



Afstudeeronderzoek

***Disfunctioneren en verwijtbaar handelen als redelijke
grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst***

**Toetsing van:
Afstudeeropdracht
RE441C**

In opdracht van:
Advocatenkantoor Oud-Zuid
Mw. Mr. W. Vermeer

Sivan Fatah
S1073475
Hogeschool Leiden
HBO-Rechten

Dhr. Mr. F. van Steenbergen
Mw. drs. M. Rietmeijer

9 maart 2017

Voorwoord

Beste lezer,

Voor u ligt mijn scriptie 'Disfunctioneren en verwijtbaar handelen als redelijke grond voor ontbinding'. Deze scriptie is in opdracht van advocatenkantoor Oud-Zuid geschreven en in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden.

Ik wil graag gebruik maken van deze gelegenheid om een aantal personen te bedanken. Allereerst Willemijn Vermeer, mijn opdrachtgever. Ontzettend bedankt dat u mij de kans heeft gegeven om een onderzoek te doen voor advocatenkantoor Oud-Zuid. Bedankt voor de tijd en moeite die u heeft gestoken in de begeleiding en ondersteuning tijdens het gehele traject.

Daarnaast wil ik mevrouw Maaïke Rietmeijer en meneer Frank van Steenberg bedanken voor hun feedback, begeleiding en vertrouwen in mij.

Verder wil ik Susan Bahgat en Buket Kilic bedanken voor het meedenken en nalezen van mijn scriptie, maar vooral voor de mentale steun op de momenten dat ik er helemaal doorheen zat. Zonder jullie had ik het de afgelopen jaren een stuk moeilijker gehad.

Ik wil mijn familie bedanken die zo veel geduld met mij heeft gehad en altijd in mij heeft geloofd. En al mijn vrienden die mij hebben gesteund en ieder op hun eigen manier hebben bijgedragen aan het feit dat mijn scriptie nu (eindelijk) afgerond is.

Hoewel het een lange reis was met veel tegenslagen, is het einde nu in zicht. Ik ben dankbaar voor alles wat ik de afgelopen jaren heb geleerd en kan niet wachten om te beginnen aan een nieuw hoofdstuk in mijn leven.

Sivan Fatah

Zaandam, maart 2017

So be patient, with beautiful patience.

Samenvatting

Een werkgever kan een arbeidsovereenkomst met zijn werknemer doen eindigen door deze op te zeggen. Uit art. 7:669 lid 1 BW volgt dat er een redelijke grond moet zijn voor de opzegging. Als een werkgever wil ontbinden op grond van art. 7:669 lid 3 sub d of e BW, moet hij een verzoek tot ontbinding doen. Om te voldoen aan de d-grond, moet eerst sprake zijn van een werknemer die ongeschikt is om zijn werk uit te voeren. Ook mag deze ongeschiktheid niet het gevolg zijn van ziekte of gebreken van de werknemer. Het gaat hier bijvoorbeeld om een werknemer waarvan de prestaties niet voldoen aan de verwachtingen, of een werknemer die niet kan meegroeien met zijn functie. Dan volgt uit het artikel een verplichting voor de werkgever; hij moet de ongeschikte werknemer tijdig in kennis stellen van zijn ongeschiktheid en hem vervolgens in de gelegenheid stellen om zijn functioneren te verbeteren. Tot slot mag de ongeschiktheid niet zijn ontstaan doordat de werkgever onvoldoende zorg heeft gedragen voor scholing of de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat eerst moet vast komen te staan of een werknemer daadwerkelijk ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid. De werkgever dient zijn stellingen concreet te onderbouwen met bijvoorbeeld gespreksverslagen. Tegelijkertijd kijkt de rechter of de werknemer het gestelde disfunctioneren gemotiveerd heeft betwist. Als eenmaal vast is komen te staan dat de werknemer ongeschikt is, bekijkt de rechter of de werknemer wel tijdig in kennis is gesteld van zijn ongeschiktheid. Daarbij zijn bewijsstukken zoals gespreksverslagen wederom van belang om bijvoorbeeld aan te tonen dat de werknemer is gewezen of aangesproken op zijn gedrag. Om te beoordelen of de werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn disfunctioneren te verbeteren, wordt voornamelijk gekeken of er sprake is van een verbetertraject. Daarbij is begeleiding door de werkgever van groot belang. Wat betreft de e-grond moet er sprake zijn van een handelen of nalaten dat de werknemer te verwijten valt. Bij de hiervoor genoemde d-grond is de verwijtbaarheid niet van belang, daar draait het om onmacht en onkunde. Het verschil met de e-grond is, dat het in dit geval om moedwil en onwil gaat. Vervolgens, om te worden aangemerkt als redelijke grond voor opzegging, moet dit handelen of nalaten zo ernstig zijn dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat ook bij deze grond bewijsstukken van belang zijn. Het moet voldoende aannemelijk worden gemaakt dat een werknemer zich verwijtbaar heeft gedragen. Vervolgens, als dat is vast komen te staan, wordt bekeken of het gedrag ernstig genoeg is. Ook moet de werknemer eerder gewaarschuwd zijn dat zijn gedrag ontoelaatbaar is. Als ook dit is vastgesteld, kan de rechter alsnog oordelen dat het gedrag niet verwijtbaar is in de zin van de e-grond. Persoonlijke factoren, zoals een lang dienstverband, onberispelijk functioneren en de sociale positie van de werknemer spelen hierbij een rol.

Inhoudsopgave

<u>Afkortingen</u>	<u>4</u>
<u>Begrippenlijst</u>	<u>5</u>
<u>Hoofdstuk 1 Inleiding</u>	<u>6</u>
1.1 Probleemanalyse	6
1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen	8
1.3 Operationaliseren begrippen	9
1.4 Onderzoeksmethoden	10
<u>Hoofdstuk 2 Juridisch kader</u>	<u>12</u>
2.1 Inleiding	12
2.2 D-grond	13
2.3 E-grond	15
<u>Hoofdstuk 3 Resultaten D-grond</u>	<u>16</u>
3.1 Inleiding	16
3.2 Ongeschikt tot het verrichten van de bedongen arbeid	16
3.3 Tijdig in kennis gesteld en voldoende gelegenheid tot verbetering	24
3.4 Voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden	29
3.5 Conclusie d-grond	29
<u>Hoofdstuk 4 Resultaten E-grond</u>	<u>31</u>
4.1 Inleiding	31
4.2 Gedrag voldoende aannemelijk	31
4.3 Verwijtbaar gedrag	32
4.4 Re-integratie	34
4.5 Conclusie e-grond	35
<u>Hoofdstuk 5 Conclusie</u>	<u>37</u>
<u>Hoofdstuk 6 Aanbevelingen</u>	<u>39</u>
6.1 D-grond	39
6.2 E-grond	40
<u>Literatuurlijst</u>	<u>41</u>
<u>Bijlagen</u>	<u>43</u>

Afkorting

BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BW	Burgerlijk Wetboek
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Begrippenlijst

Arbeidsovereenkomst

De overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Jurisprudentie

Het geheel van uitspraken die door rechters zijn gedaan

Kantonrechter

De rechter die bevoegd is om over o.a. vrijwel alle arbeidsrechtelijke rechtszaken te oordelen.

Ontbinding

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst is een middel voor zowel de werkgever als de werknemer om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Probleemanalyse

Advocatenkantoor Oud-Zuid is een kantoor dat gericht is op verschillende soorten rechtsgebieden, onder andere het arbeidsrecht. Op 1 juli 2015 is het tweede deel van de Wet Werk en Zekerheid (hierna WWZ) in werking getreden wat het ontslagrecht aanzienlijk heeft gewijzigd¹. Voorheen was het ontslagrecht voornamelijk in het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945) geregeld². Met de inwerkingtreding van de WWZ zijn o.a. de ontslagcriteria van het BBA 1945 in het BW opgenomen³. Hoewel het duale ontslagstelsel met de inwerkingtreding van de WWZ in stand is gebleven, kan de werkgever nu niet meer zelf kiezen welke route hij bewandelt⁴. Nu is de ontslagroute afhankelijk van de ontbindingsgrond. In geval van bedrijfseconomische redenen, of langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 7:669 lid 3 sub a en b BW) dient de werkgever op grond van art. 7:671a lid 1 BW schriftelijk toestemming te verzoeken bij het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In alle andere gevallen moet de werkgever op grond van art. 7:671b lid 1 BW de kantonrechter verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit gaat in de meeste gevallen om ontslagen die gebaseerd zijn op factoren die in de persoon van de werknemer zijn gelegen⁵.

Als de werkgever voor de kantonrechterroute kiest, moet hij een verzoek tot ontbinding doen. Dat verzoek moet één van de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 BW bevatten. Ook geldt volgens art. 7:671b lid 1 BW de voorwaarde dat herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet mogelijk is. In de Ontslagregeling zijn nadere regels opgenomen voor de beoordeling van een opzegging wegens economische redenen, voor de beoordeling van de mogelijkheid van herplaatsing en voor de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen⁶. Wat onder een redelijke grond wordt verstaan, is uitgewerkt in art. 7:669 lid 3 BW. Daar staat een limitatieve opsomming van de beëindigingsgronden. Dat betekent dat een werkgever de arbeidsovereenkomst dus nog slechts rechtsgeldig kan opzeggen onder één van die gronden. Verder geldt ook dat verschillende redenen die ieder voor zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, niet mogen worden samengeteld tot één redelijke grond⁷.

¹ Stb. 2014, 274

² Memorie van Toelichting, 2013/2014 p. 22

³ Memorie van Toelichting, 2013/2014 p. 25

⁴ Van Slooten 2015, p. 2

⁵ Treep 2015, p. 177

⁶ Van Genderen e.a. 2015, p. 205

⁷ Verhulp Commentaar op Burgerlijk Wetboek art. 7:669, punt 1. (online, laatst bijgewerkt op 25 maart 2016)

In dit onderzoek zal ik mij specifiek richten op de ontbindingsgronden: disfunctioneren en verwijtbaar handelen of nalaten (de 'd- en e-gronden' van art. 7:669 lid 3 BW).

Behalve nieuwe wet- en regelgeving brengt de WWZ ook veel nieuwe rechtspraak met zich mee. Voor advocatenkantoor Oud-Zuid is de nieuwe wetgeving wel duidelijk. Daarentegen is het nog onduidelijk hoe de jurisprudentie zich hieromtrent heeft ontwikkeld sinds 1 juli 2015. Dit is een probleem voor advocatenkantoor Oud-Zuid, omdat zij cliënten verwachten die zich wensen te verweren tegen een ontbindingsverzoek van hun werkgever. In deze gevallen wil advocatenkantoor Oud-Zuid weten welke argumenten zij het beste kan gebruiken om haar cliënten zo goed mogelijk bij te staan. Aangezien advocatenkantoor Oud-Zuid regelmatig met arbeidsrechtelijke kwesties te maken heeft, is het niet geheel onlogisch dat de advocaten van dit kantoor meer zouden willen weten over de huidige lijn in de jurisprudentie. Zij vragen zich vooral af hoe de jurisprudentie zich sinds de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 heeft ontwikkeld met betrekking tot de d- en e-gronden. De wet- en regelgeving en jurisprudentie voor de invoering van de WWZ is duidelijk voor het advocatenkantoor Oud-Zuid. Daarom zal ik dat ook niet behandelen in mijn onderzoek.

D-grond

De d-grond betreft het disfunctioneren van de werknemer. Wanneer een werknemer ongeschikt is om zijn werk te doen en dat niet door ziekte of gebreken van zijn kant komt, kan dat als een redelijke grond voor opzegging worden gezien. Het gaat hier bijvoorbeeld om een werknemer waarvan de prestaties niet voldoen aan de verwachtingen, of een werknemer die niet kan meegroeien met zijn functie⁸. Deze grond vereist een stevige zorg- en inspanningsplicht van de werkgever, omdat er aan best een aantal voorwaarden moet zijn voldaan om tot een voldragen d-grond te komen⁹. De ongeschiktheid mag bijvoorbeeld niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg voor arbeidsomstandigheden of scholing van de werknemer. Dit houdt in dat de werkgever zijn werknemer indien nodig begeleiding, ondersteuning of scholing aanbiedt. Verder moet de werkgever zijn werknemer tijdig in kennis stellen van zijn disfunctioneren en hem in de gelegenheid stellen om zich te verbeteren. Het is ook erg belangrijk dat de werkgever zijn inspanningen voldoende documenteert (dossiervorming)¹⁰. Wanneer dat niet gebeurt komt dat namelijk voor risico van de werkgever.

⁸ Treep 2015, p. 181

⁹ Roukema & Rutgers 2016, p. 5

¹⁰ Treep 2015, p. 182

Daarnaast kan een werknemer die bepaalde vaardigheden niet beheerst, slechts op die grond worden ontslagen als de werkgever hem voldoende mogelijkheden heeft gegeven om zich daarin te ontwikkelen¹¹. Wat betreft de d-grond is het voor advocatenkantoor Oud-Zuid vooral onduidelijk wanneer een werkgever heeft voldaan aan zijn inspanningsplicht en welke omstandigheden er zwaar meewegen voor de beoordeling van de rechter.

E-grond

De e-grond heeft te maken met verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Bij de hiervoor genoemde d-grond is de verwijtbaarheid niet van belang, daar draait het om onmacht en onkunde. Het verschil met de e-grond is, dat het in dit geval om moedwil en onwil gaat. Daarbij is ook van belang of het gaat om incidenteel of regelmatig terugkerend gedrag¹². Om te worden aangemerkt als redelijke grond voor opzegging, moet dit handelen of nalaten zo ernstig zijn dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hiervan is in ieder geval sprake¹³ als een werknemer zijn verplichtingen van art. 7:660a BW (bij ziekte) niet nakomt of als er sprake is van een dringende reden als bedoeld in art. 7:778 BW. Verder is het van belang dat het voor een werknemer duidelijk is wat zijn werkgever als ontoelaatbaar gedrag ziet¹⁴. Daarnaast hoeft een werkgever in dit geval niet aan te tonen dat herplaatsing in een andere functie niet mogelijk is¹⁵. Met betrekking tot deze ontbindingsgrond vraagt Advocatenkantoor Oud-Zuid zich vooral af welk handelen of nalaten door de rechter als zodanig ernstig wordt gezien, dat van een werkgever niet meer wordt verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit onderzoek is om er door middel van literatuur- en jurisprudentie onderzoek achter te komen welke argumenten advocatenkantoor Oud-Zuid het beste kan gebruiken om haar cliënten zo goed mogelijk bij te staan wanneer zij zich willen verweren tegen de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d of e BW. Door duidelijk te maken hoe de rechter invulling geeft aan de eisen van de wet en in kaart te brengen welke argumenten van advocaten al dan niet standhouden bij de rechter, kan het advocatenkantoor haar cliënten beter bijstaan in de procedure.

¹¹ Van Genderen e.a. 2015, p. 218

¹² Treep 2015, p.82

¹³ Memorie van Toelichting 2013/2014, p. 99

¹⁴ Verhulp, Commentaar op art. 7:669 BW, punt 8 (online, laatst bijgewerkt op 25 maart 2016)

¹⁵ Van Genderen e.a. 2015, p. 219

Centrale vraag:

Welke argumenten kan advocatenkantoor Oud-Zuid het beste gebruiken om haar cliënten zo goed mogelijk bij te staan wanneer zij zich willen verweren tegen de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d of e BW?

Deelvragen:

Om erachter te komen welke argumenten advocatenkantoor Oud-Zuid het beste kan gebruiken om haar cliënten zo goed mogelijk bij te staan, is het van belang om uit te zoeken in welke situaties een arbeidsovereenkomst volgens de literatuur en rechtspraak kan worden ontbonden. Er moet worden gekeken naar wat de vereisten volgens de wet zijn en hoe de rechter daar invulling aan geeft. De volgende deelvragen zijn geformuleerd om daar een antwoord op te geven.

1. Wat zijn volgens de literatuur de wettelijke mogelijkheden voor een werkgever om een arbeidsovereenkomst te ontbinden?
2. Wanneer is volgens jurisprudentie voldaan aan de voorwaarden van de d-grond?
3. Welk handelen of nalaten van de werknemer is volgens jurisprudentie zodanig verwijtbaar dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren?

1.3 Operationaliseren van begrippen

Cliënten

Werknemers die worden geconfronteerd met de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst door de werkgever.

Ontbinding

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Voorwaarden

Rechtsvoorwaarden die volgen uit het betreffende wetsartikel.

1.4 Onderzoeksmethoden

Het theoretisch-juridische onderzoeksgedeelte:

1. Wat zijn de wettelijke mogelijkheden voor een werkgever om een arbeidsovereenkomst te ontbinden?

Om erachter te komen in welke situaties een arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden, is het van belang om uit te zoeken wat de wettelijke mogelijkheden hiervoor zijn. De onderzoeksmethode die hier het beste bij past is wetsanalyse. In de wet- en regelgeving is terug te vinden in welke gevallen een werkgever naar de kantonrechter kan stappen om zijn werknemer te ontslaan en aan welke voorwaarden dat ontslag dan moet voldoen. Om de betrouwbaarheid en validiteit te waarborgen, heb ik niet alleen gebruik gemaakt van de wettekst, maar ook van literatuur over de betreffende artikelen. Tekst & Commentaar heb ik hier in ieder geval bij gebruikt. Ook de volgende boeken heb ik bestudeerd om meerdere bronnen te gebruiken en de kwaliteit van mijn onderzoek te waarborgen:

- D.M. van Genderen, *'Arbeidsrecht in de praktijk', Den Haag, SDU, 2015*
- M. Treep, *'Arbeidsrecht', Den Haag, Boom Juridisch, 2015*

Het praktijkonderzoeksgedeelte:

2. Wanneer is volgens jurisprudentie voldaan aan de voorwaarden van de d-grond?

Werknemers die worden geconfronteerd met de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst vanwege disfunctioneren schakelen vaak een advocaat in om het ontslag aan te vechten. Om deze cliënten zo goed mogelijk bij te staan in de procedure, is het van belang te weten wanneer er volgens de rechter aan de voorwaarden van art. 7:669 lid 3 sub d BW is voldaan. Allereerst moet er sprake moet zijn van disfunctioneren van de werknemer, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken. Vervolgens moet de werkgever zijn werknemer daarvan tijdig in kennis stellen en hem voldoende in de gelegenheid stellen om zich te verbeteren. Tot slot mag de ongeschiktheid niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing of arbeidsomstandigheden van de werknemer. Deze voorwaarden heb ik geanalyseerd door middel van jurisprudentieonderzoek. Om de validiteit te waarborgen heb ik ervoor gekozen om minstens de absolute meerderheid van alle relevante uitspraken te bestuderen. In dit geval waren er 25 relevante uitspraken tussen 1 juli 2015 en 1 november 2016. Daarvan heb ik er dertien gekozen om te gebruiken voor mijn onderzoek. Ik heb deze dertien uitspraken gekozen op basis van de kwaliteit van de motivering. Om de betrouwbaarheid nog verder te waarborgen, heb ik in ieder geval dit onderdeel van het onderzoek met regelmaat aan een medestudent voorgelegd die met mij meedacht.

3. Welk handelen of nalaten van de werknemer is volgens jurisprudentie zodanig verwijtbaar dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren?

Werknemers die worden geconfronteerd met de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst vanwege disfunctioneren schakelen vaak een advocaat in om het ontslag aan te vechten. Om deze cliënten zo goed mogelijk bij te staan in de procedure, is het van belang te weten welk gedrag volgens de rechter wel of niet als zodanig verwijtbaar wordt gezien dat van de werkgever niet wordt verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Zoals eerder gezegd heb ik om de validiteit van het onderzoek te waarborgen, ervoor gekozen om minstens de absolute meerderheid van alle relevante uitspraken te bestuderen. In dit geval waren er vierenzestig relevante uitspraken tussen 1 juli 2015 en 1 november 2016. Daarvan heb ik er drieëndertig gekozen om te gebruiken voor mijn onderzoek. Ik heb deze uitspraken gekozen op basis van de kwaliteit van de motivering. Om de betrouwbaarheid nog verder te waarborgen, heb ik in ieder geval dit onderdeel van het onderzoek met regelmaat aan een medestudent voorgelegd die met mij meedacht.

Hoofdstuk 2 Juridisch kader

§ 2.1 Inleiding

Een werkgever kan een arbeidsovereenkomst met zijn werknemer doen eindigen door deze op te zeggen. Uit art. 7:669 lid 1 BW volgt dat er een redelijke grond moet zijn voor de opzegging. Ook geldt de voorwaarde dat herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn niet mogelijk is. In de Ontslagregeling zijn nadere regels opgenomen voor de beoordeling van een opzegging wegens economische redenen, voor de beoordeling van de mogelijkheid van herplaatsing en voor de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen¹⁶. Wat onder een redelijke grond wordt verstaan, is uitgewerkt in art. 7:669 lid 3 BW. Daar staat een limitatieve opsomming van de beëindigingsgronden. Dat betekent dat een werkgever de arbeidsovereenkomst dus nog slechts rechtsgeldig kan opzeggen onder één van die gronden.

Er zijn twee routes die een werkgever kan bewandelen om de arbeidsovereenkomst met zijn werknemer op te zeggen. In geval van bedrijfseconomische redenen, of langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 7:669 lid 3 sub a en b BW) dient de werkgever op grond van art. 7:671a lid 1 BW schriftelijk toestemming te verzoeken bij het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In alle andere gevallen moet de werkgever op grond van art. 7:671b lid 1 BW de kantonrechter verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit gaat in de meeste gevallen om ontslagen die gebaseerd zijn op factoren die in de persoon van de werknemer zijn gelegen¹⁷. Als de werkgever voor de kantonrechterroute kiest, moet hij dus een verzoek tot ontbinding doen. Dat verzoek wordt slechts ingewilligd indien aan de voorwaarden van art. 7:669 BW is voldaan. Het ontbindingsverzoek moet dus één van de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 BW bevatten. Daarnaast mag er ook geen sprake zijn van de opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW.

Verder geldt dat verschillende redenen die ieder voor zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, niet mogen worden samengeteld tot één redelijke grond¹⁸. Allereerst maakt art. 7:699 lid 1 BW duidelijk dat voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst 'een redelijke grond' is vereist. Vervolgens wordt in lid 3 van dat artikel apart van elkaar en limitatief opgesomd wat als redelijke grond wordt verstaan. Hieruit blijkt dat iedere ontbindingsgrond op zichzelf moet worden beschouwd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat zelfs de h-grond (andere

¹⁶ Van Genderen e.a. 2015, p. 205

¹⁷ Treep 2015, p. 177

¹⁸ Verhulp Commentaar op Burgerlijk Wetboek art. 7:669, punt 1. (online, laatst bijgewerkt op 25 maart 2016)

omstandigheden) niet bedoeld is als een ‘cocktail’ van redelijke gronden. In de Memorie van Toelichting is namelijk terug te vinden dat de vangnetbepaling (h-grond) omstandigheden betreft die niet vallen onder de overige gronden van het artikel¹⁹.

Verder blijkt uit de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer ook de strenge scheiding tussen de gronden. Daaruit volgt namelijk dat in het geval een rechter wordt geconfronteerd met een ontbindingsverzoek (c- t/m h-gronden) waarin de a- of b-gronden ook een rol spelen, “eventuele opgeworpen economische argumenten” niet mogen worden meegewogen in het oordeel²⁰.

§ 2.2 D-grond

Zoals eerder gezegd zal ik mij in dit onderzoek specifiek richten op de ‘d- en e-gronden’ van art. 7:669 lid 3 BW. In art. 7:669 lid 3 sub d BW staat de d-grond geformuleerd. Deze grond kan in drie delen worden gesplitst:

- *de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolg 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*

Er moet volgens de wet dus eerst sprake zijn van een werknemer die ongeschikt is om zijn werk uit te voeren. Ook mag deze ongeschiktheid niet het gevolg zijn van ziekte of gebreken van de werknemer. Het gaat hier bijvoorbeeld om een werknemer waarvan de prestaties niet voldoen aan de verwachtingen, of een werknemer die niet kan meegroeien met zijn functie²¹. De werkgever moet aantonen dat de werknemer niet (langer) voldoet aan de eisen die aan de functie worden gesteld.

Dan volgt uit het artikel een verplichting voor de werkgever; hij moet de ongeschikte werknemer tijdig in kennis stellen van zijn ongeschiktheid en hem vervolgens in de gelegenheid stellen om zijn functioneren te verbeteren. Dat betekent dat de werknemer niet alleen op de hoogte moet worden gesteld van zijn disfunctioneren, maar dat hij ook voldoende tijd moet krijgen om zich te verbeteren. Daarnaast zijn de ontslagcriteria van art. 7:669 BW “*ontleend aan*

¹⁹ Memorie van Toelichting 2013/2014, p. 46

²⁰ Memorie van Antwoord 2013/14, p. 92

²¹ Treep 2015, p. 181

wat in het Ontslagbesluit is opgenomen en op grond van de beleidsregels van UWV geldt”²². Dit betekent daarom in ieder geval dat de werkgever “voldoende contact met de werknemer” dient te hebben gehad “teneinde te trachten verbetering teweeg te brengen in het functioneren van de werknemer”²³. Het is ook erg belangrijk dat de werkgever zijn inspanningen voldoende documenteert (dossiervorming)²⁴. Wanneer dat niet gebeurt komt dat namelijk voor risico van de werkgever.

Tot slot mag de ongeschiktheid niet zijn ontstaan doordat de werkgever onvoldoende zorg heeft gedragen voor scholing of de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Dit houdt in dat de werkgever zijn werknemer indien nodig begeleiding, ondersteuning of scholing aanbiedt. Een werknemer die bepaalde vaardigheden niet beheerst, kan dus slechts op die grond worden ontslagen als de werkgever hem voldoende mogelijkheden heeft gegeven om zich daarin te ontwikkelen²⁵.

De scholingsplicht is nieuw en volgt uit het eveneens nieuwe art. 7:611a BW. Daarin staat dat “de werkgever zijn werknemer in staat moet stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen”. Uit Tekst & Commentaar volgt dat dit een verdere invulling van het goed werkgeverschap is²⁶.

Deze grond vereist dus al met al een stevige zorg- en inspanningsplicht van de werkgever, omdat er aan best een aantal voorwaarden moet zijn voldaan om tot een voldragen d-grond te komen²⁷.

²² Memorie van Antwoord 2013/14, p. 56-57

²³ UWV 2013, p. 222.

²⁴ Treep 2015, p. 182

²⁵ Van Genderen e.a. 2015, p. 218

²⁶ Verhulp, Commentaar op art. 7:611a BW (online, actueel tot 1 juli 2016)

²⁷ Roukema & Rutgers 2016, p. 5

§ 2.3 E-grond

In art. 7:669 lid 3 sub e BW staat de e-grond geformuleerd. Deze grond kan in twee delen worden gesplitst:

- *verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer*
- *zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren*

Er moet sprake zijn van een handelen of nalaten dat de werknemer te verwijten valt. Bij de hiervoor genoemde d-grond is de verwijtbaarheid niet van belang, daar draait het om onmacht en onkunde. Het verschil met de e-grond is, dat het in dit geval om moedwil en onwil gaat. Daarbij is ook van belang of het gaat om incidenteel of regelmatig terugkerend gedrag²⁸.

Verder wordt zowel in de wet als in de parlementaire stukken niet uitgelegd wat wordt verstaan als verwijtbaar handelen. Er wordt slechts aangegeven dat het eerst aan de werkgever is om te bepalen of het gedrag van de werknemer een reden is voor ontslag²⁹.

Vervolgens, om te kunnen worden aangemerkt als redelijke grond voor opzegging, moet dit handelen of nalaten zo ernstig zijn dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hiervan is in ieder geval sprake³⁰ als een werknemer zijn verplichtingen van art. 7:660a BW (bij ziekte) niet nakomt of als er sprake is van omstandigheden die een dringende reden voor ontslag als bedoeld in art. 7:778 BW kunnen opleveren, zoals diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven.

Ook is het van belang dat het voor een werknemer duidelijk is wat zijn werkgever als ontoelaatbaar gedrag ziet³¹. Daarnaast mag een werkgever uiteraard geen buitensporige eisen stellen, die bijvoorbeeld in strijd zijn met wet- en regelgeving. En tot slot hoeft een werkgever in dit geval niet aan te tonen dat herplaatsing in een andere functie niet mogelijk is³².

²⁸ Treep 2015, p.82

²⁹ Memorie van Toelichting, 2013/2014 p. 44-45

³⁰ Memorie van Toelichting 2013/2014, p. 99

³¹ Verhulp, Commentaar op art. 7:669 BW, punt 8 (online, laatst bijgewerkt op 25 maart 2016)

³² Van Genderen e.a. 2015, p. 219

Hoofdstuk 3 Resultaten d-grond

§ 3.1 Inleiding

Zoals in art. 7:669 lid 3 sub d BW staat, kijkt de rechter naar verschillende voorwaarden om te beoordelen of een verzoek tot ontbinding op grond van de d-grond gegrond is. Het is echter de vraag wat er wordt verstaan onder:

- 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 voor scholing van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer.

Door dertien van de vijventwintig relevante uitspraken tussen 1 juli 2015 en 1 november 2016 te analyseren, ben ik erachter gekomen hoe de rechter invulling geeft aan deze punten.

Sommige voorwaarden spreken voor zich en zijn niet uitgebreid behandeld in de uitspraken.

Andere daarentegen zijn wel uitvoerig behandeld. In dit hoofdstuk zal ik in ieder geval al mijn bevindingen met betrekking tot de voorwaarden van de d-grond behandelen.

§ 3.2 Ongeschikt tot het verrichten van de bedongen arbeid

Dat een werkgever de arbeidsovereenkomst met zijn werknemer niet mag ontbinden op grond van disfunctioneren als dat het gevolg is van ziekte of gebreken is duidelijk verwoord in de wet. De termen 'ziekte' en 'gebreken' worden echter niet gedefinieerd in de wet. Het spreekt natuurlijk voor zich dat de rechter niet hoeft te beoordelen wanneer er sprake is van ziekte of gebreken. Daarnaast was er in geen enkele zaak sprake van ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken. Het enige wat mij in dit kader opviel tijdens het bestuderen van de uitspraken, is dat de rechter maar in twee van de dertien uitspraken³³ concludeert dat er geen sprake van ziekte of gebreken is. Alhoewel, als daar volgens de werknemer wel sprake van zou zijn, is het vanzelfsprekend dat hij dat zelf zou moeten stellen en aantonen.

³³ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296 en Rechtbank Limburg 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

Verder ben ik er door de verschillende uitspraken te bestuderen achter gekomen dat om te beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden van de d-grond, de rechter allereerst beoordeelt of de gestelde ongeschiktheid daadwerkelijk als disfunctioneren kan worden gezien. Hij kijkt hierbij naar de onderbouwing van zowel de stelling van de werkgever als de betwisting van de werknemer. Ik heb tijdens het analyseren van de uitspraken in eerste instantie bekeken welke omstandigheden ertoe hebben geleid dat de werkgever een verzoek tot ontbinding heeft ingediend bij de rechter. Met andere woorden, wat de gestelde ongeschiktheid is. Vervolgens heb ik gekeken naar hoe de rechter daarover oordeelt. In welke gevallen is de rechter van mening dat er sprake is van ongeschiktheid en in welke gevallen juist niet? En welke factoren spelen bij die beoordeling een rol? De uitkomst hiervan heb ik in tabel 1 verwerkt en zal ik in deze paragraaf verder toelichten.

Wat blijkt is dat vooral het opbouwen van een dossier van belang is. De rechter kijkt namelijk of uit de ingediende documenten voldoende blijkt dat de werknemer niet geschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid. Het oordeel van de rechter hierover heb ik verwerkt in tabel 2. Daarin staan drie topics:

1. Uit de verslaglegging blijkt dat er sprake is van de gestelde ongeschiktheid
2. Uit de verslaglegging blijkt dat er **geen** sprake is van de gestelde ongeschiktheid
3. De verslaglegging is niet (voldoende) concreet.

In de meeste gevallen worden verslagen van functioneringsgesprekken en beoordelingen van de werkgever ingebracht. Soms is enkel een negatieve beoordeling al voldoende om vast te stellen dat de werknemer ongeschikt is. In sommige gevallen speelden het oordeel van de bedrijfsarts of een schriftelijke waarschuwing ook een rol. Hieronder staat een overzicht van de ingebrachte documenten bij de geanalyseerde uitspraken. De nummering komt overeen met die van de tabellen in de bijlage.

	Gespreks- verslag	Oordeel bedrijfsarts	Beoordeling door WG	E-mails	Klachten	Waarschuwing
1	✓					
2	✓		✓			
3			✓			
4			✓		✓	
5	✓		✓			
6	✓					
7	✓	✓				
8	✓		✓	✓		
9	✓		✓			
10			✓			
11	✓		✓	✓	✓	✓
12	✓		✓			
13	✓		✓			

§ 3.2.1 Uit de verslaglegging blijkt dat er sprake is van de gestelde ongeschiktheid

De werkgever kan ter onderbouwing van zijn stelling dat de werknemer niet goed functioneert documenten indienen. In zeven van de dertien uitspraken die ik heb geanalyseerd, bleek uit de ingediende documenten dat de werknemer ongeschikt was tot het verrichten van zijn werk. Hoewel bij al deze uitspraken de documenten een doorslaggevende rol hadden, waren natuurlijk niet in elke uitspraak de documenten en omstandigheden hetzelfde. In tabel 2 staat kort en schematisch weergegeven wat de gestelde ongeschiktheid van de werknemer was en hoe de rechter daarover heeft geoordeeld. In deze paragraaf zal ik dit van iedere uitspraak verder toelichten.

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 22 juli 2015³⁴ stelde de werkgever dat de werknemer niet heeft kunnen voldoen aan de eisen die aan zijn functie worden gesteld. De rechter in deze zaak oordeelt dat dit op basis van de aangevoerde stukken voldoende is vast komen te staan. In het functiebouwwerk van de stichting staat namelijk dat de werknemer onder andere leiding en sturing dient te geven aan het onderwijs en de organisatie van de school. Uit de door de werkgever overgelegde nota van het onderzoekstraject en de verslagen van evaluatiegesprekken blijkt volgens de rechter dat het de werknemer ontbreekt aan duidelijke en heldere leiderschapskwaliteiten, waardoor hij niet voldoet aan de gestelde functie-eisen. Het verweer van de werknemer dat die trajecten op zijn initiatief en gericht op het hele team plaatsvonden, doet volgens de rechter overigens niet af aan de terugkerende vaststelling dat het bij de werknemer in zijn functie als directeur ontbreekt aan helder en duidelijk leiderschap. De rechter overweegt dat niet alleen de werkgever, maar het merendeel van de directbetrokkenen zich hebben uitgesproken over het gebrek aan leiderschap van de werknemer. Daarnaast heeft de inspectie van het Onderwijs zich ook negatief uitgelaten over de werknemer.

De rechter in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016³⁵ concludeert dat de werkneemster ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid, omdat zij niet de vereiste competenties bezit om haar functie succesvol te kunnen uitoefenen. Dit betekent dat om te voldoen aan de functie-eisen er niet alleen naar de taken die bij de functie horen wordt gekeken, maar dus ook naar competenties. In dit geval gaat het om een werknemer die niet goed kan prioriteren en plannen, wat uit meerdere functioneringsverslagen blijkt. De rechter overweegt hier dat het niet is gebleken dat de werknemer het oneens was met de kritiek op zijn functioneren. Niet alleen heeft hij geen (schriftelijke) reactie op het verslag van mei 2015

³⁴ Rechtbank Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI-NL-RBNNE-2015-3611.

³⁵ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI-NL-RBMNE-2016:1296.

gegeven, uit de verslagen van juni en september 2015 blijkt zelfs dat hij de kritiek herkent. In dit geval leiden de overgelegde functioneringsverslagen in samenhang met de onvoldoende betwisting van de werknemer, tot de conclusie dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid.

Ook in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 26 oktober 2016³⁶ is de rechter van oordeel dat als de werknemer niet voldoet aan de competenties waarover zij dient te beschikken, er sprake is van disfunctioneren. In deze zaak was de werknemer van mening dat zij wel over de vereiste competenties beschikt. De rechter oordeelde echter dat de werknemer dit, *'gelet op de inhoud van alle functionerings- en beoordelingsgesprekken, de plannen van aanpak, de tussentijdse en schriftelijk vastgelegde gesprekken en de DNA-scan'*, bezwaarlijk kon volhouden.

Volgens de rechter in de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 15 april 2016³⁷ is voldoende vast komen te staan dat de werknemer niet goed functioneert in de uitoefening van haar functie. De werkgever heeft duidelijk aangegeven waaruit het disfunctioneren bestaat, namelijk dat de werknemer niet beschikt over strategische, leidinggevende en conflict-oplossende capaciteiten die nodig zijn om haar functie adequaat te vervullen. Ter onderbouwing daarvan heeft de werkgever e-mails overgelegd waarbij concrete voorbeelden zijn genoemd. Dat de werknemer haar functioneren deels heeft verbeterd, doet niet af aan het feit dat het functioneren op de overige punten nog steeds onvoldoende is. Daarnaast heeft de werknemer niet concreet genoeg aangegeven waarom de geuite kritiek niet klopt. Zij heeft slechts aangevoerd dat die kritiek vooral ziet op haar optreden in het managementteam, maar dit is een belangrijk deel van de functie. Gelet daarop is het de rechter niet gebleken dat er sprake zou zijn van een valse ontslaggrond, zoals door de werknemer is aangevoerd.

De werknemer in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 juni 2016³⁸ miste cruciale basiskennis. Uit het beoordelingsverslag blijkt dat de werknemer duidelijk is gemaakt dat het afronden van een economische opleiding een harde eis is. De werknemer in deze zaak gaf aan dat zij een klacht had ingediend tegen haar beoordeling, maar de rechter laat meewegen dat die klacht niet in het geding is gebracht en dat de werknemer ook niet heeft aangevoerd op welke punten zij het niet eens was met de beoordeling. Daarnaast lijkt het er volgens de rechter ook op dat de werknemer zich bij de beoordeling had neergelegd, aangezien zij aangaf *'samen te willen kijken naar een andere functie'*. Ook het verweer van de werknemer dat zij dacht dat haar

³⁶ Rechtbank Limburg 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

³⁷ Rechtbank Noord-Holland 15 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016-9038.

³⁸ Rechtbank Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT-2016-4136.

functioneren in orde was, omdat haar dienstverband werd verlengd, wordt door de rechter afgewezen. De rechter overweegt namelijk dat *‘de verlenging moet worden gezien tegen de achtergrond van de start met een HBO studie, waarmee werknemer haar vakinhoudelijke kennis op het gewenste niveau zou kunnen krijgen, waarop werkgever naar eigen zeggen heeft vertrouwd’*.

De rechter in de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 13 juni 2016³⁹ stelt voorop dat het een werkgever *‘vrij staat om binnen redelijke grenzen van de werknemer te verlangen dat hij op een bepaalde wijze zijn werkzaamheden verricht’*. In dit geval is de werknemer regelmatig aangesproken op zijn wijze van communiceren en dat hij als leidinggevende te weinig initiatief neemt. Dit blijkt uit beoordelingen, klachtbrieven, verslagen van evaluatiegesprekken, een schriftelijke waarschuwing en een e-mail waarin de kritiek door de werknemer wordt erkend. Het valt de rechter in deze zaak op dat er een discussie gaande blijft over wat van de werknemer mag worden verwacht. Het is hem daarbij niet gebleken dat er onredelijke functie-eisen zijn gesteld, of andere eisen dan aan vergelijkbare collega's. Aangezien het ook niet is gebleken dat de werknemer zijn functioneren heeft verbeterd, concludeert de rechter dat de werknemer stelselmatig en gedurende een lange periode heeft gedysfunctioneerd.

§ 3.2.2 Uit de verslaglegging blijkt dat er **geen** sprake is van de gestelde ongeschiktheid

In twee van de dertien uitspraken waren wel relevante documenten ingediend, maar daaruit bleek volgens de rechter juist dat er géén sprake was van disfunctioneren. In beide uitspraken refereren de werkgevers aan documenten die eigenlijk het tegendeel van hun stelling bewijzen. Ook deze uitspraken zijn in het overzicht van tabel 2 terug te vinden.

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 2 december 2015⁴⁰ wijst de werkgever op een aan de werknemer te wijten ernstig verstoorde arbeidsverhouding in 2009 waarna het tijdelijke dienstverband van rechtswege is beëindigd. Desondanks is de werknemer vervolgens een nieuw dienstverband aangeboden, welke is omgezet in een contract voor onbepaalde tijd. De rechter overweegt daarom, ook aangezien het functioneren in de tussentijd als overwegend positief werd beoordeeld, dat dit vermeende disfunctioneren voor de beoordeling van het geschil buiten beschouwing wordt gelaten. Verder maakt de werkgever melding van een door een klant ingediende klacht over de werknemer. Ook dit laat de rechter buiten beschouwing, omdat het functioneren van de werknemer na deze klacht als positief is beoordeeld. Wat betreft de overige klachten jegens de werknemer is er een verbetertraject gestart. Uit een verslag van

³⁹ Rechtbank Noord-Holland 13 juni 2016, ECLI-NL-RBNHO-2016-9096.

⁴⁰ Rechtbank Noord-Nederland 2 december 2015, ECLI-NL-RBNNE-2015-5620.

het evaluatiegesprek leidt de rechter af dat dit traject positief is verlopen. Vervolgens is het functioneren van de werknemer wederom positief beoordeeld. Bovendien merkt de rechter op dat er sindsdien geen nieuwe klachten over de werknemer zijn binnengekomen. Tot slot worden *'kleine signalen'* van het afdelingshoofd en *'een onderbuikgevoel'* omtrent de samenwerking, aan het verzoek tot ontbinding ten grondslag gelegd. De rechter stelt hier vast dat deze *'kleine signalen'* niet voldoende zijn onderbouwd door de werkgever.

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 5 juli 2016⁴¹ wijst de werkgever ter onderbouwing van zijn stelling op het verslag van een beoordelingsgesprek. Daarin staat als eindoordeel een – C-, met als opmerking dat de werknemer nog niet het gewenste functieniveau heeft bereikt. Volgens het hof heeft de werkgever met dit verslag niet genoeg onderbouwd dat er sprake is van disfunctioneren. Er is als eindoordeel een –C- gegeven, wat volgens het beoordelingsformulier erop duidt dat de werknemer op voldoende niveau functioneerde. Als aan het eindoordeel een andere betekenis zou moeten worden toegekend, had de werkgever dat duidelijk moeten onderbouwen. Het hof geeft in deze zaak betekenis aan de stelling van de manager tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg. Hij heeft namelijk verklaard dat het beoordelingsgesprek tijdens de overgang van de oude naar de nieuwe functie plaats vond. Het oude werk is als goed beoordeeld en het nieuwe werk niet. De beoordeling zijn volgens de verklaring *'over die verschillende werkzaamheden als het ware gemiddeld'*. Dat betekent dat het functioneren van de werknemer over het geheel genomen dus voldoende is beoordeeld.

§ 3.2.3 De verslaglegging is niet (voldoende) concreet

Bij deze topic gaat het niet om documenten waaruit blijkt dat er geen sprake is van disfunctioneren, maar juist om documenten die zo onduidelijk zijn dat op basis daarvan niet kan worden vastgesteld dat de werknemer ongeschikt is. Hier was in vijf van de dertien uitspraken sprake van.

In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 5 oktober 2015⁴² oordeelt de rechter dat het voor de beoordeling van de geschiktheid van de werknemer van belang is of hij voldoet aan de functie-eisen. In deze zaak stelt de rechter vast dat dit niet voldoende is aangetoond door de werkgever. De rechter overweegt vervolgens dat het kan voorkomen dat een werknemer *'ongeschikt is voor het verrichten van de bedongen arbeid, terwijl hij wel voldoet aan de taken die volgens de functieomschrijving op hem rusten'*. In dat geval dient er dan wel sprake te zijn van een handelen of nalaten dat de werknemer ongeschikt maakt. Wat daaronder kan worden

⁴¹ Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.

⁴² Rechtbank Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.

verstaan wordt verder niet uitgelegd. Er wordt wel geoordeeld dat het onvermogen om samen te werken, slechte communicatie en een gebrek aan respect in ieder geval niet als een dergelijk handelen of nalaten kan worden gezien. De werkgever in deze zaak was tijdens de beoordeling kritisch wat betreft de opstelling en communicatie van de werknemer. Het valt de rechter in dit geval op dat de negatieve beoordeling niet is toegelicht met concrete feiten of gedragingen van de werknemer. Hierover zegt de rechter dat het de werkgever vrij staat om bepaalde verwachtingen te hebben van zijn werknemer in houding en gedrag. Echter, voordat die houding en gedrag als onvoldoende functioneren kunnen worden gekwalificeerd, moet dat oordeel wel gebaseerd zijn op *‘concrete, voor de werknemer herkenbare en objectieveerbare feiten die dat oordeel rechtvaardigen’*. Dit volgt niet uit de beoordeling, waardoor die volgens de rechter niet voldoet aan de eisen die men daar redelijkerwijs aan mag stellen.

In de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 16 oktober 2015⁴³ stelt de werkgever dat de kostenoverschrijdingen, te late detectie daarvan en het onvermogen om er grip op te krijgen aantonen dat de werknemer ongeschikt is. De rechter overweegt dat *‘op basis van de voorhanden zijnde gegevens onduidelijk is of de werknemer tekort is geschoten in zijn functie’*. Er is geen verslaglegging van wat is besproken nadat de kostenoverschrijdingen zijn opgedoken. Verder blijkt uit het beoordelingsverslag ook niet dat de werkgever serieus twijfelt aan de managementcapaciteiten van de werknemer. Er staat zelfs dat de werkgever ervan overtuigd is dat als de werknemer actie onderneemt, hij het goed doet. De rechter oordeelt dan ook dat de feiten en omstandigheden in dit geval geen redelijke grond voor ontbinding opleveren.

Dat het niet voldoen aan de functie-eisen als een ongeschiktheid kan worden gezien, volgt ook uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 maart 2016⁴⁴. In deze zaak overweegt de rechter dat het bij disfunctioneren moet gaan om *‘het op een onjuiste wijze vervullen van taken en/of het in onvoldoende mate voldoen aan de functie-eisen’*. Hier wordt dus een criterium vastgesteld. De werkgever in deze zaak stelt dat daarvan sprake is, omdat de werknemer een essentieel probleem heeft met de aard en inhoud van zijn werk waardoor hij niet meer binnen de bedrijfscultuur en klantenkring van de werkgever past. Ter onderbouwing van zijn stelling verwijst de werkgever allereerst naar de rapporten van de bedrijfsarts waarin is opgenomen dat de werknemer *‘een mismatch zou ervaren tussen hem en de inhoud van zijn werk’*. Verder wordt ook verwezen naar een gespreksverslag en een samenvatting van de loopbaanreflectie waaruit volgt dat de werknemer niet meer gedetacheerd wilde worden en zijn werk als onprettig ervoer. De rechter gaat er op grond van de overgelegde stukken van uit dat

⁴³ Rechtbank Overijssel 16 oktober 2015, ECLI-NL-RBOVE-2015-4663.

⁴⁴ Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.

de werknemer in ieder geval heeft geuit dat hij niet gelukkig was met zijn werk. Dit is volgens de rechter echter niet genoeg om aan te nemen dat er sprake is van een redelijke grond voor ontbinding. De reden hiervoor is dat de werkgever naar het oordeel van de rechter niet voldoende heeft onderbouwd dat de weerstand van de werknemer tegen zijn huidige werk zo groot zo zijn dat hij niet (meer) in staat is om zijn functie op een goede manier te vervullen.

§ 3.2.4 Conclusie

Uit de verschillende uitspraken die ik heb bestudeerd blijkt dat het voor beide partijen van belang is om de stelling goed te onderbouwen met bewijsstukken. In gespreksverslagen en beoordelingen kan namelijk worden afgelezen of er kritiek is geweest op het functioneren van de werknemer of dat hij niet voldoet aan de gestelde functie-eisen. Om te voldoen aan de functie-eisen wordt er bijvoorbeeld gekeken naar wat de taken zijn die bij de functie horen en of uit de overgelegde stukken blijkt dat de werknemer daar niet aan voldoet. Daarbij zijn ook de competenties van de werknemer belangrijk, omdat die nodig zijn om de taken succesvol te kunnen uitvoeren. Verder is het niet alleen van belang dat kritiek op het functioneren van de werknemer door de werkgever wordt aangekaart, maar ook dat die kritiek voldoende wordt onderbouwd. Een negatieve beoordeling moet dus bijvoorbeeld worden toegelicht met concrete feiten en gedragingen van de werknemer. En als aan een positieve beoordeling een andere betekenis moet worden toegekend dan die in het verslag staat, moet de werkgever dat dus ook duidelijk onderbouwen. Daarnaast laat de rechter bepaalde klachten over de werknemer buiten beschouwing, als de werknemer zich naar aanleiding daarvan heeft verbeterd en als zijn functioneren vervolgens positief is beoordeeld.

Het blijkt ook van belang te zijn óf en hoe de werknemer heeft gereageerd toen hij op zijn disfunctioneren is aangesproken. De rechter hecht veel belang aan die reactie. Als de werknemer heeft gezegd dat hij samen wil kijken naar een andere functie, of dat hij aan zijn functioneren zal gaan werken, blijkt volgens de rechter dat die werknemer zich bij de beoordeling heeft neergelegd. Als een werknemer aangeeft dat hij het niet eens was met een beoordeling terwijl hij dat niet aan de werkgever kenbaar heeft gemaakt, passeert de rechter die stelling. Zelfs als de werknemer het wel heeft aangekaart, moet hij dat nog concretiseren door duidelijk aan te geven waarom de kritiek bijvoorbeeld niet klopt. Tot slot betekent het feit dat een dienstverband is verlengd niet zonder meer dat het functioneren goed is. Dat ligt aan de omstandigheden van het geval. In de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 juni 2016⁴⁵ werd het de werknemer steeds duidelijk gemaakt dat zij zonder diploma niet voldeed aan de

⁴⁵ Rechtbank Rotterdam 1 juni 2016, ECLI-NL-RBROT-2016-4136.

functie-eisen en dat zij dan niet bij de werkgever kon blijven werken. Daarom kon zij niet de aanname maken dat zij door het verlengen van haar dienstverband wel aan de eisen voldeed. Voor de werknemer in de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 2 december 2015⁴⁶ was er echter geen aanleiding om te denken dat zijn functioneren niet goed was, aangezien dat functioneren na de verlenging van het dienstverband overwegend positief was beoordeeld.

§ 3.3 Tijdig in kennis gesteld en voldoende gelegenheid tot verbetering

§ 3.3.1 Tijdig in kennis gesteld

Als de ongeschiktheid van een werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid is vastgesteld door de rechter, staat het logischerwijs ook vast dat hij daarvan al in kennis was gesteld. De vraag is natuurlijk wanneer een werknemer al dan niet tijdig in kennis is gesteld. Ik heb geen duidelijke lijn kunnen vinden waaruit blijkt wanneer iemand wel of niet tijdig in kennis is gesteld. Sterker nog, de rechter oordeelt hier nauwelijks over.

Het blijkt hierbij in ieder geval ook van belang te zijn om door middel van de e-mails, gespreksverslagen, beoordelingen, assessments en dergelijke aan te tonen of de werknemer daadwerkelijk tijdig in kennis is gesteld. Daaruit moet bijvoorbeeld blijken dat er kritiek is op het functioneren van de werknemer zoals in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016⁴⁷ het geval was. Of de werknemer het al dan niet met die kritiek eens was, is niet van belang. Het gaat immers om de vraag óf hij (tijdig) in kennis is gesteld.

In de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 april 2016⁴⁸ concludeert de rechter dat de werknemer in ieder geval uit de inhoud van een gespreksverslag uit 2014 moest begrijpen dat de werkgever kritiek had op zijn houding, gedrag en motivatie. In deze zaak was overigens niet vast komen te staan dat er sprake was van ongeschiktheid, omdat de werknemer dat gemotiveerd had betwist.

Verder kijkt de rechter of de werknemer is gewezen of aangesproken op het gestelde disfunctioneren. In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 maart 2016⁴⁹ is dit mooi geformuleerd. De rechter stelt in die zaak dat de werknemer op een zodanige manier moet worden geconfronteerd met de hem verweten tekortkomingen, dat hij nog een reële kans heeft om de gewenste verbetering in zijn functioneren tot stand te brengen.

⁴⁶ Rechtbank Noord-Nederland 2 december 2015, ECLI-NL-RBNNE-2015-5620.

⁴⁷ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

⁴⁸ Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411.

⁴⁹ Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.

Tot slot is een werknemer in ieder geval tijdig in kennis gesteld als er tweeëneenhalf jaar zijn verstreken sinds zij voor het eerst in kennis is gesteld van haar disfunctioneren, zo blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Limburg van 26 oktober 2016⁵⁰.

§ 3.3.2 Voldoende gelegenheid tot verbetering

Zoals in § 3.2.1 toegelicht, oordeelde de rechter in zeven van de dertien uitspraken dat de werknemer disfunctioneerde en was die ongeschiktheid in geen enkele uitspraak het gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer. Echter, nadat is vastgesteld dat de werknemer ongeschikt is, moet ook nog worden beoordeeld of de werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. In al de zeven eerdergenoemde uitspraken was dat het geval. Gedurende de periode waarin de werknemer zichzelf probeert te verbeteren, oftewel tijdens het verbetertraject, moet de werkgever zich namelijk ook inzetten. Het is daarbij niet van belang of een verbetertraject als zodanig is benoemd. In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016⁵¹ oordeelt de rechter bijvoorbeeld dat het feit dat een verbetertraject niet zo is genoemd, niet wegneemt dat het wel plaats heeft gevonden. Het was in ieder geval van belang dat het voor de werknemer duidelijk was dat hij door begeleiding bij zijn werkzaamheden in een verbetertraject was geraakt.

Het is mij opgevallen dat rechters bij hun beoordeling van deze voorwaarde naar een aantal punten kijken. Deze punten heb ik verwerkt in tabel 3 en zal ik hieronder verder toelichten:

- 1. Werde de werknemer tijdens het traject begeleid door zijn werkgever?*
- 2. Was het de werknemer duidelijk wat van hem werd verwacht wat betreft zijn functioneren?*
- 3. Was het duidelijk wat de consequentie zou zijn bij een gebrek aan verbetering?*
- 4. Heeft de werknemer zich voldoende verbeterd?*

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 22 juli 2015⁵² was coaching de enige vorm van begeleiding. In deze zaak oordeelde de rechter dat de werknemer door de frequente inzet van coachingstrajecten al voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Tijdens het verbetertraject is de werknemer duidelijk gemaakt dat hij zich moet verbeteren dan wel ontwikkelen op alle acht competenties. Dat is hem in de gegeven tijd niet gelukt. Daarnaast hadden de medewerkers ook geen vertrouwen meer in hem. Om die redenen is de rechter van oordeel dat de werknemer ongeschikt is in de zin van de d-grond.

⁵⁰ Rechtbank Limburg 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

⁵¹ Rechtbank Midden Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL-RBMNE-2016-1297.

⁵² Rechtbank Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016⁵³ was er naast coaching ook sprake van tweewekelijkse overleggen. In deze zaak oordeelt de rechter dat het voor de werknemer duidelijk was wat van hem werd verwacht qua verbetering, omdat tijdens die overleggen duidelijke afspraken waaraan hij diende te voldoen aan hem zijn meegegeven.

Behalve coaching, evaluatiegesprekken en tweewekelijkse overleggen was er in een aantal uitspraken sprake van een andere vorm van begeleiding. In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016⁵⁴ heeft de werkgever besloten tot een herschikking van taken en het ondersteunen van de werknemer door collega's, nadat de werknemer aangaf dat zijn disfunctioneren het gevolg was van een te hoge werklast. De rechter oordeelde hier echter dat de ongeschiktheid niet is veroorzaakt door enkel een te hoge werklast, aangezien de begeleiding niet heeft geleid tot de gewenste verbetering.

Ook in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 juni 2016⁵⁵ speelde een andere vorm van begeleiding een rol. Hier stelde de werknemer dat er geen sprake was van een deugdelijke begeleiding. De rechter oordeelde echter dat de werknemer *'miskent dat een HBO opleiding bij uitstek de mogelijkheid biedt om vakinhoudelijke kennis, het voornaamste kritiekpunt, verder te ontwikkelen'*. Ook was het volgens de rechter duidelijk voor de werknemer dat het volgen van een economische opleiding een harde eis was, aangezien zij daar volgens de ingediende stukken meermaals op is gewezen. De werknemer had dus kunnen weten wat van haar werd verwacht.

§ 3.3.3 Niet voldoende gelegenheid tot verbetering

Zoals eerder benoemd was de werknemer in iedere uitspraak waar hij ongeschikt was bevonden, voldoende in de gelegenheid gesteld om zich te verbeteren. In een paar van de overige uitspraken hebben rechters echter ook geoordeeld over deze voorwaarde. Ik zal de relevante overwegingen daarover in deze paragraaf verder toelichten.

De rechter in de uitspraak van het hof Den Haag van 5 juli 2016⁵⁶ gaf aan dat van de werkgever verwacht mag worden dat hij in het door hem opgestelde, persoonlijke verbeterplan eerst de tekortkomingen en doelstellingen beschrijft. Vervolgens moet de werkgever daarin de werknemer een termijn bieden om zich te verbeteren en de manier van begeleiden beschrijven. Dit volgt ook uit de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 april 2016⁵⁷ waarin de

⁵³ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

⁵⁴ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.

⁵⁵ Rechtbank Rotterdam van 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016-4136.

⁵⁶ Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.

⁵⁷ Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411.

werkgever tijdens een beoordelingsgesprek aangeeft dat het gedrag van de werknemer binnen zes maanden moet veranderen. Wat verder ook uit deze uitspraak blijkt is dat hoe langer een werknemer in dienst is bij een werkgever, hoe zwaardere eisen gesteld mogen worden aan de pogingen van die werkgever om verbetering te bewerkstelligen.

Verder moet verbetering van het disfunctioneren het doel zijn van het traject, hetgeen in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 maart 2016⁵⁸ niet het geval was. Daar ging het namelijk om trajecten bij een loopbaanadviesbureau en een outplacementbureau. Het is blijkbaar ook van belang dat een verbeterplan niet (alleen) door de werknemer is opgesteld. In de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 2 december 2015⁵⁹ merkt de rechter daarover 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 daarop af te rekenen'*.

Zoals in de vorige paragraaf besproken, is de begeleiding door de werkgever erg belangrijk. De rechter in de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 16 oktober 2015⁶⁰ oordeelt namelijk dat niet gebleken is dat de werkgever zijn werknemer voldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren, aangezien er geen coachingstraject is aangeboden. Ook in de uitspraak van het hof Den Haag van 5 juli 2016⁶¹ was dit het geval. Hoewel het in deze zaak wellicht de bedoeling was dat de werknemer door zijn leidinggevende werd gecoacht, was er van een coachingstraject niets terechtgekomen. Naar het oordeel van de rechter heeft de werkgever niet aannemelijk gemaakt dat *'van een serieuze en structurele begeleiding gericht op verbetering van het functioneren van de werknemer sprake is geweest'*, omdat de voortgang van de gestelde coaching niet tussentijds is geëvalueerd dan wel besproken.

Tot slot is het ook nog van belang of een werkgever de werknemer op zodanige wijze met zijn tekortkomingen heeft geconfronteerd, dat hem duidelijk kon zijn dat bij gebreke van verbetering ontslag dreigde, zo volgt uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 maart 2016⁶². Daarbij is het niet genoeg dat de beëindiging ter sprake is gebracht. Volgens de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 april 2016⁶³ wordt namelijk geoordeeld dat *'de enkele opmerking dat werkgever genoodzaakt zal zijn "minder plezierige maatregelen te nemen"'*

⁵⁸ Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.

⁵⁹ Rechtbank Noord-Nederland 2 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5620.

⁶⁰ Rechtbank Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

⁶¹ Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.

⁶² Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.

⁶³ Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411.

onvoldoende is. De werkgever had in dit geval duidelijk moeten maken dat bij het uitblijven van een concrete verbetering, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal worden nagestreefd.

§ 3.3.4 Conclusie

In bijna alle uitspraken is bekeken of er begeleiding is geweest van de werkgever die gericht is op verbetering van het functioneren van de werknemer. De rechter lijkt voornamelijk te kijken of de begeleiding zich heeft geuit in coachingstrajecten, evaluatiegesprekken en/of tweewekelijkse overleggen met de werknemer. Er wordt door de rechter geoordeeld dat er in ieder geval geen sprake is van een serieuze begeleiding als de voortgang van de gestelde coaching niet tussentijds is geëvalueerd of besproken. Verder moet verbetering van het disfunctioneren het doel zijn van het traject. Daarnaast kan in elke situatie een andere vorm van begeleiding zijn gegeven. Het herschikken van taken als de werknemer aangeeft dat die te lastig zijn voor hem, of ondersteuning door collega's bieden zijn voorbeelden daarvan. Ook het bieden van een opleiding om de vakinhoudelijke kennis te ontwikkelen kan als begeleiding worden gezien. Verder is het van belang dat de werknemer weet wat van hem wordt verwacht met betrekking tot het verbeteren van zijn functioneren. Tijdens evaluatiegesprekken kan dat worden besproken. Het is daarbij wel van belang dat er duidelijke afspraken worden gemaakt. Sommige rechters gaan nog een stap verder en zijn van mening dat van een werkgever mag worden verwacht dat hij een zelf opgesteld, persoonlijk verbeterplan opstelt voor de werknemer waarin de tekortkomingen, doelstellingen en de manier van begeleiden in staan. Bovendien moet een werkgever zijn werknemer duidelijk maken wat de consequentie is als hij zijn functioneren niet voldoende verbeterd. Een beëindiging slechts ter sprake brengen door bijvoorbeeld aan te geven *'minder plezierige maatregelen te nemen'* is in ieder geval niet genoeg. Tot slot blijkt dat hoe langer een werknemer in dienst is bij een werkgever, hoe zwaardere eisen gesteld mogen worden aan de pogingen van die werkgever om verbetering te bewerkstelligen.

	Coaching	Evaluatie	2-wekelijks overleg	Andere vorm van begeleiding
1	✓			
2				
3				
4				
5	✓		✓	
6				✓
7				
8	✓	✓	✓	
9				
10				✓
11		✓		
12				
13				✓

§ 3.4 Voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden

Ook deze voorwaarde werd in de onderzochte jurisprudentie nauwelijks behandeld. Ik heb tijdens het bestuderen van de uitspraken bekeken of de mogelijkheid tot scholing bestond. In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 4 maart 2016⁶⁴ staat vast dat de werknemer over een opleidingsbudget beschikt en in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 26 oktober 2016⁶⁵ heeft de werknemer een MBO 2 opleiding gevolgd op de kosten van de werkgever. Deze constatering leidt tot de conclusie dat de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg voor (in dit geval) scholing van de werknemer. Verder is bij vijf van de dertien uitspraken opgemerkt dat er geen grond bestaat 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 van de werknemer.

§ 3.5 Conclusie d-grond

Er is pas sprake van disfunctioneren, als is voldaan aan alle voorwaarden van de d-grond. Er moet in eerste instantie sprake zijn van een werknemer die ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid. Die ongeschiktheid mag niet het gevolg zijn van ziekte of gebreken van de werknemer. Uit het jurisprudentie-onderzoek wat ik heb verricht volgt dat er sprake is van een dergelijke ongeschiktheid als een werknemer:

- * Niet voldoet aan de functie-eisen
- * Zijn competenties niet voldoende ontwikkeld zijn
- * Zijn taken/werkzaamheden niet op de gewenste manier kan uitvoeren

Dit moet in ieder geval aannemelijk worden gemaakt door middel van bewijsstukken. Het opbouwen van een dossier door middel van het schriftelijk vastleggen van bijvoorbeeld gesprekken is daarbij belangrijk. Documenten waaruit disfunctioneren kan blijken zijn:

- * Gespreksverslagen
- * Beoordeling(formulieren)
- * E-mails
- * Klachtbrieven
- * Schriftelijke waarschuwing
- * Oordeel bedrijfsarts

⁶⁴ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

⁶⁵ Rechtbank Limburg 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

Verder is het ook van belang dat de werknemer op een zodanige manier wordt geconfronteerd met de hem verweten tekortkomingen, dat hij nog een reële kans heeft om de gewenste verbetering in zijn functioneren tot stand te brengen. Vervolgens moet de werkgever zijn werknemer de gelegenheid bieden om zich te verbeteren. Een werknemer is voldoende in de gelegenheid gesteld als er sprake is van een behoorlijk verbeteringstraject waarbij:

- * Er sprake is van begeleiding door de werkgever
- * Duidelijk is wat van de werknemer wordt verwacht met betrekking tot het verbeteren van zijn functioneren
- * De consequentie bij het gebrek aan verbetering duidelijk is

Begeleiding bestaat in de meeste gevallen uit coachingstrajecten, evaluatiegesprekken en/of tweewekelijkse overleggen met de werknemer. Het kan natuurlijk per geval verschillen wat voor andere vormen van begeleiding er zijn gegeven. Het is daarbij in ieder geval van belang dat de voortgang tussentijds wordt geëvalueerd of besproken. Wat betreft duidelijkheid over de verwachtingen van de werknemer, is het in ieder geval van belang dat daar duidelijke afspraken worden gemaakt die in het dossier terug te vinden zijn. Ook moet een werkgever op een zo duidelijk mogelijke manier aangeven wat het gevolg is als de werknemer zijn functioneren niet voldoende verbeterd.

Uiteindelijk moet de werknemer zich natuurlijk zelf ook inspannen en ervoor zorgen dat hij zijn functioneren op het gewenste niveau brengt. Dus een werknemer die voldoende in de gelegenheid is gesteld om zich te verbeteren, maar zich niet voldoende heeft ontwikkeld, kan alsnog worden ontslagen op basis van de d-grond.

Tot slot mag de ongeschiktheid niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Hoewel dit nauwelijks behandeld werd, heb ik in ieder geval opgemerkt dat het al genoeg kan zijn als de werkgever een opleidingsbudget ter beschikking stelt.

Hoofdstuk 4 Resultaten e-grond

§ 4.1 Inleiding

De tweede ontbindingsgrond die ik heb geanalyseerd voor mijn onderzoek is de e-grond. Deze grond betreft een zodanig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Van deze grond waren er sinds 1 juli 2015 tot en met 1 november 2016 in totaal vierenzestig relevante uitspraken, waarvan ik er drieëndertig heb bestudeerd. In de betreffende zaken werden telkens verschillende omstandigheden aan het ontbindingsverzoek ten grondslag gelegd. Hoewel de rechters zich niet concreet aan een bepaald stappenplan hielden, was wel te zien dat zij in eerste instantie keken of de omstandigheden die de werkgever naar voren bracht voldoende aannemelijk konden worden gemaakt (tabel 4). Vervolgens werd beoordeeld of die omstandigheden of dat gedrag de werknemer zodanig te wijten viel, dat van de werkgever redelijkerwijs niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (tabel 5). In sommige zaken speelden er bijzondere omstandigheden een rol. Ik heb gekeken naar welke omstandigheden de rechter kijkt en zal in mijn resultaten verder toelichten hoe de rechter tot zijn oordeel is gekomen.

§ 4.2 Gedrag voldoende aannemelijk

Om te beoordelen of het handelen of nalaten van een werknemer verwijtbaar is, moet eerst vast komen te staan of de gedraging daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. De wettelijke criteria die daarvoor ontbreken, volgen wel uit de jurisprudentie. Rechters kijken allereerst of de gedraging concreet is omschreven. In de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 23 december 2015⁶⁶ merkt de rechter namelijk op dat als het gedrag van een werknemer aanleiding vormt voor ontslag, dat het die werknemer van tevoren wel duidelijk moet zijn geweest wat door de werkgever als ontoelaatbaar wordt gezien. In deze zaak was er sprake van een conflict, maar het was onduidelijk wat ieders rol daarin was. De werkgever stelde dat het gedrag absoluut onacceptabel was, maar wat dat gedrag inhield werd niet concreet omschreven. De rechter oordeelde hier dan ook dat deze *'algemeen geformuleerde verwijten'* het verzoek niet kunnen dragen.

In de uitspraak van de rechtbank Limburg van 13 oktober 2016⁶⁷ komt het belang hiervan ook naar voren. De rechter oordeelt in die zaak dat het verwijt dat de werknemer te weinig regie neemt niet is vast komen te staan, omdat het *'niet is geobjectiveerd en schriftelijk is onderbouwd'*.

⁶⁶ Rechtbank Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9892.

⁶⁷ Rechtbank Limburg 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914.

De werkgever kon volgens de rechter bijvoorbeeld duidelijk maken in welke concrete gevallen de werknemer het gestelde gedrag vertoonde, welke gevolgen dat heeft gehad en wat de werknemer anders had moeten doen in dit geval. Daarbij valt het de rechter ook op dat de zes voorgangers van de werkgever, nooit een dergelijk verwijt aan hem hebben gemaakt. Verder volgt ook uit de uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch van 28 april 2016⁶⁸ dat enkel een verklaring van een onbekend persoon, waar dus niet aan getoetst kan worden, niet voldoende is om een gesteld verwijt aan te nemen.

§ 4.3 Verwijtbaar gedrag

Nadat de gestelde gedraging vast is komen te staan, moet de rechter nog beoordelen of het verwijtbare gedrag in verhouding staat tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De rechter houdt bij deze overweging rekening met verschillende omstandigheden die ik in tabel 7 heb verwerkt. Ik zal hierna alle omstandigheden apart toelichten.

§ 4.3.1 Persoonlijke factoren

Na de uitspraken te hebben bestudeerd, is mij opgevallen dat verschillende persoonlijke factoren van de werknemer een rol spelen bij de beoordeling van het geschil. In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 1 februari 2016⁶⁹ oordeelt de rechter bijvoorbeeld dat de ernst van de gestelde verwijten niet opwegen tegen *'het feit dat de werknemer ruim tien jaar bij de werkgever werkzaam is en altijd naar tevredenheid heeft gefunctioneerd'*. Daarnaast neemt de rechter de allochtone achtergrond van de werknemer en zijn leeftijd ook mee in zijn oordeel. Ook in de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 3 februari 2016⁷⁰ maakt de rechter een afweging van de gevolgen van een ontbinding voor de werknemer. Daarbij kijkt hij naar *'zijn leeftijd, zijn lange dienstverband en goede staat van dienst, en de mogelijk moeilijke positie op de arbeidsmarkt'* en oordeelt dat de ontbinding een te ingrijpend middel is. In beide uitspraken blijkt niet alleen de duur van het dienstverband van belang te zijn, maar ook of er in het verleden klachten zijn geweest over het functioneren van de werknemer. Dit blijkt ook in de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 9 februari 2016⁷¹ en de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 22 februari 2016⁷² van belang te zijn. Daar betreft de rechter in zijn oordeel het feit dat er geen enkele klacht over het functioneren van de werknemer naar voren is gebracht gedurende het lange dienstverband.

⁶⁸Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717.

⁶⁹ Rechtbank Midden-Nederland 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715.

⁷⁰ Rechtbank Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1680.

⁷¹ Rechtbank Noord-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455.

⁷² Rechtbank Noord-Nederland 22 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:677.

§ 4.3.2 Waarschuwingen

In de uitspraken die ik heb bestudeerd, kwam de vraag of de werknemer eerder is gewaarschuwd of aangesproken op zijn handelen of nalaten het meest voor. In acht van de dertien zaken waar de werknemer was gewaarschuwd op zijn gedrag, werd geoordeeld dat er sprake was van een verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van de e-grond. Eén van die zaken is de uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch van 18 februari 2016⁷³. Daarin stelt de rechter vast dat de werknemer door zijn handelen de verkeersveiligheid van andere verkeersdeelnemers in gevaar heeft gebracht. De werknemer was een buschauffeur en reed met een deels kapotte ruit in de bebouwde kom. Dit handelen wordt hem ook nog extra aangerekend, omdat hij in strijd heeft gehandeld met de expliciete instructies van zijn werkgever.

In de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 11 augustus 2016⁷⁴ gaat het ook om een werknemer die reeds gewaarschuwd was voor zijn handelen. Echter, in dit geval leidt zijn gedrag niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hoewel de werkgever een strikt beleid hanteert waarbij iemand na meerdere malen te laat komen kan worden ontslagen en de werknemer in dit geval regelmatig te laat is gekomen, is het verzoek tot ontbinding afgewezen. De reden hiervoor is dat het beleid door de werkgever onjuist is toegepast. De rechter oordeelt namelijk dat de werknemer, aangezien hij al langer dan een jaar niet meer te laat was gekomen, niet zodanig verwijtbaar heeft gehandeld dat ontbinding op zijn plaats is.

In vier van de bestudeerde uitspraken heeft de rechter geoordeeld dat de werknemer niet (voldoende) is gewaarschuwd of aangesproken op zijn gestelde verwijtbare gedrag. In drie van die uitspraken⁷⁵ hebben de eerdergenoemde persoonlijke factoren ertoe geleid dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is afgewezen. Hoewel in de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 18 januari 2016⁷⁶ die factoren geen rol spelen, is alsnog het verzoek tot ontbinding afgewezen. Het gaat in dit geval om een werknemer die bepaalde regels en procedures niet correct is nagekomen. De rechter oordeelt in deze zaak dat de werknemer hierop is aangesproken, maar dat hem niet duidelijk is meegedeeld dat dit handelen zodanig ontoelaatbaar is dat het tot ontslag kan leiden.

⁷³ Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:495.

⁷⁴ Rechtbank Noord-Holland 11 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9064.

⁷⁵ Rechtbank Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1680; Rechtbank Noord-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455 en Rechtbank Noord-Nederland 22 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:677.

⁷⁶ Rechtbank Noord-Holland 18 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:283.

§ 4.3.3 Overige omstandigheden

Behalve de bovengenoemde criteria, zijn er ook andere omstandigheden die niet in meerdere uitspraken voorkomen. In de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 9 februari 2016⁷⁷ gaat het bijvoorbeeld om een werknemer die in strijd met de veiligheidsinstructies van de werkgever handelt. De rechter oordeelt hier echter dat deze handeling niet ongewoon was op de betreffende locatie, omdat het zelfs door de leidinggevende werd toegepast. Wat in deze zaak verder opvalt, is dat de rechter rekening houdt met *'de omstandigheid dat de werknemer niet in eigen belang heeft gehandeld, maar meende zijn werkgever een dienst te bewijzen ('de uitstraling van de zaak')'*.

In drie uitspraken was er sprake van een gedraging die strafbaar. In de eerste twee genoemde voorbeelden ging het om strafbaar gedrag ten opzichte van de werkgever; verduistering en oplichting⁷⁸. In de derde zaak was dat echter niet het geval. In de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 3 maart 2016⁷⁹ waren er bij docent thuis 47 hennepplanten gevonden. De rechter oordeelt in dit geval dat de werkgever er veel belang bij heeft dat ouders de school als een veilige omgeving beschouwen en vind het begrijpelijk dat sommige ouders het onwenselijk vinden dat de werknemer bij de school werkzaam blijft. Het gaat er in dit geval om dat de werkgever een *'gerechtvaardigd belang heeft om in het belang van de school de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen'*.

§ 4.4 Re-integratie

Zoals eerder gezegd blijkt uit de Memorie van Toelichting dat er in ieder geval sprake is van verwijtbaar handelen in de zin van de e-grond, als een werknemer niet meewerkt aan zijn re-integratie. De uitspraken waarin de werkgever heeft gesteld dat de werknemer niet heeft meegewerkt aan zijn re-integratie heb ik verwerkt in tabel 6. Uit deze uitspraken volgen drie criteria waar de werkgever aan moet voldoen om vast te kunnen stellen dat de werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet is nagekomen. De rechter in de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 11 oktober 2016⁸⁰ overweegt dat een verzoek tot ontbinding op basis van de e-grond in verband met het niet nakomen van de re-integratieverplichtingen, aan een aantal voorwaarden moet voldoen. Allereerst moet de werknemer *'schriftelijk zijn gemaand tot nakoming van die verplichting of moet om die reden de loonbetaling zijn gestaakt'*. Daarnaast moet er een deskundigenverklaring als bedoeld in art. 7:629a BW worden overlegd. In deze

⁷⁷ Rechtbank Noord-Nederland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455

⁷⁸ Rechtbank Noord-Nederland 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE-2015-4865; Rechtbank Noord-Nederland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE-2015-5097.

⁷⁹ Rechtbank Overijssel 3 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE-2016-743.

⁸⁰ Rechtbank Midden-Nederland 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5475.

zaak heeft de werkgever aan geen van de drie criteria voldaan en oordeelt de rechter dat op basis daarvan niet is vast komen te staan dat de werknemer haar re-integratieverplichtingen niet is nagekomen. In deze zaak werd de werknemer overigens van meerdere verwijten beschuldigd waar ook niet aan was voldaan. Daarnaast volgen dezelfde criteria ook uit de overige uitspraken.

§ 4.5 Conclusie e-grond

Uit de jurisprudentie volgt dat het in eerste instantie van belang is of het gestelde gedrag daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Wat het gedrag ook is, het moet concreet zijn omschreven in welke gevallen de werknemer dat gedrag vertoonde, welke gevolgen dat had en wat de werknemer anders had moeten doen. Algemeen geformuleerde verwijten zijn dus niet genoeg. Daarnaast moet het voor de werknemer van tevoren duidelijk zijn geweest wat door de werkgever als ontoelaatbaar wordt gezien.

Als vervolgens het gedrag is vast komen te staan, is het aan de rechter om te oordelen of het gedrag zo ernstig is dat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden. Daarbij wordt een afweging gemaakt tussen het belang van de werknemer om in dienst te blijven en het belang van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Wat blijkt, is dat de rechter vaak kijkt naar persoonlijke factoren van de werknemer:

- * De leeftijd
- * Duur van het dienstverband
- * (Goede) staat van dienst
- * Positie op de arbeidsmarkt

In meerdere uitspraken is gebleken dat het belang van de werknemer die lang in dienst is en altijd naar tevredenheid heeft gefunctioneerd zwaarder weegt dan het belang van de werkgever. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt dan als een te ingrijpend middel gezien.

Naast de persoonlijke factoren van de werknemer, kijkt de rechter ook of hij al eerder is gewaarschuwd of aangesproken op zijn handelen of nalaten. Hierbij wordt niet alleen gekeken naar schriftelijke waarschuwingen, maar ook of de werknemer bekend was met instructies of het geldende beleid. Uit die instructies kan een werknemer namelijk opmaken welk handelen al dan niet toelaatbaar is. Daarbij kijkt de rechter overigens wel of het beleid op de juiste manier is toegepast.

Als een werknemer dus een gewaarschuwd man is, neemt de rechter dat mee in zijn oordeel. Aan de andere kant, als de werkgever zijn werknemer niet voldoende heeft gewaarschuwd of aangesproken op zijn gedrag, kan dat ertoe leiden dat het verzoek tot ontbinding wordt afgewezen.

Verder zijn er ook andere omstandigheden waar de rechter naar kijkt zoals de bedrijfscultuur. Daarbij bekijkt hij namelijk of het gedrag gebruikelijk is op de werkvloer en of het vaker voorkomt. Ook de situatie waarin een werknemer handelt met de bedoeling om zijn werkgever een dienst te bewijzen, kan betekenen dat er niet wordt ontbonden. Bovendien leiden strafbare gedragingen altijd tot ontbinding.

Tot slot gelden bij een werknemer die zijn verplichtingen bij re-integreren niet nakomt andere criteria:

- * De werknemer moet schriftelijk zijn gemaand tot nakoming van zijn verplichting
- * Loonbetaling is om die reden gestaakt
- * Er moet een deskundigenverklaring zijn

Deze criteria zijn duidelijk en zijn ook door alle rechters in de bestudeerde uitspraken gevolgd.

Hoofdstuk 5 Conclusie

Mijn centrale vraag luidt:

Welke argumenten kan advocatenkantoor Oud-Zuid het beste gebruiken om haar cliënten zo goed mogelijk bij te staan wanneer zij zich willen verweren tegen de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d of e BW?

Door het verrichten van dit onderzoek kan ik antwoord geven op die vraag. Hoewel niet in iedere situatie dezelfde argumenten kunnen worden gebruikt, kan ik wel aangeven welke omstandigheden doeltreffend zijn en daarmee bruikbaar voor advocatenkantoor Oud-Zuid.

Allereerst zijn bij beide ontbindingsgronden de bewijsstukken van groot belang. Voor de werknemer die zich wil verweren tegen een ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren, is het belangrijk dat hij kan aantonen waarom hij wél goed functioneert. Positieve beoordelingen, e-mails en andere correspondentie waaruit dit blijkt kan hiervoor goed worden gebruikt. Een positieve beoordeling na een klacht in het verleden kan ertoe leiden dat die klacht buiten beschouwing wordt gelaten. Daarnaast kan het ook in het voordeel van de werknemer werken als zijn werkgever geen goed dossier heeft bijgehouden. Ook als alles wel op papier staat, maar het niet concreet genoeg is beschreven, kan de werknemer dat in zijn verweer gebruiken.

Verder is de inspanningsplicht van de werkgever van belang. Hoewel bij beide gronden wordt gekeken naar de inspanningen van de werkgever, is die plicht bij gesteld disfunctioneren veel zwaarder. In situaties waar een werkgever geen begeleiding biedt terwijl de werknemer zijn functioneren probeert te verbeteren, oordelen rechters dat de werknemer niet voldoende in de gelegenheid is gesteld om zich te verbeteren. Dus wanneer een werknemer wordt gevraagd om zelf een plan van aanpak op te stellen, kan dat worden gebruikt in het verweer. Als er geen coaching of evaluatiegesprekken zijn aangeboden werkt dat ook in het voordeel van de werknemer. Daarnaast moet duidelijk zijn aangegeven wat van de werknemer wordt verwacht met betrekking tot het verbeteren van zijn functioneren en moet een eventuele consequentie die daaraan verbonden is duidelijk worden gecommuniceerd. Als dit niet is gebeurd, kan de werknemer dit gebruiken in zijn verweer.

Wat betreft de e-grond is zoals eerder gezegd het bewijs ook van belang. Bij deze ontbindingsgrond moet ook concreet zijn omschreven wat het gedrag was, welke gevolgen dat had en wat de werknemer anders had moeten doen. Als er dus algemeen geformuleerde verwijten zijn genoemd, is dat niet genoeg en kan dat tegen de werkgever worden gebruikt.

Als toch vast komt te staan dat de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, dan kunnen nog steeds een aantal verzachtende' omstandigheden een rol spelen. Er wordt hierbij vooral gekeken naar de leeftijd en positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, de duur van het dienstverband en een (goede) staat van dienst. Deze factoren kunnen allemaal als verweer worden gebruikt.

Behalve deze persoonlijke factoren is het ook van belang om aan te kaarten of de werknemer eerder is gewaarschuwd of aangesproken op zijn handelen. Als dat niet het geval is en er zijn geen duidelijk richtlijnen of een beleid, kan dat ertoe leiden dat het verzoek tot ontbinding wordt afgewezen. Ook een eventuele bedrijfscultuur waarbij het gedrag gebruikelijk is, of als de werknemer handelt met als doel zijn werkgever te helpen, werkt in het voordeel van de werknemer.

Tot slot moet de werknemer waarvan wordt gesteld dat hij zijn verplichtingen tijdens re-integratie niet is nagekomen, om een deskundigenverklaring vragen. Daarbij is het ook van belang dat hij al eerder schriftelijk was gemaand tot nakoming van zijn verplichting of dat de loonbetaling is gestaakt. Als dat namelijk niet het geval is, kan de werknemer dat ook als argument gebruiken in zijn verweer.

Hoofdstuk 6 Aanbevelingen

Middels het onderzoeksrapport heb ik kunnen concluderen wanneer er is voldaan aan de voorwaarden van zowel de d-grond als de e-grond. Op basis van die bevindingen ben ik erachter gekomen welke argumenten advocatenkantoor Oud-Zuid het beste kan gebruiken wanneer cliënten zich willen verweren tegen de ontbinding van hun arbeidsovereenkomst. Naar aanleiding daarvan heb ik de volgende aanbevelingen vastgesteld:

§ 6.1 D-grond

1. Het is allereerst van belang dat er voldoende bewijsstukken zijn die het gestelde disfunctioneren kunnen weerleggen. Daarbij kan worden gedacht aan:
 - * Een functiebouwwerk waarin de functie-eisen staan (als de werknemer aan die eisen voldoet)
 - * Verslagen van functioneringsgesprekken waarin competenties (voldoende) zijn beoordeeld
 - * Beoordelingen waaruit blijkt dat de werknemer zijn werkzaamheden goed uitvoert
 - * E-mails waarin positief over het functioneren van de werknemer wordt gesproken
 - * Oordeel van de bedrijfsarts dat het disfunctioneren kan weerleggen
2. Daarnaast is het ook belangrijk om een gebrek aan voldoende onderbouwing door de werkgever goed aan te kaarten. Let daarbij op vage, niet feitelijke omschrijvingen over het functioneren van de werknemer.
3. Als er in het verleden klachten zijn geweest over het functioneren van de werknemer, ga dan in het dossier na of de werknemer zich voldoende heeft verbeterd daarna.
4. Soms kan het zo zijn dat een werknemer een verzoek tot ontbinding door de werkgever ziet aankomen en alvast advies wil inwinnen bij een advocaat. Adviseer in het geval de werknemer het oneens is met opmerkingen over zijn functioneren, dat hij daar een schriftelijke reactie op geeft.
5. Bekijk verder of er een behoorlijk verbeterplan is opgesteld. Ga na of een werknemer zijn verbeterplan zelf heeft moeten opstellen. Als dat het geval is, kan worden gesteld dat er sprake is van niet goed werkgeverschap.

6. Let er verder op dat de werknemer wist wat van hem werd verwacht met betrekking tot het verbeteren van zijn functioneren. Tijdens evaluatiegesprekken kan dat zijn besproken. Het is daarbij ook van belang dat er duidelijke afspraken zijn gemaakt en doelen zijn gesteld.
7. Als er een consequentie is verbonden aan het niet voldoende verbeteren van het functioneren, let er dan op of die consequentie van tevoren duidelijk aan de werknemer kenbaar is gemaakt. Een beëindiging slechts ter sprake brengen is namelijk niet genoeg.

§ 6.2 E-grond

1. Zorg ook in dit geval voor voldoende bewijsstukken waarmee het gestelde verwijtbare gedrag kan worden weerlegd. Let vooral op of de werknemer in het verleden is gewaarschuwd dat zijn gedrag ontoelaatbaar is.
2. Bekijk hoe lang de werknemer in dienst is en of er eerder klachten waren over zijn functioneren. Breng een eventueel lang dienstverband, oudere leeftijd, mogelijk moeilijke positie van de werknemer in als verzachtende omstandigheid.
3. Als wordt gesteld dat de werknemer ongeschikt is vanwege het niet nakomen van re-integratieverplichtingen, let dan op de volgende drie criteria:
 - * Is de werknemer schriftelijk gemaand tot nakoming van de verplichting?
 - * Is om die reden een loonsanctie ingesteld?
 - * Is een deskundigenverklaring als bedoeld in art. 7:629a BW overlegd?
4. Ga na of de werknemer wist dat zijn gedrag ontoelaatbaar was. Zo niet, gebruik dat dan als verweer.
5. Benoem alle andere omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat het belang van de werknemer om in dienst te blijven, groter is dan het belang van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Literatuurlijst

Literatuur

- **Van Genderen e.a. 2015**
D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag, SDU 2015
- **Roukema & Rutgers 2016**
A. Roukema & D.J. Rutgers, *Kroniek Wet Werk en Zekerheid, Bedrijfsjuridische berichten 2016*
- **Van Slooten 2015**
J. Van Slooten, *Wat er niet in de Ontslagregeling staat, NJB 2015*
- **Treep 2015**
Marion Treep, *Arbeidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2015
- **UWV 2013**
UWV, *Ontslagprocedure UWV Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: SDU 2013
- **Verhulp 2016**
E. Verhulp, *‘Commentaar op art. 7:669 BW’*, (online)
- **Verhulp 2016**
Verhulp, *Commentaar op art. 7:611a BW* (online, actueel tot 1 juli 2016)

Parlementaire stukken

- **Stb. 2014, 274**
Staatsblad 2014, 274
- **Memorie van Toelichting 2013/2014**
Kamerstukken II, 2013/2014, 33 818, nr. 3
- **Memorie van Antwoord 2013/14,**
Kamerstukken I, 2013/14, 33 818, nr. C

Jurisprudentielijst

Gerechtshoven

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

- ECLI-NL-GHSHE-2016-495
- ECLI-NL-GHSHE-2016-1717
- ECLI-NL-GHSHE-2016-2103
- ECLI-NL-GHSHE-2016-2160
- ECLI-NL-GHSHE-2016-2161
- ECLI-NL-GHSHE-2016-2641
- ECLI-NL-GHSHE-2016-2642
- ECLI-NL-GHSHE-2016-3346
- ECLI-NL-GHSHE-2016-3994

Gerechtshof Den Haag

- ECLI-NL-GHDHA-2016-1868
- ECLI:NL:GHDHA:2016:2430

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

- ECLI-NL-GHARL-2016-6058
- ECLI-NL-GHARL-2016-6726

Rechtbanken

Rechtbank Noord-Nederland

- ECLI:NL:RBNNE:2015:3611
- ECLI-NL-RBNNE-2015-4865
- ECLI-NL-RBNNE-2015-5097
- ECLI:NL:RBNNE:2015:5620
- ECLI-NL-RBNNE-2016-455
- ECLI-NL-RBNNE-2016-677

Rechtbank Overijssel

- ECLI-NL-RBOVE-2015-3850
- ECLI:NL:RBOVE:2015:4663
- ECLI-NL-RBOVE-2016-743

Rechtbank Oost-Brabant

- ECLI-NL-RBOBR-2015-5821

Rechtbank Midden-Nederland

- ECLI-NL-RBMNE:2015:7666
- ECLI-NL-RBMNE-2016-715
- ECLI-NL-RBMNE:2016:1296
- ECLI-NL-RBMNE:2016:1297
- ECLI-NL-RBMNE:2016:1577
- ECLI-NL-RBMNE-2016-2115
- ECLI-NL-RBMNE-2016-2932
- ECLI-NL-RBMNE-2016-4938
- ECLI-NL-RBMNE-2016-5475

Rechtbank Limburg

- ECLI-NL-RBLIM-2015-9608
- ECLI-NL-RBLIM-2016-8914
- ECLI-NL-RBLIM:2016:9799

Rechtbank Rotterdam

- ECLI-NL-RBROT-2015-9892
- ECLI-NL-RBROT:2016:3411
- ECLI-NL-RBROT:2016:4136
- ECLI-NL-RBROT-2016-7329

Rechtbank Noord-Holland

- ECLI-NL-RBNHO-2016-283
- ECLI-NL-RBNHO-2016-1680
- ECLI-NL-RBNHO-2016-879
- ECLI-NL-RBNHO:2016:9038
- ECLI-NL-RBNHO:2016:9096
- ECLI-NL-RBNHO-2016-9064

Bijlagen

Tabel 1

	A	B	C
1	Niet voldaan aan functie-eisen (onvoldoende leiderschap tonen)	Blijkt uit verslagen van evaluatiegesprekken en nota van onderzoekstraject	Ja
2	Slechte communicatie met directie en negatieve beoordeling functioneren.	Verslag van functioneringsgesprek, beoordeling mist toelichting met concrete feiten/gedragingen van WN.	Nee
3	Kostenoverschrijdingen, te late detectie daarvan, het onvermogen om daar grip op te krijgen.	Geen verslaglegging van hetgeen besproken na kostenoverschrijdingen. Geen aanknopingspunten in beoordelingsverslag 2014 dat WG twijfelt aan functioneren WN.	Nee
4	Verstoorde arbeidsverhouding tussen WN en andere teamleden, klachten door klanten, 'kleine signalen' omtrent samenwerking.	Na verstoorde arbeidsverhouding, nieuw dienstverband aangeboden, na eerste klacht functioneren positief beoordeeld, na verbetertraject wegens overige klachten functioneren ook goed beoordeeld, 'kleine signalen' niet voldoende onderbouwd.	Nee
5	Niet voldaan aan functie-eisen (competenties: prioriteren en plannen)	Blijkt uit functioneringsverslagen, gespreksverslagen (waaruit o.a. blijkt dat WN kritiek herkent).	Ja
6	Niet voldaan aan functie-eisen (onjuist uitvoeren werkzaamheden)	Kritiek blijkt uit gespreksverslag, WN stelt dat oorzaak de hoge werklast is, na herschikking en ondersteuning bij taken blijft kritiek bestaan.	Ja
7	Niet voldaan aan functie-eisen (past niet meer binnen bedrijfscultuur en klantenkring van WG wegens een probleem hebben met aard en inhoud van het werk)	Rapport bedrijfsarts, gespreksverslag en loopbaanreflectie blijkt dat WN zijn werk als onprettig ervoer. WG heeft onvoldoende aangetoond dat WN zijn functie niet meer op een goede wijze kan vervullen.	Nee
8	Beschikt niet over strategische, leidinggevende en conflict-oplossende capaciteiten die nodig zijn om haar functie adequaat te vervullen.	Blijkt uit mail, verslagen van functioneringsgesprek en evaluatiegesprekken,	Ja
9	Lage productiviteit, te laat komen, kritiek op houding, gedrag en motivatie.	Lage productiviteit blijkt nergens uit, na functioneringsgesprek 2010 is WN niet meer aangesproken op te laat komen. Uit verslag beoordelingsgesprek blijkt kritiek.	Nee
10	WN mist cruciale kennis en moet een economische opleiding afronden.	Blijkt uit beoordelingsverslag.	Ja
11	Onderdelen van zijn werkzaamheden komen voor verbetering in aanmerking. Meer initiatief nemen en beter communiceren met medewerkers en klanten.	Blijkt uit beoordelingsformulieren, klachtbrieven, verslagen van evaluatiegesprekken, schriftelijke waarschuwing en e-mail waarin kritiek wordt erkend.	ja

12	Er zijn verbeterpunten bij het uitvoeren van de werkzaamheden en er moeten persoonlijke doelstellingen geformuleerd worden.	Verslag beoordelingsgesprek vond plaats bij overgang oude naar nieuwe functie: oude werk is goed beoordeeld, nieuwe werk niet. Eindoordeel wijst erop dat functioneren over het geheel genomen op voldoende niveau was beoordeeld. Gesprek eind 2013 had als doel een andere functie te vinden, niet beoordeling.	Nee
13	Vier competenties die nodig zijn om de functie succesvol te kunnen vervullen, zijn onvoldoende aanwezig bij WN.	Verslagen van functionerings- en beoordelingsgesprekken, plannen van aanpak, tussentijdse en schriftelijk vastgelegde gesprekken.	Ja

A = gestelde ongeschiktheid
B = oordeel van de rechter (bewijs)
C = ongeschikt

- 1 = ECLI-NL-RBNNE-2015-3611
- 2 = ECLI-NL-RBMNE-2015-7666
- 3 = ECLI-NL-RBOVE-2015-4663
- 4 = ECLI-NL-RBNNE-2015-5620
- 5 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1296
- 6 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1297
- 7 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1577
- 8 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9038
- 9 = ECLI-NL-RBROT-2016-3411
- 10 = ECLI-NL-RBROT-2016-4136
- 11 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9096
- 12 = ECLI-NL-GHDHA-2016-2430
- 13 = ECLI-NL-RBLIM-2016-9799

Tabel 2

	Uit verslaglegging blijkt dat sprake is van ongeschiktheid	Uit verslaglegging blijkt dat geen sprake is van ongeschiktheid	Verslaglegging is niet (voldoende) concreet
1	✓		
2			✓
3			✓
4		✓	✓
5	✓		
6	✓		
7			✓
8	✓		
9			✓
10	✓		
11	✓		
12		✓	
13	✓		

- 1 = ECLI-NL-RBNNE-2015-3611
- 2 = ECLI-NL-RBMNE-2015-7666
- 3 = ECLI-NL-RBOVE-2015-4663
- 4 = ECLI-NL-RBNNE-2015-5620
- 5 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1296
- 6 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1297
- 7 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1577
- 8 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9038
- 9 = ECLI-NL-RBROT-2016-3411
- 10 = ECLI-NL-RBROT-2016-4136
- 11 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9096
- 12 = ECLI-NL-GHDHA-2016-2430
- 13 = ECLI-NL-RBLIM-2016-9799

Tabel 3

	Begeleiding door WG	Verwachtingen m.b.t. verbetering duidelijk	Consequentie bij gebrek aan verbetering duidelijk	Voldoende verbeterd
1	✓	✓	✓	X
2				
3				
4				
5	✓	✓		X
6	✓			X
7				
8	✓	✓		
9				
10	✓	✓	✓	X
11	✓	✓		X
12				
13	✓			X

- 1 = ECLI-NL-RBNNE-2015-3611
2 = ECLI-NL-RBMNE-2015-7666
3 = ECLI-NL-RBOVE-2015-4663
4 = ECLI-NL-RBNNE-2015-5620
5 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1296
6 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1297
7 = ECLI-NL-RBMNE-2016-1577
8 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9038
9 = ECLI-NL-RBROT-2016-3411
10 = ECLI-NL-RBROT-2016-4136
11 = ECLI-NL-RBNHO-2016-9096
12 = ECLI-NL-GHDHA-2016-2430
13 = ECLI-NL-RBLIM-2016-9799

Nummering bij tabel 4 en 5

1	=	ECLI-NL-RBOVE-2015-3850
2	=	ECLI-NL-RBOBR-2015-5821
3	=	ECLI-NL-RBNNE-2015-4865
4	=	ECLI-NL-RBNNE-2015-5097
5	=	ECLI-NL-RBLIM-2015-9608
6	=	ECLI-NL-RBROT-2015-9892
7	=	ECLI-NL-RBNHO-2016-283
8	=	ECLI-NL-RBMNE-2016-715
9	=	ECLI-NL-RBNHO-2016-1680
10	=	ECLI-NL-RBNHO-2016-879
11	=	ECLI-NL-RBNNE-2016-455
12	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-495
13	=	ECLI-NL-RBNNE-2016-677
14	=	ECLI-NL-RBOVE-2016-743
15	=	ECLI-NL-RBMNE-2016-2115
16	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-1717
17	=	ECLI-NL-RBROT-2016-3411
18	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-2103
19	=	ECLI-NL-RBMNE-2016-2932
20	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-2160
21	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-2161
22	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-2641
23	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-2642
24	=	ECLI-NL-GHDHA-2016-1868
25	=	ECLI-NL-GHARL-2016-6058
26	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-3346
27	=	ECLI-NL-RBNHO-2016-9064
28	=	ECLI-NL-GHARL-2016-6726
29	=	ECLI-NL-GHSHE-2016-3994
30	=	ECLI-NL-RBMNE-2016-4938
31	=	ECLI-NL-RBROT-2016-7329
32	=	ECLI-NL-RBMNE-2016-5475
33	=	ECLI-NL-RBLIM-2016-8914

Tabel 4

	A	B	C	D	E
1	✓	✓			✓
2	✓	✓			✓
3	✓	✓			✓
4	✓	✓			✓
5					
6		✓			
7	✓	✓	✓		✓
8	✓	✓			✓
9	✓		✓		✓
10	✓	✓			✓
11	✓	✓			✓
12	✓	✓			✓
13	✓	✓	✓		
14	✓				✓
15					
16	✓		✓		
17			✓		
18	✓			✓	✓
19	✓		✓		
20	✓	✓			✓
21	✓	✓	✓		✓
22	✓		✓	✓	✓
23	✓	✓			✓
24				✓	✓
25	✓		✓		
26	✓	✓			✓
27	✓	✓			✓
28	✓	✓			✓
29					
30					
31	✓	✓			✓
32	✓		✓		
33		✓	✓		

- A = gedraging is concreet (feitelijk) omschreven
 B = bewijsstukken ter onderbouwing van stelling
 C = gemotiveerd verweer/betwisting van WN
 D = gedraging feitelijk vastgesteld in eerste aanleg
 -- = niet behandeld
 E = gedraging WN is voldoende aannemelijk gemaakt

Tabel 5

	Persoonlijke factoren	Waarschuwingen	Overige omstandigheden	Ernstig genoeg	E-grond
1					✓
2	✓	✓		✓	✓
3	✓		✓	✓	✓
4			✓	✓	✓
5					
6	✓	✓	✓		
7					
8	✓				
9	✓	✓	✓		
10	✓	✓	✓	✓	✓
11	✓	✓	✓		
12	✓	✓	✓	✓	✓
13	✓		✓	✓	
14			✓		✓
15					
16	✓	✓			
17		✓			
18		✓		✓	✓
19					
20		✓			✓
21					
22	✓	✓			
23	✓				
24		✓			✓
25					
26		✓			✓
27		✓			
28		✓	✓	✓	✓
29					
30					
31		✓		✓	✓
32					
33	✓				

Tabel 6

	A	B	C	D	E
7	√		√		
15	√		√	√	√
29	√	√	√		
30	√		√	√	√
32					

A = niet nakomen re-integratieverplichtingen

B = schriftelijke aanmaning

C = loonstop

D = deskundigenverklaring

E = verwijtbaar

7	ECLI-NL-RBNHO-2016-283
15	ECLI-NL-RBMNE-2016-2115
29	ECLI:NL:GHSHE:2016:3994
30	ECLI-NL-RBMNE-2016-4938
32	ECLI-NL-RBMNE-2016-5475