijvoorbeeld) een waarschuwing of een negatieve beoordeling. De Kantonrechter Dordrecht overwoog dat het onbehoorlijk gedrag van een werknemer weliswaar in een beoordelingsgesprek aan de orde was gesteld, maar niet tot een onvoldoende beoordeling had geleid, waarna het verzoek tot ontbinding werd afgewezen.[321]

Wies en Schneider concluderen op basis van de tot 1 juli 2016 verschenen jurisprudentie dat het meermaals zonder gegronde reden niet op het werk verschijnen alleen verwijtbaar handelen oplevert, indien de werknemer daarop (meermaals) tevergeefs is aangesproken door de werkgever.[322] De omstandigheid dat een werknemer in het verleden meermaals is gewaarschuwd, maar zijn handelen niet of niet voldoende heeft veranderd, kan er tevens toe leiden dat een incident dat op zichzelf genomen geen ontbinding rechtvaardigt, toch als verwijtbaar handelen wordt aangemerkt. De Kantonrechter Leiden ontbond de arbeidsovereenkomst van een medewerker van een slachthuis, die een krat rolspek van verkeerde stickers had voorzien, omdat eerder opgelegde minder vergaande sancties niet tot een verbetering van het gedrag en functioneren van de werknemer hadden geleid.[323] Op basis van de jurisprudentie in het

314 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 433.

315 Ktr. Den Haag 10 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582.

316 Ktr. Zaanstad 16 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7893.

317 Ktr. Groningen 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455.

318 Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

319 Ktr. Zaanstad 21 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7994.

320 Ktr. Amsterdam 8 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8949.

321 Ktr. Dordrecht 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9892.

322 E. Wies en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016-28, par. 4.

323 Ktr. Leiden 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2294.

eerste jaar na de inwerkingtreding van de WWZ is nog onduidelijk of gewicht moet worden toegekend aan waarschuwingen in een (te) ver verleden. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat eerdere verwijtbare gedragingen in 2012, 2013 en 2014 in een te ver verleden lagen en buiten beschouwing dienden te worden gelaten.[324] De Kantonrechter Den Haag liet bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een medewerker die een klant had uitgescholden, echter meewegen dat de werknemer daar in 2009, 2010 en 2012 al eerder voor was gewaarschuwd.[325]

Geen herplaatsing

Reeds in artikel 7:669 lid 1 BW is bepaald dat herplaatsing van de werknemer niet in de rede ligt indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder e BW. De vraag of er mogelijkheden bestaan om de werknemer binnen de organisatie van de werkgever te herplaatsen, speelt bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek op de voet van artikel 7:669 lid 3 onder e BW dan ook geen rol.[326] In dat geval is ontslag immers een sanctie op ontoelaatbaar gedrag.[327]

Transitievergoeding

De werkgever is bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder e BW in beginsel de wettelijke transitievergoeding van artikel 7:673 BW aan de werknemer verschuldigd. Enkel indien tevens sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zal de werkgever op grond van artikel 7:673 lid 7 onder c BW géén transitievergoeding aan de werknemer zijn verschuldigd zijn. Een precieze afbakening tussen verwijtbaar en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten wordt door de wetgever niet gegeven.[328] Onduidelijk is waar de grens tussen verwijtbaar en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten moet worden getrokken. De parlementaire geschiedenis bevat geen duidelijke afbakening van beide begrippen. Wel heeft de wetgever de volgende voorbeelden genoemd:[329]

- diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt;
- het in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever lenen van geld uit de bedrijfskas, hetgeen leidt tot een vertrouwensbreuk;
- het zonder gegronde reden herhaaldelijk niet-naleven van controlevoorschriften, ook na toepassing van loonopschorting;
- veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op het werk verschijnen, als hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op heeft aangesproken;
- het op oneigenlijke wijze gunstiger voorstellen van productiecijfers waardoor het vertrouwen van de werkgever wordt beschaamd.

Enkele kantonrechters hebben zich uitdrukkelijk uitgelaten over het onderscheid tussen 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten. De Kantonrechter Zaanstad overwoog dat een werknemer die te pas en te onpas in woede ontstak, wel verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaar had gehandeld omdat onvoldoende was gebleken dat de werknemer welbewust uit was op grensoverschrijdend gedrag of frustratie van het werkproces of de verhouding net collega's.[330] Ook de Kantonrechter Haarlem oordeelde dat een werknemer, die tot drie keer toe interne richtlijnen en instructies niet had opgevolgd, wel verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaar had gehandeld omdat onvol-

324 Ktr. Amsterdam 24 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6673.

325 Ktr. Den Haag 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11658.

326 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 54, item 9, p. 20.

327 *Kamerstukken II* 2014/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

328 E. Wies en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016-28, par. 1.1 en 1.2.

329 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 40.

330 Ktr. Zaanstad 21 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7994.

doende was gebleken dat de werknemer uit was op grensoverschrijdend gedrag.[331] De Kantonrechter Den Haag oordeelde dat een werkneemster die een klant had uitgescholden, niet ernstig verwijtbaar had gehandeld nu de situatie niet kan worden gelijkgesteld met de voorbeelden die door de wetgever zijn genoemd.[332] Wies en Schneider achten deze benadering niet juist. Zij merken op dat in de parlementaire geschiedenis slechts vijf voorbeelden worden genoemd en uit niets blijkt dat de wetgever een limitatieve opsomming heeft beoogd.[333] Zie over ernstig verwijtbaar handelen of nalaten uitvoerig Kruit in Sdu Commentaar Arbeidsrecht, artikel 7:673 BW.

C.6 De f-grond: gewetensbezwaren

Gewetensbezwaar, ernstige

Op grond van artikel 7:669 lid 3 onder f BW (de 'f-grond') bestaat een redelijke grond voor ontslag indien de werknemer weigert de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar, mits aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.[334] Van een ernstig gewetensbezwaar is sprake indien de werknemer in gewetensnood komt indien hij in het kader van de uitoefening van zijn werkzaamheden wordt gedwongen dingen te doen of na te laten, te zeggen of te verzwijgen die niet overeenstemmen met zijn persoonlijke normen en waarden.[335] In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 22 392 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de positie van gewetensbezwaarde werknemers maakt de wetgever onderscheid tussen bezwaren tegen het verrichten van bepaalde werkzaamheden (de wetgever noemt als voorbeeld het drukken en verspreiden van uitgaven met een onzedelijk karakter, de aanleg van wegen door natuurgebieden, het verzekeren van bontjassen en het meewerken aan de bouw van kerncentrales) en bezwaren tegen het beleid van de onderneming (zoals het onderhouden van handelscontacten met landen die mensenrechten schenden).[336] De verwachting is dat een beëindiging op de f-grond zich in de praktijk weinig zal voordoen. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn dan ook schaars. De Kantonrechter Roermond ontbond de arbeidsovereenkomst met een croupier van een casino die onder werktijd zijn bezwaren tegen kansspelen verkondigde aan de bezoekers van het casino.[337] De Kantonrechter Maastricht ontbond op 17 maart 2015 de arbeidsovereenkomst met een kandidaat-gerechtsdeurwaarder die uit gewetensnood weigerde beslag te leggen op roerende zaken.[338]

Werken op zondag

De omstandigheid dat een werknemer weigert om op zondag te werken, levert geen redelijke grond voor ontslag op. Op grond van het opzegverbod van art. 7:670 lid 9 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer geen instemming verleent aan het werken op zondag. Het maakt daarvoor niet uit of sprake is van een gewetensbezwaar. Ook de werknemer die op zondag voetbalt, kan zich op het opzegverbod van art. 7:670 lid 9 BW beroepen. [339]

Aanpassing werkplek en herplaatsing

De enkele situatie dat een werknemer weigert de bedongen arbeid te verrichten met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar is onvoldoende om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Van de werkgever en werknemer wordt verwacht dat zij in overleg zoeken naar een oplossing voor het probleem, waarbij de gewetensbezwaren van de werknemer niet aan het verrichten van de hem opgedragen

331 Ktr. Haarlem 8 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:879.

332 Ktr. Den Haag 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11658.

333 E. Wies en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016-28, par. 1.2.

334 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

335 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer, 2015, p. 135.

336 *Kamerstukken II* 1991/92, 22392, nr. 3, p. 2.

337 Ktr. Roermond 8 maart 1994, «*JAR*» 1994/138.

338 Ktr. Maastricht 17 maart 2015, Prg. 2015/118.

339 Zie uitvoerig hierover W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding,* Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 13 mei 2011, Paris 2011.

werkzaamheden in de weg staan. Het is aan de werkgever om aan te tonen dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.[340] Gedacht kan worden aan een (eventueel eenzijdig door de werkgever opgelegde) overplaatsing van de werknemer.[341] Eerst als daaruit blijkt dat het gewetensbezwaar onoverkomelijk is, bestaat een redelijke grond voor beëindiging. Ook hier geldt dat, indien aannemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht, de werkgever moet bezien of herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, mogelijk is voordat een beëindiging van het dienstverband aan de orde kan zijn.[342] Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever niet heeft beoogd af te wijken van hetgeen voor 1 juli 2015 gold ex artikel 5:1 lid 2 van het Ontslagbesluit.[343]

C.7 De g-grond: verstoorde arbeidsrelatie

Vereisten

Op grond van artikel 7:669 lid 3 onder g BW (de 'g-grond') bestaat een redelijke grond voor ontbinding indien de arbeidsverhouding zodanig is verstoord dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever met de formulering van artikel 7:669 lid 3 onder g BW niet heeft beoogd af te wijken van de eisten die voor 1 juli 2015 aan een beëindiging vanwege een verstoorde arbeidsrelatie werden gesteld op grond van artikel 5:1 lid 4 van het toen geldende Ontslagbesluit en het daarop gebaseerde hoofdstuk 27 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV.[344] Artikel 5:1 lid 4 Ontslagbesluit schreef voor dat een werkgever aannemelijk diende te maken dat de arbeidsverhouding zowel ernstig als duurzaam was verstoord. Beide criteria gelden volgens de wetgever nog steeds en komen volgens de wetgever tot uitdrukking in de formulering van artikel 7:669 lid 3 onder g BW. De wetgever voegt daar echter aan toe dat de arbeidsovereenkomst ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding moet kunnen worden ontbonden, indien de ernst daarvan zodanig is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.[345] In deze maatstaf ligt eveneens besloten dat de kantonrechter niet tot ontbinding kan overgaan, indien de verstoring van de arbeidsrelatie hoofdzakelijk aan de werkgever is te wijten.

Varianten

Aan een verstoorde arbeidsverhouding kunnen uiteenlopende oorzaken ten grondslag liggen, zoals een botsing van karakters, een verschil van inzicht over de wijze waarop een functie moet worden uitgevoerd,[346] een gedragspatroon of een concreet voorval. Art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW ziet in beginsel op de (verticale) gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer en niet op de (horizontale) relatie tussen de werknemer en diens collega's. De verstoring van laatstgenoemde relatie kan echter tot gevolg hebben dat ook de arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer ernstig en duurzaam verstoord raakt. [347] Daarvoor is volgens de Kantonrechter Nijmegen wel vereist dat aan de werknemer ernstige en gefundeerde verwijten kunnen worden gemaakt, waarbij door de kantonrechter als voorbeeld voorvallen van seksuele intimi-

340 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 131.
341 Hof Den Haag 24 juni 1981, ECLI:NL:GHSGR:1981:AC7267.
342 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 91.
343 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 91.
344 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.
345 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45-46.
346 Zie o.a. Ktr. Leeuwarden 23 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1734 en Ktr. Utrecht 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1674.
347 Zie hierover verder HR 24 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:576, conclusie A-G, r.o. 3.8 e.v.

datie worden genoemd.[348] Indien de aangevoerde g-grond betrekking heeft op de relatie tussen de werknemer en diens collega's, geldt volgens Van Slooten, Zaal en Zwemmer een verzwaarde motiveringsplicht voor de werkgever nu een verstoorde arbeidsrelatie tussen twee medewerkers niet zonder meer met zich brengt dat ook de arbeidsrelatie met de werkgever is verstoord.[349]

Ernstig en duurzaam

Er is sprake van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding indien de verstoring een dusdanige aard heeft dat herstel niet meer mogelijk is. Enerzijds kan sprake zijn van een verstoorde arbeidsrelatie die al maanden of langer aanhoudt zonder enig zicht op verbetering. Zo ontbond de Kantonrechter Rotterdam de arbeidsovereenkomst van een werkneemster die telkenmale de kritiek van haar leidinggevende op haar houding, gedrag en wijze van communiceren integraal had afgewezen op de g-grond.[350] Anderzijds kan zich tussen de werkgever en de werknemer een concreet voorval voordoen dat zó ernstig is dat niet valt te verwachten dat de arbeidsverhouding nog kan worden hersteld.[351] Daarvoor is wel vereist dat het voorval voldoende ernstig is. Onder meer een relatie met een collega,[352] een echtscheiding tussen de werkgever en de werkneemster[353] en gedragingen die in de sfeer van de 'practical jokes' vallen,[354] maken niet dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie. De werkgever kan ook een situatie schetsen waarin een bepaald voorval de druppel bleek die de emmer heeft doen overlopen. Eerdere gebeurtenissen zijn dan afzonderlijk (nog) niet zodanig dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie, maar al deze gebeurtenissen tezamen en in onderling verband kunnen wel tot deze conclusie leiden.[355] Daarvoor is wel vereist dat de eerdere incidenten niet te ver in het verleden liggen, waardoor het ontbindingsverzoek 'uit te lucht komt vallen'.[356] Is dat wel het geval, dan zal niet snel worden aangenomen dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding.[357] De werkgever dient aan te tonen dat het niet (meer) mogelijk is om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen. De werkgever dient daartoe aannemelijk te maken dat deze alles in het werk heeft gesteld dat in redelijkheid van hem mocht worden verwacht om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen, maar de inspanningen van de werkgever niet het gewenste effect hebben gehad. Deze inspanningen kunnen bestaan uit bijvoorbeeld het voeren van gesprekken met de werknemer, het onderzoeken van de mogelijkheid tot overplaatsing binnen de onderneming en het doorlopen van een mediationtraject.[358] Van den Brink en Kruit stellen zich de vraag of als 'strategisch verplichte omweg' mediation moet zijn toegepast, voordat door de kantonrechter wordt aangenomen dat de verstoring van de arbeidsverhouding een duurzaam karakter draagt.[359] Uit de jurisprudentie blijkt dat die vraag negatief kan worden beantwoord. Ook indien geen mediation is betracht, kan de

348 Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86.

349 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 136.

350 Ktr. Rotterdam 15 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4509.

351 Zie o.a. Hof Den Haag 29 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1230 (grof en schofferend taalgebruik); Ktr. Enschede 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899 (vervalsen VOG); Ktr. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127 (grievende uitlatingen over werkgever); Ktr. Leeuwarden 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1126 (verzwijgen relatie met ander lid managementteam).

352 Ktr. Roermond 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8667.

353 Ktr. Almere 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.

354 Ktr. Leeuwarden 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101.

355 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hoofdstuk 27, par. 4 onder a.

356 Ktr. Groningen 18 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5960.

357 *Beleidsregels Ontslagtaak UWV*, hoofdstuk 27, paragraaf 4, onder c.

358 Zie bijvoorbeeld Ktr. Roermond 25 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3535; Ktr. Leiden 2 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3384; en Ktr. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4333.

359 P.F. van den Brink (red.), P. Kruit, e.a., *WWZ in Modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 134.

arbeidsovereenkomst op de g-grond worden ontbonden.[360] Knipschild en Van IJsendoorn concluderen op basis van de tussen 1 juli 2015 en 1 mei 2016 gepubliceerde jurisprudentie dat de vraag of een mediationtraject is doorlopen, echter wel een belangrijke rol speelt bij de vraag of sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding.[361] In zijn algemeenheid mag volgens hen van een werkgever worden verwacht dat deze positief reageert op een verzoek van de werknemer om een mediationtraject te doorlopen. Door onder meer de Kantonrechter Utrecht, de Kantonrechter Rotterdam en de Kantonrechter Leeuwarden werd ontbinding geweigerd omdat de werkgever ten onrechte niet was ingegaan op een verzoek van de werknemer om mediation.[362] Er zijn echter uitzonderingsgevallen waarbij het vertrouwen dusdanig is geschaad dat van mediation geen positief effect kan worden verwacht.[363] Het enkele feit dat mediation heeft plaatsgevonden maar niet tot een oplossing heeft geleid, maakt volgens Knipschild en Van IJsendoorn nog niet dat zonder meer sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder g BW.[364]

Mutlu heeft op basis van een analyse van driehonderd uitspraken van (hoofdzakelijk) na 1 oktober 2016 omtrent een ontbindingsverzoek vanwege een verstoorde arbeidsverhouding een aantal aanknopingspunten gedestilleerd die wel of niet wijzen op een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. [365] Afwijzingen van een ontbindingsverzoek zijn regelmatig gebaseerd op de volgende omstandigheden: (i) het ontbindingsverzoek is onvoldoende (zelfstandig) onderbouwt, (ii)er is sprake van een verstoring tussen collega's, (iii) de verstoring is niet wederkerig, (iv) de werknemer is niet aangesproken op de ontstane spanning, (v) het vertrouwen is niet geschaad en (vi) de verhouding is herstelbaar. Omstandigheden die leiden tot toewijzing van het ontbindingsverzoek zijn: (i) een onoverbrugbare vertrouwensbreuk, (ii) een afwisselende verhouding, waarbij het gebrek en de aanwezigheid van vertrouwen elkaar afwisselen, (iii) de werknemer bekleed een bijzonder functie (bv. Een statutair bestuurder), (iv) de grootte van een organisatie en (v) de (korte of lange) duur van de verstoring. Tot slot concludeert Mutlu dat het ontbindingsverzoek op basis van een verstoorde arbeidsverhouding in vergelijk met de andere ontbindingsgronden de grootste kans van slagen heeft.

Asscher-escape

Tijdens de behandeling van de WWZ in de Eerste Kamer is aan minister Asscher de vraag voorgelegd wat heeft te gelden indien door toedoen van de werkgever een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan, nadat de werkgever ten onrechte op een van de andere ontslaggronden van artikel 7:669 lid 3 BW ontslag heeft nagestreefd. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld genoemd van een langdurig onvoldoende functionerende werknemer van wie de werkgever het dossier niet op orde heeft en waarbij de arbeidsverhouding inmiddels ernstig is vertroebeld. Minister Asscher heeft daarover opgemerkt dat, indien de werkgever de werknemer geen reële kans heeft geboden om zijn functioneren te verbeteren en die kans ook niet meer kan worden geboden omdat de arbeidsverhouding inmiddels is beschadigd, er sprake kan zijn van

360 Zie bijvoorbeeld Ktr. Zutphen 23 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6344; Ktr. Groningen 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130; Ktr. Enschede 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899; Ktr. Amsterdam 30 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7564, Ktr. Rotterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045.

361 E. Knipschild en S.J. van IJsendoorn, 'Mediation en de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2016-224.

362 Zie o.a. Ktr. Leeuwarden 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491; Ktr. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729; en Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.

363 Ktr. Leeuwarden 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1126.

364 Zie o.a. Ktr. Enschede 15 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:891 en Ktr. Utrecht 21 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189.

365 C. Mutlu, 'Driehonderd keer ontslag wegens verstoorde arbeidsverhouding', *TAP* 2019/113.

een verstoorde arbeids-verhouding. Als om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever volgens minister Asscher wel het risico een billijke vergoeding aan de werknemer te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Dit risico, zo stelt minister Asscher, zal de werkgever echter incalculeren.[366]

Door minister Asscher wordt hiermee de indruk gewekt dat de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie als grond voor ontbinding kan creëren door de werknemer ten onrechte op een andere grond rauwelijks ontslag aan te zeggen, indien de werkgever bereid is daarvoor een prijs te betalen in de vorm van een billijke vergoeding. Dit wordt ook wel de 'Asscher escape' genoemd.

Van Slooten, Zaal en Zwemmer betogen dat de woorden van minister Asscher evenwel niet als zodanig kunnen worden opgevat. Zij wijzen erop dat minister Asscher vervolgens heeft opgemerkt dat geen sprake kan zijn van een redelijke grond voor ontslag als de werknemer niet in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren. Zou dit anders zijn, dan zou geen sprake zijn van preventieve werking en zou dit de werkgever niet aanzetten tot zorgvuldig handelen.[367]

In zijn oratie heeft Sagel betoogd dat van de 'Asscher-escape' niet veel hoeft te worden verwacht.[368] Hij legt daaraan ten grondslag dat niet snel zal worden aangenomen dat niet in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, indien de werkgever de verstoorde arbeidsrelatie zelf heeft uitgelokt. De werkgever die moedwillig een onwerkbare situatie creëert, mag daarvan niet profiteren doordat hij daardoor alsnog een grond voor ontslag afdwingt die anders niet zou hebben bestaan. Sagel wijst er voorts op dat van de door de wetgever beoogde strenge en separate toetsing van de verschillende wettelijke ontslaggronden weinig overblijft indien de werkgever een onvoldragen andere grond al te eenvoudig kan repareren met de g-grond. Ten derde betoogt Sagel dat een ruime toepassing van de g-grond tot maatschappelijk zeer onwenselijke gevolgen zou leiden, nu dit slecht werkgeverschap zou uitlokken. Aan de werkgever zou immers een vrijbrief worden verstrekt om zich als slecht werkgever te gedragen, indien de werkgever voor het moedwillig creëren van een verstoorde arbeidsverhouding zou worden beloond met een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond. Hakvoort en Kruit onderschrijven de visie van Sagel.[369]

Anders dan Sagel acht Swelheim een strikte scheiding tussen de g-grond en de andere gronden voor ontslag niet wenselijk. Zij wijst erop dat ontbinding in onwerkbare situaties mogelijk moet zijn, óók indien de werkgever die onwerkbare situatie zelf in de hand heeft gewerkt. Swelheim meent dat daaraan wel als consequentie moet worden verbonden dat wordt aangenomen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld om uitholling van de ontslag-bescherming van werknemers te voorkomen. Zij betoogt dat kantonrechters, die zich geconfronteerd zien met een ontbindingsverzoek van werkgeverszijde waarin een onvoldragen d-grond wordt gecombineerd met een g-grond, uiterst terughoudend dienen te zijn op die g-grond te ontbinden *zonder* daarbij tot de slotsom te komen dat de werkgever ernstig verwijtbaar aan het ontstaan van die g-grond heeft bijgedragen.[370]

366 *Handelingen I* 2013/14, 33818, nr. 32, item 14, p. 10.

367 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, par. 6.3.5.3.

368 S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules', oratie uitgesproken op 5 september 2014, Universiteit Leiden: 2014, p. 11-12.

369 K. Hakvoort en P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?', *TAP*, 2015-226.

370 A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht*, 2014-51, par. 3.1.

Op 30 november 2018 heeft de Hoge Raad de Asscher-escape bevestigd. De arbeidsverhouding kan zodanig verstoord zijn geraakt dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd deze te laten voortduren, ook wanneer de werkgever een werknemer die volgens de werkgever ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid, niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, aangezien de werkgever ten onrechte heeft geprobeerd de werknemer op een andere, onvoldragen, grond te ontslaan, staat aan de ontbinding op zichzelf niet in de weg. Het handelen van de werkgever, in dit geval het feit dat de werkgever de werknemer onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren, kan echter wel worden verdisconteerd in de billijke vergoeding.[371]

In de overige jurisprudentie sinds de inwerkingtreding van de WWZ per 1 juli 2015 is een aantal voorbeelden te vinden van zaken waarin de 'Asscher-escape' met succes is toegepast. De Kantonrechter Amsterdam overwoog dat door toedoen van de werkgever een verstoorde arbeidsverhouding was ontstaan doordat de werkgever ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een andere grond had nagestreefd. Het verzoek werd desondanks toegewezen onder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer.[372] Ook de Kantonrechter Leeuwarden oordeelde dat de werkgever, door een verbetertraject na te laten en vervolgens aan te sturen op een ontslag wegens disfunctioneren, de verstoorde arbeidsverhouding zelf in het leven had geroepen, waarna de arbeidsovereenkomst werd ontbonden onder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer.[373] In gelijke zin oordeelden de Kantonrechter Amsterdam en de Kantonrechter Alkmaar.[374] Het Hof Den Bosch heeft de 'Asscher-escape' als zodanig erkend in het arrest van 7 april 2016, maar een dergelijke situatie deed zich volgens het hof in de gegeven situatie niet voor nu de werkgever niet ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst nastreefde.[375]

Het is de vraag hoe de Asscher-escape zich verhoudt tot de cumulatiegrond van art. 7:669 lid 3 onderdeel i BW en of na de introductie van de i-grond nog een rol voor de Asscher-escape is weggelegd. In de juridische literatuur wordt door een aantal auteurs betoogd dat de Asscher-escape tot het verleden behoort, nu de prijs van een cumulatie van twee of meer onvoldragen ontslaggronden is gefixeerd op een aanvullende vergoeding ter hoogte van de helft van de transitievergoeding. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat de Asscher-escape zich kenmerkt door het kwade oogmerk van de werkgever om moedwillig een verstoorde arbeidsverhouding te creëren teneinde een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te forceren, hetgeen zonder meer als ernstig verwijtbaar handelen kan worden aangemerkt. Daarvan hoeft bij een doorsnee cumulatie van omstandigheden die leidt tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de i-grond geen sprake te zijn. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet arbeidsmarkt in balans blijkt bovendien dat de omstandigheid, dat naast de transitievergoeding een aanvullende 'i-vergoeding' aan de werknemer wordt toegekend, er niet aan af doet dat daarnaast ook een billijke vergoeding aan de werknemer kan worden toegekend, zodat ook bij een ontbinding op de 'i-grond' sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. In gevallen waarin, al dan niet door de wijze van procederen, een verstoorde arbeidsverhouding wordt geforceerd, lijkt dan ook

371 HR 30 november 2018, «JAR» 2019/15.

372 Rb. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

373 Ktr. Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, «JIN» 2016/28.

374 Zie: Ktr. Alkmaar 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Ktr. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752 en Ktr. Alkmaar 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.

375 Hof Den Bosch 7 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1367.

onverminderd een hoge billijke vergoeding aan de werknemer te kunnen worden toegekend. Het kan immers onmogelijk de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat de werkgever voor de prijs van (in totaal) anderhalve transitievergoeding een beëindiging van het dienstverband kan forceren door de werknemer valselijk ontslag aan te zeggen en vervolgens aan te sturen op een verstoorde arbeidsverhouding.

Herplaatsing

Op grond van artikel 7:669 lid 1 BW geldt dat de arbeidsovereenkomst pas op grond van een verstoorde arbeidsrelatie kan worden ontbonden indien herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Minister Asscher heeft tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ in de Tweede Kamer opgemerkt dat de herplaatsingsverplichting van artikel 7:669 lid 1 BW niet geldt, indien sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Dat ligt volgens minister Asscher alleen anders wanneer het een verstoorde arbeidsrelatie op de werkvloer betreft en niet met de werkgever zelf. In dat geval moet volgens de minister worden bezien of bijvoorbeeld overplaatsing naar een andere plek soelaas kan bieden.[376] Nu de g-grond, anders dan de e-grond, niet uitdrukkelijk van de herplaatsingsverplichting is uitgesloten in artikel 7:669 lid 1 BW, moet het er echter voor worden gehouden dat de herplaatsingsverplichting onverminderd geldt. Bouwens en Duk merken op dat desalniettemin goed voorstelbaar is dat herplaatsing bij een verstoorde arbeidsverhouding niet in de rede ligt.[377] Dit is wellicht anders indien mogelijkheden bestaan om de werknemer over te plaatsen naar een andere afdeling of vestiging.

C.8 De h-grond: overige omstandigheden

Vangnetbepaling

De wetgever heeft in art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW (de 'h-grond') een vangnetbepaling opgenomen voor situaties die niet onder een van de in art. 7:669 lid 3 BW genoemde redelijke gronden voor ontslag kunnen worden geschaard.[378] Op grond van dit artikel bestaat een redelijke grond voor ontslag indien sprake is van andere dan de in sub a tot en met g genoemde omstandigheden, die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De regering noemt in de memorie van toelichting daarvan als voorbeelden detentie en illegaliteit van de werknemer en het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning door de werkgever.[379] Ook het ontslag van een voetbaltrainer wegens achterblijvende resultaten of een manager met wie een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid, kan volgens de wetgever langs de weg van art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW worden bewerkstelligd.[380] Met de h-grond heeft de wetgever uitdrukkelijk niet beoogd een mogelijkheid te creëren om bij een onvoldragen a- tot en met g-grond alsnog een ontbinding te bewerkstelligen. Een beroep op art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW is nadrukkelijk niet mogelijk in situaties die wel vallen onder de in art. 7:669 lid 3 BW genoemde gronden, maar waarin niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden wordt voldaan.[381] Art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW kan dus niet worden aangewend voor het repareren van een ontoereikende onderbouwing voor een ontslag op een van de andere gronden van art. 7:669 lid 3 BW.[382] Uitsluitend feiten en omstandigheden die niet onder een van de sub a tot en met g genoemde gronden kunnen worden geschaard, kunnen op

376 *Handelingen II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 20.

377 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 434.

378 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

379 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46 en p. 84.

380 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130.

381 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 91.

382 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 131.

grond van art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst leiden. De Hoge Raad noemt de h-grond een algemeen geformuleerde restcategorie voor omstandigheden die niet onder een van de in sub a tot en met g genoemde gronden vallen.[383] Uit de lagere jurisprudentie volgt dat kantonrechters de wetgever op dit punt nauwgezet volgen.[384]

Herplaatsing

Ook voor de h-grond geldt de verplichting voor de werkgever op grond van artikel 7:669 lid 1 BW om te onderzoeken of herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, mogelijk is voordat een beëindiging van het dienstverband gerechtvaardigd is. De wetgever merkt in de memorie van toelichting op dat 'het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer uiteraard geen rol speelt bij de beoordeling van het geoorloofd zijn van ontslag' indien sprake is van een situatie van detentie of illegaliteit van de werknemer of het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning door de werkgever.[385]

Detentie

De wetgever noemt in de memorie van toelichting detentie van de werknemer als voorbeeld van een situatie waarin ontslag via de h-grond kan worden bewerkstelligd.[386] Ons inziens kan op basis van deze passage uit de wetsgeschiedenis echter niet worden aangenomen dat het enkele feit dat een werknemer in detentie is genomen zonder meer een ontbinding van diens arbeidsovereenkomst steeds rechtvaardigt. Indien de werknemer in hechtenis is genomen, maar nog geen sprake is van een veroordeling, dient de rechter te beoordelen of de enkele omstandigheid dat de werknemer door diens detentie niet in staat is de werkzaamheden te verrichten, een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Van Slooten e.a. betogen dat in die situatie voldoende aan de belangen van de werkgever wordt tegemoetgekomen doordat de werkgever op grond van artikel 7:628 BW is gerechtigd de loondoorbetaling stop te zetten.[387] Ook indien wel sprake is van een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling van de werknemer, is een ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer gerechtvaardigd. Ook in die situatie dient de kantonrechter te beoordelen of beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in het licht van alle omstandigheden van het geval, redelijk is.[388] Omstandigheden die daarbij een rol spelen zijn onder meer de ernst van het delict, de duur van de detentie, de wijze waarop het delict afstraalt op de werkgever.[389] Bij deze beoordeling is voorts relevant of een verband bestaat tussen de aard van het delict en de functie van de werknemer. Daarbij kan worden gedacht aan een accountant die wordt veroordeeld voor in privé gepleegde belastingfraude of een docent op wiens computer kinderpornografisch materiaal wordt aangetroffen. Voorts zal de kantonrechter de leeftijd van de werknemer, de duur van diens dienstverband en diens arbeidsmarktpositie in de beoordeling betrekken.[390]

---

383 HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54. Zie hierover D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189; S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *AR* 2019/23.

384 Zie o.a. Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564; Ktr. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7786; Ktr. Dordrecht 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86; en Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.

385 *Kamerstukken II* 2014/14, 33 818, nr. 3, p. 46.

386 *Kamerstukken* II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

387 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 140. Zie ook: I.J. de Laat en D.J. Rutgers 2016, Sdu Commentaar Arbeidsrecht, 129 Art. 1. Wbp, C.8.2.

388 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 140.

389 Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1821 (*ABN AMRO*). Dit arrest heeft weliswaar betrekking op een ontslag op staande voet, maar dezelfde gezichtspunten worden toegepast bij de beoordeling van een op detentie van de werknemer gestoeld ontbindingsverzoek. Zie: «*JAR*» 2016/11, m.nt. M. Koevoets.

390 Ktr. Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5959; Ktr. Eindhoven 29 september 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6348 en Ktr. Zaandam 3 juli 2001, ECLI:NL:KTGZAA:2001:AJ0650.

Verschil van inzicht over beleid

Op basis van de jurisprudentie in het eerste jaar na de inwerkingtreding van de WWZ kan worden geconcludeerd dat op de h-grond een succesvol beroep kan worden gedaan in gevallen waarin tussen de directeur en het bestuur een verschil van inzicht bestaat over het door de onderneming te voeren beleid.[391] Daarvoor is wel vereist dat het verschil van inzicht betrekking heeft op een voldoende gewichtig onderwerp. Het enkele feit dat partijen van mening verschilden over de interpretatie van een procesbeschrijving, maakte volgens de Kantonrechter Leeuwarden nog niet dat sprake was van een verschil van inzicht over het te voeren beleid.[392] Tevens is vereist dat voldoende aannemelijk is dat partijen het niet meer eens kunnen worden.[393] Ook mag het verschil van inzicht niet zijn terug te voeren tot het in de visie van het bestuur onvoldoende functioneren van de directeur.[394] Die situatie valt immers onder de reikwijdte van artikel 7:669 lid 3 onder d BW (de 'd-grond'). Het enkele feit dat de nieuwe aandeelhouders van een onderneming de door de oude aandeelhouders aangestelde directeur, nog voordat deze zijn werkzaamheden had aangevangen, niet geschikt achten voor zijn functie, kon volgens de Kantonrechter Rotterdam geen ontbinding op de h-grond rechtvaardigen.[395] Beltzer en Rietveld betogen dat een verschil van inzicht over het te voeren beleid in veel gevallen ook de meest geschikte grondslag voor een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een statutair directeur zal vormen.[396] Swelheim meent dat ook een situatie waarin geen sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, maar sprake is van een gebrek aan 'klik' tussen een superieur en een ondergeschikte, onder het bereik van de h-grond kan worden gebracht.[397] Er kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst of in die situatie geen sprake is van overlapping van de g-grond.

Arbeidsovereenkomst inhoudsloos

Uit de jurisprudentie volgt dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond voorts gerechtvaardigd is indien het de werknemer niet meer is toegestaan zijn functie uit te oefenen of de arbeidsovereenkomst omwille van andere redenen inhoudsloos is geworden. De Hoge Raad oordeelde begin 2019 over het ontslag van een expat-werknemer. De uitzending van de expat was teneinde gekomen, waarmee de arbeidsovereenkomst inhoudsloos geworden was. De Hoge Raad gaat niet mee in het betoog van de werknemer dat het verzoek op basis van de h-grond, een verkapt verzoek op basis van de a-grond zou zijn. Vast staat immers dat bij werkgever geen arbeidsplaatsen zijn vervallen, aldus de Hoge Raad. Een tweede klacht richt zich tegen het feit dat de redelijke grond en de herplaatsingsverplichting in dit geval zouden samenvallen. De Hoge Raad oordeelt dat hier onder omstandigheden sprake van zijn, het gaat in het geval van de h-grond immers om een restcategorie van andere dan onder a-g vermelde omstandigheden. [398] De Kantonrechter Tilburg ontbond de arbeidsovereenkomst van een werknemer in dienst van een onderwijsinstelling die geen VOG kon overleggen.[399] De arbeidsovereenkomst van een werknemer die na een incident niet meer werd toegelaten tot het terrein van de enige opdrachtgever van de werkgever, werd ontbonden door de Kantonrechter Groningen.[400] De Kantonrechter Maastricht ontbond de arbeidsovereenkomst van een beveiliger op de h-grond nadat de vereiste

391 Zie o.a. Ktr. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600; Ktr. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882 en Ktr. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316.

392 Ktr. Leeuwarden 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3277.

393 Ktr. Zutphen 22 september 2015, *AR-Updates* 2016-0055.

394 Ktr. Breda 10 juni 2016, *AR-Updates* 2016-0732.

395 Ktr. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702.

396 R.M. Beltzer en R.D. Rietveld, 'De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid', *Onderneming en Financiering* 2016-24, par. 5.4.

397 A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014-51, par. 3.2.

398 HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54. Zie hierover D.A.D. Mees, 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189.

399 Ktr. Tilburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143. Zie ook de annotatie van J. Dop in «JAR» 2016/45.

400 Ktr. Groningen 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300.

toestemming tot het verrichten van zijn werkzaamheden door de korpschef was ingetrokken.[401] De Kantonrechter Den Haag oordeelde dat de gemeente Den Haag voldoende belang had bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer omdat de WIW-regeling, die aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag lag, al geruime tijd was vervallen.[402] De arbeidsovereenkomst van een directeur van een stichting werd ontbonden door de Kantonrechter Utrecht omdat door de gemeente, waarvan de stichting door subsidiëring financieel afhankelijk is, werd aangedrongen op een andere directeur.[403]

Uit deze laatste uitspraak volgt eveneens dat 'andere omstandigheden' als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder h BW ook in de risicosfeer van de werkgever kunnen liggen. De kantonrechter Zutphen ontbond de arbeidsovereenkomst met werknemer, die na een bedrijfsverhuizing drie uur en 50 minuten zou moeten reizen om in de nieuwe vestigingsplaats te komen, op de h-grond omdat het voortduren van de arbeidsovereenkomst volgens de kantonrechter elke betekenis had verloren gezien de onmogelijkheid van uitvoering van de daaruit voortvloeiende verplichtingen.[404]Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos was geworden na het ontslag van de werknemer als statutair directeur.[405] De kantonrechter Amsterdam ontbond de arbeidsovereenkomst met een werknemer die er ondanks meerdere examenpogingen niet in was geslaagd het voor haar functie vereiste diploma te behalen op de h-grond.[406] Uit de uitspraak van de kantonrechter Amersfoort van 10 mei 2017 volgt dat de werkgever geen verwijt te maken mag zijn van de omstandigheid waardoor een werknemer diens functie niet meer mag uitoefenen. De kantonrechter wees een op de h-grond gestoeld verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die datzelfde diploma niet had gehaald af, omdat de werkgever niet had voldaan aan haar scholingsverplichting uit hoofde van artikel 7:611a BW.[407]

In de literatuur is voorts bepleit dat een beroep op de h-grond mogelijk is indien een civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd aan een bestuurder,[408] een tuchtrechtelijk beroepsverbod wordt opgelegd[409] of een bankmedewerker de bankierseed schendt of weigert af te leggen.[410] Volgens Zaal kan tevens een beroep op de h-grond worden gedaan indien een hooggeplaatste medewerker van een financiële instelling niet door de op grond van de Wet op het financieel toezicht voorgeschreven toetsing door de AFM en DNB komt en daardoor niet meer zijn functie mag vervullen.[411] Hoewel zij niet aannemelijk acht dat een dergelijk beroep zal slagen, meent Hakvoort dat een beroep op de h-grond mogelijk is indien een werknemer niet in staat is om door te groeien binnen de organisatie van een werkgever die een 'up or out'-beleid hanteert. Zij verbindt daaraan wel de voorwaarde dat deze ontslaggrond contractueel is vastgelegd.[412]

---

401 Ktr. Maastricht 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771 . Zie ook: Ktr. Zaanstad, 9 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:6535.

402 Ktr. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260.

403 Ktr. Utrecht, 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365.

404 Ktr. Zutphen, 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, «*JAR*» 2017/229.

405 Hof Arnhem-Leeuwarden, 31 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4989.

406 Ktr. Amsterdam, 10 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3179.

407 Ktr. Amersfoort, 10 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2501, «*JAR*» 2017/159.

408 M. ten Broeke en I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015-41, par. 3.2.

409 C.F.J. van Tuyll van Serooskerken, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *ArbeidsRecht* 2015-55, par. 7.4.

410 C. Vogel, 'De arbeidsrechtelijke aspecten van de bankierseed: een globale verkenning', *TAP* 2016-226.

411 I. Zaal, 'De arbeidsverhouding na een negatief hertoetsingsoordeel' *TRA* 2016-22, par. 5.3.

412 K. Hakvoort, 'Up or out onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015-16, par 2.2.

Andere omstandigheden

Nu artikel 7:669 lid 3 onder h BW naar zijn aard is bedoeld voor uitzonderlijke gevallen die niet onder een van de andere in artikel 7:669 lid 3 BW genoemde gronden kunnen worden geschaard, is niet verwonderlijk dat uit jurisprudentie volgt dat op de h-grond in zeer uiteenlopende gevallen een beroep kan worden gedaan. De Kantonrechter Utrecht ontbond de arbeidsovereenkomst van een werknemer die als vermist stond opgegeven en van wie de werkgever, ondanks meerdere pogingen om met hem in contact te komen, al een jaar niets had vernomen.[413] Een werknemer die zonder toestemming van zijn werkgever op vakantie ging, werd echter gespaard door de Kantonrechter Amsterdam.[414]

Een beroep op de h-grond wordt overigens niet eenvoudig gehonoreerd. Onderzoek door Houweling, Keulaerds en Kruit wijst uit dat een ontbindingsverzoek op de h-grond tussen 1 juli 2015 en 1 juli 2016 in 64% van de gevallen in de gepubliceerde rechtspraak en 71% van de gevallen in de niet-gepubliceerde rechtspraak door de kantonrechter werd afgewezen en slechts de d-grond met 70% om 84% tot méér afwijzingen leidt.[415]

C.9 De i-grond: de cumulatiegrond

Vereisten

Per 1 januari 2020 treedt de Wab in werking en wordt art. 7:669 lid 3 onderdeel i ('de cumulatiegrond) geïntroduceerd. De wetgever poogt het voor werkgevers aantrekkelijker te maken om vaste contracten aan te bieden en zegt hier met betrekking tot de cumulatiegrond in de memorie van toelichting het volgende over: 'Het is van belang dat werkgevers er vertrouwen in kunnen hebben dat ze een werknemer kunnen ontslaan in een situatie waarin op basis van de huidige ontslaggronden de arbeidsovereenkomst niet kan worden ontbonden door de rechter, maar waarin een einde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aan de orde is. Naar verwachting zijn zij dan eerder bereid om werknemers een vast contract aan te bieden.'[416] De wetgever constateert dat rechters in het huidige gesloten stelsel van ontslaggronden de arbeidsovereenkomst niet ontbinden als niet wordt voldaan aan een van de redelijke gronden, terwijl in redelijkheid niet van de werkgever gevraagd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Zij kunnen daardoor onvoldoende maatwerk leveren. Het gaat dan om situaties waarbij zich omstandigheden uit verschillende ontslaggronden voordoen (bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding in combinatie met onvoldoende functioneren of verwijtbaar handelen van de werknemer) die echter op zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen.[417] Voor een geslaagd beroep op de cumulatiegrond dient er ten eerste sprake te zijn van een combinatie van omstandigheden uit twee of meer ontslaggronden (c tot en met h), die in de persoon van de werknemer of in de onderlinge relatie tussen partijen zijn gelegen. Cumulatie met de a- of b-grond is niet mogelijk, hetgeen in lijn is met de Wwz en de scheiding die is aangebracht in de toetsing van de ontslaggronden. Door de gronden a en b uit te sluiten van de cumulatie, blijft eenduidig dat het UWV met uitsluiting van de kantonrechter bevoegd is te oordelen over de beëindiging op basis van die gronden en dat de rechter exclusief bevoegd is te oordelen over de overige ontslaggronden. Een combinatie van rechtsgangen zou voor onduidelijkheid zorgen. [418] Ten tweede moet de combinatie van omstandigheden met zich meebrengen dat in redelijkheid van de werkgever niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Volgens de memorie van toelichting is het enkele feit dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet wil voortzetten is onvol-

413 Ktr. Utrecht 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.

414 Ktr. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7214.

415 A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds en P. Kruit, *VAAN - VvA Evaluatieonderzoek WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 17 en p. 23.

416 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 21.

417 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 63.

418 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 63.

doende voor een ontbinding op grond van deze nieuwe ontslaggrond. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de situatie dat partijen feitelijk niet meer door een deur kunnen. [419] De werkgever kan de i-grond volgens de memorie van toelichting zowel primair ten grondslag leggen aan het ontbindingsverzoek, als subsidiair voor het geval dat de rechter tot het oordeel komt dat de primair verzochte gronden onvoldragen of onvoldoende onderbouwd zijn. De rechter kan de i-grond ook ambtshalve toetsen.[420]

Toetsing en reikwijdte

De wetgever benoemt in de memorie van toelichting de toetsingsmaatstaf voor de cumulatiegrond. Het is echter onduidelijk hoe de rechter in de praktijk tot één voldragen cumulatie zal komen. Kruit stelt de vraag of het voldoende is dat aan slechts enkele vereisten van de gecumuleerde gronden (gedeeltelijk) is voldaan, of dat er aan elk vereiste in ten minste een bepaalde mate moet zijn voldaan.[421]Duk, Keizer en Staal zien een bijna mathematische benadering voor zich. Een optelsom van gronden tot één voldragen cumulatiegrond, waarbij verschillende vereisten een bepaald percentueel deel van de 'cumulatie-emmer' vullen.[422]

Onder andere de Raad van State wijst op het feit dat de cumulatiegrond, vanwege de mogelijke combinatie met de h-grond, een zeer ruim bereik zal hebben. De vraag is of dit nog strookt met het gesloten stelsel van ontslaggronden.[423]

Bijzonder onderwijs

De arbeidsovereenkomst van de werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs kan, als de reden voor de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de desbetreffende school of instelling, zonder tussenkomst van de kantonrechter worden opgezegd mits voor de opzegging toestemming is verleend door een onafhankelijke identiteitscommissie. De wetgever stelt in de memorie van toelichting expliciet dat de cumulatiegrond ook kan worden toegepast door de identiteitscommissie. De commissie kan dit echter alleen doen, voor zover sprake is van onverenigbaarheid met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de school of instelling. Omstandigheden die daarmee geen verband houden, kunnen door de commissie niet betrokken worden bij de cumulatiegrond. In die gevallen kan de kantonrechter verzocht worden de arbeidsovereenkomst te ontbinden [424].

Herplaatsing

De wetgever geeft in de memorie van toelichting niet aan hoe de cumulatiegrond zich verhoudt tot de herplaatsingsverplichting uit art. 7:669 lid 1 BW. Er wordt geen uitzondering gemaakt voor de i-grond, hetgeen met zich meebrengt dat art. 7:669 lid 1 BW onverkort van toepassing is. Kruit stelt de vraag of op de werkgever een herplaatsingsplicht rust, wanneer de i-grond gedeeltelijk wordt gevormd door een onvoldragen e-grond. Op grond van art. 7:669 lid 1 BW rust op de werkgever immers geen herplaatsingsverplichting wanneer de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt op basis van de e-grond. [425]

Vergoeding

Op basis van het middels de Wab nieuw geïntroduceerde art. 7:671b lid 8 BW kan de kantonrechter, indien hij de arbeidsovereenkomst op basis van art. 7:669 lid 3 onderdeel i BW ontbindt, aan de werknemer een vergoeding toekennen van ten hoogste de helft van de transitievergoeding. Volgens de memorie van toelichting zal de rechter moeten motiveren waarom hij al dan niet tot toekenning van de extra vergoeding overgaat.

419 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 64.

420 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 64]

421 P. Kruit en L.V.V. Meijers, 'De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?', *TAP* 2018/161. .

422 R.A.A. Duk, A. Keizer & H.W.M.A. Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *TRA* 2018/73.

423 RvS 11 oktober 2018, Internetconsultatie Wab; zie hierover verder R.A.A. Duk, A. Keizer & H.W.M.A. Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *TRA* 2018/73.

424 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 64 & 65.

425 P. Kruit en L.V.V. Meijers, 'De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?', *TAP* 2018/161.

Ook zal de rechter de hoogte van de vergoeding moeten motiveren. De vergoeding komt bovenop het bedrag aan transitievergoeding waarop de werknemer recht heeft bij zijn ontslag. Daarnaast blijft het mogelijk om een billijke vergoeding toe te kennen wanneer er naar het oordeel van de rechter sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
De extra vergoeding dient als compensatie voor ontslag op grond van de cumulatiegrond, een grond die de mogelijkheid biedt om een arbeidsovereenkomst op basis van meerdere niet-voldragen ontslaggronden tezamen te beëindigen. De mogelijkheid voor de rechter om aan de werknemer een extra vergoeding toe te kennen is wenselijk omdat de werknemer zodoende gecompenseerd kan worden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl de ontslaggronden c tot en met h ieder voor zich onvoldoende waren om een ontslag te rechtvaardigen.[426]

D

D. Jurisprudentie uitgebreid

Inhoudsopgave

D.1 De c-grond
D.2 De d-grond
D.3 De e-grond
D.4 De f-grond
D.5 De g-grond
D.6 De h-grond

D.1 De c-grond

- *Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4214;* een goed werkgever behoort met een werknemer het gesprek aan te gaan over de achtergrond van diens frequente ziekteverzuim en een goed werknemer behoort daaraan in redelijkheid zijn medewerking te verlenen.
- *Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5022, NJF 2012/350;* eenzijdige functiewijziging van ploegendienstfunctie naar dagdienstfunctie vanwege frequent ziekteverzuim werknemer toegestaan.
- *Rb. Limburg 1 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10430;* het nalaten door de werkgever om een ziektegeldverzekering af te sluiten voor een zieke werknemer kan er enkel toe leiden dat de extra druk van de salarislast van een zieke werknemer op het bedrijfsresultaat buiten beschouwing gelaten wordt en, indien aanwezig, de 'voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen' geheel voor risico van de werkgever blijven.
- *Ktr. Tilburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312, «JAR» 2017/247;* van een grote organisatie met meerdere vestigingen mag worden verwacht dat deze op centraal niveau of vanuit andere filialen voor vervanging van een frequent verzuimende werknemer zorgt, door bijvoorbeeld een 'flexibele pool' op te richten.
- *Ktr. Maastricht 30 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2900, «JAR» 2017/122;* het frequente en telkens langdurige ziekteverzuim van werknemer is wellicht verstorend voor de bedrijfsvoering en van enige invloed op de productiviteit en winstgevendheid van de werkgever, maar van een werkgever – zeker een werkgever met een omvang als de werkgever in kwestie - mag worden gevergd dat zij dit probleem anders oplost dan door ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
- *Ktr. Arnhem 9 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3060, Prg. 2013/311;* afwijzing verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst van werknemer met aanzienlijk overgewicht. Frequent ziekteverzuim komt voor rekening en risico van werkgever en heeft niet zodanige ingrijpende organisatorische en financiële gevolgen dat de

426 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 65.

arbeidsovereenkomst moet eindigen. Werkgever beschikt over een groot aantal uitzend- en oproepkrachten, die de werkzaamheden kunnen overnemen.

- *Ktr. Zwolle 23 september 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BK0743;* ontbindingsverzoek afgewezen omdat de werkgever onvoldoende heeft onderbouwd waarom het frequent ziekteverzuim van de werknemer zodanig ingrijpende gevolgen had voor de bedrijfsvoering dat, mede gelet op alle overige omstandigheden van het geval zoals de frequentie en duur van het ziekteverzuim, de oorzaak ervan en het uitzicht op genezing, het dienstverband billijkheidshalve moest eindigen.
- *Ktr. Assen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH9852, RAR 2009/79;* ontbinding wegens frequent ziekteverzuim. Werkgever heeft voldoende getracht een oplossing te vinden voor het frequente ziekteverzuim door diverse gesprekken met werknemer te voeren en de werktijden te wijzigen. Werknemer niet bereid externe functies te aanvaarden.
- *Ktr. 's-Hertogenbosch 5 juli 2006, «JAR» 2006/179;* het feit dat een onderneming er financieel slecht voor staat en er maatregelen genomen moeten worden om het voortbestaan ervan mogelijk te maken, brengt niet met zich dat de arbeidsovereenkomst van een veelvuldig door ziekte verzuimende werknemer mag worden ontbonden.
- *Ktr. Rotterdam 10 november 1995, ECLI:NL:KTGROT:1995:AG1320, «JAR» 1996/21;* van een werkgever mag worden verwacht dat deze rekening houdt met beperkingen van een werknemer en de situatie op de arbeidsplaats verbetert om het verzuim van de werknemer terug te dringen.
- *Ktr. 's-Hertogenbosch 28 september 1994, ECLI:NL:KTGSHE:1994:AG0852, «JAR» 1994/227;* herplaatsing van een frequent door ziekte verzuimende werknemer dient in volle omvang te worden gerealiseerd. De werkgever dient voldoende tijd in acht te nemen om te bezien of de herplaatsing effect sorteert op het ziekteverzuim.
- *Ktr. Eindhoven 22 juni 1994, ECLI:NL:KTGEIN:1994:AS2125, NJ 1995/92;* in gevallen waarin sprake is van een strak aaneengesloten productieproces, dat door het onverwacht wegvallen van een werknemer in belangrijke mate stagneert, of van een kleine werkgemeenschap, wordt eerder aangenomen dat het ziekteverzuim van een werknemer tot verstoring van het productieproces of een te zware belasting van collega's leidt.

D.2 De d-grond

- *HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234;* de door kantonrechter uitgesproken ontbinding dient ex tunc te worden beoordeeld. Ex tunc-toetsing sluit beroep op opzegverbod eerst in hoger beroep niet uit (herkansingsfunctie).
- *HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933;* ontbinding wegens disfunctioneren. De Hoge Raad geeft een opsomming van de relevante gezichtspunten van wat mag worden verwacht van de werkgever ter verbetering van het functioneren.
- *HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218, AR 2018-1350;* bevestiging van de Asscher-escape. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat aan ontbinding op de g-grond op zichzelf niet in de weg. De rechter zal wel de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan de werkgever te verwijten is, moeten betrekken bij de beoordeling of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, en kan daarin aanleiding zien te oordelen dat niet aan de maatstaf voor ontbinding op de g-grond is voldaan.
- *HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2105 (ECLI:NL:PHR:2018:1032):* onder specifieke omstandigheden kan van de werkgever worden verlangd dat zij meer doet dan de werknemer mondeling aanspreken op het disfunctioneren, ondanks het feit dat de wet geen schriftelijkheidsvereiste met zich meebrengt.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Verschillende verbetertrajecten die deels

succesvol zijn geweest brengen met zich dat het ontbindingsverzoek ook na meerdere incidenten wordt afgewezen.

- *Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657;* ontslag wegens disfunctioneren is terecht, omdat 'zieke' werkneemster slagingspercentages en Examentechnische vaardigheid niet heeft gehaald.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761;* het Gerechtshof Arnhem-Leeuwaarden gaat in op de invulling van de d-grond aan de hand van criteria Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Geoordeeld wordt dat tijdige kennisgeving en verbetertraject niet afhankelijk zijn van de duur van het dienstverband en de herplaatsingsplicht.
- *Ktr. Groningen 28 juli 2016, AR 2016-0895;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werkgever heeft voldoende aangetoond dat het bij werkneemster schort aan de competenties samenwerken en communiceren en werkgever heeft werkneemster voldoende in de gelegenheid gesteld haar functioneren te verbeteren.
- *Ktr. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Voldoende vast is komen te staan dat het functioneren van werknemer ter discussie stond en dat dit ook aan werknemer duidelijk kenbaar is gemaakt. Dat het functioneren van werknemer naar aanleiding van wekelijks gevoerde gesprekken is verbeterd is niet gebleken. Voldoende is komen vast te staan dat de wijze waarop werknemer uitvoering en invulling geeft aan zijn functie niet past binnen de organisatiestructuur.
- *Ktr. Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3842;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. New Skool heeft werknemer niet in voldoende mate in de gelegenheid gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Bovendien is het voor werknemer onmogelijk om aan te tonen dat hij geschikt is voor hoofdredacteur als hem belangrijke bevoegdheden zijn ontnomen. Alleen al daarom kan nu niet worden geconcludeerd dat sprake is van een redelijke grond bestaande uit ongeschiktheid van werknemer voor zijn functie.
- *Ktr. Zutphen 15 juni 2016, AR 2016-0726;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werkgeefster heeft niet voldoende geobjectiveerd welke feitelijke factoren naast het niet behalen van het examen moeten leiden tot de conclusie dat werknemer na een lang dienstverband sinds kort disfunctioneert.
- *Ktr. Amsterdam 2 juni 2016, AR 2016-0690;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Dat werknemer ongeschikt is voor zijn functie volgt niet uit het enkele feit dat zich een conflict heeft voorgedaan waarbij hij verwijtbaar heeft gehandeld.
- *Ktr. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Niet is gebleken dat NN een actievere inbreng heeft gehad in het herplaatsingstraject en zélf onderzoek heeft gedaan naar herplaatsingsmogelijkheden, terwijl NN aangeeft dat werkneemster in een andere rol wél goed tot haar recht zou kunnen komen. Van NN mocht worden verwacht dat zij een meer initiërende rol zou aannemen, met name toen bleek dat werkneemster in veel gevallen niet eens voor een sollicitatiegesprek voor een interne functie werd uitgenodigd. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat herplaatsing van werkneemster in een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is.
- *Ktr. Amsterdam 23 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3069;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Om uit te kunnen sluiten dat hier sprake is van een subjectieve beleving van een tekortkoming in het functioneren, ligt het op de weg van Cordaan om werkneemster in de gelegenheid te stellen het verbetertraject alsnog te volgen onder een andere leidinggevende, waarna vervolgens een objectieve beoordeling kan volgen. Daarbij is in aanmerking genomen dat collega's en cliënten zeer te spreken zijn over werkneemster.
- *Ktr. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3412;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Al met al is niet gebleken dat er, mede gelet op het

feit dat hij al circa 35 jaar deurwaarderswerkzaamheden uitvoert en ook gezien de positieve beoordeling begin 2014, op inhoudelijk gebied sprake is van structureel disfunctioneren van werknemer, terwijl ook niet gebleken is dat AGIN, voor wat betreft de inhoudelijke werkwijze van werknemer, ter voorkoming van nieuwe fouten/klachten een deugdelijk verbetertraject heeft ingezet.

- *Ktr. Maastricht 3 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3816;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werknemer is niet in de gelegenheid gesteld om zijn functioneren daadwerkelijk te verbeteren. Het had op de weg van DSM gelegen om ervoor te zorgen dat dit verbetertraject van de grond kwam. DSM heeft dit evenwel nagelaten.
- *Ktr. Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Niet gebleken is echter dat Rogam werknemer op niet mis te verstane wijze kenbaar heeft gemaakt dat bij het uitblijven van concreet omschreven verbetering of bij het herhaald niet nakomen van afspraken, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou worden nagestreefd, hetgeen wel van Rogam mocht worden verwacht. De enkele opmerking in het verslag dat Rogam genoodzaakt zal zijn 'minder plezierige maatregelen te nemen' is onvoldoende.
- *Ktr. Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het enkel veelvuldig vastleggen van de indruk van de leidinggevende over (het vermeende uitblijven van) de voortgang van de werknemer in het verbetertraject vormt op zichzelf geen garantie voor de toewijzing van het ontbindingsverzoek. Het verzoek gegrond op de d-grond wordt dan ook afgewezen.
- *Ktr. Tilburg 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Interim-manager constateert al 3,5 maand nadat werkneemster in een nieuwe functie is geplaatst, dat zij niet aan het gewenste profiel voldoet. Tegen de achtergrond van de gegeven beoordeling over 2014 is dat te snel geweest, temeer nu werkgeefster in haar verzoekschrift heeft erkend 'dat het eerste jaar geldt als jaar van ontwikkeling, in die zin dat werkneemster een jaar de tijd krijgt zich de functie eigen te maken en te voldoen aan de functie-eisen'. Daarbij komt dat werkneemster onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om haar functioneren te verbeteren.
- *Ktr. Roermond 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het persoonlijk verbeterplan dat werd opgesteld en waarbij feitelijk werknemer slechts twee maanden de tijd kreeg om de door zijn leidinggevende X gewenste manier van werken zich eigen te maken en op te volgen acht de kantonrechter onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren te verbeteren.
- *Ktr. Maastricht 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2770;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Gelet op het gemotiveerde en onderbouwde verweer van werkneemster is geenszins komen vast te staan dat zij solistisch handelt en daardoor ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid als senior-consultant.
- *Ktr. Almere 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werkgever heeft onvoldoende aangetoond dat werknemer niet in staat is om zijn functie op een goede wijze te vervullen.
- *Ktr. Alkmaar 7 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1659;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het door werkneemster ervaren van pesterijen en seksuele intimidatie op de werkvloer had door werkgever betrokken moeten worden in de beoordeling van het functioneren van werkneemster.
- *Ktr. Utrecht 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Era heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer gedurende zekere tijd niet heeft voldaan aan de eisen die Era redelijkerwijs aan de functievervulling door werknemer mocht stellen. Tevens heeft Era

werknemer hiervan tijdig in kennis gesteld en hem de mogelijkheid gegeven zijn functioneren te verbeteren. Er is voldoende vorm gegeven aan een verbetertraject.

- *Ktr. Utrecht 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Gebleken is dat werknemer ten tijde van het verbetertraject voorrang gaf aan andere projecten, terwijl hij zich juist op dat moment kon realiseren en had moeten realiseren dat hij in een verbetertraject zat en dat hetgeen in het kader van dat traject van hem gevraagd werd eerste prioriteit zou moeten krijgen.
- *Ktr. Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1321;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Functionerings- en/of beoordelingsgesprekken ontbreken. Verder blijkt ook onvoldoende dat – als werknemer al zou zijn aangesproken op tegenvallende prestaties – hij in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren.
- *Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. AFS heeft werkneemster niet tijdig in kennis heeft gesteld van de punten waarop zij onvoldoende functioneerde en heeft werkneemster onvoldoende in de gelegenheid gesteld om haar functioneren te verbeteren.
- *Ktr. Dordrecht 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9892;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Gezien de overwegend positieve beoordelingen van werknemer en de in juli 2015 toegekende bonus, is er onvoldoende feitelijke grondslag voor het oordeel dat sprake is van ongeschiktheid van werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, zodat hierin geen grond kan zijn gelegen de arbeidsovereenkomst te ontbinden.
- *Ktr. Amsterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9255;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Hoe ernstig het depottekort in mei 2015 ook is, na een dienstverband van 29 jaar, waarvan 25 jaar nagenoeg vlekkeloos, en de persoonlijke omstandigheden van werknemer in acht genomen, kan de redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet vervuld worden. Daarbij speelt mee dat er geen problemen zijn met het inhoudelijke werk van werknemer, dat hij de fouten die hij heeft gemaakt erkent, steeds openstaat voor kritiek en telkens weer zijn best doet om verbetering aan te brengen in zijn gedrag en daar veelal in slaagt. Anderzijds rust op GVB als goed werkgever, mede vanwege het lange dienstverband en de bijzondere persoonlijke omstandigheden, een bepaalde zorgplicht, op grond waarvan van GVB een extra inspanning mag worden verwacht om werknemers zoals werknemer binnen boord te houden.
- *Ktr. Groningen 2 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5620;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Ook voor zover al sprake zou zijn van ernstige tekortkomingen aan de zijde van werkneemster met betrekking tot de samenwerking met haar collega's, had het op de weg van Zorggroep Groningen gelegen om werkneemster in de gelegenheid te stellen haar functioneren op dat gebied te verbeteren door middel van het starten van een nieuw verbetertraject. De kantonrechter merkt tevens op dat hij het niet van goed werkgeverschap vindt getuigen om een werknemer zelf een verbetervoorstel te laten opstellen en daar verantwoordelijk voor te maken en vervolgens de werknemer daarop af te rekenen, waarvan in casu feitelijk sprake is geweest.
- *Ktr. Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werkneemster is niet tijdig in kennis gesteld van tekortkomingen in functioneren. Evenmin is er een verbetertraject gestart. De arbeidsovereenkomst kan wel ontbonden worden op de g-grond.
- *Ktr. Groningen 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werkgever heeft in oktober 2014 aan werkneemster kenbaar gemaakt dat zij niet tevreden is over het functioneren van werkneemster. Er is een vijftal concrete onderdelen van het functioneren benoemd, waarin het functioneren van werkneemster verbeterd diende te worden. Partijen zijn daartoe een verbeteringstraject overeengekomen en hebben de voortgang hier

in meermalen tussentijds geëvalueerd. Ondanks de getoonde inzet van beide partijen, houdt de kantonrechter het ervoor dat een significante verbetering van het functioneren op alle genoemde verbeterpunten voor werkneemster niet haalbaar is. Ten aanzien van andere passende functies zijn geen vacatures voorhanden. Herplaatsing ligt niet in de rede.

- *Ktr. Maastricht 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9182;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Fysiotherapeut weigert patiëntendossiers compleet te maken en nauwkeurig bij te werken, hetgeen binnen de beroepsgroep wel wordt verwacht.
- *Ktr. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7786;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het door CIG genoemde incident met de ANWB kan niet leiden tot ontbinding op grond van de d-grond. Dat werknemer opvliegend en impulsief is en daar zowel intern als tegenover klanten op ongepaste wijze uiting aan geeft, zoals CIG aanvoert, kan op basis van hetgeen over het incident bij de ANWB op en rond 1 juli 2015 is komen vast te staan, onvoldoende worden vastgesteld.
- *Ktr. Gouda 27 oktober 2015, AR 2015-1067;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren na een dienstverband van ruim twintig jaar. Uit de vaststaande feiten en hetgeen partijen ter zitting naar voren hebben gebracht blijkt dat werknemer herhaaldelijk is aangesproken op het op tijd komen, het nakomen van afspraken, bereikbaar zijn voor klanten en collega's en de samenwerking met collega's. Werknemer heeft ook diverse malen beterschap beloofd, maar dit heeft niet tot een echte wijziging/verbetering geleid. Ook een cursus timemanagement heeft niet tot een verandering geleid. Kortom, voldoende is komen vast te staan dat sprake is van ongeschiktheid van werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid. Bovendien is werknemer hiervan in kennis gesteld en is hem een verbetertraject geboden.
- *Ktr. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Geen voldragen d- of g-grond. Verschillende ontslagredenen die elk op zich onvoldoende zijn voor ontslag, kunnen niet bij elkaar worden 'opgeteld' om een ontslag te kunnen dragen.
- *Ktr. Enschede 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Op basis van de voorhanden zijnde gegevens is onduidelijk of werknemer tekort is geschoten in zijn functie. Niet alleen ontbreekt elke verslaglegging van hetgeen tussen partijen is besproken nadat de kostenoverschrijding en de nog af te ronden 'storypunten' aan het licht zijn gekomen, ook in het beoordelingsverslag 2014 dat kort voordien is opgesteld, zijn geen duidelijke aanknopingspunten te vinden dat Thales serieus twijfelt aan de managementcapaciteiten van werknemer. Bovendien is werknemer geen verbetertraject aangeboden.
- *Ktr. Utrecht 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het verbeterplan kan de toets der kritiek niet doorstaan. Een verbeterplan dient betrekking te hebben op voor de werknemer kenbare tekortkomingen in de uitoefening van zijn functie. Voorts dient het heldere afspraken te bevatten over wat precies van de werknemer ter verbetering van die tekortkomingen wordt verwacht. In het verbeterplan worden echter veel meer aspecten van zijn functioneren genoemd waarvan helemaal niet gebleken is dat er tevoren van enig tekortkomen van werknemer sprake is geweest en dat die tekortkoming met hem besproken is. Dat is in strijd met de verplichting van Socomec om als goed werkgever te handelen. Door het eenzijdig opstellen van een waslijst aan geboden heeft Socomec deze van haar als zorgvuldig werkgever te verlangen werkwijze niet gevolgd.
- *Ktr. Rotterdam 30 september 2015, AR-updates 2015-1007;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Een dergelijke onderbouwing van het disfunctioneren ontbreekt in het geheel. Het overgelegde prestatiebeoordelingsformulier van 19 november 2014 bevat weliswaar informatie over het functioneren van werkneemster maar kan het gestelde disfunctioneren niet

dragen, omdat werkneemster daarin ten aanzien van alle onderdelen een 3 – op een schaal van 1 tot en met 5 – heeft gescoord, hetgeen staat voor 'bekwaam'. Voorts is niet gebleken dat werkneemster tijdig in kennis is gesteld van de klachten over haar functioneren en al helemaal niet dat (laat staan hoe) werkneemster in de gelegenheid is gesteld haar functioneren te verbeteren. Dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, staat buiten kijf. Echter, niet is gebleken dat ook maar enige reële poging is ondernomen door werkgever om de verstoring van de arbeidsverhouding ongedaan te maken.

- *Ktr. Leeuwarden 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Redelijke grond ontbreekt en niet is komen vast te staan dat herplaatsing niet mogelijk is.
- *Ktr. Zutphen 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Het was voor werkneemster duidelijk dat zij haar functioneren op de bewuste punten diende te verbeteren. Dat wordt niet anders doordat in dit verband ook termen als 'ontwikkelpunten' zijn gebruikt, overigens naast het woord tekortkomingen. Het moet voor werkneemster ook helder zijn geweest op welke aspecten van het functioneren zij wel en op welke zij niet aan de eisen voldeed. Bovendien is er coaching aangeboden en heeft die ook plaatsgevonden.
- *Ktr. Maastricht 16 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Geen 'voldragen' ontslaggrond. Werkneemster had meer geholpen moeten worden met het verbetertraject.
- *Ktr. Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Het disfunctioneren en de verstoorde arbeidsrelatie is niet vast komen te staan. Verschillende ontslagredenen die elk op zich onvoldoende zijn voor ontslag, kunnen niet bij elkaar worden 'opgeteld' om een ontslag te kunnen dragen.
- *Ktr. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Geoordeeld wordt dat werkgever er alles aan heeft gedaan om een daadwerkelijke verbetering in het functioneren van werknemer te bewerkstelligen.
- *Ktr. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611;* toewijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Werknemer is, mede door de frequente inzet van coaching, in voldoende mate in de gelegenheid gesteld zijn functioneren te verbeteren en hem is daartoe ook voldoende tijd gegeven, terwijl bovendien op basis van de door de Stichting overgelegde stukken voldoende is komen vast te staan dat werknemer zich in zijn functie van directeur in de hem daarvoor gegunde tijd onvoldoende heeft verbeterd en dat het vertrouwen in een alsnog adequaat functioneren als directeur ontbreekt.

D.3 De e-grond

- *HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:684, AR 2019-0505;* een gebrek aan concretisering ten aanzien van het ene verwijt, kan niet worden 'geheeld' door andere, eveneens onvoldoende geconcretiseerde verwijten: vage stellingen worden niet concreter door een opeenstapeling ervan.
- *Hof Den Bosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705;* werknemer met een leidinggevende positie die zich schuldig maakt aan seksuele intimidatie en pestgedrag, handelt ernstig verwijtbaar.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5633;* de omstandigheid dat door werknemer geen invulling meer kan geven aan het resterende deel van de arbeidsovereenkomst is te wijten aan de houding van werkneemster, die zich niet naar een andere werkplaats wil/kan begeven). Ontbinding op e-grond met toekenning van de transitievergoeding.
- *Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223, «JAR» 2018/68;* seksueel grensoverschrijdend gedrag leidt tot ontbinding wegens ernstig verwijtbaar handelen.

- *Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683, «JAR» 2017/240;* een deskundigenverklaring ex art. 7:671b lid 5 onderdeel b BW kan niet voor het eerst in hoger beroep worden overgelegd.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6567;;* werkneemster handelt ernstig verwijtbaar gelet op het aantal malen dat zij tekort is geschoten in haar wettelijke re-integratieverplichting en het feit dat zij in haar houding volhardde, ook nadat de loonbetalingsverplichting was opgeschort en vervolgens was gestaakt en zelfs nadat het UWV een deskundigenoordeel had uitgebracht. Ontbinding op de e-grond.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5527;* ontbinding arbeidsovereenkomst met werkneemster die klanten betrekt bij een arbeidsconflict door hen te vragen een petitie te ondertekenen op de e-grond.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868;* art. 7:671b lid 5 onderdeel a en b BW houden cumulatieve criteria in. Deskundigenoordeel over re-integratie-inspanningen werkgever kwalificeert niet als een verklaring in de zin van art. 7:671 lid 5.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3942;* arbeidsovereenkomst bankmedewerker wordt op de e-grond ontbonden wegens onregelmatigheden in de verslaglegging van aandelenhandel. Bijzondere positie van deskundige dienstverlener in financiële markt rechtvaardigt ontbinding.
- *Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2964, AR-Updates 2016-0822;* werknemer die nalaat passende arbeid te verrichten handelt verwijtbaar in de zin van art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW.
- *Hof Den Bosch 18 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:495, AR-Updates 2016-0163;* de arbeidsovereenkomst van een agressief rijdende, brokkenmakende buschauffeur is terecht op de e-grond ontbonden zonder toekenning van een transitievergoeding.
- *Ktr. Amsterdam 12 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:694:* een piloot neemt tijdens zijn privétijd deel aan een straatrace waarbij een passant wordt doodgereden. Kantonrechter oordeelt dat de piloot niet ontslagen mag worden.
- *Ktr. Amsterdam 22 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3573;* tramconducteur komt meerdere keren te laat op werk vanwege slaapproblemen. Werknemer is te laat naar de door werkgever aangeboden slaapcoach gegaan. Ontbinding op de e-grond met toekenning transitievergoeding.
- *Ktr. Enschede 12 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:518;* weigeren (passende) functie in Engeland is niet ernstig verwijtbaar. Wel ontbinding op h-grond.
- *Ktr. Roermond 12 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12164;* ontslag op staande voet vernietigd, nu niet kan worden vastgesteld dat werkneemster niet in het bezit is van de diploma's. Wel ontbinding op de e-grond wegens het nalaten van werkneemster een kopie van de diploma's te overleggen.
- *Ktr. Haarlem 4 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10268;* werknemer met vertrouwensfunctie die zijn werkgever niet informeert over de intrekking van zijn VGB handelt ernstig verwijtbaar.
- *Ktr. Enschede 13 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4208;* afwijzing verzoekt tot ontbinding op de e-grond. Werknemer heeft zes maanden lang verbetering laten zien. Het kan niet zo zijn dat incidenten in een ver verleden, zeker als een zeer ruime periode is versterken waarin geen incidenten zijn geregistreerd, een werknemer zijn gehele carrière blijven achtervolgen. Kantonrechter acht mede van belang dat werkgever in de laatste waarschuwing geen eindtermijn heeft gegeven nu het illusoir is om te veronderstellen dat de werknemer tot het einde van zijn dienstverband geen enkele vergissing meer zou begaan.
- *Ktr. Rotterdam 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7907;* verzoek tot ontbinding wegens seksuele intimidatie door leerlingbegeleider afgewezen. Verklaringen van 'horen zeggen' leveren onvoldoende grond op voor het oordeel dat sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen door werknemer.

- *Ktr. Haarlem 28 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7912;* nieuwe overtreding na drie officiële waarschuwingen voor te lang pauze houden rechtvaardigt geen ontbinding op de e-grond omdat de werknemer sinds de laatste waarschuwing tien maanden lang verbetering had laten zien.
- *Ktr. Leeuwarden 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3709;* werknemer heeft seksueel intimiderende WhatsApp-berichten gestuurd naar een 20-jarige sollicitante voor een studentstage. Ontbindingsverzoek werkgever op basis van e- en g-grond afgewezen, nu sprake is van een incident.
- *Ktr. Rotterdam 8 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7996;* wangedrag van een medewerker van een sociale werkplaats vormt geen verwijtbaar handelen gelet op zijn specifieke beperkingen. Wel ontbinding op grond van verstoorde arbeidsverhouding.
- *Ktr. Enschede 4 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3608;* medewerker reclassering houdt in strijd met de gedragscode nauw persoonlijk contact met een vrouwelijke werkgestrafte. Ontbinding op de e-grond met toekenning transitievergoeding.
- *Ktr. Roermond 5 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6508;* ontbinding arbeidsovereenkomst op de e-grond wegens gebruik leaseauto voor privédoeleinden, terwijl dat uitdrukkelijk niet was toegestaan.
- *Ktr. Amsterdam 19 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4273;* tramconducteur die depotgelden gebruikt voor privédoeleinden handelt ernstig verwijtbaat. Zie ook: Ktr. Amsterdam 24 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6673, AR-Updates 2015-0973;
- *Ktr. Rotterdam 6 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4353;* ontbinding arbeidsovereenkomst schoonmaakmedewerkster die ondanks diverse waarschuwingen, mediation en een (op haar verzoek toegewezen) nieuwe leidinggevende jarenlang geen constructieve houding vertoont op grond van verwijtbaar handelen.
- *Ktr. Roermond 4 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3034;* ontbinding arbeidsovereenkomst met vestigingsleider op de e-grond vanwege het verspreiden van onwaarheden en het naar buiten brengen van vertrouwelijke zaken. Van vestigingsleider mag meer discretie worden verwacht dan van een reguliere werknemer.
- *Ktr. Leiden 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4890;* werknemer die zijn reintegratieverplichtingen niet nakomt en zonder redelijke grond weigert zijn medewerking te verlenen aan een mediationtraject handelt ernstig verwijtbaar. Ontbinding op e-grond. Zie ook: Ktr. Utrecht 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748, AR-Updates 2016-0373 en Ktr. Alkmaar 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197, *RAR* 2016/9.
- *Ktr. Enschede 29 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5200;* meenemen van dvd uit afvalcontainer door medewerker afvalbrengpunt in 2016 levert ernstig verwijtbaar handelen op in het licht van disciplinaire maatregel voor vergelijkbaar vergrijp in 1999.
- *Ktr. Enschede 27 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3728;* ontbinding op de e-grond. Werknemer heeft voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst onjuiste informatie verschaft. Zie ook: Ktr. Zwolle 3 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:385o, AR-Updates 2015-0788.
- *Ktr. Amsterdam, 5 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5940;* arbeidsovereenkomst van verzorgende die een dementerende oudere was vergeten waardoor deze de nacht noodgedwongen had doorgebracht in een tillift boven het toilet, wordt niet op d e-grond ontbonden vanwege diens persoonlijke omstandigheden.
- *Ktr. Alkmaar 29 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8280;* werknemers moet een redelijke termijn worden gegund om zich in te stellen op nieuw sanctiebeleid. Gedrag dat eerst werd toegestaan, kan kort na het invoeren van een zero tolerance beleid niet leiden tot ontbinding op de e-grond.
- *Ktr. Almelo 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957, AR-Updates 2016-0842;* Ktr. Almelo 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957, AR-Updates 2016-0842; werkneemster die meermaals niet verschijnt bij de bedrijfsarts, handelt verwijtbaar, maar

niet ernstig verwijtbaar. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.

- *Ktr. Zwolle 21 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2919;* medewerkster kringloopwinkel handelt ernstig verwijtbaar door een fiets af te prijzen en deze vervolgens zelf te kopen. De kantonrechter liet daarbij meewegen dat de werkgever haar beleid ten aanzien van personeelsaankopen strikt handhaafde.
- *Ktr. Leiden 21 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8375, AR-Updates 2016-0815;* ontbindingsverzoek op e-grond afgewezen. Gezien depressieve stoornis is het werknemer in mindere mate toe te rekenen dat hij eventueel verwijtbaar heeft gehandeld door het niet voldoen aan ziekteverzuim- en re-integratieregels.
- *Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2115, AR-Updates 2016-0518;* herhaaldelijke schending van re-integratieverplichtingen door zieke werkneemster leidt tot ontbinding wegens verwijtbaar (maar niet ernstig verwijtbaar) handelen.
- *Ktr. Utrecht 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748, AR-Updates 2016-0373;* werknemer reageert na ziekmelding niet op schriftelijke en telefonische verzoeken van werkgever en bedrijfsarts. Ontbinding wegens ernstig verwijtbaar handelen.
- *Ktr. Den Haag 24 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2017:5675;* supermarktmedewerkster die ondanks diverse waarschuwingen herhaaldelijk niet de leeftijd van klanten controleert bij de verkoop van alcohol en tabak handelt ernstig verwijtbaar. Ontbinding op de e-grond zonder toekenning transitievergoeding.
- *Ktr. Rotterdam 4 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2464, AR-Updates 2016-0374;* door veiligheidsinstructies niet in acht te nemen heeft werknemer, mede vanwege leidinggevende functie, verwijtbaar gehandeld.
- *Ktr. Tilburg 21 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2119;* pas een aantal dagen later per app ziek gemeld en was telefonisch onbereikbaar voor werkgeefster. Arbeidsovereenkomst wordt voorwaardelijk ontbonden.
- *Ktr. Roermond 15 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2190, AR-Updates 2016:0298;* werknemer reageert na ziekmelding niet op schriftelijke en telefonische verzoeken van werkgever en bedrijfsarts. Ontbinding wegens verwijtbaar handelen.
- *Ktr. Rotterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1913, AR-Updates 2016-0276;* ontbinding arbeidsovereenkomst docent in voortgezet onderwijs na strafrechtelijke veroordeling wegens het in bezit hebben en het verwerven van kinderpornografisch materiaal en het heimelijk filmen van derden in zijn woning.
- *Ktr. Leiden 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2924, AR-Updates 2016-0292;* ontbinding arbeidsovereenkomst op de e-grond. Minder vergaande sancties als waarschuwingen en inhouding van salaris zijn voor de werknemer geen aanleiding geweest zijn functioneren en gedrag wezenlijk ten goede te veranderen.
- *Ktr. Groningen 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455, AR-Updates 2016-0231;* geen ontbinding arbeidsovereenkomst van werknemer die in strijd met de geldende veiligheidsregels in een bak op een heftruck een collega lift. Werkwijze was niet ongebruikelijk en werknemer heeft altijd goed gefunctioneerd.
- *Ktr. Haarlem 8 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:879, AR-Updates 2016-0134;* werknemer die tot driemaal toe interne richtlijnen niet opvolgt, handelt verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaat omdat onvoldoende is gebleken dat werknemer welbewust uit was op grensoverschrijdend gedrag. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.
- *Ktr. Haarlem 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1680, AR-Updates 2016-0241;* geen ontbinding arbeidsovereenkomst van grondwerktuigkundige die onder invloed van alcohol op het werk verschijnt. Ondanks grote verantwoordelijkheden en voorbeeldfunctie is ontbinding een te verstrekkend middel vanwege de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en diens opstelling naar werkgever.
- *Ktr. Almere 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715, AR-Updates 2016-0142;* geen ontbinding arbeidsovereenkomst van handtastelijke werknemer die zich onheus uitlaat tegenover zijn werkgever. Werknemer heeft tien jaar goed gefunctioneerd.

- *Ktr. Den Haag 4 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:71, AR-Updates 2016-0037;* ontbinding arbeidsovereenkomst van werknemer die zich laat betalen door een wervings- en selectiebureau voor het aannemen door werkgever van door dat bureau aangebracht personeel. Wel transitievergoeding toegekend.
- *Ktr. Dordrecht 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9892, AR-Updates 2016-0096;* omstandigheid dat eerder onbehoorlijk gedrag in een beoordelingsgesprek aan de orde is gekomen maar niet tot een onvoldoende beoordeling heeft geleid, wordt in het nadeel van werkgever uitgelegd. Verzoek tot ontbinding afgewezen.
- *Ktr. Utrecht 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190, Prg. 2016/49;* arbeidsovereenkomst van werknemer die als vermist is opgegeven en van wie werkgever al een jaar niets heeft vernomen, wordt ontbonden op h-grond. Geen ontbinding op e-grond nu niet kan worden vastgesteld of werknemer van zijn afwezigheid een verwijt valt te maken.
- *Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458, AR-Updates 2015-1322;* het meerdere malen en zonder gegronde reden niet op het werk verschijnen, wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer. Werknemer was reeds meermaals gewaarschuwd. Werkgever is wel de wettelijke transitievergoeding aan werknemer verschuldigd. Zie ook Ktr. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12402, AR-Updates 2015-1085.
- *Ktr. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9381, AR-Updates 2015-1261;* werkneemster is zonder deugdelijke grond re-integratieverplichtingen niet nagekomen.
- *Ktr. Amsterdam 8 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8949, AR-Updates 2015-1258;* zich vanuit een leidinggevende positie ongepast uitlaten jegens en over ondergeschikten is verwijtbaar en levert een redelijke grond op voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In beoordelingsgesprekken is de wijze van communiceren van werknemer herhaaldelijk een punt van aandacht geweest.
- *Ktr. Tilburg 23 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7552, «JAR» 2016/31;* ontbinding arbeidsovereenkomst met docent. Het aan een leerlinge verstrekken van de juiste antwoorden voor een toets, het onderhouden van intieme contacten met de betreffende leerlinge en het op sociale media omschrijven van een collega als een 'irritante ouwe tang' en een 'pokkenwijf' levert ernstig verwijtbaar handelen op als bedoeld in art. 7:673 lid 7 onderdeel c BW. Desondanks wordt met toepassing van art. 7:673 lid 8 BW een transitievergoeding toegekend.
- *Ktr. Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8027, AR-Updates 2015-1160;* werknemer die liegt over kasverschil handelt verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.
- *Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744, AR-Updates 2015-1083;* kinderleidster die vergeet kind op zomerse dag uit de auto te halen, handelt verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaar. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding.
- *Ktr. Arnhem 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7087, AR-Updates 2015-1161;* ontbinding arbeidsovereenkomst wegens schending re-integratieverplichtingen. Geen ernstig verwijtbaar handelen. Zie ook Ktr. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9381, AR-Updates 2015-1261, Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2115, AR-Updates 2016-0518 en Ktr. Almelo 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957, AR-Updates 2016-0842.
- *Ktr. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12402, AR-Updates 2015-1085;* ontbinding arbeidsovereenkomst werknemer die, ondanks verzoeken daartoe, diverse malen niet op het werk is verschenen. Geen ernstig verwijtbaar handelen.
- *Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, AR-Updates 2015-1056;* geen ontbinding op e-grond. Werknemer is er onvoldoende nadrukkelijk op gewezen dat het gebruik van het woord 'nazi' niet meer zou worden getolereerd. Wel ontbinding op de g-grond.

- *Ktr. Haarlem 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9910, AR-Updates 2015-1128;* receptioniste handelt ernstig verwijtbaar door zonder toestemming vertrouwelijke post te openen. Geen transitievergoeding.
- *Ktr. Den Haag 10 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582, AR-Updates 2015-1094;* werknemer die structureel bovenmatige volumes afval aanneemt zonder dit te vermelden op de boordcomputer en beloningen van derde(n) heeft aangenomen handelt, mede gelet op de geldende gedragsregels en richtlijnen, ernstig verwijtbaar.
- *Ktr. Den Haag 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11658, AR-Updates 2015-1020;* werknemer die klant uitscheldt, handelt verwijtbaar maar niet ernstig verwijtbaar. Werknemer is 2009, 2010 en 2012 eerder gewaarschuwd. Ontbinding onder toekenning van de transitievergoeding.
- *Ktr. Eindhoven 30 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5821, Ar-Updates 2015-0997;* het meerdere malen en zonder gegronde reden niet op het werk verschijnen, wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer. Geen transitievergoeding.
- *Ktr. Alkmaar 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197, RAR 2016/9;* het zonder deugdelijke grond niet nakomen van re-integratieverplichtingen leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, waarbij wordt geoordeeld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer.
- *Ktr. Amsterdam 24 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6673, AR-Updates 2015-0973;* tramconducteur die depottegoed aanwendt voor privédoeleinden handelt verwijtbaar. Eerdere verwijtbare gedragingen in 2003, 2012, 2013 en 2014 liggen in een te ver verleden en worden buiten beschouwing gelaten.
- *Ktr. Zaanstad 21 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7994, «JAR» 2015/248;* werknemer die zich bot en onbeschoft uitlaat naar collega's en op onvoorspelbare momenten ontsteekt in woedeaanvallen, handelt verwijtbaar doch niet ernstig verwijtbaar. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding. Werknemer was al meermaals door werkgever gewaarschuwd.
- *Ktr. Zaanstad 16 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7893, AR-Updates 2015-0890;* nu er geen kenbare en op schrift gestelde regels zijn over pinnen voor zorgbehoevenden en melden van notariële volmacht, kan de handelwijze van werknemer niet worden gekwalificeerd als verwijtbaar handelen of nalaten.
- *Ktr. Assen 15 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4342, RAR 2016/10;* geen ontbinding arbeidsovereenkomst bankmedewerker die zonder functionele noodzaak klantgegevens inziet en BKR-toets uitvoert. Ontbinding is een te zware sanctie gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de lengte van het dienstverband.

D.4 De f-grond

- *Hof Den Haag 24 juni 1981, ECLI:NL:GHSGR:1981:AC7267;* eenzijdig opgelegde overplaatsing van verpleegkundige, die uit gewetensnood weigert te assisteren bij een abortus, toegestaan.
- *Ktr. Maastricht 17 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2243, Prg. 2015/118;* ontbinding arbeidsovereenkomst met kandidaat-gerechtsdeurwaarder die vanwege gewetensbezwaren weigert beslag te leggen op roerende zaken.
- *Ktr. Roermond 8 maart 1994, «JAR» 1994/138, ECLI:NL:KTGROE:1994:AG0762;* ontbinding van arbeidsovereenkomst met gewetensbezwaarde croupier die onder werktijd tegen bezoekers uitweidt over zijn bezwaren tegen kansspelen.

D.5 De g-grond

- *HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218, AR 2018-1350:* bevestiging van de Asscher-escape. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat aan ontbinding op de g-grond op zichzelf niet in de weg. De rechter zal wel de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan de werkgever te verwijten is, moeten betrekken

bij de beoordeling of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, en kan daarin aanleiding zien te oordelen dat niet aan de maatstaf voor ontbinding op de g-grond is voldaan.

- *HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, «JAR» 2018/73;* voor ontbinding op de g-grond op verzoek van de werkgever is niet vereist dat sprake is van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan of voortbestaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat op zichzelf evenmin aan ontbinding op de g-grond in de weg. Bij de beoordeling of sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, kan de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan een partij (of aan beide partijen) verwijtbaar is, wel gewicht in de schaal leggen, maar die omstandigheid behoeft op zichzelf niet doorslaggevend te zijn.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3020, «JAR» 2018/106;* het hof toetst de ontbinding door de kantonrechter ex tunc. Dat de voormalig leidinggevende, met wie de werknemer een arbeidsconflict had, inmiddels ergens anders werkt, is voor de beoordeling in hoger beroep irrelevant.
- *Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4231;* ontbinding op de g-grond. Het voortduren van de verstoorde arbeidsverhouding zou in de weg staan aan een goed functioneren van het managementteam.
- *Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2572;* hof beëindigt de arbeidsovereenkomst alsnog op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, veroorzaakt door ontwikkelingen die zich na het vonnis in eerste aanleg hebben voorgedaan.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10176;* stelselmatig niet nakomen van voorschriften m.b.t. ziekmelding leidt tot ontbinding op de g-grond.
- *Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4034;* ontbinding op g-grond ondanks opzegverbod ziekte. Werkneemster weigert mee te verwerken aan verbetertraject arbeidsrelatie.
- *Hof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441;* ontbinding arbeidsovereenkomst op de g-grond na effectief drie maanden te hebben geduurd. Ernstige verwijtbaarheid van werkgever vanwege te snel aansturen op beëindiging. Billijke vergoeding van € 30.000.
- *Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3088;* hof bevestigt ontbinding op de g-grond van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer die zonder toestemming van de werkgever en de bedrijfsarts op vakantie was gegaan.
- *Hof Amsterdam, 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2508;* opzegverbod ziekte verzet zich niet tegen beëindiging arbeidsovereenkomst in hoger beroep wegens g-grond. Verstoorde arbeidsverhouding houdt geen verband met arbeidsongeschiktheid en de gezondheid van de werknemer is gebaat bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.
- *Hof Den Haag 29 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1230, AR Updates 2016-0479;* ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsverhouding. Werknemer is diverse keren gewaarschuwd dat grof en schofferend taalgebruik niet wordt getolereerd.
- *Hof Den Bosch 7 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1367, AR Updates 2016-0418;* ontbinding wegens een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie. Er is sprake van een onwerkbare situatie omdat werkneemster enkel nog via een derde kan communiceren met de voorzitter van het bestuur. Werkneemster beroept zich op de Asscher-escape en stelt dat werkgever een billijke vergoeding aan haar is verschuldigd. Het hof erkent de Asscher-escape als zodanig, maar acht die in casu niet aanwezig.

- *Ktr. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3490;* arbeidsovereenkomst met werknemer die zich na een jarenlang dienstverband niet wil of kan conformeren aan de nieuwe structuur en werkwijze van de werkgever wordt ontbonden op de g-grond.
- *Ktr. Maastricht 26 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1817;* structureel te laat komen rechtvaardigt ontbinding op de g-grond zonder toekenning van een transitievergoeding.
- *Ktr. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2443;* privé-investeringen van werknemer die tot belangenconflict of reputatieschade van werkgever kunnen leiden rechtvaardigt ontbinding op de e-grond, g-grond dan wel h-grond niet.
- *Ktr. Alkmaar 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:872;* een primair zakelijke discussie tussen partijen over de vraag of de functie en arbeidsplaats van de werknemer zijn vervallen, kan geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding rechtvaardigen.
- *Ktr. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454;* ontbinding op de g-grond zonder inachtneming opzegtermijn en onder gedeeltelijke toekenning transitievergoeding, omdat werknemer van logistiek dienstverlener in de haven van Rotterdam is veroordeeld voor bezit van harddrugs in privésfeer.
- *Ktr. Bergen op Zoom 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6287;* turbulent einde van liefdesrelatie tussen werkgever en werknemer werkt door in de arbeidsrelatie tussen beiden. Ontbinding op de g-grond.
- *Ktr. Enschede 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870;* verstoorde arbeidsrelatie is veroorzaakt door de werkgever, nu die op allerlei manieren heeft geprobeerd de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Toekenning billijke vergoeding van € 100.000.
- *Ktr. Rotterdam 5 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5909;* ontbinding op de g-grond van arbeidsovereenkomst omdat voor een goede vervulling van de door de werknemer beklede spilfunctie noodzakelijk is dat wederzijds vertrouwen bestaat tussen werknemer en de directie. Werkgever heeft evenwel ernstig verwijtbaar gehandeld door geen verbetertraject in te zetten.
- *Ktr. Leiden 21 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8375;* afwijzing ontbindingsverzoek op de g-grond. Vanwege een depressieve stoornis is het de werknemer in mindere mate toe te rekenen dat hij eventueel verwijtbaar heeft gehandeld door niet aan de ziekteverzuimregels te voldoen.
- *Ktr. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6261;* ontbinding op g-grond. Werknemer met lang dienstverband is niet meegegaan in de groei en dynamiek die grote bedrijven als dat van werkgever nu eenmaal doormaken. Zie ook: Ktr. Roermond 20 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6261.
- *Ktr. Dordrecht 21 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4851;* ontbinding op de g-grond omdat werknemer tijdens en na diens voorlopige hechtenis onvoldoende contact heeft gehouden met de werkgever en zich onvoldoende heeft ingespannen voor het behoud van zijn baan.
- *Ktr. Rotterdam 15 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4509;* ontbinding arbeidsovereenkomst met werkneemster die telkenmale de kritiek van haar leidinggevende op haar houding, gedrag en wijze van communiceren integraal had afgewezen op de g-grond.
- *Ktr. Rotterdam 15 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4509, AR Updates 2016-0660;* ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie. De ontbinding is met name gelegen in het gedrag en de houding van werknemer, die telkenmale de kritiek van haar leidinggevende op haar houding, gedrag en communicatie integraal heeft afgewezen.
- *Ktr. Groningen 24 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497, AR Updates 2016-0551;* ontbindingsverzoek op de g-grond afgewezen. Weliswaar zijn er irritaties over en weer tussen werknemer en zijn collega's, maar er is geen sprake van een duurzame verstoorde arbeidsverhouding. Bovendien heeft werkgever zich onvoldoende ingespannen om de verhoudingen tussen de collega's te verbeteren.

- *Ktr. Alkmaar 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4296;* verschil van inzicht tussen werknemer en kerkgenootschap over wijze geloofsbelijding leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond.
- *Ktr. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127, AR Updates 2016-0404;* werknemer heeft zich grievend uitgelaten over werkgever en haar medewerkers. De ernst van de verstoring van de arbeidsverhouding is zodanig dat voortzetting in redelijkheid niet kan worden gevergd.
- *Ktr. Leeuwarden 23 maart 2016, ECL:I:NL:RBNNE:2016:1734, AR Updates 2016-2407;* ontbinding op de g-grond vanwege een onoverbrugbaar verschil van inzicht over de invulling en inschaling van de functie van de werknemer, waardoor sprake is van een onwerkbare situatie.
- *Ktr. Utrecht 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1674, AR Updates 2016-0426;* toewijzing ontbindingsverzoek op g-grond. Partijen verschillen fundamenteel van mening over wat van werknemer verwacht mocht worden.
- *Ktr. Leeuwarden 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1126, AR Updates 2016-0272;* ontbinding op de g-grond toegewezen. Werkneemster heeft de door haar in acht te nemen integriteitsnorm ernstig geschonden door haar relatie met een lid van het managementteam te verzwijgen voor de andere leden van het managementteam. Werkgever heeft voorstel tot mediation terecht afgewezen.
- *Ktr. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729, AR Updates 2016-0279;* afwijzing ontbindingsverzoek. Arbeidsrelatie is door brief van werknemer verstoord, maar aan het duurzaamheidsvereiste is niet voldaan. Werkgever heeft niet alleen geen initiatief hiertoe genomen, maar heeft simpelweg geweigerd op het direct door werknemer gedane aanbod tot mediation in te gaan.
- *Ktr. Almere 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971, AR Updates 2016-0182;* ontbindingsverzoek afgewezen. Enkele echtscheiding tussen werkgever en werkneemster is onvoldoende om een duurzaam verstoorde arbeidsrelatie aan te nemen.
- *Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357, AR Updates 2016-0291;* afwijzing ontbindingsverzoek. Werkgever is niet ingegaan op voorstel van werknemer om een mediationtraject te starten, hetgeen wel op haar weg had gelegen, althans van werkgever mocht verlangd worden dat zij zich (meer) had ingespannen om door gesprekken de relatie tussen werkneemster en haar collega te herstellen.
- *Ktr. Leeuwarden 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101, AR Updates 2016-0077;* afwijzing. De verweten gedragingen (waaronder het verplaatsen van de auto van een collega) vallen binnen de sfeer van 'practical jokes' en rechtvaardigen niet het verstrekkende gevolg van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.
- *Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86, AR-Updates 2016-0039;* begrip verstoorde arbeidsrelatie ziet in beginsel op (verticale) gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer en niet op (horizontale) relatie tussen werknemer en zijn collegae. De verstoring in laatstgenoemde relatie kan wel tot gevolg hebben dat de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer ernstig en duurzaam verstoord raakt. Daarvoor is wel vereist dat aan de werknemer ernstige en gefundeerde verwijten kunnen worden gemaakt.
- *Ktr. Groningen 18 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5960, AR Updates 2015-0226;* ontbinding op de g-grond. Nu het merendeel van de incidenten heeft plaatsgevonden in 2011 en 2012, kunnen deze voorvallen nu, eind 2015, niet zomaar weer worden betrokken bij de oordeelsvorming. Aanleiding ontbindingsverzoek komt bovendien uit de lucht vallen.
- *Ktr. Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, «JIN» 2016/28;* door een verbetertraject na te laten en vervolgens aan te sturen op een ontslag wegens disfunctioneren, heeft werkgeefster het risico op een verstoorde arbeidsverhouding zelf in het leven geroepen. Ontbinding onder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer.
- *Rb. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, «JIN» 2016/6;* werkgever streeft ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst na wegens disfunctio-

neren, waardoor door toedoen van werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan. Ernstig verwijtbaar handelen en nalaten werkgever. Ontbinding onder toekenning billijke vergoeding
- *Ktr. Roermond 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8667, AR Updates 2015-1023;* afwijzing ontbindingsverzoek wegens verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van aangaan relatie met collega. Geen redelijke grond.
- *Ktr. Enschede 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899, AR Updates 2015-0805;* ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie nadat vervalste VOG in personeelsdossier is aangetroffen.

D.6 De h-grond

- *HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (Expat/Shell (SIEP));* bankzitter is h-grond en geen a-grond. Vast staat in dit geding dat bij SIEP geen arbeidsplaatsen zijn vervallen waardoor de werknemer wordt geraakt. Herplaatsingsplicht is een redelijkheidstoets met een zekere beoordelingsruimte werkgever. Bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, kunnen ook redelijkheidsargumenten een rol spelen.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4989;* arbeidsovereenkomst is inhoudsloos geworden na beëindiging positie als statutair bestuurder. Ontbinding op h-grond.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden, 12 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:342, «JAR» 2018/48;* de h-grond kan niet worden gebruikt voor het repareren van een op andere onvoldoende onderbouwde ontbindingsgronden. Zie ook: Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86 en Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357, «JAR» 2016/50.
- *Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1770, «JAR» 2017/166;* arbeidsovereenkomst van kinderleidster die met de dood wordt bedreigd ontbonden op de h-grond. Werkgever kan bij tewerkstelling van werkneemster de kinderen niet de veiligheid bieden die zij verplicht is te verschaffen.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2509, «JAR» 2017/150;* ontbinding arbeidsovereenkomst docent met extremistische politieke opvattingen wegens niet geven van voldoende openheid van zaken tijdens zijn sollicitatie op de h-grond.
- *Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2284, «JAR» 2017/106;* h-grond kan niet onvoldragen d-grond repareren, ook niet bij hooggeplaatst personeel.
- *Ktr. Zaanstad 9 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:6535;* ontbinding arbeidsovereenkomst beveiliger op h-grond, nadat vanwege verdenking van strafbaar feit toestemming voor beveiligingswerkzaamheden is ingetrokken.
- *Ktr. Zutphen 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, «JAR» 2017/299;* voortdurende arbeidsovereenkomst heeft door reistijd van drie uur en 50 minuten per dag na bedrijfsverhuizing elke betekenis verloren. Ontbinding op de h-grond.
- *Ktr. Maastricht 11 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4356;* arbeidsovereenkomst met werknemer met psychische problemen die zonder enig bericht van verhindering niet meer op het werk verscheen wordt op de h-grond ontbonden.
- *Ktr. Amersfoort 10 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2501, «JAR» 2017/159;* afwijzing verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst met werknemer die niet het voor zijn functie vereiste diploma heeft behaald doordat de werkgever niet had voldaan aan diens scholingsverplichting ex artikel 7:611a BW.
- *Ktr. Amsterdam 10 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3179;* arbeidsovereenkomst met werknemer die ondanks meerdere examenpogingen niet het voor zijn functie vereiste diploma heeft behaald op de h-grond.
- *Ktr. Maastricht 23 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2084;* ontbinding arbeidsovereenkomst onvindbare werknemer die niet reageert op uitnodigingen van de werkgever op de h-grond.

- *Ktr. Rotterdam 9 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:537;* ontbinding arbeidsovereenkomst met werknemer met meerdere dienstverbanden op h-grond vanwege schending Arbeidstijdenwet.
- *Ktr. Rotterdam 22 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9943, «JAR» 2017/27;* detentie geeft aanleiding tot ontbinding op de h-grond indien niet de omstandigheid 'detentie' zodanig is dat niet in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, waarbij onder de zwaarte van het delict, de duur van de vrijheidsbeneming, de wijze waarop dit afstraalt op de werkgever, de duur van het dienstverband en de leeftijd en arbeidsmarktpositie van de werknemer een rol spelen.
- *Ktr. Tilburg 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5505;* voorlopige hechtenis kan niet worden gelijkgesteld met detentie als bedoeld in de memorie van toelichting, nu voorlopige hechtenis, anders dan detentie, niet is gebaseerd op een strafrechtelijke veroordeling.
- *Ktr. Leeuwarden 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3277, AR-Updates 2016-0761;* ontbindingsverzoek op h-grond afgewezen. De omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de interpretatie van de procesbeschrijving, betekent niet dat sprake is van verschil van inzicht over het te voeren beleid. Er wordt voorbijgegaan aan de door werkgever geschetste gevolgen van de afwijzing van het verzoek, bestaande uit het opstappen van de RvC en de algemeen directeur.
- *Ktr. Leeuwarden 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3277, AR-Updates 2016-0761;* ontbindingsverzoek op h-grond afgewezen. De omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de interpretatie van de procesbeschrijving, betekent niet dat sprake is van verschil van inzicht over het te voeren beleid. Er wordt voorbijgegaan aan de door werkgever geschetste gevolgen van de afwijzing van het verzoek, bestaande uit het opstappen van de RvC en de algemeen directeur.
- *Ktr. Breda 10 juni 2016, AR-Updates 2016-0732;* ontbinding op de h-grond afgewezen. Niet gesteld of gebleken is dat verschillen van inzicht over het te voeren beleid een rol speelden. De ontheffing van werknemer uit zijn functie was met name gelegen in de kritiek op het functioneren van werknemer.
- *Ktr. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316, «JAR» 2016/179;* het verschil van inzicht op het niveau van bestuurder en aandeelhouder is dusdanig groot dat het te kwalificeren is als andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.
- *Ktr. Tilburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143, AR-Updates 2016-0369;* ontbinding op h-grond nu van werkgever niet kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst voort te zetten omdat werknemer niet over een VOG beschikt.
- *Ktr. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882, AR-Updates 2016-0485;* arbeidsovereenkomst directeur wordt op de h-grond ontbonden omdat de directeur en het bestuur van de werkgever diametraal van mening verschillen over de uitkomsten van een kritisch onderzoeksrapport met betrekking tot de Stichting en over het te voeren beleid.
- *Ktr. Groningen 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300, AR-Updates 2016-0514;* ontbinding op h-grond omdat enige opdrachtgever van werkgeefster weigert werknemer met psychische problemen na incident nog toe te laten op haar locaties.
- *Ktr. Maastricht 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771, AR-Updates 2016-0345;* ontbinding op basis van de 'h-grond'. Door intrekking toestemming korpschef kan beveiliger zijn werkzaamheden niet meer uitvoeren en is de arbeidsovereenkomst een 'lege huls' geworden.
- *Ktr. Utrecht 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365, AR-Updates 2016-0290;* ontbinding op h-grond omdat gemeente, waarvan werkgever financieel afhankelijk is, heeft aangedrongen op een andere directeur.

- *Ktr. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322, AR-Updates 2016-0215;* geen voldragen g-grond of h-grond. Arbeidsovereenkomst is niet inhoudsloos geworden, omdat werknemer geen bestuurder is.
- *Ktr. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400, «JAR» 2016/45, m.nt. Dop;* kantonrechter ontbindt op h-grond omdat het verrichten van de op het ondernemersdoel gerichte arbeid niet meer mogelijk is.
- *Ktr. Utrecht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357, «JAR» 2016/50, m.nt. Dop;* beroep op h-grond faalt. Onvoldragen gronden mogen niet tot één redelijke grond worden opgeteld.
- *Ktr. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260, «JIN» 2016/54;* gemeente heeft er, nu de WIW-voorziening al geruime tijd volledig is beëindigd, gerechtvaardigd belang bij dat het dienstverband met werkneemster ook formeel wordt beëindigd. Ontbinding op h-grond.
- *Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86, AR-Updates 2016-0039;* afwijzing ontbindingsverzoek op h-grond. Het is in strijd met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat een nog onvoldoende onderbouwde andere grond of een combinatie van onvoldragen gronden toch een ontslag op de h-grond kan dragen.
- *Ktr. Utrecht 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190, Prg. 2016/49;* arbeidsovereenkomst van werknemer die als vermist is opgegeven en van wie werkgever al een jaar niets heeft vernomen, wordt ontbonden op h-grond. Wel transitievergoeding verschuldigd.
- *Ktr. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702, «JAR» 2016/29;* het enkele feit dat de nieuwe aandeelhouders van een onderneming een door de oude aandeelhouders aangestelde directeur niet geschikt achten voor diens functie, nog voordat de directeur met zijn werkzaamheden is aangevangen, rechtvaardigt geen ontbinding op de h-grond.
- *Ktr. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600, «JAR» 2016/1;* verschil van inzicht op het niveau van bestuur en directeur leidt tot ontbinding op de h-grond.
- *Ktr. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7214, AR-Updates 2015-1024;* geen ontbinding op h-grond van arbeidsovereenkomst met werknemer die zonder toestemming van werkgever op vakantie is gegaan.
- *Ktr. Zutphen 22 september 2015, AR-Updates 2016-0055;* ondanks een verschil van inzicht tussen de bestuurder en de raad van toezicht over het te voeren beleid wordt niet ontbonden op basis van de h-grond, omdat niet is gebleken dat partijen het niet eens zouden kunnen worden.

F. Literatuurverwijzing

F

- Allegra, C.S.M., 'Deeltijdontslag in de kinderopvang', *ArbeidsRecht* 2015/31.
- Barentsen, B & M.A. Schneider, 'Normalisering, integriteit en ontslag', *TAP* 2019/153.
- Bennaars, J.H., 'De opzegging: preventief en duaal, maar dan anders', *TAP* 2014, p. 31-37.
- Beltzer, R.M. en S. Smeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017/2.3.
- Beltzer, R.M. en R.D. Rietveld, 'De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid', *Onderneming en Financiering* 2016-24, par. 5.4.
- Beltzer, R.M., 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014, p. 72.
- Berkhout, D.F. en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht', in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 111-156.
- Blecourt, M. de, 'Stoelendans aan boord van de KLM', *TvO* 2018/2.4.
- Blécourt, M.A. de, 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 en

G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 157-209.
- Blom, J.M.P., 'Disfunctioneren als grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2002/61.
- Boelhouwer, J.W., 'De pensioengerechtigde leeftijd in de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015/25.
- Boot, C.G., A.R. Houweling en M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid, deel 1*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.
- Brink, P.F. van den e.a., *WWZ in Modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 134.
- Broeke, M. ten en I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015-41, par. 3.2.
- Bruyninkcx, E.L.J. en P.C. Vas Nunes, 'De WWZ en gelijke behandeling', *TAP* 2015/172.
- Buijs, D.J., 'Ontslag via CWI of kantonrechter', in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers,* Deventer: Kluwer 2008.
- Coevorden, R.S. van, 'Bijzondere opzegverboden', *TAP* 2014, p. 47.
- Degelink, B., 'Het pensioenontslagbeding onder de Wwz: nuttig of inflexibel', *ArbeidsRecht* 2015/47.
- Degelink, B., '(Door)werken na de AOW-gerechtigde leeftijd onder de Wet werk en zekerheid', *TPV* 2015/13.
- Dekker, F.M., 'De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *ArbeidsRecht* 2015/33.
- Dekker, F.M., *Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- Derks, C.G.B., 'De WWZ en de internationale arbeidsverhouding', *ArbeidsRecht* 2015/4.
- Deventer, H.J. van, 'Disfunctioneren vóór en ná invoering van de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/29.
- Diebels, G.A. 'Drie aspecten van het slapende dienstverband', *ArbeidsRecht* 2017/45.
- Dietz, J. & M. Opdam, 'Ontslag op staande voet na schending re-integratieverplichtingen: mission impossible?', *AR 2019/14.*
- Drongelen, J. van, 'De zogenoemde cao-ontslagcommissie nader beschouwd', *TRA* 2014/85.
- Duk, R.A.A., A. Keizer & H.W.M.A Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden', *TRA* 2018/73.
- Duk, R.A.A., 'Wet Werk en zekerheid en het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2015/87.
- Empel, A.H. van en R. Hansma, 'Praktijkervaring met een cao-commissie', *ArA* 2015/1, p. 47-79.
- Engelsman, J.S. en J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en 2015/13.
- Esveld, N.L.C., 'Ontslag bij langdurige of veelvuldige ziekte: reflexwerking over en weer', *Arbeidsrecht* 2010-30.
- Even, J.H. en E.M. Poutsma, 'De WWZ en disfunctioneren', *TAO* 2016/2.
- Fenema, E. Van en T. Ridder, 'Opzegging op de a- en b- grond volgens de WWZ', *ArbeidsRecht* 2014/50.
- Fluit, P.S., 'Het nieuwe ontslagrecht en de toegang tot de sociale zekerheid', *TRA* 2014/76.
- Fluit, P.S., 'Ziek zijn' en 'zo zijn', Commentaar op het arrest Beckeringh/I-control, *TAP* 2011/3.
- Frankenhuijsen, T.J. van, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken', 2018/5.
- Frikkee, C.J. , 'Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomisch ontslag', 2018/4.

- Fruytier, M.P.A.M., 'Wet werk en zekerheid: en nu vooruit! Of achteruit?', *TAP* 2015/5.
- Gerritse, S. & S.E.J.M. van Well, 'Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de 'Expat/Shell'-beschikking: eindelijk duidelijkheid?', *AR* 2019/23.
- Graaf, L.B. de, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82.
- Graaf, L.B. de, 'Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing', *TRA* 2018/46.
- Grinten, W.C.L. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht, De Wet werk en zekerheid in hoofdlijnen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 491-512 (hfdst. 35).
- Groot, E.W. de, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?' *TRA* 2015/36.
- Hakvoort, K., 'Up or out onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015-16, par. 2.2.
- Hakvoort, K. en P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?', *TAP* 2015-226.
- Heida, R.A., 'Arbeidsomstandigheden en deskundigenoordelen, onderbelicht in de WWZ discussie', *TRA* 2015/58.
- Helm, I. van der, 'Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?', *ArA* 2016/1.
- Hoogeveen, E.M., 'Verslag discussie Nationaal ArbeidsRecht Diner 2015: Procesrecht in de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015/39.
- Hoogeveen, E.M., 'De opzegging met instemming, de beëindigingsovereenkomst en de bedenktermijn: nieuwe wegen vol valkuilen', *ArbeidsRecht* 2014/48.
- Houweling, Kruit & Kersten, 'Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018 van een vast 'muizengaatje' naar een nog vaster 'konijnenhol'', *TAP* 2018/266.
- Houweling, A.R. (red.), *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.
- Houweling, A.R., M.J.M.T. Keulaerds en P. Kruit, *VAAN - VvA Evaluatieonderzoek WWZ,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 17 en p. 23.
- Hulstijn-Botter, M. , 'De stoelendans anno 2018', *ArbeidsRecht* 2018/17.
- Huys, P.J., 'Fraude op de werkvloer: een analyse van de rechtspraak anno 2018', *AR* 2019/37.
- Jansen, S.F & A.J.C. Theunissen, 'Ontslag wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften', *TAP* 2018/213.
- Jansen, N., 'De verhouding tussen cao-leerstukken en het overgangsrecht onder de WWZ', *TAP* 2015/314.
- Jansen, N., 'Houdt de WWZ voldoende rekening met de contractuele grondslag van het cao-recht?' *ArbeidsRecht* 2014/52.
- Jovovic, M. en J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', 2018/18.
- Kind, O. van der, 'Verdringing van betaalde arbeid door vrijwilligerswerk?', *TAP* 2018/1.
- Knipschild, E. en S.J. van IJsendoorn, 'Mediation en de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2016-224.
- Knipschild, E., 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014-5.
- Kouwenhoven, A.J.J. en R. Kamminga, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
- Kroon, J.T. van der, M.R. van der Vos en P.A. Meijer, 'De 'andere omstandigheden' van de h-grond; ruim een jaar op weg', *TRA* 2016/83.
- Kruit, P. en B.J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/02.
- Kruit, P. en L.V.V. Meijers, 'De cumulatiegrond: zijn de puntjes op de 'i' gezet?' *TAP* 2018/161.

- Kruit, P. en I.H. Kersten, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2017: eenzijdig ontslag bereikt historisch dieptepunt', *ArbeidsRecht* 2018/7/8.
- Kruit, P., 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?', *TAP* 2014, p. 52.
- Laagland, F.G. en I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13.
- Lathouwers, M., 'Hoe dienen uitwisselbare functies te worden vastgesteld?', *ArbeidsRecht* 2017/26.
- Lutjens, E., 'Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd: niet voor het geld maar voor het plezier', *TAO* 2015/1, p. 3-4.
- Lutjens, E., 'Naschrift: Geen ontslagvergoeding bij bereiken pensioenleeftijd?', *TPV* 2015/14.
- Maats, D., 'De schuldvraag bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding', *ArbeidsRecht* 2018/19.
- Mees, D.A.D., 'De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking', *TAP* 2019/189.
- Muradin, C., 'De h-grond voor managers en directeuren: for better or for worse?', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017/2.
- Mutlu, C., 'Driehonderd keer ontslag wegens verstoorde arbeidsverhouding', *TAP* 2019/113.
- Olivier, R. en J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67.
- Opdam, J.M., 'De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2015/23.
- Rietveld, R., 'Het gebrekkige afspiegelen door het UWV', *TvO* 2017/1.6.
- Rietveld, R.D. en I. Zaal, 'Het adviesrecht van de OR en de toets van het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag: sanctionering van de WOR via het ontslagrecht', *ArbeidsRecht* 2016/25.
- Sagel, S.F., *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie uitgesproken op 5 september 2014, Universiteit Leiden: 2014, p. 11-12.
- Slooten, J.M. van, 'De drie tijdsdimensies van de a-grond', *TRA* 2016/81.
- Slooten, J.M. van, 'Wat er niet in de Ontslagregeling staat', *NJB* 2015/1189 met een reactie van H. van Drongelen (*NJB* 2015/1678) en een naschrift van J.M. van Slooten (*NJB* 2015/1679).
- Slooten, J.M. van, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- Sprengers, L.C.J., 'Doorvoeren van bedrijfseconomische ontslagen', in: L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015.
- Swelheim, A.J., 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid: van BBA naar BW; voor wie maakt dit verschil?', *TAP* 2014, p. 42.
- Swelheim, A.J., 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51.
- Tuyll van Serooskerken, C.F.J. van, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *ArbeidsRecht* 2015-55, par. 7.4.
- Vaate, D.M.A. Bij de, 'De UWV-procedure oude en nieuwe stijl en art. 6 EVRM', *TRA* 2015/34.
- Vaate, D.M.A. Bij de, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2014.
- Verburg, L.G., 'De raadpleging van de ondernemingsraad en vakorganisaties', in: L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015.
- Vereniging voor Arbeidsrecht, *De cao ontslagcommissie code. Best Practice Rules voor de ontslagcommissie ex artikel 7:671a BW*, Finale versie 1, 17 juli 2015.
- Vestering, P.G. en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.
- Visser, E.T. en R.M.R. Ngalle, 'WWZ en gelijke behandeling', *ArbeidsRecht* 2014/61.

- Vlot, T.J. & A.H. Arntz, 'Privégedragingen en ontslag', *AR* 2018/39.
- Vogel, C., 'De arbeidsrechtelijke aspecten van de bankierseed: een globale verkenning', *TAP* 2016-226.
- Wegener-Belinfante, T.M.J. 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.
- Wetzels, W.J.J., 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?', *TAP* 2014, p. 77.
- Wies, E. en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016-28.
- Wies, E. en M.A. Schneider, 'Twee jaar verwijtbaar handelen door de werknemer: een analyse van de rechtspraak', *ArbeidsRecht* 2017/29.
- Wies, E. en M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *ArbeidsRecht* 2018/30.
- Wits, E.B., 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?', in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid – Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Deventer: Kluwer 2014.
- Wolff, D.J.B. de, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24 .
- Wolff, D.J.B. de, 'Passende arbeid, een kameleontisch begrip', *ArbeidsRecht* 2016/30.
- Zaal, I., 'De arbeidsverhouding na een negatief hertoetsingsoordeel', *TRA* 2016-22, par. 5.3.
- Zwemmer, J.P.H., 'Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid,' *ArbeidsRecht* 2014/60.