



"Ik vind dat u niet functioneert, vindt de WWZ dat ook?"

De veranderingen omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren na de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid.

Hogeschool Leiden	Opleiding HBO-Rechten/ SJD
Jurjen Bavelaar - s1070073	5 oktober 2016
Herkansing	Begeleidend docent: Jacco Boonman
Klas: Law 6	Collegejaar 2016/2017

Voorwoord:

Beste lezer,

Op dit moment staat u aan het begin van een korte, maar ook krachtige reis door een aantal segmenten van het huidige Nederlandse ontslagrecht. Specifiek gericht op het ontslag bij disfunctioneren van een werknemer, met een korte uitstap naar het ontslag op basis van de verstoorde arbeidsrelatie. Dit onderzoeksrapport is geschreven als afstudeeropdracht ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool van Leiden.

Aan het begin van de opleiding was het arbeidsrecht voor mij slechts een woord waaraan weinig betekenis hing. Middels een aantal stages bij verschillende ondernemingen, in combinatie met de colleges omtrent het arbeidsrecht, ben ik bekend geworden met deze tak van het recht, waarna mijn interesse in dit gebied gestaagd is gegroeid. Als gevolg hiervan leek het mij niet meer dan logisch om mijn afstudeerscriptie te schrijven over een relatief recente, en zeker ook grote wijziging in het arbeids- en ontslagrecht, namelijk de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid.

Graag wil ik van dit moment gebruik maken om een aantal personen te bedanken. Mijn stagebegeleider, Dennis Oud voor zijn tips en tricks, de goede gesprekken en het vertrouwen. Mijn afstudeerbegeleider Jacco Boonman voor de goede feedback, zijn rustige werkhouding en de moeite om last minute nog een bepalende afspraak in te plannen. En als laatste, Vincent Jongste, voor zijn interessante lessen omtrent de Wet Werk en Zekerheid die mij als het ware een duwtje in de goede richting hebben gegeven.

Alvorens u begint met lezen, wil ik u graag meegeven dat het arbeids- en ontslagrecht een stuk leuker is dan het in eerste instantie klinkt. En ik hoop dat ik u hiervan kan overtuigen.

Ik wens u veel leesplezier.

Met vriendelijke groet,

Jurjen Bavelaar
5 oktober 2016

Inhoudsopgave:

Voorwoord: Pagina 2.

Inhoudsopgave: Pagina 3 en 4.

Samenvatting: Pagina 5 en 6.

Verklarende woordenlijst: Pagina 6.

Lijst met afkortingen: Pagina 7.

Hoofdstuk 1:

1.1 Probleemanalyse, pagina 8 tot en met 10.

1.2 Doelstelling, pagina 10.

1.3 Centrale vraag, pagina 11.

1.4 Deelvragen, pagina 11.

1.5 Verantwoording onderzoeksmethoden, pagina 11 tot en met 12.

1.6 Leeswijzer, pagina 12 tot en met 13.

Hoofdstuk 2

2.1 Het ontslagrecht voor de implementatie van de WWZ, pagina 14 tot en met 19.

2.2 Het ontslagrecht na de implementatie van de WWZ, pagina 19 tot en met 30.

2.3 Conclusie eerste deelvraag, pagina 31 tot en met 32.

Hoofdstuk 3

3.1 De behandelde zaken, pagina 33.

3.2 Korte terugblik op de basisregels, pagina 33.

3.3 Schematisch overzicht behandelde zaken, pagina 34 tot en met 36.

3.4 Conclusie tweede deelvraag, pagina 36 tot en met 38.

Hoofdstuk 4

4.1 Zaken waarin ontslag naar disfunctioneren werd toegewezen, pagina 39 tot en met 45.

4.2 Conclusie derde deelvraag, pagina 45 tot en met 46.

Hoofdstuk 5

5.1 Schematisch overzicht behandelde zaken, pagina 47 tot en met 51.

5.2 Beantwoording vierde deelvraag, pagina 51.

Hoofdstuk 6

6.1 Conclusie, pagina 52 tot en met 54.

6.2 Aanbevelingen. pagina 55.

Literatuurlijst, pagina 56 tot en met 57.

Bijlagen, pagina 58 tot en met 110.

Samenvatting:

De implementatie van de Wet Werk en Zekerheid heeft grote gevolgen gehad in relatie tot het Nederlandse arbeids- en ontslagrecht. Waar het oude ontslagstelsel op meerdere punten tekort leek te schieten, heeft de Wet Werk en Zekerheid getracht om zorg te dragen voor een betere invulling van deze punten. Dit vloeit voort uit de memorie van toelichting van de Wet Werk en Zekerheid waarin wordt aangegeven dat het doel van deze Wet is om het ontslagrecht simpeler maar ook eenduidiger te maken zodat partijen weten waar zij aan toe zijn.

Het ontslag op basis van disfunctioneren is gelegen in artikel 699, lid 3 sub d van boek 7 het Burgerlijk Wetboek en wordt gezien als een redelijke grond voor ontslag van een werknemer. Mits dit ontslag wordt verzocht aan de Kantonrechter waarna de ontslagprocedure wordt gestart.

In deze ontslagprocedure wordt door de Kantonrechter veel waarde gehecht aan een aantal criteria. Zo is het essentieel dat een werkgever die verzoekt tot ontslag op basis van disfunctioneren alles in zijn macht heeft gedaan om de werknemer aan het werk te houden al dan niet in zijn eigen- of een andere functie. Ook dient de werkgever open kaart te spelen omtrent het slechte functioneren, zodat werkgever en werknemer samen kunnen werken aan de productiviteit van deze slecht functionerende werknemer, middels het opstarten van bijvoorbeeld een verbeteringstraject.

Als dit traject niet slaagt heeft de werkgever een goede kans gehad, om gedurende een langere termijn een dossier op te bouwen waaruit blijkt dat werknemer niet functioneert en waarom dit zo is.

Met dit dossier kan de werkgever zich wenden tot de kantonrechter om te verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Als deze wordt toegewezen is het proces klaar, zo niet dient de arbeidsovereenkomst te worden voortgezet.

Daarnaast is het zo dat er soms conflicten kunnen ontstaan tussen werkgever en werknemer of werknemer en andere werknemers. Deze conflicten kunnen zo escaleren dat de arbeidsverhouding wordt verstoord, wat resulteert in een ontslaggrond op basis van artikel 669, lid 3 sub g van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

In principe gelden voor de toewijzing van een verzoek tot ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie dezelfde gronden als een verzoek tot ontslag op basis van disfunctioneren. Echter is het zo dat deze voorwaarden zich in verschillende situaties op andere wijzen zullen manifesteren.

Als er één ding is wat ik de gehaaste leden van werkend Nederland mee zou moeten geven?

Zou dat het volgende zijn: "Festina lente."

Beter bekend als "haast je langzaam", want een ontslag op basis van disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie verloopt nooit zo snel als men graag zou willen.

Verklarende woordenlijst:

Ontslaggronden: Ontslaggronden kunnen wij in deze situatie zien als de redenen waardoor een werknemer rechtmatig kan worden ontslagen, mits er daadwerkelijk sprake is van een bestaande ontslaggrond.

Verwijtbaar handelen: In het ontslagrecht is er sprake van verwijtbaar handelen als een van de betrokken partijen een handeling uitvoert die onacceptabel is. In deze situatie refereer ik middels het begrip "verwijtbaar handelen" naar een handeling van de werknemer.

Disfunctioneren: Er is sprake van disfunctioneren als een werknemer de bedongen arbeid niet kan uitvoeren zoals de werkgever van hem verwacht of wenst.

Bedongen arbeid: Bedongen arbeid kunnen wij zien als de werkzaamheden die middels een arbeidsovereenkomst, ofwel, een contract zijn overeengekomen tussen werkgever en werknemer.

Verstoorde arbeidsrelatie: Er is sprake van een verstoorde arbeidsrelatie als werknemer, of werkgever aangeeft dat er door gebeurtenissen op de werkvloer, of een juridische procedure niet langer vertrouwen is, waardoor de arbeidsrelatie wordt beïnvloed.

"Oud": Als dit woord staat aangegeven na een referentie naar een wetsartikel, is er sprake van een verwijzing naar het betreffende wetsartikel voor de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid.

Lijst met afkortingen:

BW: Burgerlijk Wetboek.

WWZ: Wet Werk en Zekerheid.

CAO: Collectieve arbeidsovereenkomst.

CAO VVT: Collectieve arbeidsovereenkomst verpleeg- en verzorgingshuizen en thuiszorg.

AVA: Algemene vergadering van aandeelhouders.

MR: Medezeggenschapsraad.

RvB: Raad van Bestuur.

Jo.: Juncto.

RvT: Raad van toezicht.

BBA: Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen.

RvS: Raad van State.

Hoofdstuk 1

1.1 Probleemanalyse

De Haij en van der Wende advocaten is opgericht op 1 december van het jaar 1999. Dit advocatenkantoor houdt zich bezig met verschillende takken van het recht. Voornamelijk houden zij zich bezig met het arbeidsrecht, ondernemingsrecht, vastgoedrecht, aanbestedingsrecht en het faillissementsrecht.

Tijdens een gesprek over de afstudeermogelijkheden bij De Haij en van der Wende kwam ik met advocaat Dennis Oud overeen dat ik bij het eerder genoemde kantoor mocht afstuderen, mits ik een van de onderdelen van de relatief nieuwe Wet Werk en Zekerheid zou behandelen.

Mijn stageorganisatie zou graag zien dat ik onderzoek welke gevolgen de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid heeft op het ontslag als gevolg van disfunctioneren. Hierbij moet men denken aan een jurisprudentieonderzoek waarin wordt bekeken hoe de Nederlandse Rechter omgaat met de nieuwe ontslagregels omtrent het disfunctioneren van werknemers, waaruit vervolgens een advies en een artikel kunnen voortkomen.

De implementatie van de Wet Werk en Zekerheid heeft een aantal veranderingen teweeg gebracht binnen het arbeidsrecht. Een van deze veranderingen is gelegen in het ontslagrecht. Zo is het moeilijker geworden om goede gronden te vinden waardoor een werkgever zijn werknemer rechtmatig kan ontslaan¹ als er sprake lijkt te zijn van disfunctioneren. Als gevolg hiervan merkt mijn opdrachtgever dat er meer cliënten en organisaties zijn die niet goed weten hoe zij om dienen te gaan met de formulering en onderbouwing van een ontslag op basis van disfunctioneren, en de voorwaarden waaraan dient te worden voldaan om een gegrond ontslag op basis van disfunctioneren te bereiken.

Daarom wil mijn opdrachtgever graag zien dat ik onderzoek welke gevolgen de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid heeft op het ontslagrecht, en dan specifiek op de volgende grond:

- Ontslag bij disfunctioneren.

Het onderzoek zal hoofdzakelijk bestaan uit een jurisprudentieonderzoek, zodat mijn opdrachtgever een duidelijk beeld zal krijgen van de heersende

¹ www.hijink.com

leer binnen de Nederlandse rechterlijke macht omtrent het nieuwe ontslagbeleid van de Wet Werk en Zekerheid.

De juridische achtergrond van het praktijkprobleem kan bij een afstudeeronderzoek liggen in vijf verschillende soorten wet- en regelgeving, namelijk: Europese regelgeving, landelijke wet- en regelgeving, regelgeving vanuit de uitvoerende macht, lokale regelgeving en regels/protocollen van een betrokken organisatie.

In mijn geval is de juridische achtergrond gelegen in de landelijke wet- en regelgeving, waaronder de gerelateerde jurisprudentie.

De Wet Werk en Zekerheid beslaat een aantal onderdelen van het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht. Deze onderdelen zijn onderstaand aangegeven:

- De Flexwet.
- De Werkloosheidswet.
- Boek 7 van het Burgerlijk wetboek.

Met betrekking tot mijn onderzoek naar de gevolgen van de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid op het ontslaan van disfunctionerende werknemers is boek 7 van het burgerlijk wetboek lijdend, en zal ik mij in het bijzonder baseren op artikel 669, lid 3 onder d, van boek 7 van het burgerlijk wetboek² in combinatie met artikel 671b, lid 1 en verder, van boek 7 van het burgerlijk wetboek, gezien het feit dat artikel 669 van boek 7 van het burgerlijk wetboek de opsomming geeft met betrekking tot gronden voor ontslag die de werkgever in acht dient te nemen, waaronder ook het disfunctioneren.

En artikel 671 van boek 7 van het burgerlijk wetboek³ de voorwaarden stelt waaraan de werkgever zich dient te houden bij het ontslag van een werknemer. Allereerst is het belangrijk om te onderzoeken wanneer er nu eigenlijk wetstechnisch sprake is van disfunctioneren en wanneer er is voldaan aan de voorwaarden om daadwerkelijk van een disfunctionerende werknemer te spreken. Hiernaast zal ik mij baseren op jurisprudentie waarin ik ontslag op basis van disfunctioneren kan koppelen aan de voorwaarden die rechters stellen aan de aanname van disfunctioneren door de werknemer.

In mijn vooronderzoek, ben ik er middels gesprekken met meerdere arbeidsrecht advocaten bij mijn opdrachtgever achter gekomen dat de WWZ

² Artikel 669, lid 3 BW.

³ Artikel 671b BW.

een groot grijs gebied heeft geslagen in het arbeidsrecht, gezien het feit dat het niet erg duidelijk is hoe de rechterlijke macht op dit moment omgaat met ontslagzaken op basis van disfunctioneren. Middels onderzoek naar de regels omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren, en een steekproef in recente jurisprudentie, heb ik de conclusie getrokken dat het inderdaad lastig is om een werknemer uit hoofde van disfunctioneren rechtvaardig te mogen ontslaan. Daaruit rijst de vraag: "Hoe gaat de rechterlijke macht op dit moment om met ontslagen op basis van disfunctioneren?"

Mijn geplande onderzoek naar de veranderingen die de Wet Werk en Zekerheid binnen het ontslagrecht teweeg heeft gebracht, en hoe de rechterlijke op dit moment te werk gaat is relevant omdat ik, doormiddel van dit onderzoek naar de recente jurisprudentie omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren, in combinatie met een onderzoek naar de rechtsregels omtrent zowel ontslag, als disfunctioneren een advies of een artikel kan schrijven voor mijn opdrachtgever.

1.2 Doelstelling

De doelstelling van een praktijkgericht juridisch onderzoek is te formuleren doormiddel van de volgende methode: "Het doel van dit onderzoek is (a) door (b)."

A. Is een kernachtige omschrijving van de bijdrage die dit onderzoek levert aan de oplossing van het probleem, waar B. Een beschrijving een beschrijving is van het soort kennis/informatie dat nodig is om het a gedeelte van dit onderzoek te behalen.

Inzake mijn onderzoek ziet dit er als volgt uit:

A: Het schrijven van een advies met betrekking tot de manier waarop de rechterlijke macht omgaat met de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid en het geven van een advies aan mijn opdrachtgever.

B: Het vinden van de generale consensus in de recente jurisprudentie omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren, en deze te toetsen aan de betreffende Wet- en Regelgeving.

Mijn doelstelling luidt als volgt:

"Het doel van dit onderzoek is Het schrijven van een advies met betrekking tot de manier waarop de rechtspraak omgaat met ontslag op basis van disfunctioneren en het geven van een advies aan mijn opdrachtgever door middel van het vinden van de criteria die de rechtspraak in acht neemt bij het al dan niet toewijzen van geground ontslag op basis van disfunctioneren."

1.3 Centrale vraag

De centrale vraag luidt als volgt:

Welk advies kan aan De Haij en van der Wende worden gegeven inzake de overwegingen van de rechterlijke macht inzake het ontslag op basis van disfunctioneren, al dan niet het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie?

1.4 Deelvragen

- Welke gevolgen heeft de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid gehad met betrekking tot de wet- en regelgeving omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren?
- Welke criteria wijst de jurisprudentie met betrekking tot ontslag op basis van disfunctioneren?
- Aan welke gronden moet worden voldaan voordat de rechter aanneemt dat een werknemer disfunctioneert?
- Hoe gaat de rechter om met het begrip “verstoorde arbeidsrelatie” als gevolg van de rechtszaak omtrent het al dan niet disfunctioneren van een werknemer?

1.5 Verantwoording onderzoeksmethoden

Het theoretisch-juridisch onderzoek bestaat uit een wetsanalyse. In mijn wetsanalyse zal ik dieper ingaan op de betreffende wetsartikelen die men kan vinden in titel 10, afdeling 9 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In het bijzonder zal ik ingaan op artikel 669, lid 3 van boek 7 van het Burgerlijk wetboek in combinatie met artikel 671b van het Burgerlijk Wetboek, gezien het feit dat deze artikelen leidend zijn voor zowel mijn theoretische onderzoek, alsmede mijn jurisprudentieonderzoek.

Het theoretisch-juridisch onderzoek is van toepassing op één van mijn vier eerder aangegeven deelvragen, te kennen als:

- Welke gevolgen heeft de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid gehad met betrekking tot de wet- en regelgeving omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren?

De reden dat ik een wetsanalyse heb gekozen als deel van mijn onderzoek komt voort uit het feit dat het belangrijk is om te weten hoe de betreffende artikelen in elkaar steken, alsmede, deze artikelen te koppelen aan de meningen, en kennis van één, al dan niet meerder auteurs. Zodat ik een duidelijke grens kan trekken op basis van de betrokken wetgeving, en

zodoende kan toetsen of de rechterlijke macht diezelfde grens aanhoudt of geheel anders handelt.

Het praktijkonderzoek bestaat uit een onderzoek naar de rechtspraak, ofwel, een jurisprudentieonderzoek. Middels een jurisprudentieonderzoek wil ik toetsen wat de gevolgen zijn van de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid voor de ontslagen op basis van disfunctioneren. Bij dit jurisprudentieonderzoek ga ik uit van de jurisprudentie die vanaf 1 juni 2015 tot stand is gekomen. Dit gezien het feit dat de aan dit onderzoek gerelateerde delen van de Wet Werk en Zekerheid pas op de aangegeven datum in werking zijn getreden.

Het praktijk onderzoek is van toepassing op drie van mijn vier eerder aangegeven deelvragen, te kennen als:

- Welke criteria wijst de jurisprudentie met betrekking tot ontslag op basis van disfunctioneren?
- Aan welke gronden moet worden voldaan voordat de rechter aanneemt dat een werknemer disfunctioneert?
- Hoe gaat de rechter om met het begrip “verstoorde arbeidsrelatie” als gevolg van de rechtszaak omtrent het al dan niet disfunctioneren van een werknemer?

Door het beantwoorden van de drie bovenstaande deelvragen kan ik een conclusie trekken over het standpunt dat de rechterlijke macht inneemt, waarnaast ik ook zal kijken naar de onderbouwing van deze standpunten zodat ik een conclusie kan trekken over de voorwaarden die de rechterlijke macht in acht neemt alvorens zij ontslag op basis van disfunctioneren toekennen, Op basis hiervan kan ik een conclusie trekken en een advies schrijven voor mijn opdrachtgever met betrekking tot het informeren van cliënten alsmede het opbouwen van dossiers waaruit blijkt dat een werknemer daadwerkelijk niet disfunctioneert.

1.6 Leeswijzer

De opbouw van dit onderzoeksrapport is als volgt. In het eerste hoofdstuk zal ik toelichting geven met betrekking tot het doel van dit onderzoeksrapport en de functies van zowel de onderzoeksvragen als de onderzoeksmethoden. Het tweede hoofdstuk zal betrekking hebben op het wetstechnische begrip “Disfunctioneren” en het beantwoorden van de eerste deelvraag. In dit hoofdstuk zal puur worden geschetst hoe de betreffende artikelen van het Burgerlijk Wetboek in geval van disfunctioneren dienen te worden getoetst.

In het derde hoofdstuk kunt u lezen welke criteria er uit de daar genoemde jurisprudentie kunnen worden gehaald in relatie tot het ontslag op basis van disfunctioneren. In het vierde hoofdstuk vindt u antwoord op de vraag aan welke gronden er daadwerkelijk dient te worden voldaan wil de rechter spreken van disfunctioneren. In het vijfde hoofdstuk zal ik antwoord geven op de vraag of de rechtsprekende macht bij het niet toewijzen van ontslag, zoals verzocht door de werkgever, rekening houdt met de, na het proces, verstoorde arbeidsrelatie.

Vervolgens zal ik in hoofdstuk zes middels een conclusie de hoofdvraag van dit onderzoek beantwoorden en het daaruit voortvloeiende advies onderbouwen.

Tot slot vindt u, na hoofdstuk 6, de bijlagen. De bijlagen bestaan grotendeels uit samenvattingen en conclusies met betrekking tot de voor dit onderzoeksrapport gebruikte jurisprudentie.

Hoofdstuk 2

In dit hoofdstuk worden de veranderingen die implementatie van de WWZ met zich meebracht in relatie tot het ontslagrecht in kaart gebracht. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de relevante punten van zowel de situatie voor de implementatie van de WWZ, als aan de situatie na de implementatie van de WWZ.

Belangrijk is om in het lezen van dit hoofdstuk rekening te houden met het feit dat de Tweede Kamer middels de implementatie van de WWZ heeft beoogd om het oude ontslagrecht te verbeteren. Bij deze verbeteringen kunnen wij denken aan een eenvoudiger en eerlijker ontslagrecht dat eveneens minder kostbaar is voor werkgever. Middels het eerdergenoemde zouden er, volgens de Tweede Kamer verbeteringen optreden omtrent de rechtszekerheid binnen het ontslagrecht.⁴

Om te begrijpen hoe het nieuwe ontslagrecht, na de implementatie van de WWZ, functioneert en daarnaast te zien wat er precies is veranderd, is het als vanzelfsprekend belangrijk om te kijken naar de situatie vóór de implementatie van de WWZ. Om de veranderingen duidelijk in kaart te kunnen brengen heb ik gekozen voor een benadering die niet enkel betrekking heeft op het ontslag op basis van disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie. Dit heeft als gevolg dat ik u in vogelvlucht zal meenemen in meerdere aspecten van het ontslagrecht vóór de implementatie van de WWZ.

2.1 Het ontslagrecht voor de implementatie van de WWZ

Vóór de implementatie van de WWZ waren er een aantal manieren waarop een arbeidsovereenkomst kon worden beëindigd. Onderstaand worden deze manieren kort behandeld.

De beëindiging van rechtswege⁵ was de beëindiging als gevolg van het verstrijken van de in de overeenkomst aangegeven termijn. Ook was het bij beëindiging van rechtswege mogelijk dat er sprake was van een ontbindende voorwaarde. Bij een ontbindende voorwaarde kan men bijvoorbeeld denken aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd⁶ door werknemer, waarna de arbeidsovereenkomst automatisch afloopt.

Het is belangrijk om te vermelden dat "het verstrijken van een termijn" grotendeels was gerelateerd aan een arbeidsovereenkomst op basis van

⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, Nr. 3, P. 1 & 2

⁵ Artikel 7:667 lid 1 BW (Oud)

⁶ Artikel 7a AOW

bepaalde tijd. Bij een bepaalde tijd wordt bedoeld één van de onderstaande mogelijkheden⁷:

- Een bepaalde tijdseenheid, zoals één jaar of een aantal maanden.
- Voor de duur van in de overeenkomst vastgelegde arbeid. Denk hierbij aan seizoenswerk.
- Voor de tijd waarin een andere werknemer verzuimt, als gevolg van bijvoorbeeld ziekte of zwangerschap.

Ook is het belangrijk om te vermelden dat, in het oude recht, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd enkel tussentijds mag worden opgezegd als dit door partijen is overeengekomen.⁸

Als tussentijds door één der partijen werd besloten dat zij niet verder wenste te gaan, zonder gebruik te kunnen maken van een opgenomen beding in de arbeidsovereenkomst, werd men verwezen naar ontbinding⁹, anders dan opzegging.

De beëindiging door wederzijds goedvinden laat, als gevolg van de naam, weinig aan de verbeelding over. In het BW van voor de implementatie van de WWZ, werd ook geen specifieke aandacht geschonken aan de beëindiging door wederzijds goedvinden, in deze situatie werd gebruik gemaakt van het algemene overeenkomstenrecht, zoals vroeger evenals nu is opgenomen in respectievelijk boek 3 en boek 6 van het BW.

Als gevolg van het bovenstaande was inzake de beëindiging als gevolg van wederzijds goedvinden altijd sprake van aanbod en aanvaarding¹⁰, waarbij een der partijen een aanbod deed tot beëindiging en het de andere betrokken partij vrij stond om dit aanbod al dan niet te aanvaarden.

Belangrijk bij de beëindiging op basis van wederzijds goedvinden zijn de volgende twee punten:

- De beëindigingsovereenkomst.
- Duidelijke, maar ook ondubbelzinnige instemming.

De beëindigingsovereenkomst kon men zien als een overeenkomst met als doel om te zorgen dat er na de beëindiging niet door een der partijen terug kon worden gekomen op deze beëindiging. Ook geeft een overeenkomst de betrokken partijen zekerheid en duidelijkheid over de gemaakte afspraken en de daaruit voortvloeiende consequenties, zoals de beëindiging van het recht op werk, en de aanspraak op loon.

⁷ Van Drongelen e.a. e.a. p. 40

⁸ Artikel 7:667 lid 3 BW (Oud)

⁹ Artikel 7:685 lid 1 BW (Oud)

¹⁰ Artikel 6:217 lid 1 BW

Een van de valkuilen van de oude beëindiging doormiddel van wederzijds goedvinden was dat de werknemer zich, mits dit uiteindelijk zo leek te zijn, geen beroep meer kon maken op een kennelijk onredelijk ontslag, gezien het feit dat er sprake is van een overeenkomst waarmee oud werknemer zelf akkoord is gegaan.¹¹

Met ondubbelzinnige en duidelijke instemming, doelde men op het feit dat de werknemer duidelijk moet instemmen met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hiernaast moet het duidelijk zijn dat de werknemer zich bewust is van het gene waarmee hij instemt.¹²

De Beëindiging door opzegging is de opzegging van een arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, deze opzegging is eenzijdig, wat betekent dat slecht één partij op hoeft te zeggen en partijen niet akkoord hoeven te gaan met betrekking tot het einde van de arbeidsovereenkomst. De opzegging van een arbeidsovereenkomst heeft geen vormvereisten. Dit houdt in dat zowel schriftelijke- als mondelinge opzegging rechtsgeldig is.¹³

Aan de beëindiging door opzegging was in het oude recht nog een speciale voorwaarde verbonden. In de regel was het zo dat zowel werkgever als werknemer een arbeidsovereenkomst konden opzeggen, echter had werkgever te maken met artikel 6 van het BBA, waarin stond opgenomen dat werkgever niet zomaar mocht opzeggen zonder toestemming te hebben verkregen van het UWV.

Wel is het belangrijk om rekening te houden met het feit dat zowel werknemer als werkgever aan de kantonrechter mocht verzoeken om een ontslag op basis van gewichtige redenen. Een gewichtige reden is bijvoorbeeld het ontslag op basis van een dringende reden zoals het ontslag op staande voet.¹⁴

Het was namelijk zo dat een werkgever die een arbeidsovereenkomst zomaar wist op te zeggen, zonder toestemming van het UWV te verkrijgen, een vernietigbare opzegging had gedaan naar artikel 9 van het eerdergenoemde BBA.

Wel dient te worden vermeld dat er een aantal gronden waren waarop zonder toestemming van het UWV mocht worden opgezegd naar artikel 7:667 lid 6 BW, deze redenen waren te vinden in artikel 6, lid 2 van het BBA en waren te kennen als:

¹¹ Van Drongelen e.a. p. 38

¹² Van Drongelen e.a. p. 28.

¹³ Artikel 7:667 lid 6 BW (Oud)

¹⁴ Artikel 7:685 lid 2 BW (oud)

- Ontslag door faillissement.
- Ontslag op staande voet.
- Ontslag in de bedongen proeftijd.

De UWV procedure is, in relatie tot het oude ontslagrecht erg belangrijk, maar inzake de veranderingen als gevolg van de implementatie van de WWZ niet sterk van belang. Als gevolg hiervan heb ik ervoor gekozen om kort, en niet verdiepend een aantal punten aan te stippen met betrekking tot de UWV procedure.

Het UWV hield zich, inzake opzegging door werkgever, bezig met het ontslag. De ontslagvergunning diende te worden aangevraagd. Normaalgesproken was de UWV procedure schriftelijk, tenzij een uitzonderlijk geval mondelinge toelichting behoeft¹⁵. Na de weigering van een ontslagaanvraag kon de werkgever in principe geen nieuwe ontslagaanvraag doen. Mocht dit toch gebeuren, zou het UWV deze aanvraag niet in behandeling nemen.¹⁶

Als een ontslagaanvraag werd goedgekeurd, kon een werknemer zich verweren. Na het verweer kregen beiden partijen nog 10 dagen om hun zienswijze inzake het gewenste- of ongewenste ontslag naar voren te brengen.¹⁷

Ook is het belangrijk om te weten dat het UWV onderscheid maakte tussen twee verschillende situaties, inzake het verlenen van een ontslagvergunning, te kennen als:

- Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.
- Ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen.

Bij het ontslag op basis van bedrijfseconomische redenen, had werkgever de taak om te zorgen dat het UWV, middels bewijzen, aan kon nemen dat er daadwerkelijk sprake was van bedrijfseconomische redenen. Hierbij kunnen wij bijvoorbeeld denken aan een verslechterde financiële positie, reorganisatie of algehele staking van de bedrijvigheid.¹⁸

Bij het ontslag op basis van andere dan bedrijfseconomische redenen, ging het in de regel om disfunctioneren, een verstoorde arbeidsrelatie, een verwijtbaar handelen van de werknemer of bijvoorbeeld het ontslag als gevolg van andere gebreken, letterlijk elke reden die geen

¹⁵ Meijer e.a. p. 37.

¹⁶ Meijer e.a. p. 29.

¹⁷ Artikel 2:2, ontslagbesluit (Oud)

¹⁸ Meijer e.a. p. 60.

bedrijfseconomische grondslag had. Ook in deze situatie diende werkgever de door hem geclaimde omstandigheden goed te onderbouwen.

Ook voor de implementatie van de WWZ, kende het ontslagrecht een aantal opzegverboden. Bij deze opzegverboden kan men denken aan bijvoorbeeld het opzegverbod bij ziekte of zwangerschap. Zo waren er ook nog een aantal andere redenen die de werkgever weerhielden van het ontslag of de opzegging van een werknemer. De hoofdregels omtrent de ontslagverboden waren te vinden in artikel 6:670 jo 670a BW.

Het ontslag doormiddel van opzegging was onderhevig aan een opzegtermijn. Een opzegtermijn kunnen wij zien als een termijn die men dient te wachten met de inwerkingtreding van het einde van een dienstverband. De opzegtermijn is afhankelijk van het aantal dienstjaren van de werknemer die wordt ontslagen.

Allereerst wijst artikel 7:672 lid 1 BW (oud), van voor de implementatie van de WWZ, dat opzegging normaalgesproken tegen het einde van de maand geschiedt. Daarnaast wees het 5^e lid van het eerdergenoemde artikel dat de men alleen bij CAO van de wettelijke opzegtermijn af mocht wijken. Ook was het belangrijk om te weten, dat als de werkgever toestemming van het UWV verkreeg om werknemer op te zeggen, dat de opzegtermijn slechts één maand was, zoals aangegeven in artikel 7:672 lid 4 BW (oud). Het 3^e lid van het genoemde artikel bevatte de opzegtermijn voor werknemers, deze was evenals de termijn voor werkgevers één maand.

De ontslagvergoeding was in het oude ontslagrecht een lastig punt. Het was namelijk zo dat werknemers die middels de UWV-procedure werden ontslagen helemaal geen aanspraak op een ontslagvergoeding konden maken.¹⁹ Tenzij er sprake was van kennelijk onredelijk ontslag of een zogenaamde onregelmatige opzegging, in dit geval kon werknemer wel aanspraak maken op een ontslagvergoeding.

Onregelmatige opzegging was, simpel gezegd, een opzegging waarbij de opzeggende partij niet de juiste opzegtermijn wist te handhaven. Als gevolg hiervan zou de opzeggende partij verplicht een schadevergoeding moeten betalen aan de benadeelde, zoals opgenomen in artikel 7:677 lid 2 BW (oud).

Kennelijk onredelijk ontslag was de situatie waar de rechter wees dat de arbeidsovereenkomst eigenlijk niet had mogen worden opgezegd, maar dit wel is gebeurd. In een zaak omtrent kennelijk onredelijk ontslag keek de rechter niet alleen naar de gebruikte opzeg termijn, maar ook naar de

¹⁹ Van Drongelen e.a. p. 64

gronden waarop het ontslag is verleend.²⁰ Of een ontslag kennelijk onredelijk was, kon men terugvinden in artikel 7:681 lid 2 en 3 BW.

De ontslagvergoeding is de billijke vergoeding die de kantonrechter mocht toekennen als er sprake was van ontbinding door een verandering van omstandigheden.²¹ Wat een billijke vergoeding precies is, wordt in het artikel niet nader toegelicht. Als gevolg hiervan is de kantonrechtersformule ontwikkeld. Middels deze formule werd bij ontslag berekend hoe hoog de vergoeding voor werknemer diende te zijn. De wijze waarop wordt onderstaand toegelicht.



Vergoeding ontbindingsprocedure

Kantonrechtersformule $A \times B \times C$

A = 0,5 voor dienstjaren tot 35

A = 1,0 voor dienstjaren tussen 35 – 45

A = 1,5 voor dienstjaren tussen 45 – 55

A = 2 voor dienstjaren vanaf 55

B = Maandbeloning inclusief vaste elementen (vakantietoeslag, 13^e maand)

C = Correctiefactor; 1 als geen verwijt; anders tussen 0 en 2

Arbeidsmarktpositie meewegen
Habe nichts verweer

22

De bovenstaande bron heeft, als vanzelfsprekend nog enige uitleg. In relatie tot de dienstjaren verwijst men naar de leeftijd van werknemer in relatie tot het aantal jaren dat werknemer in dienst van de betreffende onderneming heeft gewerkt. Daarnaast kan de oude correctiefactor een toelichting gebruiken. Als het ontslag gevolg was van een verwijtbare actie van werknemer kwam de correctiefactor onder de 1 te liggen, als er sprake was van een verwijtbare actie door werkgever, kwam de correctiefactor boven de 1 te liggen. En in de situatie waar de partijen behoorlijk werkgever- en werknemerschap toonden, bleef de correctiefactor op 1 staan.²³

2.2 Het ontslagrecht na de implementatie van de WWZ

Nu wij in vogelvlucht hebben bekeken hoe het ontslagrecht was ingedeeld voor de implementatie van de WWZ, is het moment aangebroken om te kijken wat de implementatie van de WWZ teweeg heeft gebracht binnen het

²⁰ Van Drongelen e.a. p. 253

²¹ Artikel 7:685 lid 8 BW (oud)

²² www.vanbladeladvocaten.nl

²³ Loonstra e.a. p. 128 en 129

Nederlandse ontslagrecht. Waarna wordt ingegaan op de gevolgen van de implementatie van de WWZ inzake het ontslag op basis van disfunctioneren²⁴.

De WWZ is op 18 februari aangenomen door de Tweede Kamer, waarna de WWZ gefaseerd is ingevoerd. Dit houdt in dat verschillende wijzigingen op verschillende momenten werden doorgevoerd. Deze wijzigingen werden doorgevoerd op de onderstaande data:

- 1 januari 2015.
- 1 juli 2015.

Inzake dit onderzoeksrapport ligt de focus voornamelijk op de gevolgen van de wetswijziging van 1 juli 2015. Dit is gevolg van het feit dat het nieuwe ontslagrecht is gebaseerd op de wijziging van eerdergenoemde datum.²⁵

Zoals eerder aangegeven is het doel van de implementatie van de WWZ het stroomlijnen van het Nederlandse ontslagrecht, evenals het bereiken van een eerlijker en duidelijker ontslagstelsel.²⁶ Om dit doel te bereiken zijn er een groot aantal veranderingen doorgevoerd in het ontslagstelsel. Deze veranderingen zullen worden in de volgende paragraaf benoemd.

De opheffing van het Besluit Bijzonder Arbeidsverhoudingen is gevolg geweest van de hervormingen in het ontslagrecht. Men heeft gekozen voor de implementatie van het BBA in het BW om te zorgen dat de ontslagregels eenduidig zijn.²⁷ In relatie tot de betreffende artikelen vindt u later in dit rapport uitleg- evenals de functie van deze artikelen.

Het preventieve ontslagstelsel is in de regel aangehouden. Het preventieve karakter van het oude- evenals het nieuwe ontslagrecht houdt in dat de ontslagaanvraag van een der partijen zal worden behandeld door respectievelijk het UWV of de kantonrechter om zorg te dragen dat het ontslag eerlijk plaatsvindt en daarnaast rechtsgeldig is.²⁸ Wel is er inzake de procedure een onderscheid gemaakt, namelijk het volgende:

- Bedrijfseconomische- of ontslagen uit hoofde van arbeidsongeschiktheid.
- Ontslagen uit hoofde van andere redenen.

Ontslagen als gevolg van een bedrijfseconomische reden of op basis van arbeidsongeschiktheid voor een langere termijn worden behandeld door het UWV, waar ontslagen op basis van bijvoorbeeld disfunctioneren,

²⁴ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW

²⁵ www.partnerpersoneelsadvies.nl

²⁶ Kamerstukken 2013-14 II, 33818, p. 5 en 24.

²⁷ Memorie van toelichting WWZ, p. 5.

²⁸ Loonstra, 2015. P. 108.

een verstoorde arbeidsrelatie, of een ontslag op staande voet dienen te worden behandeld door de kantonrechter. Belangrijk is het feit dat de werkgever niet langer de ontslagroute die hij prefereert kan kiezen.²⁹

De opzegging van de arbeidsovereenkomst is in het huidige recht, na de implementatie van de WWZ, opgenomen in een drietal leidende artikelen, te kennen als artikel 7:669, 7:671 en 7:671a BW. De eerdergenoemde artikelen hebben als functie om de voorwaarden voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst te categoriseren, welke wij onderstaand zullen behandelen.

Artikel 7:669 BW

In het bovenstaande artikel zijn de voorwaarden opgenomen die dienen te worden gebruikt bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst door werkgever. In elke situatie kan de werkgever de arbeidsovereenkomst pas opzeggen als daar een redelijke grond voor is, en herplaatsing van de betreffende werknemer (binnen een redelijke termijn) niet mogelijk is, of niet in de rede ligt.³⁰

Het is belangrijk om mee te laten wegen dat een herplaatsing enkel niet in de rede ligt als er sprake is van de verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer³¹. Wat betekent dat de betreffende werknemer zelf schuld draagt aan het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen.

Verder is het belangrijk om te weten dat onder een redelijke grond wordt verstaan, de bepalingen zoals opgenomen in Artikel 7:669, lid 3 BW. Allereerst is het belangrijk om te weten dat de opgenomen gronden limitatief zijn.

Dit houdt in dat enkel de gronden die zijn opgenomen in het derde lid van artikel 7:669 BW worden geaccepteerd als redelijke gronden voor ontslag. Zo kan de arbeidsovereenkomst enkel worden opgezegd door werkgever als er sprake is van een van de onderstaande redenen³²:

- Bedrijfseconomische redenen.
- Ziekte of gebreken van de werknemer.
- Het regelmatig niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid.
- Disfunctioneren.
- Verwijtbaar handelen van werknemer.

²⁹ Loonstra, 2015, p. 109.

³⁰ Artikel 7:669 lid 1 BW.

³¹ Artikel 7:669 lid 1 jo lid 3 sub d BW.

³² Artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met h BW.

- Het weigeren van arbeid.
- Een verstoorde arbeidsrelatie.
- Andere redenen die zorgen dat de arbeidsverhouding niet kan worden voortgezet.

Verder kunnen wij de redelijke gronden opdelen in twee verschillende soorten, zij die zijn gerelateerd aan het UWV³³ en zij die zijn gerelateerd aan de Kantonrechter³⁴. Het is namelijk zo dat het UWV de ontslagprocedure zal beoordelen als er sprake is van de Bedrijfseconomische redenen of ziekte van de werknemer, naar artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW.

Terwijl de kantonrechter de ontslagprocedure zal beoordelen als er sprake is van een der andere redenen zoals bovenstaand aangegeven, welke zijn opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW. In relatie tot het ontslag op basis van redelijke gronden en de verdeling tussen het UWV en de Kantonrechter, wordt later in het hoofdstuk meer uitleg gegeven.

Artikel 671 BW

In het nieuwe ontslagrecht is het zo dat de werkgever in principe niet zomaar de arbeidsovereenkomst kan opzeggen. Hij heeft hiervoor de (schriftelijke) instemming van werknemer nodig.³⁵ Dit klinkt, als vanzelfsprekend, bijzonder. Echter is dit gevolg van het feit dat het eerdergenoemde preventieve ontslagstelsel als grondslag heeft om communicatie tussen werkgever en werknemer te bevorderen.

Nu is natuurlijk niet alle hoop verloren als werknemer niet instemt met zijn eigen ontslag. Als werknemer niet instemt met zijn eigen ontslag heeft werkgever voortvloeiend uit artikel 7:671 lid 1 sub a tot en met h meerdere mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst beëindigen. De mogelijkheden die in de regel het meeste worden toegepast kunnen wij vinden in sub a tot en met c van het eerdergenoemde artikel en kennen wij als:

- Opzegging met toestemming van het UWV.
- Opzegging gedurende te proeftijd.
- Opzegging als gevolg van een dringende reden.

Als de werkgever instemt met de opzegging is het vanzelfsprekend dat er geen toestemming hoeft te worden gevraagd aan het UWV of de kantonrechter. Echter kan de werkgever er ook voor kiezen om de beëindiging met instemming van de werknemer links te links te laten liggen

³³ Artikel 7:671a lid 1 BW.

³⁴ Artikel 7:671b lid 1 BW.

³⁵ Artikel 7:671 lid 1 BW

en direct over te gaan tot het vragen van toestemming aan het UWV of de kantonrechter naar respectievelijk artikel 671a en 671b BW.

In de regel is het overslaan van de beëindiging met instemming van de werknemer een betere keuze als er sprake is van een arbeidsconflict of onenigheid op enige andere manier. Dit is gevolg van het feit dat de werknemer die instemt met zijn eigen beëindiging zogenaamd verwijtbaar werkloos is en geen aanspraak zal kunnen maken op een WW uitkering.³⁶

Niet te vergeten is het feit dat de werknemer die heeft ingestemd met de beëindiging van zijn eigen arbeidsovereenkomst 14 dagen heeft om de instemming te herroepen³⁷. Dit houdt in dat de werknemer twee weken heeft om te bedenken dat hij toch niet akkoord gaat met de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst. De enige uitzondering op deze regel is van toepassing als werkgever en werknemer eerder hebben getracht om uit elkaar te gaan op basis van instemming van de werkgever. Mocht het zo zijn dat werknemer zich binnen 6 maanden na een eerdere herroeping wederom wenst te distantiëren van zijn instemming,

is dit niet langer mogelijk. Na het verstrijken van 6 maanden is het voor werknemer weer mogelijk om zijn instemming te herroepen.³⁸

Artikel 7:671a BW

Mocht het zo zijn dat de werknemer niet akkoord gaat met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en de reden inzake de gewenste beëindiging van de arbeidsovereenkomst gelegen is in bedrijfseconomische redenen of het gevolg is van ziekte of gebreken van de werknemer, is er sprake van een ontslag middels de UWV-procedure.³⁹

Deze procedure bestaat uit een onderzoek door het UWV afhankelijk van het feit of er ontslag is gewenst op basis van sub a of sub b van artikel 7:671a BW. De uitslag van dit onderzoek wordt schriftelijk verstrekt⁴⁰ aan zowel werkgever als werknemer om zorg te dragen voor een gelijke positie.

Mocht het UWV daadwerkelijk een reden vinden om een ontslagvergunning te verstrekken aan werkgever, heeft werkgever 4 weken om deze vergunning te gebruiken, gezien het feit dat deze vergunning na de implementatie van de WWZ geen 8 maar slechts 4 weken geldig is.⁴¹

³⁶ www.judex.nl

³⁷ Artikel 7:671 lid 2 BW.

³⁸ Artikel 7:671 lid 5 BW.

³⁹ Artikel 7:671a lid 1 BW.

⁴⁰ Artikel 7:671a lid 4 BW.

⁴¹ Artikel 7:671a lid 6 BW.

Strijd met de regels voor opzegging

Wat nu als een werkgever de betreffende werknemer heeft opgezegd middels de UWV route zoals aangegeven in artikel 7:671a BW en hierboven toegelicht, terwijl dit niet had gemogen?

In deze situatie spreken wij van een handeling in strijd met de regels in relatie tot opzegging. Wat ex-werknemer hieraan kan doen is opgenomen in respectievelijk artikel 681 en 682 van boek 7 van het burgerlijk wetboek.

Middels het eerst aangegeven artikel⁴² verkrijgt de werknemer de mogelijkheid om de kantonrechter een tweetal dingen te verzoeken, te kennen als:

- De vernietiging van de onjuiste opzegging.
- Het toekennen van een billijke vergoeding.

Het vernietigen van de opzegging, zoals opgenomen in artikel 7:681 lid 1 sub a tot en met e BW is, terug te leiden tot een drietal redenen, te kennen als:

- Opzegging wanneer er sprake was van een opzegverbod.
- Opzegging in strijd met de UWV-procedure.
- Opzegging om bedrijfseconomische redenen wanneer de werkgever binnen een termijn van 26 weken een andere medewerker in dienst neemt om de met oud-medewerker bedongen arbeid te verrichten.

De keuze inzake het verzoek aan de kantonrechter van de vernietiging van de opzegging of het toekennen van een billijke vergoeding, is geheel toebedeeld aan werknemer. Artikel 7:681 BW wijst op geen enkele manier dat werknemer verplicht één of het ander moet verzoeken in een bepaalde situatie.

Artikel 7:682 BW

Middels artikel 7:682 BW kan de werknemer aan de kantonrechter verzoeken om de opgezegde arbeidsovereenkomst te herstellen⁴³. Dit verzoek kan worden gedaan als werknemer stelt dat er sprake is van een beëindiging op basis van een ontslag dat onterecht is verleend door het UWV of de in de toepasselijke CAO opgenomen geschillencommissie.

Mocht de kantonrechter van mening zijn dat de arbeidsovereenkomst beter niet kan worden hersteld kan hij overgaan tot het toekennen van een billijke vergoeding.⁴⁴

⁴² Artikel 7:681 BW.

⁴³ Artikel 7:682 lid 1 sub a BW.

⁴⁴ Artikel 7:682 lid 1 sub b en c BW.

Wel moet er in deze situatie, zoals aangegeven in het betreffende artikel, sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid of nalatigheid aan de kant van de werkgever.

Artikel 7:672 BW

Bij de opzegging, of de ontbinding van een arbeidsovereenkomst dient na de implementatie, net als voor de implementatie van de WWZ een opzegtermijn in acht worden genomen. Het is in dezen belangrijk om te weten dat opzegging altijd aan het einde van de maand zal geschieden.⁴⁵

De lengte van de opzegtermijn is afhankelijk van het aantal dienstjaren van de medewerker.⁴⁶

Bij een dienstverband van:

Korter dan 5 jaar -> 1 maand.

Vijf jaar of langer, maar korter dan 10 jaar -> 2 maanden.

10 jaar of langer, maar korter dan 15 jaar -> 3 maanden.

15 jaar of langer -> 4 maanden.

Enkele afwijkingen van de bovenstaande basisregels zijn opgenomen in de resterende leden van artikel 7:672 BW.

De ontbinding bij de Kantonrechter

De ontbinding middels verzoek aan de kantonrechter is door de implementatie van de WWZ sterk veranderd tegenover de situatie voor de implementatie van de WWZ. Ook is het zo dat er middels werkgever en werknemer andere regels zijn opgesteld.

Artikel 7:671b BW

In het bovenstaande artikel zijn de regels opgenomen omtrent het verzoek van de werkgever jegens de kantonrechter met betrekking tot het beëindigen van een arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter heeft, zoals eerder aangegeven zeggenschap als er sprake is van een verzoek tot ontbinding uit hoofde van artikel 7:669 lid 3 sub b tot en met h BW. Of in de situatie waar de werkgever een ontslagvergunning bij het UWV heeft aangevraagd en het UWV deze niet heeft verleend.⁴⁷ Ook is het zo dat de kantonrechter zeggenschap heeft als er sprake is van de gewenste ontbinding van een arbeidsovereenkomst die middels de overeenkomst niet tussentijds kan worden opgezegd.⁴⁸

⁴⁵ Artikel 7:672 lid 1 BW.

⁴⁶ Artikel 7:672 lid 2 BW.

⁴⁷ Artikel 7:671b lid 1 sub b BW.

⁴⁸ Artikel 7:671b lid 1 sub c BW.

Voorwaarde voor het opzeggen van een overeenkomst die typisch gezien niet tussentijds kan worden opgezegd is het bestaan van een dringende reden zoals opgenomen in artikel 7:669 lid 3 BW. Ook staat het de rechter vrij om in deze situatie een vergoeding toe te kennen aan werknemer, anders dan de transitievergoeding.⁴⁹

Artikel 7:671c BW

Als vanzelfsprekend is het zo dat de werknemer ook een verzoek tot ontbinding kan doen middels de kantonrechter. Het dient voor een gegrond verzoek zo te zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te beëindigen.⁵⁰

Lid 2 van het eerdergenoemde artikel wijst dat de kantonrechter, bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer, bepaalt op welk tijdstip de overeenkomst eindig zal zijn, evenals de mogelijkheid van de kantonrechter om een vergoeding toe te kennen aan werknemer als gevolg van verwijtbaar handelen aan de kant van werkgever.⁵¹

Artikel 7:670a BW

Er zijn, net zoals voor de implementatie van de WWZ een aantal situaties die maken dat er geen opzegging mag worden gedaan door werkgever. We spreken in deze situaties van de opzegverboden. De opzegverboden zijn opgenomen in artikel 7:670a BW.

Zo mag werkgever niet opzeggen als de werknemer als gevolg van ziekte niet in staat is om de bedongen arbeid te verrichten.⁵² Echter, zijn er twee uitzonderingen wanneer werkgever wel mag opzeggen bij ziekte van werknemer, namelijk in de situatie waar werknemer tenminste twee jaren ziek is⁵³ en het moment dat de werknemer zich pas heeft ziekgemeld nadat er aan het UWV of de bij CAO ingestelde commissie is verzocht om toestemming voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van betreffende werknemer.⁵⁴

Ook is het voor werkgever verboden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen in geval van zwangerschap tijdens een werkneemster.⁵⁵ Wel is het mogelijk voor werknemer om de arbeidsovereenkomst op te zeggen

⁴⁹ Artikel 7:671b lid 9 sub a tot en met c BW.

⁵⁰ Artikel 7:671c lid 1 BW.

⁵¹ Artikel 7:671 c lid 2 sub a en b BW.

⁵² Artikel 7:670 lid 1 BW.

⁵³ Artikel 7:670 lid 1 sub a BW.

⁵⁴ Artikel 7:670 lid 1 sub b BW.

⁵⁵ Artikel 7:670 lid 2 BW.

tijdens het zwangerschapsverlof van werkneemster dat langer is dan het noodzakelijke verlof zoals opgenomen in artikel 3:1, lid 3 van de Wet Arbeid en Zorg.⁵⁶

Voorts zijn er nog een aantal andere redenen⁵⁷ die als gevolg hebben dat werkgever de arbeidsovereenkomst van werknemer niet op mag zeggen, echter komen deze in de regel minder voor, waardoor verder toelichting niet van veel waarde is voor dit onderzoeksrapport.

Artikel 7:670a BW

Er zijn specifieke situaties waarin een werkgever in principe de arbeidsovereenkomst van werknemer niet op mag zeggen, maar dit als gevolg van een uitzondering toch mag doen. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in artikel 7:670a BW.

Zo mag een arbeidsovereenkomst worden beëindigd als er eigenlijk sprake is van een opzegverbod, als werknemer weigert om zijn verplichtingen na te komen en hiertoe schriftelijk is gemaand door werkgever.⁵⁸

Ook mag de arbeidsovereenkomst, terwijl er in principe sprake is van een opzegverbod, worden opgezegd op grond van de volgende redenen:⁵⁹

- Werknemer heeft schriftelijk ingestemd.
- Opzegging tijdens de proeftijd.
- Opzegging wegens dringende reden.
- Beëindiging van de onderneming.
- Het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

Verder is het ook zo dat bedrijfseconomische redenen, anders dan de hierboven aangegeven beëindiging van de onderneming, kunnen worden gerekend tot uitzonderingen op het opzegverbod.⁶⁰ Denk hierbij bijvoorbeeld aan ontslagen als gevolg van een daling in de omzet van de onderneming.

Artikel 7:671b lid 2

Ook de kantonrechter heeft de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst, bij verzoek, te ontbinden als gevolg van een uitzondering op de opzegverboden, dit wordt aangegeven in lid 2 van artikel 7:671b lid 2 BW. Dit is natuurlijk alleen mogelijk als er sprake is van een opzeggingsgrond naar artikel 7:669 BW.

⁵⁶ Artikel 7:670 lid 2 BW.

⁵⁷ Artikel 7:670 lid 3 tot en met lid 10 BW.

⁵⁸ Artikel 7:670a lid 1 BW.

⁵⁹ Artikel 7:670a lid 2 sub a tot en met e BW.

⁶⁰ Artikel 7:670a lid 3 BW.

Zo is het mogelijk dat een arbeidsovereenkomst tijdens ziekte kan worden ontbonden. Deze situatie doet zich voor als werkgever de betrokken werknemer eerder schriftelijk heeft aangezegd om zijn verplichtingen na te komen⁶¹.

Denk hierbij aan de verplichting om bijvoorbeeld een bedrijfsarts te bezoeken of het opstellen van een re-integratie plan.

Wel is het belangrijk om rekening te houden met het feit dat het behandelde artikel, 7:671b BW, zoals aangegeven in lid 6 van het aangegeven artikel, niet van toepassing is als er sprake is van een verzoek tot ontbinding als gevolg van bedrijfseconomische redenen. Dit houdt in dat werkgever enkel kan verzoeken tot ontbinding als er eerder sprake is geweest van weigering tot het afgeven van een ontslagvergunning door het UWV.⁶²

Ook is het belangrijk om rekening te houden met het feit, dat er geen sprake is van een opzegverbod indien ziekte van de werknemer zich pas heeft gemanifesteerd op het moment dat werkgever de aankomende opzegging heeft aangezegd.⁶³ In deze situatie staat het werkgever vrij om gebruik te maken van zijn bevoegdheid en een gegrond verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer.

De transitievergoeding

Niet onbelangrijk na de implementatie van de WWZ, en de wijziging van het oude ontslagrecht, is de transitievergoeding. De transitievergoeding is iets wat zich aansluit bij het doel van de WWZ, namelijk het maken van een eenduidig ontslagstelsel.

De transitievergoeding, zoals opgenomen in artikel 7:673 BW is te zien als vervanger van de kantonrechttersformule, welk eerder in dit hoofdstuk is behandeld.

Er dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, wil een werknemer bij ontslag aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding, namelijk:
De arbeidsovereenkomst:

1. Heeft ten minste 24 maanden geduurd.⁶⁴
2. Is opgezegd door werkgever/ontbonden op verzoek van werkgever/de overeenkomst is niet voortgezet door werkgever.⁶⁵

⁶¹ Artikel 7:660a BW.

⁶² Artikel 7:671b lid 1 sub b BW.

⁶³ Artikel 7:671b lid 7 BW.

⁶⁴ Artikel 7:673 lid 1 BW.

⁶⁵ Artikel 7:673 lid 1 sub a BW.

3. Is opgezegd/ontbonden op verzoek van de werknemer/ is op initiatief van de werknemer niet voortgezet, als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever.⁶⁶

Nu het duidelijk is wanneer een werknemer recht heeft op een transitievergoeding, rest de vraag met betrekking tot de hoogte van de uitkering. De hoogte is opgenomen in artikel 7:673 lid 2 BW.

Over de eerste 10 jaar heeft werknemer recht op één zesde van zijn maandloon, voor elke 6 maanden die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Na deze 10 jaar heeft werknemer recht op één vierde van zijn maandloon voor elke 6 maanden die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Niet onbelangrijk is dat het aangegeven lid wijst dat de maximale hoogte van de transitievergoeding €75.000,- bedraagt.

Ter verduidelijking:

Tot 10 jaren: 1/6 maandloon per 6 maanden.

Meer dan 10 jaren: ¼ maandloon per 6 maanden, onveranderlijk de hoogte van de vergoeding over de eerste 10 jaren van de arbeidsovereenkomst.

In relatie tot de transitievergoeding zijn er een paar punten die nog in acht moeten worden genomen. Namelijk:

- De tijdelijke verhoging van de vergoeding voor oudere werknemers.⁶⁷
- Afwijken van de vergoeding bij CAO.⁶⁸
- De Overbruggingsregeling.⁶⁹

Inzake de tijdelijke verhoging naar artikel 7:673a BW, wordt er zorg gedragen voor een verhoging van de transitievergoeding voor mensen die de leeftijd van vijftig hebben gepasseerd. Voor elke 6 maanden dat een werknemer na zijn vijftigste in dienst is geweest heeft deze werknemer recht op ½ maandloon. Wel dient te zijn voldaan aan de eis dat de overeenkomst tenminste 10 jaar heeft geduurd.⁷⁰

De bovenstaande vergoeding zal lopen tot 1 januari van het jaar 2020.⁷¹

Inzake de afwijking bij CAO is het belangrijk om te weten dat een afwijking daadwerkelijk mogelijk is, echter moet er wel sprake zijn van een soortgelijke regeling.⁷²

⁶⁶ Artikel 7:673 lid 1 sub b BW.

⁶⁷ Artikel 7:673a BW.

⁶⁸ Artikel 7:673b BW.

⁶⁹ Artikel 7:673d BW.

⁷⁰ Artikel 7:673a lid 1 BW.

⁷¹ Artikel 7:673a lid 4 BW.

⁷² Artikel 7:673b lid 1 BW.

Als laatste valt ons oog op de overbruggingsregeling. Deze regeling wordt rekening gehouden met kleine ondernemingen, en middels artikel 7:673d lid 1 BW, worden er een aantal mogelijkheden gecreëerd waardoor kleine tot middelgrote bedrijven geen transitievergoeding hoeven te betalen. Dit is enkel haalbaar als er:

- In de tweede helft van het jaar van beëindiging minder dan 25 werknemers in dienst waren.
- Er sprake is van bedrijfseconomische redenen.

Naast de overbruggingsregeling is er nog een situatie waarin werknemers geen aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding. Namelijk, als een bedrijf failliet is verklaard, surseance van betaling is verleend of een schuldsaneringstraject is opgestart.⁷³

De billijke vergoeding

De billijke vergoeding⁷⁴ is een aanvulling op de transitievergoeding die de kantonrechter enkel in bijzondere gevallen mag toekennen. Er moet in dit geval sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten middels werkgever. Er is sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever als er wordt geconstateerd dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in zijn geheel, of grotendeels, te wijten is aan de gedragingen van de werkgever.⁷⁵

De letterlijke definitie van de eerdergenoemde gedragingen werd gegeven door de RvS, en luidt als volgt: "Duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap."

Beroep en cassatie

De laatste grote maar ook belangrijke wijziging die de implementatie van de WWZ met zich mee heeft gebracht is de mogelijkheid tot Hoger beroep en Cassatie tegen een beschikking inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁷⁶

Wel is het belangrijk om rekening te houden met het feit dat bovenstaande, inzake beroep van een werknemer tegen een beschikking op zijn verzoek, enkel betrekking kan hebben op de hoogte van de vergoeding.⁷⁷

⁷³ Artikel 7:673c lid 1 BW.

⁷⁴ Artikel 7:681 lid 1 BW.

⁷⁵ Loonstra, 2015, pagina 129.

⁷⁶ Artikel 7:683 lid 1 BW.

⁷⁷ Artikel 7:683 lid 2 BW.

2.3 Welke gevolgen heeft de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid gehad met betrekking tot de wet- en regelgeving omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren?

Zoals in dit hoofdstuk terug te vinden, zijn er gigantisch veel veranderingen doorgevoerd inzake het ontslagrecht als gevolg van de implementatie van de WWZ. Als vanzelfsprekend heeft dit tot gevolg dat de gang van zaken omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren geheel is veranderd. Dit heeft tot gevolg gehad dat het ontslag op basis van disfunctioneren de volgende inrichting heeft gekregen.

Zoals u heeft kunnen lezen heeft het ontslag op basis van disfunctioneren zijn grondslag in artikel 7:669, lid 3, sub d BW. En labelen wij het begrip disfunctioneren als "de ongeschiktheid van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten."⁷⁸

Alvorens er over kan worden gegaan tot opzegging van een arbeidsovereenkomst op basis van disfunctioneren is het van belang dat werkgever kan verantwoorden dat herplaatsing van de betreffende werknemer, met of zonder scholing en verdere ontwikkeling, niet mogelijk is.⁷⁹ Dit dient werkgever middels een dossier, bestaande uit beoordelings- of feedbackgesprekken, getachte scholing, en gebreken van de betrokken werknemer, aan te kunnen tonen.

Ook is het zo dat werkgever slechts één enkele reden voor ontslag mag aandragen en niet langer de keuze heeft om meerdere redenen aan elkaar te koppelen tot gegronde reden voor ontslag. Dit in combinatie met de bijzondere opzegverboden, zoals aangegeven in artikel 7:670 BW en de dreigende transitievergoeding van artikel 7:673 BW resulteert in een ontslagstelsel dat zonder enige twijfel lastiger is voor werkgever dan oorspronkelijk is beoogd, gezien het feit dat de Nederlandse werknemers na de implementatie van de WWZ sterker staan dan voorheen.

Echter, is het recht niet altijd krom. De werkgever die daadwerkelijk een goede reden heeft gevonden in het disfunctioneren van een werknemer, tijd en aandacht in de verbetering van deze werknemer heeft geïnvesteerd en hier gegronde en eenduidige bewijzen van heeft. Staat na de implementatie van de WWZ sterker dan ooit tevoren.

⁷⁸ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

⁷⁹ Artikel 7:669 lid 1 BW.

Deelconclusie: De gevolgen van de implementatie van de WWZ voor het ontslag op basis van disfunctioneren zijn een verharding van het recht voor zij die er niet alles aan hebben gedaan om een werknemer binnen de organisatie te houden, waar er sprake is van een lichte versoepeling voor diegene die met hand en tand heeft gestreden voor de disfunctionerende werknemer.

Hoofdstuk 3

In dit hoofdstuk bekijken wij welke criteria inzake het ontslag op basis van disfunctioneren voortvloeien uit de rechtspraak. Om deze criteria in kaart te kunnen brengen neem ik u mee door jurisprudentie, zoals gewezen door de Nederlandse rechters in verschillende situaties en omtrent verschillende aspecten van het “disfunctioneren”.

3.1 De behandelde zaken

Inzake het jurisprudentieonderzoek heb ik gewenst u mee te nemen door een groot aantal uitspraken. Echter is het, door de relatief nieuwe wet en regelgeving van de WWZ, onmogelijk om een groot aantal relevante uitspraken te vinden. Als gevolg hiervan heb ik 17 uitspraken gekozen om de daaruit voortvloeiende criteria te behandelen. De samenvattingen van deze zaken kunt u terugvinden in hoofdstuk 7 van dit onderzoeksrapport, mocht u geïnteresseerd zijn in het precieze procesverloop.

3.2 Korte terugblik basisrechtsregels

Disfunctioneren vinden wij terug in artikel 7:669, lid 3 sub d BW. En laat zich lezen als “De ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid.” Simpel uitgelegd kunnen wij disfunctioneren dus zien als de onmogelijkheid om het de afgesproken werkzaamheden uit te voeren.

Disfunctioneren wordt gezien als redelijke grond voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst.⁸⁰ Wat tot gevolg heeft dat deze grond wordt gezien als geldige reden om een arbeidsovereenkomst op te zeggen. Wel is het van belang dat werkgever heeft geprobeerd om de betreffende werknemer te herplaatsen, met of zonder scholing. Dit laat zich lezen in artikel 7:669 lid 1 BW.

Niet onbelangrijk is artikel 7:671b BW, waarin is opgenomen op welke momenten de Kantonrechter mag overgaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst evenals de daaraan gerelateerde voorwaarden.

Zo mag de kantonrechter ontbinden inzake alle redelijke gronden van artikel 7:669 lid 3 sub b tot en met h.⁸¹ Ook staat het de rechter vrij om uitspraak te doen inzake bedrijfseconomische redenen en ziekte van de werknemer zoals vermeld in artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW, mits er sprake is van een afwijzing door het UWV op de bovenstaande gronden of geen mogelijkheid is tot tussentijds opzeggen naar de betreffende arbeidsovereenkomst.⁸²

⁸⁰ Artikel 7:669 lid 1 BW.

⁸¹ Artikel 7:671b lid 1 sub a BW.

⁸² Artikel 7:671b lid 1 sub b en c BW/

Als laatste is het goed om nog kort te verwijzen naar artikel 7:670 BW, en dan in het bijzonder naar lid 1 en lid 2 van het genoemde artikel. Dit is gevolg van het feit dat het betreffende artikel de opzegverboden aangeeft.

Als er sprake is van een opzegverbod mag de werkgever de arbeidsovereenkomst in de regel niet opzeggen. De meest voorkomende situaties van opzegverboden bij ontbinding zijn ziekte⁸³ en zwangerschap⁸⁴.

3.3 Schematisch overzicht behandelde zaken

Voordat wij overgaan tot het behandelen van de criteria die voortvloeien uit de gekozen jurisprudentie, vindt u onderstaand een simplificatie middels een schematische weergave van de door de gekozen uitspraken.

Ter verduidelijking:

Het zaaknummer naar bijlage is een fictief nummer dat is gekoppeld aan het daadwerkelijk tot de gebruikte zaken gerelateerde nummer, inzake de simplificatie.

<i>Zaaknummer naar bijlage:</i>	Ontslag	Voortzetting	Op grond van
Nummer 1	X		Werknemer niet capabel in functie, voldoende inspanning door werknemer.
Nummer 2		X	Werkgever heeft geen stukken overlegd inzake claim tot disfunctioneren.
Nummer 3		X	Werkgever heeft zich niet voldoende ingespannen inzake re-integratie.
Nummer 4		X	Het verstrekken van misleidende informatie is geen reden voor ontslag d.m.v. 7:669 lid 3 sub d BW.
Nummer 5	X		Geen sprake van disfunctioneren, wel van een verstoorde arbeidsrelatie. Ook naar zeggen werknemer.
Nummer 6	X		Tussentijdse opzegging in situatie toegestaan, wel hoge vergoeding voor werknemer.
Nummer 7		X	Werkgever claimt disfunctioneren waar in visie

⁸³ Artikel 7:670 lid 1 BW.

⁸⁴ Artikel 7:670 lid 2 BW.

			Kantonrechter geen sprake van is.
Nummer 8	X		Ontbonden middels verstoorde arbeidsrelatie, niet middels disfunctioneren.
Nummer 9		X	Geclaimde disfunctioneren wordt niet ondersteund door beschikbare stukken.
Nummer 10		X	Werkgever heeft niet voldoende inzet getoond middels verbeteringstraject.
Nummer 11		X	Werkgever heeft disfunctioneren niet voldoende onderbouwd.
Nummer 12	X		Verstoorde arbeidsrelatie middels claims collega's.
Nummer 13	X		Ontbinding middels subsidiair verzoek, zowel disfunctioneren als verstoorde arbeidsrelatie afgewezen.
Nummer 14		X	Zaak in hoger beroep: Ontslagbesluit is onzorgvuldig genomen, middels inzet werkgever.
Nummer 15	X		Werknemer disfunctioneerde en was ongeoorloofd afwezig tijdens bedongen arbeidsuren.
Nummer 16	X		Hoger beroep: Ontslag blijft staan gezien het feit dat werknemer haar stellingen niet voldoende weet te onderbouwen.
Nummer 17	X		Werkgever heeft voldoende moeite gedaan om werknemers prestaties weer op pijl te krijgen.
Nummer 18		X	Ontslag is prematuur aangevraagd, zonder andere opties te bekijken.
Nummer 19	X		Werkgever heeft voldoende moeite gedaan middels verbeteringstrajecten en coaching.
Nummer 20		X	Ontslag is onvoldoende onderbouwd.

Middels de tabel van de vorige pagina's kunnen wij concluderen dat de mate van ontslag ongeveer 50% is. Er is namelijk in 9 zaken sprake van ontslag op basis van disfunctioneren of de uit het proces voortvloeiende arbeidsrelatie, tegenover 8 zaken waarin sprake is van een voortzetting van de arbeidsovereenkomst of de rectificatie van de eerdere ontbinding.

Als wij kijken naar de redenen die resulteren tot het al dan niet voortzetten of daadwerkelijk ontbinden van de arbeidsovereenkomst kunnen wij concluderen dat voor het ontslag op basis van disfunctioneren⁸⁵ veel tijd nodig is. Dit is gevolg van het feit dat er in het kader van artikel 7:699 lid 1 BW, wordt gewezen dat er sprake moet zijn van een dringende reden, die aantoonbaar moet kunnen worden gemaakt bij de Kantonrechter, middels de daartoe te overleggen bescheiden. En daarnaast moet het zo zijn dat de werkgever, naar het eerdergenoemde artikel, heeft getracht om de werknemer aan het werk te houden en bij te scholen om zo te zorgen dat de arbeidsovereenkomst niet hoeft te worden ontbonden.

3.4 Welke criteria wijst de jurisprudentie met betrekking tot ontslag op basis van disfunctioneren?

1. Disfunctioneren dient aantoonbaar te worden gemaakt

In meerdere van de behandelde zaken, claimt de betrokken werkgever disfunctioneren, maar kiest deze ervoor om dit niet te onderbouwen. Een van de criteria die voortvloeit uit de jurisprudentie is het feit dat een claim inzake het disfunctioneren van een werknemer aantoonbaar dient te worden gemaakt, er dient een dossier te worden opgebouwd om het disfunctioneren aan te tonen. Zo zou een werkgever die graag zou zien dat zijn verzoek tot ontbinding slaagt het disfunctioneren van de betrokken werknemer concreet moeten kunnen maken door het aanleveren van praktijkvoorbeelden.

Denk bij deze praktijkvoorbeelden bijvoorbeeld aan correspondentie tussen werkgever en werknemer middels e-mails of brieven. Ook gespreksverslagen van functioneringsgesprekken of re-integratiegesprekken zijn onmisbaar. Omdat de werkgever middels deze stukken aan kan tonen dat hij:

1. Tijd en moeite heeft gestoken in de verbetering van de betrokken werknemer.
2. Duidelijk kan aangeven waarom werknemer niet functioneert in zijn functie.

⁸⁵ Artikel 7:699 lid 3 sub d BW.

2. Het aanzeggen van disfunctioneren

Uit de geslaagde verzoeken vanuit werkgever vloeit het criteria voort dat de werkgever bij werknemer dient aan te zeggen dat deze niet goed functioneert.

Op het moment dat werkgever de betrokken werknemer heeft aangesproken op zijn disfunctioneren is het mogelijk om een verbetertraject te starten en zorg te dragen voor de verbetering van werknemer. Daarnaast kunnen de voortgangsgesprekken inzake het verbetertraject meteen worden meegenomen in het dossier inzake het disfunctioneren.

Middels het aanzeggen van disfunctioneren is het ook mogelijk dat werknemer zijn houding verbetert, wat kan resulteren in het ophouden van de slechte prestaties die tot disfunctioneren leiden.

3. Het opstarten van een verbetertraject

Zoals eerder aangegeven wordt er door de rechtspraak veel waarde gehecht aan het verbetertraject. Een verbetertraject is geheel vormvrij en is eigenlijk te zien als een traject waarin werkgever probeert om werknemer te helpen, zodat hij weer goed gaat functioneren. Deze trajecten bestaan vaak uit het opstellen van een verbeterplan en het inplannen van voortgangsgesprekken om de paar weken of maanden. Gemiddeld genomen wordt na één jaar gekeken of werknemer is verbeterd of dat er nog steeds sprake is van disfunctioneren van de kant van werknemer.

Als het verbetertraject is afgerond, en niet succesvol is geweest kan de werkgever op zijn minst aan de Kantonrechter tonen dat hij middels goed werkgeverschap heeft geprobeerd om de betrokken werknemer in dienst te houden.

4. Er moet sprake zijn van scholing

Zoals aangegeven in artikel 7:669 lid 1 BW, is werkgever verplicht om werknemer bij te scholen waar dit nodig is. Zo zijn er bepaalde beroepen waar ontwikkelingen snel worden doorgevoerd. Zo kunnen wij als voorbeeld nemen, de ICT wereld, naar een van de onderzochte zaken. In deze sector is het belangrijk op up-to date te blijven inzake nieuwe technieken om zo te zorgen dat het werk goed kan worden uitgevoerd. Een groot deel van deze verantwoordelijkheid ligt bij de werkgever, en zo zal de Kantonrechter er ook niet voor kiezen om disfunctioneren toe te wijzen als werkgever er niet voor heeft gekozen om de werknemer bij te scholen.

5. De plicht tot herplaatsing

Uit artikel 7:669 lid 1 BW vloeit voort dat werkgever moet hebben geprobeerd om werknemer te herplaatsen in een andere, desnoods lagere, functie als er sprake is van disfunctioneren. Dit is onderdeel van het goede werkgeverschap en laat zien dat werkgever bereid is om de betrokken werknemer te helpen om in dienst te blijven bij de organisatie.

Echter mag er soms worden afgeweken van de herplaatsingsplicht. Dit komt voor als herplaatsing niet mogelijk is binnen een redelijke termijn, of er geen passende functie bestaat.

Houdt hierbij rekening met het feit dat de Kantonrechter coulanter zal zijn inzake de herplaatsingsplicht als er sprake is van een kleine onderneming, gezien het feit dat het hier daadwerkelijk veel moeilijker is om een slecht functionerende werknemer (binnen redelijke termijn) te herplaatsen.

Zoals wij kunnen concluderen zijn er in de regel vijf criteria waaraan dient te worden voldaan om relatief zeker te zijn van een gegrond verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst inzake disfunctioneren, naar artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

Als deze criteria in acht worden genomen, is de kans van slagen middels een verzoek zoals bovenstaand aangegeven, relatief groot, zoals wij kunnen concluderen uit de zaken waarin het ontslag op basis van disfunctioneren daadwerkelijk werd toegewezen.

Hoofdstuk 4

In dit hoofdstuk bekijken wij aan welke voorwaarden dient te worden voldaan wil de kantonrechter een verzoek tot ontslag op basis disfunctioneren naar artikel 7:669 lid 3 sub d BW toewijzen.

In het vorige hoofdstuk hebben wij gekeken naar de criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren. Nu wil “toeval” dat de criteria die voortvloeien uit de behandelde jurisprudentie kunnen worden gezien als de voorwaarden die dienen te worden voldaan alvorens de kantonrechter een ontslag op basis van disfunctioneren wil toewijzen.

Als gevolg hiervan heb ik de criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie geanalyseerd, op basis van de samenvattingen zoals u kunt vinden in de bijlage, om zo tot een vaststaande set voorwaarden te komen.

4.1 De zaken waar de kantonrechter het verzoek heeft toegewezen.

In de onderstaande tabel, bekijken wij kort de zaken waarin ontslag *puur* op basis van disfunctioneren is toegewezen en wat aan deze toewijzing ten grondslag ligt.

<i>Zaaknummer naar bijlage</i>		Kort, de gronden verbonden aan de toewijzing van het verzoek tot ontslag.
Nummer 1	Daadwerkelijk sprake van disfunctioneren. Dit was gevolg van het feit dat werknemer compleet niet geschikt was voor de betreffende functie.	
Nummer 15	Werknemer disfunctioneerde en was daarnaast afwezig tijdens bedongen arbeidsuren, wat resulteerde in ontslag op staande voet.	
Nummer 16	Hoger beroep tegen eerder ontslag op basis van disfunctioneren. Werkneemster heeft niet voldoende aan kunnen tonen dat er geen sprake was van disfunctioneren, waardoor de eerdere ontbinding werd aangehouden.	
Nummer 17	Daadwerkelijk sprake van disfunctioneren, gezien de uitvoering van de werkzaamheden door werknemer over een langere tijdsperiode beneden pijl is geweest, en ook is gebleven.	
Nummer 19	Daadwerkelijk sprake van disfunctioneren. Ook is evident dat werkgever meer dan genoeg moeite heeft gedaan om bij te dragen aan de verbetering van werknemer.	

Zoals u op dit moment kunt zien, zijn er verdacht weinig zaken waarin het ontslag op basis van puur en alleen disfunctioneren naar artikel 7:669 lid 3 sub d BW wordt toegewezen.

Als wij terugblikken naar hoofdstuk 3 van dit onderzoeksrapport kunnen wij zien dat er meerdere zaken zijn waarin de Kantonrechter heeft gekozen om over te gaan tot ontbinding op basis van een verstoorde arbeidsrelatie, al dan niet als gevolg van de rechtsgang inzake het geclaimde disfunctioneren van werknemer, waarover in hoofdstuk 5 van dit onderzoeksrapport meer informatie wordt gegeven.

Nu rest de vraag wat er in deze zaken zo duidelijk is, dat er specifiek kan worden ontbonden op basis van disfunctioneren. Om dit eenduidig te kunnen onderbouwen, behandelen wij deze zaken onderstaand met meer diepgang.

Zaak nummer 1 ⁸⁶

In deze zaak is sprake van een geschil tussen werkgever en een werknemer die sinds eind 2013 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Wat direct opvalt als wij deze zaak bekijken zijn het aantal ontwikkelings- en voortgangsgesprekken, tussen respectievelijk werknemer en werkgever or werknemer en een personeelsadviseur, zoals onderstaand aangegeven.

1. Op 8 mei 2014.
2. Op 15 december 2014.
3. Op 15 juni 2015.
4. Op 21 april 2015.
5. Op 6 mei 2015.
6. Op 11 mei 2015.
7. Op 18 mei 2015.

Zoals u kunt zien zijn er in iets meer dan een jaar 7 voortgangsgesprekken gevoerd, welke ook zijn overlegd aan de Kantonrechter, waarin werknemer constant dezelfde feedback heeft gekregen. Als gevolg hiervan is de Kantonrechter van mening dat er daadwerkelijk genoeg moeite is gedaan om samen met werknemer te werken aan de gewenste verbetering.

Daarnaast geeft werkgever aan niet binnen redelijke termijn in staat te zijn om werknemer een nieuwe functie aan te bieden, zoals verplicht gesteld in artikel 7:699 lid 1 BW.

⁸⁶ ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.

De rechter wijst in deze zaak het volgende.

1. Er is geen sprake van een opzegverbod naar artikel 7:670 BW.
2. Kantonrechter concludeert uit meerdere van de aangeleverde voortgangs- en functioneringsgesprekken dat werknemer daadwerkelijk disfunctioneert in haar functie.
3. Kantonrechter acht, middels inzet van de werkgever, dat herplaatsing binnen een redelijke termijn of in een andere functie niet mogelijk.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de Kantonrechter het verzoek tot ontbinding op primair disfunctioneren toewijst.

Zaak nummer 15 ⁸⁷

In deze zaak is sprake van een geschil tussen werknemer en werkgever inzake een ontslag op basis van disfunctioneren. Daarnaast is het belangrijk om in overweging te nemen dat er in deze zaak sprake is van Hoger Beroep.⁸⁸

Belangrijk in deze zaak is ook het feit dat er sprake is geweest van ontslag op staande voet. Dit vloeit voort uit het feit dat werkgever heeft aangezegd dat werknemer in de optiek van werkgever disfunctioneerde, waarna werknemer zich heeft ziekgemeld.

Deze ziekmelding heeft plaatsgevonden op 22 mei 2013, waar de aanzegging van het disfunctioneren en het verval van de oude functie van werknemer op 10 april 2013 werd aangezegd.

Als gevolg van het deskundigenoordeel van een bedrijfsarts van het UWV, wordt duidelijk dat werknemer ongeveer 2 maanden ongeoorloofd afwezig is geweest. Wat voor werknemer reden is geweest om te spreken van disfunctioneren en te ontslaan op staande voet naar artikel 7:677 lid 1 BW.

Het hof wijst dat het ontslag op staande voet⁸⁹ gegrond wordt verklaard. Gezien het feit dat werknemer daadwerkelijk ongeoorloofd afwezig is geweest van 22 mei tot 19 juni 2013.

Zaak nummer 16 ⁹⁰

In deze zaak is sprake van een conflict tussen werknemer en werkgever inzake een ontslag op basis van disfunctioneren. Daarnaast is het belangrijk

⁸⁷ ECLI:NL:GHARL:2015:5639.

⁸⁸ Artikel 7:683 BW.

⁸⁹ Artikel 7:677 lid 1 BW.

⁹⁰ ECLI:NL:GHAMS:2015:3921

om in overweging te nemen dat er in deze zaak sprake is van hoger beroep.⁹¹

Inzake het ontslag op basis van disfunctioneren, heeft werkgever de betrokken werknemer medio 2007 twee keuzes gegeven. Te kennen als het volgen van een outplacementtraject, waarin de werknemer na verloop van tijd een functie buiten de organisatie zou vinden, en een beoordelingstraject, een andere versie van een verbeteringstraject zoals in zaak nummer 2, welk eerder in dit hoofdstuk is behandeld. Werknemer ging destijds voor het outplacementtraject.

Medio 31 mei 2011 heeft werkgever aan werknemer laten weten dat werknemer per 11 september van het genoemde jaar een andere, lagere, functie zou gaan bekleden. Deze functiewijziging was gevolg van disfunctioneren.

Later gaat werknemer in beroep tegen deze demotie, gezien het feit dat werknemer naar zij zeggen: "Niet akkoord is gegaan met een permanente demotie."

Het hof wijst het volgende:

1. Werknemer is akkoord gegaan met het outplacementtraject.
2. Werknemer is akkoord gegaan met de demotie.
3. Werknemer heeft geweten dat de demotie gevolg was van disfunctioneren, middels het feit dat werkgever dit duidelijk heeft aangegeven en werknemer hiervoor heeft getekend.

Het hof komt tot de conclusie dat werknemer niet voldoende heeft aangetoond dat de demotie op basis van disfunctioneren niet rechtvaardig is, en veroordeeld werknemer in de proceskosten.

Zoals wij bovenstaand kunnen zien is een ontslag- of een demotie op basis van disfunctioneren niet geheel makkelijk te bereiken. Echter is het zo dat wij de resultaten uit paragraaf 3.4 uit dit onderzoeksrapport kunnen combineren met de vaststaande rechtsregels om een checklist te maken inzake de gronden waardoor de rechter daadwerkelijk kan toewijzen dat een werknemer disfunctioneert.

⁹¹ Artikel 7:683 BW.

Zaak nummer 17 ⁹²

In deze zaak is sprake van een geschil tussen werkgever en werknemer. De werkgever in kwestie is een autoschade-servicebedrijf. Werknemer is bij dit bedrijf in dienst als autopoeetser.

Werkgever en werknemer zijn het niet met elkaar eens inzake de kwaliteit van de werkzaamheden van werknemer. Als gevolg hiervan verzoekt de werkgever de rechtbank tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen.

Een belangrijk feit is dat (zoals de rechter later ook oordeelt), werkgever zonder enige redelijke twijfel veel moeite heeft gedaan om te werken aan de ondermaatse prestaties van werknemer. Hoe deze moeite zich manifesteert, leest u in de onderstaande opsomming.

1. 24-01-2013, werkgever geeft aan dat werknemer een onvoldoende beoordeling krijgt voor de werkzaamheden die hij verricht. Deze beoordeling vloeit voort uit een beoordelingsgesprek.
2. Medio december 2013, werkgever geeft, met betrekking tot het functioneren van werknemer, aan dat werknemer matig gekwalificeerd is voor de door hem te verrichten arbeid.
3. 08-07-2014, werkgever geeft, tijdens een gesprek met werknemer, aan dat hij ontevreden is over de werksnelheid van werknemer.
4. Op respectievelijk 1 en 13-10-2014, wijst werkgever de betrokken werknemer wederom op het feit dat de snelheid van de door hem te verrichten werkzaamheden te wensen overlaat.
5. Verder vinden er in de loop van de jaren 2014 en 2015 meerdere functioneringsgesprekken plaats waarin werkgever het bovenstaande herhaaldelijk aangeeft.

Het bovenstaande geeft, naar het oordeel van de rechter, aan dat werkgever voldoende moeite heeft gedaan. Dit geeft genoeg grond om te ontbinden uit hoofde van disfunctioneren, naar artikel 669, lid 3, sub d van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Let wel dat de rechter rekening heeft gehouden met het feit dat werkgever niet binnen redelijke termijn in staat is om werknemer een nieuwe functie aan te bieden, zoals verplicht gesteld in artikel 7:699 lid 1 BW.

⁹² ECLI:NL:RBROT:2015:7176

Zaak nummer 19 ⁹³

In deze zaak is sprake van een conflict tussen werkgever en werknemer. Werkgever is in deze zaak een woningcorporatie met 675 andere werknemers. De betrokken werknemer is sinds 1 september van het jaar 2008 in dienst bij werkgever. Dit dienstverband is voor onbepaalde tijd aangegaan.

Belangrijk is om rekening te houden met het feit dat werknemer een belangrijke functie binnen het bedrijf uitoefent, en hierdoor een aantal verantwoordelijkheden draagt.

Werkgever is al langere niet langer te spreken over de manier waarop werknemer de bedongen arbeid verricht, en heeft hier, in de loop van de jaren, meerdere gesprekken met werknemer over gevoerd, zoals aangegeven in de onderstaande opsomming.

1. 29-11-12, werkgever beoordeelt werknemer tijdens een functioneringsgesprek met een voldoende. Echter geeft werkgever wel aan dat het evident is dat werknemer moeite heeft met het prioriteren van zijn werkzaamheden en dat hier aan dient te worden gewerkt.
2. Augustus 2013, werknemer en werkgever starten een coachingstraject om te zorgen dat werknemer zich beter kan ontwikkelen.
3. Eind 2013, werkgever beoordeelt werknemer met een onvoldoende voor de werkzaamheden van het afgelopen jaar.
4. 15-7-2014, werkgever beoordeelt de werkzaamheden van werknemer in dit functioneringsgesprek met een voldoende op basis van de ontwikkelingen die werknemer heeft doorgemaakt. Echter, wordt door werkgever wel duidelijk aangegeven dat de algehele prestaties van werknemer nog steeds beneden pijl zijn.
5. 9-12-2014, werkgever beoordeelt werknemer tijdens een functioneringsgesprek met een voldoende. Echter geeft werkgever aan dat werknemer nog steeds hard dient te werken aan de eisen van werkgever.
6. 19-5-2015, werkgever geeft aan dat hij van mening is dat de werkzaamheden van werknemer weer beneden pijl zijn. Ofwel, terug zijn waar zij waren voor het coachingstraject is gestart. Daarnaast verzoekt werkgever aan werknemer om eens na te denken of werknemer wel de juiste functie uitoefent.
7. 17-9-15, werkgever geeft aan dat hij van mening is dat werknemer te lang geen verbetering heeft laten zien en geeft aan dat hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen.

⁹³ ECLI:NL:RBMNE:2016:1296

In deze zaak is het, naar mening van de rechter, evident dat werkgever meer dan genoeg moeite heeft gedaan om werknemer te laten presteren op basis van de door werkgever gehanteerde standaard.

Ook hebben werkgever en werknemer gesproken over een demotie. Hierop is werknemer echter nooit in gegaan.

Op basis van het bovenstaande is de rechter van mening dat genoeg grond is om te ontbinden uit hoofde van disfunctioneren, naar artikel 669, lid 3, sub d van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

4.2 Aan welke gronden moet worden voldaan voordat de rechter aanneemt dat een werknemer disfunctioneert?

De gronden waaraan dient te worden voldaan wil de (Kanton)rechter een ontslag op basis van disfunctioneren aantonen zijn terug te vinden in het onderstaande schema.

Wanneer neemt de kantonrechter disfunctioneren van de werknemer aan?

De werkgever dient het disfunctioneren aan te zeggen	Dit houdt in dat de werkgever tegen werknemer dient te zeggen dat hij vindt dat werknemer disfunctioneert en waaruit dit voortvloeit.
Na de aanzegging dient een verbetertraject te worden gestart door werkgever.	In een verbetertraject werken werkgever en werknemer samen, vaak in combinatie met een personeelsadviseur of een HR manager, om zorg te dragen voor de positieve ontwikkeling van de betrokken werknemer om zodoende het dreigende ontslag te voorkomen.
Mocht het verbetertraject niet slagen dient werkgever te kijken naar de herplaatsingsmogelijkheden.	Als het verbetertraject van werknemer niet slaagt en er geen uitzicht is op behoud van de functie, is het werkgever verplicht om te kijken of hij werknemer kan herplaatsen. ⁹⁴ Deze verplichting blijft bestaan als scholing noodzakelijk is voor de bekleding van een andere, openstaande functie.
Disfunctioneren dient aantoonbaar te worden gemaakt door werkgever.	Mochten de eerdere stappen niet slagen is het zo ver dat werkgever een verzoek tot ontbinding kan doen bij de Kantonrechter op basis van artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Echter is het belangrijk dat de bovenstaande stappen duidelijk zijn gedocumenteerd om de rechter te kunnen laten zien dat werkgever alles in zijn macht heeft gedaan om werknemer niet te hoeven ontslaan.

⁹⁴ Artikel 7:669 lid 1 BW.

Middels het volgen van het bovenstaande schema is het voor werkgever goed mogelijk om een verzoek tot ontbinding te doen bij de kantonrechter⁹⁵, dat vervolgens wordt toegewezen omdat er aantoonbaar sprake is van een redelijke grond voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.⁹⁶

De enige overweging die werkgever dient te maken, is het feit dat het ontbinden van de arbeidsovereenkomst op basis van disfunctioneren niet in luttele weken kan gebeuren.

De werkgever dient er ongeveer een jaar voor uit te trekken. In dit jaar is er genoeg tijd om werknemer te helpen met het maken van de gewenste verbeteringen en daarnaast het opbouwen van een goed dossier mocht werkgever later ontbinding wensen uit hoofde van disfunctioneren.

⁹⁵ Artikel 7:671b lid 1 BW.

⁹⁶ Artikel 7:699 lid 3 sub d jo lid 1 BW

Hoofdstuk 5

In dit hoofdstuk bekijken wij de samenhang tussen het ontslag op basis van disfunctioneren⁹⁷ en het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie.⁹⁸ Dit vloeit voort uit het feit dat veel werkgevers die primair verzoeken tot ontbinding op basis van disfunctioneren, subsidiair verzoeken tot ontbinding op basis van een verstoorde arbeidsrelatie.

Het begrip verstoorde arbeidsrelatie laat zich in artikel 7:669 lid 3 sub g BW lezen als:

“Een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.” Deze verstoring kan natuurlijk voortvloeien uit het conflict tussen werkgever en werknemer, maar ook uit het conflict tussen werknemer en collega's.

Zo laat de verstoorde arbeidsverhouding zich lezen als “de uit conflict ontstane situatie tussen werkgever en werknemer of werknemer en een andere betrokken partij.”

5.1 Schematisch overzicht van de zaken

Onderstaand vindt u een overzicht van de behandelde zaken waarin primair al dan niet subsidiair wordt verzocht te ontbinden op basis van een verstoorde arbeidsrelatie, alsmede een korte uitleg van de betreffende zaak.

<i>Zaaknummer naar bijlage</i>	Ontslag	Voortzetting	Op grond van
Nummer 1	X		Er is sprake van een ontslag op basis van disfunctioneren, de verstoorde arbeidsverhouding ⁹⁹ werd subsidiair verzocht.
Nummer 4		X	Kantonrechter wijst dat er niet genoeg bewijs is van een verstoorde arbeidsverhouding.
Nummer 5	X		Verstoorde arbeidsverhouding toegewezen gezien het feit dat werknemer

⁹⁷ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

⁹⁸ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

⁹⁹ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW

			tijdens zitting heeft beaamd dat dit zo is.
Nummer 8	X		Ziekmelding als gevolg van een arbeidsconflict. Kantonrechter spreekt van een verstoorde arbeidsverhouding.
Nummer 10		X	Kantonrechter acht niet voldoende bewezen dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.
Nummer 11		X	Kantonrechter acht niet voldoende bewezen dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.
Nummer 12	X		Kantonrechter acht dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Gevolg van verklaringen van collega's van werknemer.
Nummer 13		X	Kantonrechter ziet geen verstoorde arbeidsverhouding gezien het feit dat werknemer langere tijd op non-actief heeft gestaan.

Zoals u uit de bovenstaande tabel kunt concluderen, wordt het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie, naar artikel 7:669 lid 3 sub g BW, op 8 zaken slechts 3 maal toegewezen.

Onderstaand zullen wij dieper ingaan op de zaken waarin het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie wordt toegewezen.

Zaak nummer 4 ¹⁰⁰

In deze zaak is in eerste instantie sprake van een conflict tussen werkgever en werknemer op basis van het disfunctioneren¹⁰¹ van werknemer.

Werkgever is medio 2012 uitgevallen als gevolg van ziekte, en op 1 januari 2014 weer in dienst getreden. Na de re-integratie van werknemer is werknemer veel fouten gaan maken in haar taken, wat tot gevolg heeft gehad dat werkgever het disfunctioneren bij werknemer heeft aangekaart.

¹⁰⁰ ECLI:RBNNE:2015:5423

¹⁰¹ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

Als gevolg van deze fouten willen de collega's van werknemer niet langer met de betrokken werknemer samenwerken. Als gevolg hiervan heeft werkgever getracht om passende arbeid te zoeken, wat als gevolg van de grootte van het bedrijf niet is gelukt.

Werknemer was de mening toebedeeld dat zij na terugkomst een geheel andere functie heeft moeten vervullen, wat niet de bedoeling was. Daarnaast komen de verklaringen van collega's inzake het niet langer samen willen werken met de betreffende werknemer als een donderslag bij heldere hemel. Waardoor werknemer van mening is dat de arbeidsrelatie daadwerkelijk is verstoord.

De rechter wijst vervolgens dat er geen sprake is van disfunctioneren, gezien het feit dat werknemer na terugkomst een andere functie is gaan uitoefenen. Wat tot gevolg heeft dat er geen sprake kan zijn van disfunctioneren omdat er geen sprake is van bedongen arbeid.¹⁰²

Wel wijst de rechter dat werkgever voldoende moeite heeft gedaan om werknemer te herplaatsen, maar dit niet mogelijk is gebleken.¹⁰³

Vervolgens heeft de rechter geoordeeld dat er daadwerkelijk sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van het feit dat zowel werkgever als werknemer spreken van een verstoorde arbeidsrelatie. Zodoende wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden op basis van artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

Zaak nummer 8 ¹⁰⁴

In deze zaak is sprake van een conflict tussen werkgever en werknemer. In eerste aanleg is er sprake van een conflict op basis van disfunctioneren. Het verzoek tot disfunctioneren is eerder bij de Kantonrechter in Gouda afgewezen op basis van het feit dat werknemer niet middels een verbetertraject heeft getracht om de werkhouding van werknemer te verbeteren. Zeker gezien het feit dat werknemer zelf meermalig heeft verzocht om coaching te verkrijgen inzake de verbeterpunten en het uitgesproken disfunctioneren.

Zoals u zich voor kunt stellen ontstaan er tussen werkgever en werknemer, na de voortzetting van de arbeidsovereenkomst, enkele problemen. Er is sprake van veel spanning op de werkvloer.

¹⁰² Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

¹⁰³ Artikel 7:669 lid 1 BW.

¹⁰⁴ ECLI:RBAMS:2015:8752

Desalniettemin probeert werkgever een verbetertraject in te stellen inzake de gewenste verbeteringen van werknemer. Werknemer weigert echter om hieraan mee te werken.

Na deze problematiek heeft werknemer zich in september 2015 ziekgemeld. Kort waarna de bedrijfsarts concludeerde dat er sprake was van ziekte als gevolg van een arbeidsconflict.

Op basis van het bovenstaande verzoekt werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst als gevolg van een verstoorde arbeidsrelatie.¹⁰⁵

De Kantonrechter ziet bovenstaande als gegronde reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst middels een verstoorde arbeidsrelatie naar artikel 7:669 lid 3 sub g BW en ontbindt de arbeidsovereenkomst.

Uit het bovenstaande kunnen wij concluderen dat een medewerker verplicht is om mee te werken aan een verbeteringstraject als er door partijen wordt erkend dat dit noodzakelijk is inzake het goede functioneren van werknemer.

Zaak nummer 12 ¹⁰⁶

In deze zaak is sprake van een conflict tussen werkgever en werknemer op basis van geclaimd disfunctioneren. Let wel dat werkgever en werknemer beiden directieleden zijn van de betreffende B.V.

Op 24 maart 2015 ontvangt werkgever van meerdere werknemers een brief waarin wordt aangegeven dat zij niet langer met hem wensen te werken. Daarnaast wordt aangestuurd op het ontslag van werknemer als gevolg van:

1. Het tegen elkaar uitspelen van personeel.
2. Machtsmisbruik.
3. Seksuele intimidatie.
4. Het kleineren van personeel.

Op 25 maart 2015 stelt werkgever de betrokken werknemer vrij van zijn werkzaamheden voor niet nader te noemen termijn. Waarna op 30 maart 2015 een gesprek tussen werkgever en werknemer plaatsvindt inzake het opzeggen van vertrouwen door meerdere werknemers.

Werkgever stelt dat de werkhouding van werknemer al tijden zwaar beneden pijl is en stuurt aan op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van disfunctioneren. Werkgever verzoekt de Kantonrechter de

¹⁰⁵ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

¹⁰⁶ ECLI:NL:RBGEL:2015:3641

ontbinding van de arbeidsovereenkomst inzake “verandering van de omstandigheden” naar artikel 7:685 BW.

De kantonrechter oordeelt in deze dat het ontslag op basis van een verandering van de omstandigheden geen stand kan houden. Wel oordeelt de kantonrechter dat er dusdanig sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Dit is gevolg van het feit dat bijna alle collega’s binnen de onderneming het vertrouwen in werknemer hebben opgezegd.

De rechter spreekt hierbij van een ernstig verstoorde arbeidsrelatie en wijst het verzoek tot ontbinding toe. Echter op grond van een verstoorde arbeidsrelatie¹⁰⁷ in plaats van de door werkgever verzochte ontbinding op basis van veranderde omstandigheden.¹⁰⁸

5.2 Hoe gaat de rechter om met het begrip “verstoorde arbeidsrelatie” als gevolg van de rechtszaak omtrent het al dan niet disfunctioneren van een werknemer?

De conclusie die wij kunnen trekken uit de behandelde jurisprudentie is vooralsnog eenduidig. Het is namelijk zo dat de Kantonrechter enkel spreekt van een verstoorde arbeidsrelatie als er aan één van de onderstaande twee voorwaarden is voldaan.

1. Zowel werkgever als werknemer geven aan dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, naar artikel 7:669 lid 3 sub g BW.
2. Meerdere collega’s van de betrokken werknemer (in een klein tot midden-groot bedrijf) hebben het vertrouwen in deze werknemer opgezegd.
3. Werknemer weigert mee te werken aan het tussen partijen overeengekomen verbetertraject, waardoor de arbeidsrelatie tussen partijen wordt verstoord.

Wij kunnen dus stellen dat de rechter het begrip “verstoorde arbeidsrelatie”¹⁰⁹ niet licht opvat. En dat een ontbinding op grond van artikel 7:669 lid 3 sub g BW niet makkelijk wordt toegewezen.

¹⁰⁷ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

¹⁰⁸ Artikel 7:685 BW.

¹⁰⁹ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

Hoofdstuk 6

Middels de eerdere hoofdstukken van dit onderzoeksrapport hebben wij de deelvragen die leidend zijn in dit onderzoek kunnen beantwoorden. De beantwoording van deze deelvragen is essentieel voor de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoeksrapport.

Onderstaand vindt u, middels de beantwoording van de hoofdvraag, zoals aangegeven in paragraaf 1.3, de conclusie van dit onderzoeksrapport. Waarna de aanbevelingen volgen.

6.1 Conclusie

Welk advies kan aan De Haij en van der Wende worden gegeven inzake de overwegingen van de rechterlijke macht inzake het ontslag op basis van disfunctioneren, al dan niet het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie?

Zoals u in hoofdstuk 2 heeft kunnen lezen zijn er, als gevolg van de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid, veel verschillende veranderingen doorgevoerd binnen het Nederlandse ontslagrecht. Zo ook in relatie tot het ontslag op basis van een disfunctionerende werknemer.

In het huidige ontslagrecht is het zo dat een ontslag op basis van disfunctioneren¹¹⁰ een ontslag op basis van een redelijke grond is.¹¹¹ Voor het ontslag dient een in te worden gediend bij de kantonrechter.¹¹² Waarna de procedure omtrent het ontslag op basis van disfunctioneren start.

In deze procedure houdt de Kantonrechter rekening met een groot aantal criteria. Zo heeft de werkgever een behoorlijke waslijst af te werken alvorens een verzoek tot ontslag op basis van disfunctioneren zal worden toegewezen, onderstaand vindt u puntsgewijs deze eerdergenoemde criteria.

1. De werkgever dient, waar hij verzoekt tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst op basis van disfunctioneren, aan te kunnen tonen dat de werknemer die naar mening van werkgever niet goed functioneert daadwerkelijk niet goed functioneert. Het aantoonbaar maken van het ondermaats functioneren van de betrokken werknemer is grotendeels afhankelijk van de prestaties inzake de bedongen arbeid, zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst. De werkgever kan het disfunctioneren van een

¹¹⁰ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

¹¹¹ Artikel 7:669 lid 1 BW.

¹¹² Artikel 7:671b lid 1 sub a BW.

werknemer aantoonbaar maken doormiddel van het opbouwen van een dossier. In dit dossier kunnen functioneringsgesprekken en voortgangsgesprekken worden opgenomen, evenals fouten die de betrokken werknemer heeft gemaakt. Middels dit dossier kan werkgever in een proces aantonen dat er daadwerkelijk sprake is geweest van het voldoen van de inspanningsplicht.

2. Allereerst dient de werkgever de disfunctionerende werknemer aan te zeggen dat hij van mening is dat de betrokken werknemer ondermaats presteert. Dit vloeit voort uit het feit dat werkgever en werknemer een inspanningsplicht hebben inzake de ontwikkeling van werknemer.

3. Deze inspanningsplicht manifesteert zich onder andere in het opstarten van een verbeteringstraject. Een verbeteringstraject is een traject waarin werkgever en werknemer samen proberen om het functioneren van werknemer te verbeteren middels het opstellen van een ontwikkelingsplan en het inplannen van een aantal voortgangsgesprekken. In de regel vinden deze gesprekken om de aantal weken- of maanden plaats. Als een verbeteringstraject is voltooid maar geen goed gevolg heeft gehad, is werkgever een stap dichterbij de toewijzing van het ontslag op basis van disfunctioneren.

4. Daarnaast is het deel van de inspanningsplicht, zoals aangegeven in artikel 7:669 lid 1 BW, dat werkgever, waar een verbeteringstraject niet slaagt, probeert om de slecht functionerende werknemer te herplaatsen in een passende functie, mits deze beschikbaar is. Mocht er een functie beschikbaar zijn waarvoor de werknemer scholing nodig heeft, is de werkgever verplicht om in deze scholing te voorzien. Ook is het belangrijk om er rekening mee te houden dat een werknemer in een scholingsgevoelig vakgebied, zoals de ICT wereld, niet kan disfunctioneren als zijn werkgever geen scholing aanbiedt om zijn kennis op peil te houden.

Als is voldaan aan de bovenstaande criteria kan een werkgever met relatief veel zekerheid zeggen dat het ontslag op basis van disfunctioneren door de Kantonrechter zal worden toegewezen. Maar wat nu als er na rechtsgang van een conflict omtrent disfunctioneren geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt toegewezen? Op dat moment zijn werkgever en werknemer tot elkaar veroordeeld middels de bestaande arbeidsovereenkomst. Echter wordt wel van werk- gever en nemer verwacht dat zij normaal met elkaar om blijven gaan.

Als er een conflict ontstaat tussen werkgever en werknemer of werknemer en andere collega's kunnen wij bij een bepaalde mate van escalatie van dit

conflict spreken van een verstoorde arbeidsovereenkomst.¹¹³ In dit geval is er sprake van een dusdanig verstoorde arbeidsrelatie die tot gevolg heeft dat er van werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren, zoals aangegeven in artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

Als de werkgever er voor kiest om de Kantonrechter te verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden als gevolg van een verstoorde arbeidsrelatie, is het belangrijk dat de verstoring van de arbeidsrelatie voldoende kan worden aangetoond. Dit kan werkgever doen middels communicatiemiddelen zoals e-mails, maar bijvoorbeeld ook door middel van gespreksverslagen of het feit dat collega's hebben aangegeven niet langer met de betreffende werknemer wensen te werken.

Ook in de bovenstaande situatie heeft de werkgever de plicht om de werknemer, waar mogelijk, te herplaatsen in een andere functie. En enkel als dit niet kan is er een reden om over te gaan tot het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst¹¹⁴ op grond van een verstoorde arbeidsovereenkomst.

Zoals u bovenstaand kunt lezen, heeft de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid tot gevolg gehad dat de hele strategie inzake het ontslag op basis van disfunctioneren heeft moeten veranderen. Daarnaast is het, zoals bovenstaand aangegeven, belangrijk om te weten dat de rechtspraak een groot aantal criteria handhaaft inzake het ontslag op basis van disfunctioneren.

Wat buiten het feit dat het voor werkgevers lastiger is om een in hun optiek slecht functionerende werknemer te ontslaan, wel tot gevolg heeft dat de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid daadwerkelijk een duidelijk en eenduidig ontslagrecht teweeg heeft gebracht. Zoals origineel werd beoogd bij de implementatie van deze Wet.¹¹⁵

¹¹³ Artikel 7:669 lid 3 sub g BW.

¹¹⁴ Artikel 7:671b lid 1 sub a BW.

¹¹⁵ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, Nr. 3, pagina 25.

6.2 Aanbevelingen

Uit de conclusie van dit onderzoeksrapport vloeien een aantal duidelijke resultaten voort. Als gevolg van deze resultaten kan ik mijn opdrachtgever de volgende aanbevelingen doen.

1. Het allerbelangrijkste om tot een succesvol ontslag op basis van disfunctioneren te komen is het hebben van voldoende tijd. Zoals mijn opdrachtgever voor aanvang van dit afstudeertraject tegen mij zei: "Werkgevers hebben te veel haast." Het ontslag op basis van disfunctioneren is niet iets dat snel geregeld kan worden. Middels een verbeteringstraject en het voeren van functionerings- en voortgangsgesprekken om de paar weken is het verstandig om ongeveer een jaar uit te trekken voor de opbouw van een goed dossier.
2. Draag zorg voor het feit dat de werkgever naar werknemer heeft gecommuniceerd dat hij vindt dat er sprake is van disfunctioneren door de betreffende werknemer.
3. Maak het disfunctioneren van werkgever voldoende aantoonbaar door een dossier op te bouwen waarin alle e-mails, gespreksverslagen, elke andere vorm van communicatie alsmede de gang van zaken- en het resultaat van het verbeteringstraject worden opgenomen. Daarnaast is het ook belangrijk om het aan te geven als werkgever heeft geprobeerd de werknemer te herplaatsen of scholing heeft geboden om te voldoen aan de criteria die voortvloeien uit artikel 7:669 lid 1 BW.
4. Mocht het ontslag op basis van een verstoorde arbeidsrelatie de reden zijn van de gewenste ontbinding van de arbeidsovereenkomst, gelden dezelfde regels als bij het ontslag op basis van disfunctioneren.

Als de bovenstaande stappen, zoals meermalig aangegeven in de loop van dit onderzoeksrapport worden gevolgd, kan ik met zekerheid zeggen dat de kans dat een verzoek tot ontslag op basis van disfunctioneren (of een verstoorde arbeidsrelatie) zal worden toegewezen.

Zodoende ga ik er vanuit dat deze aanbevelingen, waar kort, toch als krachtig worden ervaren.

Literatuurlijst

1. Handboeken

Bouwers e.a.

Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, W.H.A.C.M. Bouwers, 2015.

Loonstra e.a.

Hoofdstukken sociaal recht, Loonstra, 2015.

Eleveld e.a.

Arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht, A. Eleveld & B.P. Ter Haar, 2015.

Van den Brink e.a.

WWZ in praktijk, P.F. Van den Brink & A.P.J. Cordang, 2015.

Meijer e.a.

Ontslagprocedure – beleidsregels en regelgeving, 2013.

Van Drongelen e.a.

Individueel arbeidsrecht & ontslagrecht, J. van Drongelen, 2012.

Burgerlijk Wetboek

Sociale zekerheidswetgeving, Mr. P.S. Fluit, 2015.

2. Tekst en Commentaar

Tekst en commentaar.

Tekst en commentaar, Wolters Kluwer, 2015.

3. Kamerstukken

Kamerstukken II 2013/2014, 33818, Nr. 3.

4. Websites

www.bladeladvocaten.nl

www.partnerpersoneelsadvies.nl

www.judex.nl

www.rechtspraak.nl

5. Wetten

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Artikelen waarnaar wordt verwezen worden respectievelijk bij elke verwijzing vermeld.

6. Jurisprudentie

De nummers voor de uitspraken zijn de nummers die worden gebruikt om in dit onderzoeksrapport te verwijzen naar de betreffende zaak. De samenvattingen van deze zaken vindt u in de bijlage.

1. Rechtbank Gelderland, 17-09-2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909
2. Rechtbank Rotterdam, 23-10-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957
3. Rechtbank Midden-Nederland, 25-03-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577
4. Rechtbank Den Haag, 04-12-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13918
5. Rechtbank Noord-Nederland, 25-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423
6. Rechtbank Rotterdam, 19-02-2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1188
7. Rechtbank Rotterdam, 24-02-2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322
8. Rechtbank Amsterdam, 07-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752
9. Rechtbank Overijssel, 02-12-2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5325
10. Rechtbank Midden-Nederland, 21-01-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357
11. Rechtbank Den Haag, 04-09-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521
12. Rechtbank Gelderland, 02-06-2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3641
13. Rechtbank Den Haag, 17-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404
14. Centrale Raad van Beroep, 24-12-2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4802
15. Gerechtshof Arnhem, 30-06-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5639
16. Gerechtshof Amsterdam, 22-09-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3921
17. Rechtbank Rotterdam, 03-09-2016, ECLI:NL:RBROT:2015:7176
18. Rechtbank Noord-Nederland, 03-06-2016, ECLI:NL:RBNNE:2015:3956
19. Rechtbank Midden-Nederland, 04-03-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296
20. Rechtbank Rotterdam, 29-04-2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411