

**‘Beëindiging arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren werknemer als redelijke grond’**

**Toetsing van:**

**HBR-AS17-AS**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

Naam student Naam afstudeerbegeleider

Lusine Martirosova Dhr. Mr. M. Verstuijf

Studentnummer Inleverdatum

S1052560 13 juni 2018 (Reguliere kans)

Naam opdrachtgever Naam afstudeerbegeleider

René Snip Advocatuur Dhr. Mr. R. Snip

Klas Law 4A Collegejaar 2017-2018 blok 13-14

Aantal woorden 11.158 (exclusief literatuurlijst, bijlages, voorwoord en omslag)

# Voorwoord

Het afstuderen heeft mij veel energie en tijd gekost en zonder een aantal mensen in mijn leven zou ik de eindstreep waarschijnlijk niet gehaald hebben. Ik wil daarom ook kort een aantal mensen bedanken die mij door dik en dun hebben gesteund. Dat is in eerste instantie mijn familie die mij opraapte wanneer ik dat zelf niet meer kon. Ten tweede wil ik de heer René Snip bedanken, die mij de mogelijkheid en vertrouwen heeft gegeven om een onderzoek voor hem te doen. Daarnaast wil ik mijn lieve vrienden bedanken die mij altijd hebben gesteund, met name als het mooi weer was en ik niet naar buiten kon vanwege mijn scriptie. Als laatste wil ik Lilit bedanken, mijn kleine zusje, die altijd mijn stukken, hoe lang ook, doorleest om er feedback op te geven.

Ik wil u veel plezier wensen met het lezen van dit onderzoek.

Lusine Martirosova,

Zaandam, 12 juni 2018

# Samenvatting

René Snip advocatuur ondersteunt MKB’ers die naar hem toekomen wanneer zij een medewerker willen ontslaan wegens disfunctioneren. Uit de praktijk blijkt dat deze MKB’ers, in het vervolg werkgevers, vaak niet of niet goed weten wat hiervoor vereist is. Hierdoor is bij René Snip advocatuur de vraag ontstaan om de desbetreffende werkgevers handvatten aan te reiken, in de vorm van een advies, om hen hierbij te ondersteunen. Het doel van dit onderzoek is om René Snip advocatuur een onderzoeksrapport te overhandigen met daarin een advies met betrekking tot het opbouwen van een ontslagdossier (personeelsdossier) zodat de werkgever meer kans maakt om een arbeidsovereenkomst te ontbinden bij de kantonrechter. Om dit te kunnen doen wordt er een antwoord gegeven op de volgende centrale vraag:

‘’Welk advies kan aan René Snip advocatuur worden gegeven zodat zijn cliënten geadviseerd kunnen worden over het opstellen van een ontslagdossier voor het ontbinden van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren, gekeken naar de invulling van de wettelijke vereisten volgens literatuur en jurisprudentie?’’

Het ontslag wegens disfunctioneren is wettelijk geregeld in art. 7:699 lid 1 en lid 3 BW. Uit dit wetsartikel komen een aantal voorwaarden naar voren waar een werkgever aan moet voldoen wil hij bij het disfunctioneren van een medewerker overgaan tot ontslag, mits de ongeschiktheid niet het gevolg is van ziekte of gebreken. De voorwaarden zijn als volgt:

* Herplaatsing van een medewerker in een andere passende functie is niet mogelijk;
* De werkgever moet de werknemer tijdig op de hoogte stellen van het disfunctioneren;
* De werkgever moet de werknemer voldoende gelegenheid hebben gegeven zijn functioneren te verbeteren;
* De ongeschiktheid van de werknemer mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de werkgever of voor scholing van de werknemer;

Het is wettelijk vastgelegd dat een werknemer een personeelsdossier moet bijhouden van elke werknemer die bij hem in dienst is. De inhoud van zo een dossier wordt niet expliciet uitgelegd in de wet. Om een beeld te krijgen van hoe naar de inhoud van zo een dossier wordt gekeken in de praktijk, is er een jurisprudentie analyse gedaan waarin is gekeken naar de interpretering van de bovenstaande wettelijke vereisten door de rechters.

Nadat al deze wettelijke voorwaarden zijn geanalyseerd uit de jurisprudentie, kan de conclusie worden getrokken dat niet aan al deze voorwaarden voldaan hoeft te worden door de werkgever. De drie belangrijkste voorwaarden zijn het voldoen aan de functie-eisen (disfunctioneren), het tijdig aangeven van het disfunctioneren en het verbetertraject. Zoals te zien uit de toetsing van de rechters, wordt vaak de voorwaarde herplaatsing en onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden links gelaten, omdat de overige voorwaarden

al zwaar genoeg meewegen voor een toewijzing of een afwijzing.

Hoewel de bovengenoemde drie voorwaarden belangrijk zijn voor de kantonrechter, sta je als werkgever natuurlijk sterker als je een volledig opgebouwd ontslagdossier heb. Hierom is een checklist voor de cliënten van René Snip advocatuur de uitkomst. Daarnaast kunnen er workshop worden gegeven aan werkgevers als preventief middel. René Snip advocatuur kan een workshop aanbieden voor bestaande en toekomstige cliënten en hen daarin stapsgewijs uitleggen waar een kwalitatief en sterk personeelsdossier uit moet bestaan.

# Inhoudsopgave

Inhoud

[Voorwoord 2](#_Toc516646833)

[Samenvatting 3](#_Toc516646834)

[Inhoudsopgave 5](#_Toc516646835)

[Afkortingen 6](#_Toc516646836)

[Hoofdstuk 1: Inleiding 6](#_Toc516646837)

[1.1 Aanleiding en beschrijving van het praktijkprobleem 7](#_Toc516646838)

[1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen 10](#_Toc516646839)

[1.3 Methoden van onderzoek 10](#_Toc516646840)

[Hoofdstuk 2: Juridisch kader 13](#_Toc516646841)

[2.1 Inleiding 13](#_Toc516646842)

[2.2 Ontslag wegens disfunctioneren 13](#_Toc516646843)

[2.2.1 Verdieping op de wettelijke voorwaarden 15](#_Toc516646844)

[2.2.2 Tussenconclusie 20](#_Toc516646845)

[Hoofdstuk 3: Dossieropbouw 21](#_Toc516646846)

[3.1 Inleiding 21](#_Toc516646847)

[3.2 Het bewijsrecht 21](#_Toc516646848)

[3.3 personeelsdossier 22](#_Toc516646849)

[Hoofdstuk 4: Resultaten 24](#_Toc516646850)

[4.1 inleiding 24](#_Toc516646851)

[4.2 Disfunctioneren 24](#_Toc516646852)

[4.3 Tijdig in kennis stellen 26](#_Toc516646853)

[4.4 Gelegenheid tot verbetering 28](#_Toc516646854)

[4.5 Herplaatsing naar een andere passende functie 31](#_Toc516646855)

[4.6 Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden/ scholing 33](#_Toc516646856)

[Hoofdstuk 5: Conclusie 35](#_Toc516646857)

[Hoofdstuk 6: Aanbevelingen 38](#_Toc516646858)

[6.1 Inleiding 38](#_Toc516646859)

[6.2 Aanbevelingen 38](#_Toc516646860)

[Literatuurlijst 40](#_Toc516646861)

[Jurisprudentielijst 41](#_Toc516646862)

[Bijlage 1: Schema ontbinding afgewezen 42](#_Toc516646863)

[Bijlage 2: Schema ontbinding toegewezen 44](#_Toc516646864)

[Bijlage 3: Checklist ontslagdossier 46](#_Toc516646865)

# Afkortingen

BW Burgerlijk wetboek

UWV Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Wwz Wet werk en zekerheid

MvT Memorie van toelichting

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Aanleiding en beschrijving van het praktijkprobleem

René Snip advocatuur is een advies- en procespraktijk voor alle kwesties op het gebied van arbeids- en contractenrecht. De heer Snip is sinds 1998 advocaat. Met advies op maat staat hij organisaties en werknemers bij om (toekomstige) juridische problemen op personeel of contractueel vlak te voorkomen of op te lossen[[1]](#footnote-1). Hoewel René Snip advocatuur zowel werknemers als werkgevers heeft als cliënt, neemt hij vaker zaken in behandeling voor de werkgevers. Een ruime hoeveelheid van de cliënten van René Snip advocatuur zijn voornamelijk midden- en kleinbedrijf ondernemers (MKB’ers) die advies nodig hebben over de correcte handelswijze bij het ontslaan van een disfunctionerende medewerker. In veel ontslagzaken waar René Snip advocatuur mee te maken krijgt, wenst de werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens disfunctioneren van de werknemer. De werkgever is dan van mening dat de werknemer niet voldoet aan de eisen die gesteld worden aan de functie[[2]](#footnote-2). De heer Snip merkt uit eigen ervaring dat de MKB’ers vaak niet -of niet genoeg- weten welke zaken zij op orde moeten hebben om een werknemer te ontslaan wegens disfunctioneren. Deze MKB’ers weten wel dat zij een ontslagdossier voor het disfunctioneren moeten hebben, maar vaak zijn deze niet compleet. Hierdoor is bij René Snip advocatuur de vraag ontstaan om de desbetreffende MKB’ers handvatten aan te reiken, in de vorm van een advies, om hen hierbij te ondersteunen.

Het ontslagrecht heeft een aantal grote wijzigingen doorgemaakt. Op 1 juli 2015 is het tweede deel van de Wet Werk en Zekerheid (hierna WWZ) in werking getreden[[3]](#footnote-3). Vóór de inwerkingtreding van de wijzigingen in de WWZ, was het ontslagrecht in twee wetten geregeld. In het Burgerlijk Wetboek (BW) en in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna BBA 1945); de UWV procedure waar het ontslagbeleid vanuit de overheid op is gebaseerd (vertaald in de regels van het Ontslagbesluit).[[4]](#footnote-4)

Voor 1 juli 2015 waren er twee manieren waarop een werkgever een arbeidsovereenkomst kon ontbinden. De werkgever kon via de UWV-procedure een vergunning aanvragen om een arbeidsovereenkomst op te zeggen of hij kon aan de ontbindingsrechter vragen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een billijke vergoeding op basis van de kantonrechtersformule.[[5]](#footnote-5) Na 1 juli 2015 is het BBA 1945 komen te vervallen en kan de werkgever niet meer kiezen welke ontslagroute hij zal nemen. De ontslagroute zal voortaan afhankelijk zijn van de ontbindingsgrond. Op grond van artikel 7:671a BW dient de werkgever schriftelijke toestemming te vragen aan het UWV om bij bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid (artikel 7:669 lid 3 sub a en b) een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zijn er andere redenen voor de werkgever om tot ontbinding over te gaan, dan moet dit volgens artikel 7:671b BW voortaan gebeuren door het indienen van een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter.

Zo een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter kan alleen volstaan als daar een redelijke grond voor is. Onder redelijke grond wordt volgens artikel 7:669 lid 3 BW verstaan de acht limitatieve ontslaggronden. Pas als volledig aan de vereisten van één van deze gronden is voldaan, mag de rechter tot ontbinding overgaan[[6]](#footnote-6). Een van deze limitatieve ontslaggronden is het ontslag wegens het disfunctioneren van de werknemer, welke valt onder artikel 7:669 lid 3 sub d BW (ook wel bekend als de d- grond). In dit onderzoek zal ik mij specifiek richten op deze d-grond, omdat dit de wens van de opdrachtgever is. Daarnaast gaan de andere gronden in dit wetsartikel niet over het ontslag wegens disfunctioneren van een medewerker.

Behalve nieuwe wet- en regelgeving brengt de WWZ ook veel nieuwe rechtspraak met zich mee. René Snip advocatuur vraagt zich vooral af hoe de jurisprudentie zich sinds de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 heeft ontwikkeld met betrekking tot de d- grond.

**De d- grond**

In artikel 7:669 lid 3 sub d BW is sprake van ‘ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer’[[7]](#footnote-7), met andere woorden: *disfunctioneren.* Een redelijke grond voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst kan dus zijn dat de werknemer ongeschikt is om zijn werk te doen en dat dit niet komt door een ziekte of gebreken van zijn kant. De werknemer moet dus de werkzaamheden uitvoeren waar hij of zij voor is aangenomen.

Uit dit wetsartikel komen een aantal voorwaarden naar voren waar een werkgever aan moet voldoen wil hij bij het disfunctioneren van een medewerker overgaan tot ontslag, mits de ongeschiktheid niet het gevolg is van ziekte of gebreken. De voorwaarden zijn als volgt:[[8]](#footnote-8)

* Herplaatsing van een medewerker in een andere passende functie is niet mogelijk;
* De werkgever moet de werknemer tijdig op de hoogte stellen van het disfunctioneren;
* De werkgever moet de werknemer voldoende gelegenheid hebben gegeven zijn functioneren te verbeteren;
* De ongeschiktheid van de werknemer mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de werkgever of voor scholing van de werknemer;

Uit statistieken van het jaar 2016 kwam naar voren dat er 42 ontslagverzoeken zijn ingediend bij de kantonrechters op grond van disfunctioneren (de d-grond)[[9]](#footnote-9). Slechts 29% van deze ingediende verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, werd ook daadwerkelijk toegewezen. Er zijn geen statistieken bekend over het jaar 2017. Wel is te zien uit de jurisprudentie dat het aantal ingediende zaken in 2017 lichtelijk is toegenomen naar 51. Hiervan is meer dan de helft afgewezen. Door werkgevers wordt dit als een moeilijke ontslaggrond ervaren, mede door de vele afwijzingen. Hierdoor is het belang van goede dossiervorming en deugdelijke verbetertrajecten met de Wwz sterk toegenomen.[[10]](#footnote-10)

Uit de praktijk wordt door de heer Snip vaak geconstateerd dat de werkgevers die contact opnemen voor begeleiding in het ontslagprocedure, onvoldoende disfunctioneringsdossiers hebben opgebouwd over de desbetreffende werknemer. De dossiers missen namelijk essentiële voorwaarden zoals het feit dat door de werkgevers onvoldoende kans tot verbetering is geboden aan de werknemer, er geen laatste waarschuwing is gegeven over het disfunctioneren en dat er vaak geen verbetertraject is aangeboden aan de werknemer. Door te kijken naar hoe de rechtspraak invulling geeft aan de bovenstaande wettelijke voorwaarden, kan er een aanbeveling worden gedaan aan René Snip advocatuur waarin er handvatten worden aangereikt om de werkgevers als cliënten op de meest efficiënte manier te begeleiden in dit ontslagproces. Hiermee kunnen de cliënten van René Snip advocatuur in de toekomst met een sterker disfunctioneringsdossier naar de rechter stappen.

# 1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit onderzoek is om advies te geven aan René Snip advocatuur over hoe hij het beste zijn cliënten kan voorbereiden voor een ontslagprocedure, wegens het disfunctioneren van een medewerker van de cliënt. Dit zal betrekking hebben op hoe een ontslagdossier opgebouwd moet worden om te voldoen aan de vereisten die worden gesteld vanuit de wet. Daarbij zal ik met name kijken naar de interpretering van deze wettelijke vereisten door de rechterlijke macht.

Door duidelijk te maken hoe de rechter invulling geeft aan de eisen van de wet en door in kaart te brengen welke argumenten van advocaten al dan niet standhouden bij de rechter, kan het advocatenkantoor haar cliënten beter van tevoren adviseren voordat er een ontslagprocedure wordt gestart. Om dit te kunnen doen is het belangrijk dat er wordt achterhaald wanneer een dossier wegens disfunctioneren voldoende is voor de rechter en in welke gevallen zo een dossier wordt afgewezen.

Centrale vraag:

Welk advies kan aan René Snip advocatuur worden gegeven zodat zijn cliënten geadviseerd kunnen worden over het opstellen van een ontslagdossier voor het ontbinden van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren, gekeken naar de invulling van de wettelijke vereisten volgens literatuur en jurisprudentie?

Deelvragen:

* Wat houdt ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren in volgens een literatuur-en wetsanalyse?
* Hoe moet een ontslag- en personeelsdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd gekeken naar de literatuur?
* Hoe is de rechterlijke interpretatie van de wettelijke vereisten gesteld in art. 7:699 lid 3 sub d van het disfunctioneringsontslag?

## 1.3 Methoden van onderzoek

Om een antwoord te kunnen geven op de deelvragen is het noodzakelijk dat de juiste methodes worden toegepast tijdens dit onderzoek. Hiermee kan er uiteindelijk een antwoord worden gegeven op de hoofdvraag waarmee er kwalitatieve aanbeveling kunnen worden gedaan voor René Snip advocatuur.

*Deelvraag 1: Wat houdt ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren in volgens een literatuur-en wetsanalyse?*

Voor de beantwoording van deze deelvraag is gebruik gemaakt van online websites, de memorie van toelichting en juridische tijdschriftartikelen. Deze deelvraag geeft weer wat vanuit de theorie de definitie van een disfunctionerend medewerker nu eigenlijk is.

De boeken die voor deze deelvraag zijn gebruikt:

* Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2017
* Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017
* Treep, 2017
* Linnemann & Sauerwein 2002
* Eijsenga 2016

Daarnaast zal er worden gekeken wat volgens de wet een disfunctionerend medewerker is en welke wettelijke vereisten daaraan verbonden zijn. De literatuur die hiervoor is gebruikt, is terug te vinden in de literatuurlijst. Deze deelvraag zal beantwoord worden in het juridisch kader.

*Deelvraag 2: Hoe moet een ontslag- en personeelsdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd gekeken naar de literatuur?*

Om deelvraag 2 te beantwoorden is gebruik gemaakt van een paar rechterlijke uitspraken, online artikelen, memorie van toelichting en literatuur. Deze deelvraag is minder juridisch maar wel erg belangrijk, omdat eerst in kaart moet worden gebracht hoe een ontslagdossier eruit moet zien volgens de literatuur. Vanuit de artikelen en de literatuur is er een beeld gevormd waaruit een ontslagdossier bestaat. Om te zien hoe de wetgever denkt over een ‘compleet’ ontslagdossier zal gekeken worden naar de memorie van toelichting.

Deze deelvraag is belangrijk omdat er nu incomplete dossiers bij René Snip advocatuur worden aangeleverd door de werkgevers. Door de uitkomsten hiervan te vergelijken met de uitkomsten uit deelvraag drie, kan geanalyseerd worden waar de literatuur en jurisprudentie van elkaar verschillen en wat de overeenkomsten zijn.

De boeken die voor deze deelvraag zijn gebruikt:

* Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2017
* Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017
* Treep 2017
* Linnemann & Sauerwein 2002
* Eijsenga 2016

*Deelvraag 3: Hoe is de rechterlijke interpretatie van de wettelijke vereisten gesteld in art. 7:699 lid 3 sub d van het disfunctioneringsontslag?*

Voor het beantwoorden van deze deelvraag is er een jurisprudentieonderzoek gedaan. Tussen 2016, 2017 en begin 2018 zijn er in totaal 216 uitspraken geweest over het ontslag wegens disfunctioneren. Deze uitspraken zijn verder uitgedund op kwaliteit en de conclusie kan getrokken worden dat ze niet allemaal alleen over de d-grond gaan, maar ook over de andere gronden. Gezien het feit dat in dit onderzoek alleen naar de d-grond gekeken zal worden, zullen alleen deze zaken uitgekozen worden voor verder onderzoek.

In 2016 zijn er 42 uitspraken gedaan over het ontslag wegens de disfunctioneren (d-grond). In 2017 waren dat er 51 en in 2018 zijn dat er tot nu toe 19. Dit zijn in totaal 112 uitspraken die overblijven van de 216, welke specifiek over de d-grond gaan. Deze 112 uitspraken zijn verder geanalyseerd op kwaliteit van de uitspraken van de rechter. Dit houdt in dat er gekeken is naar de topics, die gebruikt zullen worden om de jurisprudentie te analyseren, en of de arresten een volledig antwoord geven op deze topics. Na dit gedaan te hebben zijn er van de 112, 32 uitspraken overgebleven om in dit onderzoek te gebruiken. Uit deze 32 uitspraken wordt duidelijk dat het alleen gaat over de d-grond en aan welke punten de rechter veel waarde hecht en aan welke wat minder. Hiervan zijn 18 uitspraken afgewezen en 14 uitspraken toegewezen door de rechter. Deze zaken zullen worden onderzocht aan de hand van vijf topics. Deze vijf topics zullen verder worden uitgelegd in hoofdstuk 4. De uitkomsten van deze zaken worden opgenomen en vergeleken in een schema zodat er een rode lijn wordt vastgesteld bij elke gestelde wettelijke vereiste. Deze schema zal te vinden zijn in de bijlage van dit onderzoek.

# Hoofdstuk 2: Juridisch kader

# 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt duidelijk gemaakt wat ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren inhoudt volgens de wet en de literatuur en wat de vereisten hiervoor zijn. Later in dit onderzoek wordt bekeken hoe de rechters invulling geven aan deze vereisten door dit te analyseren aan de hand van rechtspraak.

# 2.2 Ontslag wegens disfunctioneren

Binnen arbeidsrelaties is het belangrijk dat werkgevers en werknemers zich netjes gedragen tegenover elkaar. In zo een relatie spreken de werkgever en de werknemer af dat de werknemer arbeid verricht, zoals is afgesproken. De werknemer wordt voor deze arbeid beloond in de vorm van loon. Nu komt het in de praktijk wel eens voor dat werknemers niet voldoen aan deze afspraken en hun werkzaamheden niet naar behoren uitvoeren. Een schilder moet bijvoorbeeld wel kunnen schilderen, een boekhouder mag niet telkens rekenfouten maken en een secretaresse moet de Nederlandse taal tot in de puntjes beheersen[[11]](#footnote-11). Dit zijn de functie-eisen die vooraf zijn vastgesteld in een functieprofiel door de werkgever. Een werknemer dient hieraan te voldoen. Een functieprofiel is een korte functie- en organisatie omschrijving. De tekst geeft uitleg aan medewerkers over de verwachtingen bij een functie en de organisatie[[12]](#footnote-12).

Een medewerker die niet of niet meer voldoet aan zo een functieprofiel, functioneert dan niet meer naar behoren. Werkgevers willen vervolgens dat zij zich gaan verbeteren in hun gebreken. Doen zij dit niet, dan zal de werkgever ervoor willen zorgen dat de arbeidsovereenkomst zal worden beëindigd. De werkgever zal dan een verzoek moeten indienen bij de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens disfunctioneren. Dit kan natuurlijk niet zomaar. Eerst moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan.

Om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen overgaan moet, zoals eerder genoemd, aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Deze voorwaarden staan wettelijk vastgelegd in art. 7:699 BW. Art. 7:699 lid 1 BW geeft in eerste instantie de wettelijke vereisten voor alle ontslaggronden en luidt als volgt:

*“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. (…)”*

Dit houdt in dat de werkgever in eerste instantie moet kunnen aantonen dat er sprake is van een redelijke grond (disfunctioneren in dit geval). Daarnaast is herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk. Als er verder wordt gelezen in het wetsartikel wordt duidelijk dat onder art. 7:699 lid 3 sub d BW, de ontslaggrond disfunctioneren staat omschreven:

*“Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan: d. de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;”*

In het vervolg zal voor het gemak gerefereerd worden naar de d-grond, in plaats van art. 7:699 lid 3 sub d BW.

Als we lid 1 en lid 3 sub d gaan ontleden dan kan de conclusie getrokken worden dat de werkgever moet voldoen aan de volgende voorwaarden voor het aantonen van disfunctioneren bij de werknemer:

* De werkgever moet kunnen aantonen dat er sprake is van een redelijke grond (disfunctioneren), welke niet door ziekte of gebreken wordt veroorzaakt;
* Herplaatsing naar een andere passende functie is niet mogelijk, al dan niet met scholing;
* De werkgever moet de werknemer tijdig in kennis hebben gesteld van het disfunctioneren;
* Er moet voldoende gelegenheid zijn geboden aan de werknemer om zich te verbeteren;
* De ongeschiktheid van de werknemer is niet het gevolg van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden.

Om een beter beeld te krijgen van de bovenstaande wettelijke voorwaarden zullen ze hieronder apart uitgelicht worden.

# 2.2.1 Verdieping op de wettelijke voorwaarden

Disfunctioneren:

Volgens art. 7:611 BW is een medewerker verplicht zich als een goede werknemer te gedragen en het werk naar zijn of haar beste kunnen, te doen. Voldoet een medewerker niet (meer) aan zijn functieprofiel, dan is er sprake van disfunctioneren. Een werkgever wil hier dan verbetering in brengen, maar om dit te kunnen is het van belang dat beide partijen overeenstemming bereiken over wat er onder goed functioneren wordt verstaan. Een werknemer moet namelijk voldoen aan de al van tevoren vastgelegde functie-eisen in het functieprofiel. De werkgever heeft zo een functieprofiel van tevoren opgesteld voordat er personeel wordt aangenomen.

De werkgever dient duidelijk te maken waarom hij vindt dat de werknemer niet goed functioneert, wat hij ondersteunt met verschillende voorbeelden of ander materiaal[[13]](#footnote-13).

Om een idee te krijgen van hoe zo een functieprofiel eruit ziet, worden hieronder een aantal punten weergeven die er altijd in staan:[[14]](#footnote-14)

* Naam functie;
* Doel van de functie;
* Positie van de functie in de organisatie;
* Taken;
* Bevoegdheid/verantwoordelijkheid;
* Communicatie;
* Functie-eisen;
* Ervaring/kennis.

Het is van enorm belang dat er een functieprofiel bestaat. Als deze namelijk ontbreekt, kan een werknemer zich beroepen op het feit dat hij niet wist waar hij aan moest voldoen binnen zijn functie en wat er van hem werd verwacht. Volgens de memorie van toelichting zijn er twee verschillende soorten disfunctioneren[[15]](#footnote-15):

* In eerste instantie moet het voor de werknemer duidelijk zijn wat wel of niet door de werkgever toelaatbaat is. Dit is in het geval waarin het disfunctionerend gedrag van de werknemer de aanleiding is voor het ontslag;
* Het tweede soort disfunctioneren is wanneer de werknemer zijn taken niet meer naar behoren uitvoert. De werknemer voldoet dus niet meer aan het functieprofiel.

Het bovenstaande is alleen van toepassing als een medewerker disfunctioneert door onkunde of onmacht. De werknemer wil misschien wel, maar is niet in staat om te voldoen aan de gestelde eisen in het functieprofiel. Als er sprake is van onwil of moedwil bij de medewerker dan is er sprake van ontslag op basis van art. 7:699 lid 3 sub e BW (verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer).

Als laatste moet worden opgemerkt, zoals ook vermeld staat in art. 7:699 lid 3 sub d BW, dat het disfunctioneren niet het gevolg mag zijn van ziekte of gebrek van de werknemer. Er gelden dan namelijk andere regels. Een werknemer mag in beginsel niet ontslagen worden als hij of zij ziek is, er geldt dan namelijk een zogenaamd opzegverbod[[16]](#footnote-16). Dit zal verder niet besproken worden in dit onderzoek, omdat er anders te veel wordt afgeweken van het onderwerp.

Herplaatsing naar een andere functie

In art. 7:699 lid 1 BW wordt duidelijk beschreven dat een arbeidsovereenkomst door de werkgever beëindigd mag worden, indien herplaatsing in een andere passende functie - al dan niet met behulp van scholing - niet mogelijk is. In artikel 9 van de Ontslagregeling staan de regels met betrekking tot herplaatsing zoals bedoeld in art. 7:699 BW. In lid 1 en lid 2 van artikel 9 van de Ontslagregeling staat, dat wanneer een medewerker voor ontslag in aanmerking komt, er een beoordeling wordt gemaakt of er binnen de onderneming nog een passende functie is voor deze medewerker. Later zal worden toegelicht wat zo een passende functie precies is.

De onderneming die een werknemer wil herplaatsen naar een andere functie moet de volgende arbeidsplaatsen hierbij betrekken:

* Arbeidsplaatsen waarvoor een vacature openstaat of waarvoor een vacature zal ontstaan binnen een redelijk termijn (afhankelijk van de lengte van het dienstverband is dit één tot vier maanden[[17]](#footnote-17));
* Arbeidsplaatsen waar geen werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht gedurende ten hoogste 26 weken, komen ook in aanmerking voor herplaatsing van een disfunctionerende werknemer. Hierbij wordt gekeken of deze arbeidsplaatsen op dat moment vervuld worden door werknemers die werkzaam zijn op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst of door personen die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst en door een derde ter beschikking zijn gesteld;
* Indien de onderneming deel is van een groep, moeten ook ondernemingen die deel uitmaken van deze groep en elders een arbeidsplek hebben, betrokken worden.

In art. 9 lid 3 Ontslagregeling staat verder uitgelegd wat een passende functie is. Van een passende functie is sprake als deze aansluit bij de ervaring, opleiding en kunnen van de werknemer. Is er een functie beschikbaar waar de werknemer niet voor in aanmerking komt, dan moet er gekeken worden of dit wel het geval kan zijn door middel van scholing. Hierbij moet wel gezegd worden dat scholing alleen van toepassing is als er een mogelijkheid is tot herplaatsing. Dit houdt in dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op herplaatsing binnen een passende functie[[18]](#footnote-18).

Tijdig in kennis stellen van medewerker

Als een werkgever niet meer tevreden is over de uitvoering van de functie-eisen door de werknemer, dan moet dit gecommuniceerd worden. Op het moment dat de werkgever ervan overtuigd is dat de medewerker niet (meer) naar behoren functioneert, dan wordt dit meestal aangegeven in functioneringsgesprekken.

Functioneringsgesprekken hebben als doel het functioneren van de medewerker en de onderlinge samenwerking te verbeteren. In dit gesprek is het van belang dat er heldere afspraken worden gemaakt en vastgelegd door de werkgever. Beide partijen zetten hier dan hun handtekening onder. Dit formulier wordt vervolgens opgenomen in het personeelsdossier[[19]](#footnote-19). Door dit te doen is het voor de werknemer, die na de gestelde afspraken nog steeds niet voldoet aan de functie-eisen, geen verrassing dat hij ontslagen wordt op grond van disfunctioneren.

Zoals ook in de memorie van toelichting staat, moet het niet zo zijn dat de werknemer van de ene op de andere dag hoort dat hij zal worden ontslagen wegens onvoldoende functioneren terwijl hij daar nooit eerder op is aangesproken. Ook staat er dat de werknemer meerdere keren op zijn tekortkoming moet zijn gewezen[[20]](#footnote-20). Wat helaas niet naar voren komt is welke tijdspanne het begrip ‘tijdig’ behelst. Later in dit onderzoek zal hier dieper op worden ingegaan door te analyseren wat kantonrechters verstaan onder het begrip ‘tijdig’ en zal hier antwoord op worden gegeven.

Voldoende gelegenheid tot verbetering (verbetertraject)

Een werkgever moet de werknemer in eerste instantie op de hoogte hebben gesteld van het disfunctioneren, zoals hierboven beschreven. Nadat dit is gedaan kan er door de werkgever een verbetertraject gestart worden om het functioneren van de medewerker te verbeteren.

Voordat er een verbetertraject start moet er een verbeterplan, ook wel plan van aanpak genoemd, worden gemaakt. Er bestaan geen exacte regels of richtlijnen over de inhoud van zo een verbetertraject[[21]](#footnote-21). Het moet alleen duidelijk naar voren komen aan welke functie-eisen een werknemer niet voldoet, wat er van de werknemer verwacht wordt en welke stappen er genomen gaan worden om het functioneren te verbeteren binnen een gestelde periode. Zo een plan van aanpak moet wel door de werkgever en de werknemer samen gemaakt, ondertekend en opgeborgen worden. De kantonrechter in Maastricht acht het in september 2015[[22]](#footnote-22) niet van goed werkgeverschap getuigen om een werknemer zelf een verbeterplan te laten opstellen en hem daar verantwoordelijk voor te maken, om de werknemer daar vervolgens op af te rekenen. Het is dus van belang dat een werkgever hulp biedt om verbeterpunten op te stellen en erop toeziet dat het wordt uitgevoerd.

Tevens is te zien dat alleen het aanbieden van een verbetertraject door de werkgever, niet voldoende is. Werkgevers moet eerst door middel van functioneringsgesprekken aantonen dat er sprake is van disfunctioneren voordat er een verbetertraject wordt gestart. Doet de werkgever dit niet, dan kan en mag de weknemer een verbetertraject afwijzen als hij van mening is dat hij niet disfunctioneert[[23]](#footnote-23).

Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden/ scholing

Bij onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het onvoldoende treffen van maatregelen tegen psychosociale arbeidsbelasting, zoals (seksuele) intimidatie en stress, waardoor de werknemer zijn taak niet (meer) naar behoren kan vervullen[[24]](#footnote-24). In dit geval kan een medewerker niet ontslagen worden wegens disfunctioneren. Er kan van een medewerker niet worden verwacht optimaal te kunnen presteren in een functie als de benodigde arbeidsomstandigheden niet toereikend zijn.

In art. 7:611a BW staat dat de werkgever de werknemer in staat moet stellen om scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie. Als de weknemer niet (meer) in staat is de huidige functie te vervullen dan moet de werkgever scholing aanbieden om de arbeidsovereenkomst te kunnen voortzetten. Dit staat ook beschreven in de memorie van toelichting van de Wwz: [[25]](#footnote-25)

*“Als het onvoldoende functioneren duidelijk het gevolg is van onvoldoende aandacht voor scholing, is dit de werkgever ook aan te rekenen en zal er evenmin sprake zijn van een redelijke grond voor ontslag.”*

Scholing kan aangeboden worden in de vorm van cursussen of lessen op school.

# 2.2.2 Tussenconclusie

Om een arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen op grond van disfunctioneren moet er dus aan vijf voorwaarden worden voldaan, die in paragraaf 2.2.1 zijn besproken. In eerste instantie moet door de werkgever aangetoond worden dat er sprake is van disfunctioneren. Hierbij moet de werkgever een functieprofiel laten zien met de punten waar de werknemer niet aan voldoet, gesteld in het functieprofiel. Als de werkgever dit heeft vastgesteld, dan moet hij dit gelijk melden bij de werknemer zodat er gekeken kan worden naar eventuele herplaatsing van de medewerker naar een andere passende functie, al dan niet door middel van scholing. Ligt dit niet in de rede, dan kan er een gesprek worden aangegaan met de medeweker om een verbetertraject te starten waarin afspraken worden gemaakt om het functioneren van de medewerker, binnen een afgesproken periode, te verbeteren. Het is handig om tussentijds te coachen en hulp te bieden aan de werknemer. Hierdoor kan de werkgever laten ziet dat hij voldoende zorg, tijd en moeite in het verbetertraject heeft gestopt, bijvoorbeeld door het aanbieden van scholing (cursussen, trainingen etc.)

# Hoofdstuk 3: Dossieropbouw

# 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag hoe een personeelsdossier, ook wel ontslagdossier genoemd in geval van ontbinding wegens disfunctioneren, eruit moet zien volgens de literatuur. In paragraaf 3.2 wordt eerst onderzocht of het bewijsrecht ook van toepassing is bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst bij disfunctioneren. In paragraaf 3.3 staat beschreven hoe een personeelsdossier opgebouwd dient te worden zodat de werkgever sterk staat tegenover de rechter bij aanvraag van ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

# 3.2 Het bewijsrecht

In de memorie van toelichting[[26]](#footnote-26) staat dat op grond van artikel 284 lid 1 RV, het bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure ook op de verzoekschriftprocedure van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Vanwege de snelheid van een ontbindingsprocedure werd er voor de invoering van de Wwz (2015) uitgegaan van het feit dat de ontbinding niet bewezen hoefde te worden, maar aannemelijk moest worden gemaakt. Na de invoering van de Wwz werd duidelijk dat de wetgever hiermee geen (grote) veranderingen beoogt. Het ministerie heeft daarop – kort gezegd – geantwoord dat in bijzondere omstandigheden, ter beoordeling aan de rechter, het bewijsrecht wél van toepassing kan zijn. [[27]](#footnote-27):

*‘’Het is aan de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen of het bewijsrecht ten aanzien van zowel vorderingen als verzoeken, van toepassing is. Het is niet wenselijk deze beoordelingsvrijheid van de rechter in te kleuren door het noemen van algemene voorbeelden.’’*

Uitganspunt lijkt hiermee te worden, dat in beginsel het bewijsrecht niet van toepassing is, tenzij er sprake is van een bijzondere omstandigheid[[28]](#footnote-28).

Hieruit kan worden afgeleid dat de rechter per zitting zelf beoordelingsvrij is ten aanzien van het toepassen van het bewijsrecht. In de jurisprudentie is hier daarom ook geen vaste lijn in te vinden. De kantonrechter te Alkmaar[[29]](#footnote-29) gaf hierin het volgende aan:

*“Daar waarbij een verzoek om ontbinding op grond van disfunctioneren de daaraan ten grondslag gelegde feiten ter discussie staan, is er in beginsel geen reden om het bewijsrecht niet toe te passen. Voor zover met betrekking tot disfunctioneren de gestelde feiten ter discussie staan, zijn dus wel ‘harde bewijzen’ vereist om die feiten als vaststaand te kunnen aannemen.”*

De rechter in de bovengenoemde zaak was van mening dat er wel harde bewijzen overlegd moesten worden om het disfunctioneren aan te kunnen tonen.

Buiten de bovengenoemde zaak wordt in veel zaken niet gesproken over het bewijsrecht. De rechters laten dit vaak buiten beschouwing. Als er al iets over wordt gezegd, dan is het alleen in de vorm van de volgende zin[[30]](#footnote-30):

De kantonrechter stelt voorop dat gelet op artikel 284 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (RV) de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige van toepassing zijn op onderhavige procedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In dit geval verzet de aard van de zaak zich niet tegen toepassing van het bewijsrecht.

# 3.3 personeelsdossier

De werkgever is wettelijk verplicht om een personeelsdossier aan te maken voor elke medewerker. Dit is namelijk noodzakelijk om een arbeidsovereenkomst met iemand aan te gaan. Het voorkomt discussies met personeel over de gemaakt afspraken, het dient als een back-up voor de werknemer en de werkgever staat sterk als de werknemer disfunctioneert.

Zoals eerder vermeld is het wettelijk verplicht om een personeelsdossier aan te leggen voor elke nieuwe medewerker. De wetgever geeft wel aan welke gegevens er niet in mogen, maar laat achterwege welke gegevens er verplicht in moeten. Art. 7 lid 2 van het Vrijstellingsbesluit Wbp geeft wel een aantal richtlijnen. Voorbeelden van dingen die in een personeelsdossier horen zijn als volgt; een personeelskaart, bijna alles wat met de sollicitatie te maken heeft, de arbeidsovereenkomst, verlofgegevens, de vergoedingen, promotie, opleidingen en een auto van de zaak. Als er sprake is van disfunctioneren is het verstandig om ook de schriftelijk ondertekende functioneringsgesprekken in het dossier te bewaren.

Indien de werkgever een arbeidsovereenkomst wil ontbinden op basis van disfunctioneren zal hij alleen kans maken bij een goed opgebouwd dossier. Er zal namelijk aannemelijk moeten worden gemaakt dat aan de vereisten van disfunctioneren is voldaan. De vereisten zijn nogmaals als volgt:

* De werkgever moet kunnen aantonen dat er sprake is van een redelijke grond (disfunctioneren), welke niet door ziekte of gebreken wordt veroorzaakt;
* Herplaatsing naar een andere passende functie is niet mogelijk, al dan niet met scholing;
* De werkgever moet de werknemer tijdig in kennis hebben gesteld van het disfunctioneren;
* Er moet voldoende gelegenheid zijn geboden aan de werknemer om zich te verbeteren;
* De ongeschiktheid van de werknemer is niet het gevolg van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden.

Het is dus belangrijk dat de werkgever de bovenstaande punten schriftelijk kan aantonen, bijgehouden in het personeelsdossier.

Tussenconclusie:

Het staat vast dat een werkgever een arbeidsovereenkomst alleen kan ontbinden als de bovengenoemde punten schriftelijk zijn opgenomen in een personeelsdossier. Hoewel de wetgever rechters de vrijheid heeft gegeven om zelf te bepalen of het bewijsrecht van toepassing is, kan hiervoor dus wel voor worden gekozen tijdens de zitting. Om sterk te staan tijdens zo een zitting is het verstandig dat de werkgever een zo volledig mogelijk dossier aanvoert.

Welke schriftelijke documenten per onderdeel doorslaggevend zijn voor de rechter zal duidelijk worden in het volgende hoofdstuk waar de arresten zijn geanalyseerd.

# Hoofdstuk 4: Resultaten

# 4.1 inleiding

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag hoe rechters de wettelijke vereisten toetsen in de arresten. Om dit te kunnen doen zijn er 32 uitspraken geanalyseerd. In deze 32 arresten is onderscheid gemaakt tussen 14 toegewezen en 18 afgewezen ontbindingsverzoeken. Elke arrest is geanalyseerd aan de hand van de volgende topics:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Disfunctioneren | Herplaatsing | Tijdig in kennis stellen | Verbetertraject aangeboden? | Voldoende zorg arbeidsomstandig  heden/scholing |

In bijlage 1 is een schema opgenomen van de 32 geanalyseerde uitspraken en wat de kantonrechters oordeelden op basis van de vereisten rondom ontslag wegens disfunctioneren. Door deze zaken te vergelijken kan een beeld worde gevormd over hoe de kantonrechters invulling geven aan de vereisten gesteld in art. 7:699 lid 1 en lid 3 BW. Hieronder zal eerst per vereiste worden aangegeven wat de beoordeling van de kantonrechter is geweest.

# 4.2 Disfunctioneren

In de uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam[[31]](#footnote-31) is nadrukkelijk gekeken of de werknemer disfunctioneerde. In deze zaak werden namelijk alle functie-eisen door de kantonrechter onder de loep genomen. Hieraan voldeed de werknemer, mede omdat de werkgever al een aantal keren het arbeidscontract van werknemer heeft verlengd. Dit zou de werkgever niet doen als hij niet tevreden was over het functioneren van de medewerker. Tevens was het in deze zaak niet duidelijk voor de medewerker op welke punten uit het functieprofiel hij niet voldeed. De werkgever zei namelijk niet tevreden te zijn over het functioneren, maar niet op welke punten volgens het functieprofiel. Volgens de kantonrechter in deze zaak had dit duidelijk omschreven en gecommuniceerd moeten worden door de werkgever richting de medewerker. Doordat dit niet is gedaan is het verzoek tot ontbinding afgewezen.

In 23 van de 32 uitspraken[[32]](#footnote-32) gingen de kantonrechters mee in het bovenstaande, waarbij de kantonrechter te Midden-Nederland[[33]](#footnote-33) aangeeft dat:

*‘’ In geen van de overhandigde stukken de [verzoekster] duidelijk en concreet aangeeft in welk opzichte het functioneren van [verweerder] volgens haar tekort schoot.’’*

Hierom is ontbindingsverzoek in het bovenstaande arrest afgewezen.

Een medewerker die disfunctioneert, voldoet niet aan het functieprofiel dat gebonden is aan zijn of haar baan. Uit de volgende voorbeelden wordt echter duidelijk dat het niet kunnen voldoen aan een paar punten uit het functieprofiel, niet voldoende is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter te Midden-Nederland[[34]](#footnote-34), de kantonrechter te Noord-Nederland[[35]](#footnote-35), de kantonrechter te Limburg[[36]](#footnote-36) en de kantonrechter te Limburg[[37]](#footnote-37) hebben zich allemaal uitgesproken over het feit dat het disfunctioneren een overgrote deel van het takenpakket moet beslaan. In al deze zaken werd het ontbindingsverzoek daarom ook afgewezen. De kantonrechter te Noord-Nederland had hierover het volgende te zeggen:

*‘’ De administratieve werkzaamheden die [verweerder] in verband met de Basic Rules dient uit te voeren zijn weliswaar van belang voor de organisatie van de SAR, maar deze werkzaamheden vormen, afgezet tegen het inhoudelijke takenpakket van een SAR-jurist, vanzelfsprekend maar een fractie van de totale werkzaamheden. Dit rechtvaardigt naar het oordeel van de kantonrechter geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst.’’*

Tevens heeft de kantonrechter te Amsterdam[[38]](#footnote-38) aangegeven dat in deze zaak de werkgever alleen moet kijken naar de functie-eisen en niet de randzaken. Er is te veel nadruk gelegd op de competenties van de werknemer in plaats van de (ongewijzigde) functie-eisen. Hierdoor lijkt het alsof het intensieve begeleidingstraject, waarin veel energie en tijd is gestoken, gericht is geweest op een verandering van de persoon (werknemer). Dit schiet zijn doel voorbij, aldus de kantonrechter in deze zaak.

Ook in de uitspraak van de kantonrechter te Noord-Nederland[[39]](#footnote-39) heeft de werkgever de functie-eisen eenzijdig verzwaard waardoor de werknemer niet meer voldeed aan de gestelde competenties:

*‘’ Uit het betoog van DSM kan niet worden afgeleid dat [verweerder] in de loop van de tijd minder is gaan functioneren; de functie van MPS-er is de laatste jaren zwaarder geworden dan voorheen het geval was […] voor zover [verweerder] al niet zou voldoen aan deze verzwaarde eisen ligt dit in de gegeven omstandigheden in de risicosfeer van DSM.’’*

Tussenconclusie

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat disfunctioneren inhoudt, dat de werknemer niet meer voldoet aan de gestelde functie-eisen die staan beschreven in het functieprofiel. In alle 32 zaken zijn de functie-eisen, die nodig zijn om het werk te kunnen doen, besproken door de rechter. Daarnaast mag het disfunctioneren geen betrekking hebben op persoonlijke eigenschappen van een werknemer en moet het disfunctioneren betrekking hebben op het overgrote deel van de punten die zijn gesteld in een functieprofiel.

# 4.3 Tijdig in kennis stellen

Het tijdig in kennis stellen van de werknemer hangt vaak samen met het voeren van functioneringsgesprekken. Zo een gesprek is namelijk bedoeld om aan de medewerker kenbaar te maken dat hij op aangegeven punten uit het functieprofiel, niet meer naar behoren functioneert. Dit zal ook moeten worden geborgd in het personeelsdossier. Hiermee heeft de werkgever namelijk bewijs dat het disfunctioneren kenbaar is gemaakt. De kantonrechter te Limburg[[40]](#footnote-40) had hierover het volgende te zeggen:

*‘’De kantonrechter is namelijk van oordeel dat Bredox niet heeft voldaan aan het vereiste om [verweerder] tijdig en op duidelijke wijze van het gestelde disfunctioneren in kennis te stellen […] door Bredox is in dit verband gesteld dat [verweerder] meermaals binnen het management team en het productieoverleg is gewezen op zijn functioneren, maar die stelling is slechts onderbouwd met achteraf opgestelde verklaringen. Ook van een klein bedrijf mag worden verwacht dat zij aan verslaglegging doet, zeker als het gaat om vermeend disfunctioneren van een medewerker.’’*

Deze zaak is dan ook afgewezen omdat de werkgever de werknemer niet op de hoogte heeft gesteld van het disfunctioneren en ook niet schriftelijk kan aantonen dat dit wel het geval was. In de zaak van de kantonrechter te Rotterdam[[41]](#footnote-41), waarbij het ontbindingsverzoek werd toegewezen, had de werkgever de werknemer wél op de hoogte gesteld van het disfunctioneren en dit ook schriftelijk aangetoond:

*‘’ In het functioneringsgesprek is tevens aan [verweerder] kenbaar gemaakt dat hij in de daaropvolgende periode aantoonbare verbeteringen diende te laten zien. Hiermee staat naar het oordeel van de kantonrechter voldoende vast dat op dat moment, en gelet op de verklaringen van [F], [L] en [M] mogelijk al veel eerder, het functioneren van de [verweerder] ter discussie stond en dit ook aan [verweerder] duidelijk is kenbaar gemaakt.’’*

In deze functioneringsgesprekken moet ook duidelijk worden aangegeven dat als het functioneren niet wordt verbeterd, dit kan leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter te Almere[[42]](#footnote-42) stelt:

*“Bovendien is niet gebleken dat [werkgever] [werknemer] duidelijk heeft laten weten dat bij het uitblijven van concreet omschreven verbeteringen of bij het herhaald niet nakomen van afspraken, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou worden nagestreefd, hetgeen wel van [werkgever] verwacht had mogen worden.”*

De kantonrechter te Almere[[43]](#footnote-43) en de kantonrechter te Utrecht[[44]](#footnote-44) gingen mee in deze uitspraak. In de zaak van Almere werd het ontbindingsverzoek afgewezen, omdat de werkgever niet had laten weten dat het disfunctioneren zou leiden tot ontslag. In de zaak van Utrecht werd de aanvraag tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst toegewezen omdat de werkgever tijdens een van de eerste functioneringsgesprekken aan de medewerker heeft medegedeeld dat het niet behalen van de gestelde doelen ertoe zou leiden dat de arbeidsovereenkomst beëindigd zou worden.

Tussenconclusie:

In eerste instantie zal de werkgever, tijdens een functioneringsgesprek bijvoorbeeld, kenbaar moeten maken dat medewerker disfunctioneert. Het is te allen tijde verstandig dit te borgen in het personeelsdossier. Daarnaast moet aan de medewerker duidelijk worden gemaakt dat het disfunctioneren kan leiden tot ontslag.

Wat opvalt na de analyse is dat het woord ‘tijdig’ niet wordt gebruikt om een tijdsspanne aan te geven. Het wordt uit de arresten niet duidelijk hoeveel tijd er moet zitten tussen het disfunctioneren en het aangeven daarvan door de werkgever. Een werkgever is op tijd, als de werknemer op de hoogte is gebracht van het disfunctioneren tijdens een gesprek welke schriftelijk is vastgelegd, voordat er nog een verbetertraject is gestart. Een verbetertraject wordt namelijk niet gestart, mits er sprake is van disfunctioneren. In de volgende paragraaf wordt hier dieper op ingegaan.

# 4.4 Gelegenheid tot verbetering

In alle achttien zaken waarbij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is afgewezen, was er geen ruimte/gelegenheid voor verbetering gegeven aan de medewerker. Hierbij werd altijd vereist dat de werkgever meer moet doen dan de werknemer alleen ‘tijd’ geven. De werkgever moet zelf ook inspanningen verrichten om het functioneren van de medewerker te verbeteren. Dit kan onder andere door het aanbieden van een verbetertraject.

In de uitspraak van de kantonrechter te Roermond[[45]](#footnote-45) wordt verwezen naar de beleidsregels van het UWV met betrekking tot het verbetertraject. Hierin staat eigenlijk dat de werkgever verplicht is voldoende contact te hebben met de medewerker om verbetering teweeg te brengen in zijn functioneren.

Naast het hebben van voldoende contactmomenten, is het verstandig om een verbeterplan (plan van aanpak) op te stellen samen met de werknemer. In het bovengenoemde arrest staat beschreven wat er in zo een plan van aanpak moet staan[[46]](#footnote-46):

*‘’ In het verbeterplan moet de werkgever aan de hand van concrete voorbeelden op een inzichtelijke wijze toelichten waar het bij het functioneren van de werknemer aan schort, wat de werkgever precies van de werknemer in zijn functie verwacht en op welke wijze of met welke instrumenten de werkgever verwacht dat de beoogde verbetering moet worden bereikt.’’*

De kantonrechter te Alkmaar[[47]](#footnote-47), de kantonrechter te Rotterdam[[48]](#footnote-48) en de kantonrechter te Bergen op Zoom[[49]](#footnote-49) voegen hier nog aan toe dat een verbeterplan, heldere geformuleerde doelen moet bevatten die samenvallen met het functieprofiel. Deze doelen moeten gericht zijn op het verbeteren van het functioneren van de medewerker. Om deze doelen te behalen, moeten er tussentijdse gesprekken plaatsvinden om dit te evalueren en waar nodig extra begeleiding te bieden. Zo kan er bijvoorbeeld een cursus of coaching worden aangeboden aan de werknemer. In de uitspraak van de kantonrechter te Bergen op Zoom [[50]](#footnote-50) werd de arbeidsovereenkomst ontbonden, omdat werkgever de werknemer een individueel coaching traject heeft aangeboden waarbij intensieve aandacht is geweest voor het verbeteren van het functioneren met tussentijdse evaluatiemomenten. De werkgever had er in deze zaak dus alles aan gedaan om het functioneren van de werknemer te verbeteren, door middel van een verbeterplan en coaching.

Hoewel uit 31 van de 32 arresten duidelijk wordt dat het doorlopen van een verbetertraject door middel van het opstellen van een verbeterplan (plan van aanpak) van grote waarde is voor de beoordeling van de kantonrechter, komt uit één arrest naar voren dat dit niet noodzakelijk wordt geacht door de kantonrechter. Dit is in de zaak van het Gerechtshof te Arnhem[[51]](#footnote-51). De rechter vindt in deze zaak dat de werkgever voldoende gelegenheid heeft geboden het functioneren van de werknemer te verbeteren:

*‘’Zo heeft Welnúh – zie verslag functioneringsgesprek 20 oktober 2009 – het aanbod gedaan aan [verzoeker] om zich te oriënteren op een opleiding waarbij strategie, visie, tactiek en goed anticiperen op andere zakelijke partners aan de orde komen. Ook is aangeboden gebruik te maken van competenties die in het bestuur aanwezig zijn. Niet gesteld of gebleken is dat [verzoeker] met beide mogelijkheden wat heeft gedaan.’’*

Een verbetertraject was dan ook niet nodig volgens de rechter, omdat de werknemer door het aanbod van coaching en begeleiding had moeten weten dat hij in een verbetertraject terecht was gekomen. Een verbetertraject wordt logischerwijs alleen ingezet als er sprake is van een disfunctionerende medewerker. Er kan geen verbetertraject worden gestart zonder dat werknemer hier van op de hoogte is. Dit houdt dus redelijkerwijs in, dat als een werknemer in een verbetertraject zit, hij op de hoogte is van het eigen disfunctioneren.

Hieruit kan de conclusie getrokken worden dat het hebben van een schriftelijk verbeterplan niet absoluut noodzakelijk is voor het ontbinden van een arbeidsovereenkomst. Immers, een medewerker hoort te weten dat er sprake is van disfunctioneren aangezien hij in een verbetertraject terecht is gekomen. Wel is het verstandig deze te hebben als werkgever omdat je dan aantoonbaar kan maken dat het disfunctioneren is besproken en dat er genoeg inspanning is verricht om het functioneren te verbeteren.

Dat het inzetten van een verbetertraject de kans op ontbinding van een arbeidsovereenkomst groter maakt, staat vast. Maar de vraag rijst hoelang zo een traject moet duren. Volgens het Gerechtshof te Den Haag[[52]](#footnote-52) hangt de duur van het verbetertraject af van de duur van het dienstverband. In deze zaak was een verbetertraject van drie maanden onvoldoende. Dit oordeel is (mede) ingegeven door de lange duur van het dienstverband (achttien jaar). Ook de kantonrechter te Roermond[[53]](#footnote-53) ging mee in deze uitspraak:

*‘’ Het persoonlijk verbeterplan wat werd opgesteld en waarbij feitelijk [werknemer] slechts twee maanden de tijd kreeg om de door zijn leidinggevende [X] gewenste manier van werken zich eigen te maken en op te volgen, acht de kantonrechter onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren te verbeteren […] Voor een medewerker die 28 jaar in dienst is van [werkgever] mag langer dan twee maanden voor uitgerekend worden.‘’*

In de uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam[[54]](#footnote-54) wordt duidelijk hoeveel maanden wél voldoende is voor de looptijd van een verbetertraject. In dit arrest wordt aangegeven dat een gemiddeld verbetertraject zes maanden duurt. Hoe langer de arbeidsduur, hoe meer het in de rede ligt om het verbetertraject langer aan te bieden, desnoods met verlenging. Als de arbeidsduur wat korter is, zoals in de uitspraak van de kantonrechter te Alkmaar[[55]](#footnote-55) maar één jaar, dan volstaat een verbetertraject voor de duur van drie maanden mits er intensieve begeleiding wordt aangeboden.

Tussenconclusie:

De werkgever moet de werknemer gelegenheid/ruimte geven om zijn functioneren te verbeteren. De werkgever moet tijd investeren en inspanning leveren om samen met de werknemer het functioneren te verbeteren. Hierbij moet er een verbetertraject gestart worden, waarbij het verstandig is een verbeterplan (plan van aanpak) op te stellen waarin duidelijke doelen worden geformuleerd. Het behalen van die doelen kan met behulp van een coach of er kunnen cursussen worden gevolgd. Door tussentijds de voortgang te evalueren en dit te borgen kan de werkgever erop toezien dat er verbetering komt in het functioneren. Door het borgen van alle schriftelijke documenten wordt het aanneembaar voor de rechter dat het ook daadwerkelijk is gebeurd. De duur van een verbetertraject hangt af van de arbeidsduur van de werknemer.

In alle arresten is het verbeterplan door de rechter ter sprake gekomen. Hoewel de toetsing van de inhoud van zo een verbeterplan varieert, van schriftelijk bewijs tot het aanbieden van coaching, wordt het wel altijd getoetst. Het is dus als werkgever cruciaal om een verbetertraject, in welke vorm dan ook, te starten en om erin te investeren.

# 4.5 Herplaatsing naar een andere passende functie

Uit de analyse van de zaken kwam naar voren dat in zeven van de 32 zaken[[56]](#footnote-56), de rechters niet hadden gekeken of de werkgever de moeite had genomen de disfunctionerende werknemer te herplaatsen naar een andere functie. In die arresten wogen de andere punten dusdanig zwaar dat het niet meer van belang was of de werkgever had gekeken naar een herplaatsing. In zaken waarbij de rechters hier wel naar hadden gekeken was het van belang dat de werkgever voldoende inspanning had verricht om de werknemer in een andere passende functie te herplaatsen binnen de organisatie. Zo stelt de kantonrechter te Limburg[[57]](#footnote-57) waarbij het ontbindingsverzoek werd afgewezen:

*‘’Zowel voor de werkgever als de werknemer is in het herplaatsingstraject een actieve rol weggelegd. De werkgever moet actief onderzoek doen naar de mogelijkheden tot herplaatsing in een passende functie binnen een redelijk termijn. Het enkel wijzen op vacatures in combinatie met het aanbieden van hulp bij het solliciteren is daarbij niet voldoende. De actieve houding van de werkgever houdt in dat van de werkgever mag worden verwacht de werknemer te begeleiden, en initiërende rol aan te nemen en eventuele belemmeringen voor een passende functie op te heffen. Hoe groter de organisatie, des te meer wordt er van de werkgever verwacht.’’*

Hieruit zien we dat de grootte van de organisatie ook een rol speelt. Hoe groter de organisatie, hoe meer inspanning er van de werkgever wordt verwacht. Dit kwam ook naar voren uit de uitspraken van de kantonrechter te Amsterdam[[58]](#footnote-58), het Gerechtshof te Arnhem[[59]](#footnote-59) en de kantonrechter te Assen[[60]](#footnote-60).

Het kan natuurlijk ook zo zijn dat er wel andere vacatures zijn binnen de organisatie, maar dat herplaatsing naar die functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In de uitspraak van de kantonrechter te Utrecht[[61]](#footnote-61) ligt herplaatsing niet in de rede omdat de andere functies dezelfde functie-eisen hebben. De huidige competenties van werknemer voldoen niet en na herplaatsing zullen ze dan ook niet voldoen, aangezien het een vergelijkbare functie is. Dit toont aan dat de werknemer wel de competenties moet kunnen beheersen die vereist worden om de vergelijkbare functie uit te oefenen. Dit geldt ook wanneer er wel functie beschikbaar zijn binnen de organisatie, maar deze hoger zijn en de werknemer qua intelligentie niet in staat is om hiervoor een opleiding te volgen zoals te zien in de uitspraak van de kantonrechter te Arnhem[[62]](#footnote-62). Hierin werd duidelijk dat de werknemer niet beschikte over de competenties die nodig waren voor de andere functies. Volgens de kantonrechter staat vast dat andere kandidaten die geschikter zijn voor de functie, voorrang krijgen. De werknemer was daarom al een aantal keer afgewezen voor een hogere functie.

Om deze reden worden vaak functies aangeboden die lager zijn dan de huidige functie. In de uitspraken van de kantonrechter te Groningen[[63]](#footnote-63) en de kantonrechter te Rotterdam[[64]](#footnote-64) kwam naar voren dat werknemers de lagere functie hebben geweigerd.

Tussenconclusie:

Voorop staat dat als een werknemer disfunctioneert, de werkgever moet kijken of er een andere passende functie beschikbaar is. De werkgever moet dit op een actieve manier doen door de werknemer te begeleiden, en initiërende rol aan te nemen en eventuele belemmeringen voor een passende functie op te heffen. Een passende functie zal meestal gaan om een lagere functie, welke vaak door werknemers wordt geweigerd. Een gelijksoortige functie zal niet in de rede liggen omdat de werknemer in de huidige functie al disfunctioneert. Dit zal niet anders zijn in een andere gelijkwaardige functie. Een hogere functie ligt ook niet in de rede omdat dit voor de werknemer qua niveau niet haalbaar is.

# 4.6 Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden/ scholing

Uit alle 32 uitspraken is **niet** naar voren gekomen dat het disfunctioneren het gevolg is van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden. De kantonrechters te Rotterdam[[65]](#footnote-65) [[66]](#footnote-66) hadden hierover het volgende te zeggen:

*‘’Niet gebleken is overigens dat de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg van [werkgever] voor scholing van [werknemer] of voor zijn arbeidsomstandigheden.’’*

Wel zijn er een aantal arresten geweest waarin de scholing van de werknemer ter sprake is gekomen. Dit is onder andere in de uitspraak van de kantonrechter te Assen[[67]](#footnote-67) waarin de werkgever aangeeft dat de werknemer disfunctioneert omdat zij de benodigde kennis over EXCELL niet heeft om haar werk naar behoren uit te oefenen. De kantonrechter was in deze zaak van mening dat het op de weg van de werkgever had gelegen om [verweerder] hierbij te scholen. De kantonrechter geeft hierbij het volgende aan[[68]](#footnote-68):

*‘’Gesteld nog gebleken is dat [verweerder] door DSM in de gelegenheid is gesteld om scholing te volgen teneinde zich in genoemde programma’s verder te bekwamen.’’*

Als de werkgever van mening is dat werknemer het werk niet goed doet omdat bepaalde kennis ontbreekt, dan moet de werkgever ervoor zorgen dat er scholing wordt aangeboden om deze kennis te verkrijgen. Eenzelfde antwoord kwam van de kantonrechter te Alkmaar[[69]](#footnote-69):

In deze zaak werd aan de werkneemster verteld dat zij zich op bepaalde punten moest verbeteren door middel van cursussen en scholing, maar is daar vervolgens niet in begeleid. Zij moest zelf cursussen opzoeken op het internet.

Tussenconclusie:

Er kan niets gezegd worden over hoe rechters onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden beoordelen, omdat dit niet voorkomt in de jurisprudentie.

Scholing van een medewerker is wel een aantal keren ter sprake gekomen. Werkgevers hebben wel aangegeven dat de werknemer niet voldoet aan bepaalde eigenschappen, maar bieden vervolgens geen scholing aan. Dit had volgens de kantonrechters wel, onder begeleiding van de werkgever, gemoeten om het functioneren te verbeteren.

Nadat al deze wettelijke voorwaarden zijn geanalyseerd uit de jurisprudentie, kan de conclusie worden getrokken dat de werkgever niet aanalle vijf de voorwaarden hoeft te voldoen. De drie belangrijkste voorwaarden zijn het voldoen aan de functie-eisen (disfunctioneren), het tijdig aangeven van het disfunctioneren en het verbetertraject. Zoals te zien uit de toetsing van de rechters, worden de twee voorwaarden: herplaatsing en onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden, links gelaten omdat de overige voorwaarden al zwaar genoeg meewegen voor een toewijzing of een afwijzing.

# Hoofdstuk 5: Conclusie

In dit hoofdstuk zal er een antwoord worden gegeven op de centrale vraag, namelijk:

*‘’Welk advies kan aan René Snip advocatuur worden gegeven zodat zijn cliënten geadviseerd kunnen worden over het opstellen van een ontslagdossier voor het ontbinden van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren, gekeken naar de invulling van de wettelijke vereisten volgens literatuur en jurisprudentie?’’*

Er zijn vijf voorwaarden gesteld vanuit de wet waar een werkgever aan moet voldoen om een arbeidsovereenkomst te kunnen ontbinden. Per voorwaarde zal omschreven worden waar de werknemer nu precies aan moet voldoen en wat René Snip advocatuur kan doen om hen zo goed mogelijk te adviseren.

Disfunctioneren

Er wordt door de rechter altijd inhoudelijk gekeken naar de functie-eisen van de medewerker en of de medewerker wel of niet voldoet aan deze eisen. Disfunctioneren kan alleen vast komen te staan als de werknemer niet voldoet aan het overgrote deel van de punten in het functieprofiel. Het kan dus niet zo zijn dat er sprake is van disfunctioneren op het moment dat de medewerker maar op één punt uit het functieprofiel niet meer functioneert. Daarnaast mag de werkgever niet eenzijdig de functie-eisen verzwaren en de medewerker hier vervolgens op aanspreken als hij hier niet aan voldoet.

Tijdig in kennis stellen

In eerste instantie zal de werkgever, in bijvoorbeeld een functioneringsgesprek, kenbaar moeten maken dat medewerker disfunctioneert. Het is te allen tijde verstandig dit te borgen in het personeelsdossier. In het overgrote deel van de zaken werd het duidelijk dat de rechter veel waarde hecht aan schriftelijk aantoonbare stukken waarin staat opgenomen dat de werkgever het disfunctioneren heeft verteld aan de werknemer. Op die manier kan er gemakkelijk aangetoond worden dat de werkgever zijn ontevredenheid wel heeft aangegeven bij de werknemer.

Daarnaast moet aan de medewerker duidelijk worden gemaakt dat het disfunctioneren kan leiden tot ontslag. Op die manier maakt de werkgever een mooie overstap naar het verbetertraject. Het is niet meer dan logisch, dat bij het opstarten van een verbetertraject het voor de desbetreffende werknemer duidelijk moet zijn dat er sprake is van disfunctioneren. De werkgever moet dit wel schriftelijk vastleggen. In de zaken waarbij dit niet is gedaan, is de werkgever hierop afgerekend.

Het woord ‘tijdig’ wordt niet expliciet besproken in de arresten. Hier kan dus geen uitspraak over gedaan.

Gelegenheid tot verbetering/verbetertraject

Deze voorwaarde is erg belangrijk. Het lijkt er op dat de werkgever bij deze voorwaarde de werknemer alleen ‘tijd’ moet geven om zijn functioneren te verbeteren. Dit is echter niet het geval. De werkgever moet zelf ook tijd investeren en inspanning leveren om samen met de werknemer het functioneren te verbeteren.

Hierbij moet er een verbetertraject gestart worden, waarbij het verstandig is een schriftelijk verbeterplan op te stellen waarin duidelijke doelen worden geformuleerd. Om deze doelen te behalen kan er een coach ingesteld worden of kunnen er cursussen gevolgd worden. Door de voortgang tussentijds te evalueren en dit te borgen kan de werkgever erop toezien dat er verbetering komt in het functioneren. De duur van een verbetertraject hang af van de arbeidsduur van de werknemer. Zo is een verbetertraject van drie maanden bij een arbeidsduur van achttien jaar, niet voldoende. Maar een verbetertraject van drie maanden bij een arbeidsduur van een jaar is weer te veel. Omdat er geen vaste lijn te vinden is in de duur van de arbeid en het aantal maanden voor een verbetertraject, is het verstandig om minimaal zes maanden aan te houden.

Herplaatsing

Voorop staat dat als een werknemer disfunctioneert, de werkgever moet kijken of er een andere passende functie beschikbaar is. De werkgever moet dit op een actieve manier doen door de werknemer te begeleiden, een initiërende rol aan te nemen en eventuele belemmeringen voor een passende functie op te heffen. Een passende functie zal meestal gaan om een lagere functie, welke vaak door werknemers wordt geweigerd. Een gelijksoortige functie zal niet in de rede liggen omdat de werknemer in de huidige functie disfunctioneert. Dit zal niet anders zijn in een andere gelijkwaardige functie. Een hogere functie ligt ook niet in de rede omdat dit voor de werknemer qua niveau niet haalbaar is.

Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden/scholing

Er kan niets gezegd worden over hoe rechters onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden beoordelen, omdat dit niet voorkomt in de jurisprudentie.

De werkgever zal moeten aantonen dat er scholingsmogelijkheden aangeboden zijn of dat dit niet in de rede ligt. Werkgevers hebben wel aangegeven dat de werknemer niet voldoet aan bepaalde eigenschappen, maar bieden vervolgens geen scholing aan. Dit had volgens de kantonrechters wel, onder begeleiding van de werkgever, gemoeten om het functioneren te verbeteren. Onder begeleiding wordt het verstaan het zelf aanbieden van scholingsmogelijkheden (cursussen bijvoorbeeld). Het alleen aangeven en de werknemer vervolgens laten zoeken is dus niet voldoende. De conclusie kan getrokken worden dat scholing alleen ter sprake komt bij de kantonrechter, als de werkgever van mening is dat de werknemer niet meer functioneert doordat hij een stukje kennis mist van het vak. Hierin vinden de rechters dat de werkgever de werknemer dan moet scholen voor zover dit mogelijk is. Uiteraard wordt hier scholing van hetzelfde arbeidsniveau mee bedoeld.

Nadat al deze wettelijke voorwaarden zijn geanalyseerd uit de jurisprudentie, kan de conclusie worden getrokken dat niet aan al deze voorwaarden voldaan hoeft te worden door de werkgever. De drie belangrijkste voorwaarden zijn het voldoen aan de functie-eisen (disfunctioneren), het tijdig aangeven van het disfunctioneren en het verbetertraject. Zoals te zien uit de toetsing van de rechters, worden vaak de voorwaarden: herplaatsing en onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden links gelaten, omdat de overige voorwaarden al zwaar genoeg meewegen voor een toewijzing of een afwijzing. Hoewel de werkgever sterker staat met een volledig opgebouwd dossier, dus alle vijf de voorwaarden, is er al een grote kans tot ontbinding door de kantonrechter als de bovenstaande drie voorwaarden compleet in het dossier staan.

# Hoofdstuk 6: Aanbevelingen

# 6.1 Inleiding

Aan de hand van de bevindingen uit dit onderzoek zal in dit hoofdstuk advies worden gegeven aan René Snip advocatuur met betrekking tot het adviseren van zijn cliënten over het opstellen van een compleet ontslagdossier voor het ontbinden van een arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren.

# 6.2 Aanbevelingen

**Aanbeveling 1 : De Checklist**

Zoals uit dit onderzoek naar voren is gekomen zijn er vijf wettelijke voorwaarden die in een dossier aanwezig dienen te zijn, voordat er over kan worden gegaan op ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Hoewel de werkgever het sterkst staat als alle vijf de voorwaarden in het ontslagdossier staan, blijkt uit jurisprudentie-onderzoek dat drie voorwaarden van groot belang zijn voor de kantonrechter:

* Disfunctioneren
* Tijdig aangeven van het disfunctioneren
* Inzetten van een verbetertraject

René Snip constateert dat cliënten die bij hem komen voor advies, niet goed op de hoogte zijn van hoe zo een dossier eruit moet zien en wat er precies in moet zitten om een grotere kans te maken op disfunctioneringsontslag van de werknemer. De eerste aanbeveling is dan ook om samen met een cliënt een checklist af te werken.

Op deze manier kunnen cliënten nagaan of hetgeen dat zij nu in hun dossier hebben genoeg is en wat er nog eventueel mist. Met zo een ingevulde checklist kan er ook een redelijke inschatting worden gemaakt of er een kans van slagen is bij de kantonrechter. In de checklist is er extra aandacht voor de drie bovengenoemde voorwaarden die van groot belang zijn voor de kantonrechter. Een voorbeeld van de omschreven checklist is te vinden in bijlage 3[[70]](#footnote-70).

**Aanbeveling 1b : Dossier verder opbouwen**

Mocht een werkgever deze checklist hebben doorlopen en tot de conclusie zijn gekomen dat het dossier niet voldoet aan de vereisten, dan moet René Snip de cliënt adviseren om te wachten met het indienen van een ontbindingsverzoek. Het is dan verstandiger om nog een paar maanden het dossier verder op te bouwen met de voorwaarden die missen.

Uit jurisprudentie-onderzoek komt namelijk voort dat er een grote kans is dat het verzoek wordt afgewezen wanneer een dossier niet compleet is. Als het ontslagdossier na die paar maanden voldoet aan de checklist, dan kan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren bij de kantonrechter worden ingediend, waarbij er een grotere kans is op toewijzing hiervan.

**Aanbeveling 2 – Workshop Dossieropbouw**

De derde aanbeveling is van preventieve aard. In een ontslagzaak is een goed opgebouwd personeelsdossier erg belangrijk. Een verzoek staat of valt ermee. René Snip advocatuur kan een workshop aanbieden voor bestaande en toekomstige cliënten en hen daarin stapsgewijs uitleggen waar een kwalitatief en sterk personeelsdossier uit moet bestaan.

Aan het einde van de workshop weet een werkgever:

* Welke voorbereidingen hij moet treffen als hij wil overgaan tot ontslag wegens disfunctioneren;
* Welke eisen er worden gesteld aan een personeelsdossier volgens de wet en de jurisprudentie;
* Welke documenten van belang zijn;
* Aan welke van de vijf voorwaarden de kantonrechter extra belang hecht.

Eventueel kan tijdens de workshop gebruik worden gemaakt van het invullen van de checklist, genoemd bij aanbeveling 1. Dan kan een werkgever nagaan of hij of zij voldoende doet aan dossieropbouw. Zoals eerder vermeld, dit is een workshop van preventieve aard om werkgevers te informeren en voor te bereiden op toekomstige ontslagzaken. Zo kan een ontslag soepel verlopen in de toekomst en hoeven werkgevers ook niet meer te wachten tot ze genoeg ‘materiaal’ in het dossier hebben opgebouwd om een disfunctionerende medewerker te ontslaan. Daarnaast wordt het werk van René Snip in de toekomst makkelijker gemaakt, omdat werkgevers aan de hand van de workshop en de checklist beter op de hoogte zijn van de inhoud van zo een dossier.

# Literatuurlijst

**Literatuur**

**Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2017**

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht 3, ontslagrecht,* Zutphen: Paris 2017

**Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017**

J. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk,* Zutphen: Paris 2017

**Treep, 2017**

M. Treep, *Arbeidsrecht,* Boom Juridische uitgevers 2017

**Eijsenga, 2016**

M. Eijsenga, *Dossieropbouw en ontslag,* Bigbusinesspublishers 2016

**UWV 2013**

UWV ontslagprocedure UWV Beleidsregels en regelgeving, Den Haag: SDU 2013

**Linnemann & Sauerwein, handleiding voor verwerkers van persoonsgegevens 2002**

Linnemann & Sauerwein, ‘*handleiding voor verwerkers van persoongegvens’* 2002, p. 47

**Verhulp 2016**

E. Verhulp, ‘Commentaar op art. 7:669 BW’, (online)

**Kruit, Statistiek Ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz 2016/35**

P. Kruit, ‘*Statistiek Ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar’* 2016/35,

p. 1-17

**Juridische vakbladen**

**TAP 2017/68**

J.M.E. Schunselaar, Anderhalf jaar WWZ: de obstakels van de d-grond, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk 2017/68

**Loonzaken 2017/1**

P. de Ruiter, bewijsrecht onder de Wwz van toepassing? Tijdschrift loonzaken2017/1

**Parlementaire stukken**

Staatsblad 2014, 274

Staatscourant 2015, nr. 12685

Memorie van Toelichting 2013/2014 Kamerstukken II, 2013/2014, 33 818, nr. 3

Memorie van Antwoord 2013/14, Kamerstukken I, 2013/14, 33 818, nr. C

# Jurisprudentielijst

**Rechtbanken:**

Rechtbank Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3842

Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602

Rechtbank Gelderland 12 januari 2016. ECLI:NL:RBGEL:2016:86

Rechtbank Gelderland 19 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7119

Rechtbank Gelderland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7161

Rechtbank Limburg 19 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9068

Rechtbank Limburg 08 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044

Rechtbank Limburg 04 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086

Rechtbank Midden-Nederland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:600

Rechtbank Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002

Rechtbank Midden-Nederland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5063

Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275

Rechtbank Midden-Nederland 04 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297

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

Rechtbank Noord-Holland 06 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420

Rechtbank Noord-Holland 28 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9057

Rechtbank Noord-Holland 02 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967

Rechtbank Noord-Holland 06 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:291

Rechtbank Noord-Holland 09 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8263

Rechtbank Noord-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4558

Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566

Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121

Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980

Rechtbank Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253

Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142

Rechtbank Rotterdam 08 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 25 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6310

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 16 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1800

**Gerechtshoven:**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 05 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2017:8079

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2017. ECLI:NL:GHARL:2017:252

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2284

Gerechtshof Den Haag 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2932

**Hoge Raad:**

Parket bij de Hoge Raad, 13-10-2017, ECLI:NL:PHR:2017:1058

# Bijlage 1: Schema ontbinding afgewezen

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **ECLI** | **Disfunctioneren** | **Tijdig in kennis stellen** | **Verbetertraject** | **Herplaatsing** | **Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden**  **/scholing** |
| ECLI:NL:RBGEL:2016:86 | Geen sprake van disfunctioneren. Voldoet aan functie- eisen | Niet tijdig, want niet kenbaar gemaakt aan werknemer | Geen verbetertraject gestart en geen tussentijdse gesprekken gevoerd | Lag niet in de rede, te klein bedrijf hiervoor | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBAMS:2016:3842 | Werknemer voldoet aan alle gestelde functie-eisen. Alle functie-eisen zijn besproken door de rechter. | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Traject begonnen, maar hier onvoldoende tijd voor genomen (1,5 mnd.), termijn had verlengd moeten worden | Lag niet in de rede, te klein bedrijf hiervoor | Niet gebleken |
| ECLI:NLRBAMS:2016:2602 | Functie-eisen zijn hetzelfde gebleven, maar inhoud veranderd. Mdw. voldoet nog steeds aan huidige eisen | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Verbetertraject ingezet, maar gestelde doelen hierin vielen niet samen met de officiële functie-eisen | Niet voldaan door werkgever. Dusdanig groot bedrijf dat er meer inspanning mag worden verwacht | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBGEL:2016:7161 | Werkgever functie- eisen eenzijdig verzwaard, geen sprake van disfunctioneren | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Niet van belang, vanwege oneerlijke functiewijziging | Niet van belang, vanwege oneerlijke functiewijziging | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBLIM:2017:9068 | Niet aanneembaar gemaakt door werkgever aan welke punten uit functie- eisen werknemer niet voldoet | Niet tijdig want geen schriftelijk bewijs hiervan | Geen verbetertraject gestart | Niet van belang, want niet duidelijk voor werknemer dat hij disfunctioneerde | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBLIM:2016:3044 | Niet aanneembaar gemaakt door werkgever aan welke punten uit functie- eisen werknemer niet voldoet | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Verbetertraject gestart van 2 mnd. Dit is volgens de rechter te kort gezien de lange arbeidsduur van werknemer | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBLIM:2017:4086 | Rechter vindt ontwikkeling vereist geen disfunctioneren | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Geen verbetertraject. Geen begeleiding door werkgever en geen afspraken gemaakt omtrent doelstelling | Hoe groter de organisatie, hoe actiever de houding van werkgever met zijn. Niet gebeurt. | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBMNE:2016:6275 | Niet duidelijk op welke punten de werknemer tekort shoot uit het functieprofiel. Elk jaar salarisverhoging | Niet tijdig, want mdw. niet op de hoogte gebracht van disfunctioneren tijdens beoorde-lingsgesprekken | Geen verbetertraject. Geen begeleiding door werkgever en geen afspraken gemaakt omtrent doelstelling | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBMNE:2016:1577 | Medewerker voldoet aan de gestelde functie-eisen | Aan werknemer is niet kenbaar gemaakt dat disfunctioneren zou leiden tot ontslag | Geen verbeterplan opgezet | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NL:GHARL:2017:2284 | Niet aanneembaar gemaakt door werkgever aan welke punten uit functie- eisen werknemer niet voldoet | Niet tijdig, want mdw niet op de hoogte gebracht van disfunctioneren tijdens beoorde-lingsgesprekken | Geen verbeterplan gestart. Wel gesprekken gevoerd, maar geen tijd gegeven om functioneren te verbeteren (3 dagen) | Werkgever niet onderzocht of herplaatsing mogelijk was ondanks dat het een groot bedrijf is | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNNE:2018:121 | Functie-eisen eenzijdig verzwaard door werkgever | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren | Wel verbetertraject, maar geen documentatie hiervan | Onvoldoende overtuigend onderzocht. Groot bedrijf, dus had een actieve rol moeten hebben | Niet gebleken van onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden. Wel had werkgever scholing moeten aanbieden op de punten waarvan men vond dat werknemer moet verbeteren. |
| **ECLI** | **Disfunctioneren** | **Tijdig in kennis stellen** | **Verbetertraject** | **Herplaatsing** | **Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden**  **/scholing** |
| ECLI:NL:RBNHO:2017:291 | Medewerker voldoet aan de functie-eisen | Medewerker niet medegedeeld over het disfunctioneren | Geen verslag opgemaakt over het functioneren. Geen verbetertraject aangeboden | Niet actief onderzocht door werkgever | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNHO:2016:9057 | Niet aanneembaar gemaakt door werkgever aan welke punten uit functie- eisen werknemer niet voldoet | Medewerker niet medegedeeld over het disfunctioneren | Geen verbetertraject aangeboden en geen begeleiding om het functioneren te verbeteren | Niet actief onderzocht door werkgever | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNNE:2017:566 | Medewerker voldoet aan de functie-eisen, op 1 punt na. Dit is voldoende om vast te staan dat er geen sprake is van disfunctioneren | Medewerker niet medegedeeld over het disfunctioneren | Verbetertraject aangeboden, maar onnodig volgens rechter. Lijkt meer gericht op veranderen van karakter dan functioneren te verbeteren | Niet besproken, omdat disfunctioneren niet vaststaat | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNHO:2017:967 | Onvoldoende inzichtelijk gemaakt aan welke functie eisen medewerker niet voldoet | Aan werknemer is niet kenbaar gemaakt dat disfunctioneren zou leiden tot ontslag | Verbetertraject gestart, maar geen doelen vastgesteld. Pva lijkt meer op veranderen van de persoon dan functie | Onvoldoende inspanning tot herplaatsing, niet actief gekeken naar andere functies binnen bedrijf | Werkgever aangegeven dat werknemer zich moest scholen, maar hierbij geen begeleiding aangeboden |
| ECLI:NL:RBNHO:2016:8420 | Functie-eisen eenzijdig verzwaard door werkgever. Werkgever voldoet nog steeds aan de originele functie eisen | Aan werknemer is niet kenbaar gemaakt dat disfunctioneren zou leiden tot ontslag | Plan van aanpak aangekondigd, maar geen doelen vastgesteld en ook niet gestart | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NLRBOVE:2016:4980 | Onvoldoende inzichtelijke gemaakt aan welke functie- eisen medewerker niet voldoet | Medewerker niet op de hoogte van het disfunctioneren | Verbeterplan wel gestart, maar geen begeleiding en geen tussentijdse gesprekken | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NLRBMNE:2017:600 | Niet behalen van targets is geen disfunctioneren. Mdw. voldoet wel aan de gestelde functie-eisen | Ja, want in gesprek aangegeven niet tevreden te zijn over functioneren, maar mdw. niet op de hoogte van het feit dat het zou leiden tot ontslag | Niet duidelijk voor medewerker welke punten uit functie profiel verbetering nodig hadden. Geen verbeterplan opgesteld | Onvoldoende overtuigend onderzocht. Groot bedrijf, dus had een actieve rol moeten hebben | Niet gebleken |

# Bijlage 2: Schema ontbinding toegewezen

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **ECLI** | **Disfunctioneren** | **Tijdig in kennis stellen** | **Verbetertraject** | **Herplaatsing** | **Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden**  **/scholing** |
| ECLI:NL:RBMNE:2016:1297 | Functie-eisen al wat milder gemaakt door werkgever | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Wordt voldoende geacht omdat werkgever voldoende steun heeft gegeven, functie-eisen milder gemaakt en herplaatst | Herplaatst naar een andere functie (lager) | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBROT:2016:9253 | Voldoet niet aan de meeste eisen uit het functieprofiel | 4 jaar lang, meerder malen op functioneren gewezen | Verbeterplan gestart en meerdere gesprekken gevoerd | Herplaatst naar een andere functie (lager) | Scholing aangeboden door werkgever na herplaatsing om functioneren te verbeteren |
| ECLI:NL:GHARL:2017:252 | Voldoet niet aan de meeste eisen uit het functieprofiel | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Verbetertraject aangeboden en coaching ingezet | Herplaatsing niet mogelijk, andere functies te hoog voor medewerker | Niet gebleken, scholing niet aangeboden omdat dit een te hoog niveau zou zijn voor medewerker |
| ECLI:NL:RBZWB:2017:6310 | Mist vereiste vaardigheden die nodig zijn om de functie naar behoren uit te oefenen | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Verbetertraject gestart. Cursussen aangeboden, coaching traject aangeboden en intensieve aandacht gegeven | Kleine organisatie, geen ruimte voor herplaatsing | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNHO:2017:8263 | Functi- eisen al wat milder gemaakt door werkgever | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Verbetertraject 3 maanden voldoende, korte tijd in dienst. Wel begeleiding en cursus aangeboden | Niet nodig want functie was al vereenvoudigd, er waren ook geen andere vacatures | Niet gebleken |
| ECLI:NL:GHDHA:2017:2932 | Voldoet niet aan alle gestelde functie-eisen | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Verbetertraject 3 mnd. onvoldoende, lange tijd in dienst. Wel genoeg begeleiding en coaching | Niet besproken | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBGEL;2016:7119 | Voldoet niet aan de meeste eisen uit het functieprofiel | Al vroeg tijdens functionerings- gesprekken laten weten over disfunctioneren | 2 jaar de tijd gegeven om functioneren te verbeteren. Veel functioneringsgesprekken gevoerd en geborgd | Herplaatsing niet mogelijk, andere functies te hoog voor medewerker | Niet gebleken, scholing niet aangeboden omdat dit een te hoog niveau zou zijn voor medewerker |
| ECLI:NL:RBMNE:2017:5002 | Voldoet niet aan de eisen uit het functieprofiel | Al vroeg tijdens functionerings- gesprekken laten weten dat niet functioneren zou leiden tot ontslag | Coaching aangeboden en intensieve begeleiding | Geen andere functie binnen de organisatie die lager is | Scholing aangeboden en betaald door werkgever, werknemer heeft deze scholing niet kunnen afronden |
| ECLI:NL:RBMNE:2017:5063 | Voldoet niet aan de harde eisen uit het functieprofiel | Meermalen tijdens gesprekken op functioneren gewezen | Verbetertraject gestart met regelmatige gesprekken en heldere doelen vastgesteld | Geen andere functie binnen de organisatie die lager of hoger is | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBROT:2016:10142 | Voldoet niet aan de eisen uit het functieprofiel | Van begin af aan laten weten niet tevreden te zijn over het functioneren | Verbetertraject aangeboden en begeleiding op verschillende locaties met coach 6 mnd. lang | Herplaatsing aangeboden, maar geweigerd door werknemer (te lage functie) | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBNNE:2016:4558 | Voldoet niet aan de eisen uit het functieprofiel | Tijdens functionerings-gesprekken al kenbaar gemaakt | Meerder gesprekken gevoerd, loopbaan coaching aangeboden en verbetertraject gestart met 360 graden feedback | Geen andere functie binnen de organisatie | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBROT:2016:6135 | Voldoet niet aan de eisen uit het functieprofiel | Tijdens functionerings-gesprekken al kenbaar gemaakt | Verbeterplan samen opgesteld en daarin heldere doelen geformuleerd voor de komende periode | Niet besproken | Niet gebleken |
| **ECLI** | **Disfunctioneren** | **Tijdig in kennis stellen** | **Verbetertraject** | **Herplaatsing** | **Onvoldoende zorg arbeidsomstandigheden**  **/scholing** |
| ECLI:GHARL:2016:8079 | Voldoet niet aan de belangrijkste functie- eisen die nodig zijn om het werk uit te kunnen oefenen | Elk kaar tijdens functionerings-gesprekken verteld over het disfunctioneren (3 jaar lang) | Geen verbetertraject, maar volgens rechter ook niet nodig want aanbod gedaan voor cursussen en begeleiding. Beiden afgewezen door medewerker | Kleine organisatie, geen andere vacatures beschikbaar | Niet gebleken |
| ECLI:NL:RBZWB:2018:1800 | Voldoet niet aan de functie-eisen en geeft dit ook zelf toe | Tijdens functionerings-gesprekken al kenbaar gemaakt | Verbetertraject opgestart en hierin was duidelijk wat de gestelde doelen waren en dit werd regelmatig geëvalueerd en geborgd | Herplaatsing afgewezen door werknemer (te lage functie) Geen andere vacatures beschikbaar | Niet gebleken |

# 

# Bijlage 3: Checklist ontslagdossier

1. De volgende documenten dienen aanwezig te zijn in het dossier met betrekking tot de eerste voorwaarde, disfunctioneren:

* Aan welke functie-eisen voldoet de werknemer niet (meer)?;
* Zijn dit functie-eisen die recentelijk door u zijn aangepast? Zo ja, voldoet de werknemer niet (meer) door deze verandering? (Dit mag namelijk niet, tenzij de werknemer wordt omgeschoold om te kunnen voldoen aan de nieuwe functie-eisen);
* De functie-eisen waarvan u vindt dat de werknemer niet meer aan voldoet, moeten wel het overgrote deel van het functieprofiel beslaan (Zo is het niet voldoen aan slechts één eis uit het profiel niet voldoende om over te gaan tot ontslag).

Toevoeging: Schriftelijke voorbeelden van de functie-eisen waar niet meer aan wordt voldaan, zijn van grote waarde. Voeg deze te allen tijde toe aan het dossier.

2. Heeft de werkgever de werknemer tijdig op de hoogte gesteld van zijn of haar disfunctioneren:

* Het is van belang dat er functioneringsgesprekken zijn gevoerd tussen u en uw werknemer;
* Tijdens zo een gesprek moet u aan de werknemer hebben medegedeeld dat hij of zij disfunctioneert en om welke punten het gaat met betrekking tot het functieprofiel;
* Het is te alle tijden verstandig dit gesprek schriftelijk vast te leggen met een handtekening van beide partijen, en dit op te borgen in het dossier.

3. Heeft de werkgever een verbetertraject aangeboden/is er een verbetertraject gestart:

* De werkgever moet de werknemer de kans bieden om zijn functioneren te verbeteren door een verbeterplan aan te bieden;
* Ga samen met de werknemer om tafel zitten en bespreek wat de volgende stappen zullen zijn om het functioneren te verbeteren;
* Schrijf deze stappen op en formuleer heldere doelen die behaald moeten worden in een van tevoren vastgestelde tijdsperiode. Voeg dit toe aan het dossier;
* Kijk goed naar de arbeidsduur van de werknemer. Werkt hij of zij er langer dan een paar jaar, dan is de bovengenoemde tijdsperiode voor een verbetertraject minimaal 6 maanden;
* Wees zelf ook actief in die 6 maanden door bijvoorbeeld cursussen of coaching aan te bieden;
* Wees zelf ook actief in die 6 maanden door bijvoorbeeld eens in de maand het traject met de werknemer te evalueren en dit schriftelijk te borgen.

4. Herplaatsing van de werknemer:

* Bent u een groot bedrijf met meerdere organisaties, dan ligt het in de rede om te kijken naar herplaatsingsmogelijkheden;
* Heeft u andere functies binnen uw bedrijf die lager zijn en waar een vacature voor open staat, dan is het in uw voordeel dit aan de werknemer aan te bieden en dit weer schriftelijk te borgen.

5. Disfunctioneren is niet het gevolg van onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden of scholing door de werkgever:

* U moet kunnen aantonen dat u niet de reden bent waardoor de werknemer niet meer zijn functie kan uitoefenen. Denk hierbij aan een kok die moet werken zonder pannen;
* Wijzigt u het functieprofiel van de werknemer, kijk dan altijd goed of hij/zij scholing nodig heeft om te kunnen voldoen aan de nieuwe functie-eisen.

1. <http://renesnip.nl>. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artikel 7:669 lid 1 BW.  [↑](#footnote-ref-2)
3. *Stb.* 2014, nr. 274. [↑](#footnote-ref-3)
4. Memorie van toelichting, 2013/2014, kamerstuk 33818, nr.3, p. 22. [↑](#footnote-ref-4)
5. Idem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Btu-advocaten.nl (zoeken op ontslag van disfunctionerend medewerker wordt moeilijker) [↑](#footnote-ref-6)
7. Ktr. Zaanstad 28 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11084. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artikel 7:669 lid 3 BW jo. Artikel 7:669 lid 3 sub d BW. [↑](#footnote-ref-8)
9. Kruit, *statistiek ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz* 2016/35, p. 1-17. [↑](#footnote-ref-9)
10. Kruit, *statistiek ontbindingsprocedure: de balans opgemaakt na een jaar Wwz* 2016/35, p. 1-17. [↑](#footnote-ref-10)
11. Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 53. [↑](#footnote-ref-11)
12. Mijnsalesrecuiter.nl, ‘wat is een functieprofiel’, www.mijnsalesrecruiter.nl (zoek op wat is een functieprofiel) [↑](#footnote-ref-12)
13. Arbeidsrechter.nl, ‘disfunctioneren van een werknemer’, [www.arbeidsrechter.nl](http://www.arbeidsrechter.nl) (zoeken op disfunctioneren medewerker) [↑](#footnote-ref-13)
14. Hr5.nl, ‘ format functiebeschrijving’, [www.hr5.nl](http://www.hr5.nl) (zoeken op functieprofiel format) [↑](#footnote-ref-14)
15. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 45 (MvT) [↑](#footnote-ref-15)
16. Art. 7:670 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-16)
17. Staatscourant 2015, nr. 12685. [↑](#footnote-ref-17)
18. Staatscourant 2015, nr. 12685. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ondernemenmetpersoneel.nl, ‘Zo voer je een goed functioneringsgesprek’, 20 februari 2018, [www.ondernemenmetpersoneel.nl](http://www.ondernemenmetpersoneel.nl) (zoeken op goed functioneringsgesprek) [↑](#footnote-ref-19)
20. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 44-45 (MvT) [↑](#footnote-ref-20)
21. TAP 2017/68. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ktr. Maastricht 16 september 2016, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010 [↑](#footnote-ref-22)
23. Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2017, p. 85. [↑](#footnote-ref-23)
24. Van Drongelen & Hofsteenge 2015, p. 48-50. [↑](#footnote-ref-24)
25. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 45 (MvT) [↑](#footnote-ref-25)
26. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 38 (MvT) [↑](#footnote-ref-26)
27. Idem. [↑](#footnote-ref-27)
28. De Ruiter, *bewijsrecht onder de Wwz van toepassing?* 2017, p. 35. [↑](#footnote-ref-28)
29. Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420 [↑](#footnote-ref-29)
30. Rechtbank Noord-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973 [↑](#footnote-ref-30)
31. Rechtbank Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3842 [↑](#footnote-ref-31)
32. Zie schema bijlage 1 p. 43. [↑](#footnote-ref-32)
33. Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275 [↑](#footnote-ref-33)
34. Rechtbank Midden-Nederland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:600 [↑](#footnote-ref-34)
35. Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566 [↑](#footnote-ref-35)
36. Rechtbank Limburg 08 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044 [↑](#footnote-ref-36)
37. Rechtbank Limburg 04 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM;2017:4086 [↑](#footnote-ref-37)
38. Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016 [↑](#footnote-ref-38)
39. Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121 [↑](#footnote-ref-39)
40. Rechtbank Limburg 19 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9068 [↑](#footnote-ref-40)
41. Rechtbank Rotterdam 08 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135 [↑](#footnote-ref-41)
42. Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275 [↑](#footnote-ref-42)
43. Rechtbank Midden-Nederland 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577 [↑](#footnote-ref-43)
44. Rechtbank Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002 [↑](#footnote-ref-44)
45. Rechtbank Limburg 04 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086 [↑](#footnote-ref-45)
46. Idem. [↑](#footnote-ref-46)
47. Rechtbank Noord-Holland 02 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967 [↑](#footnote-ref-47)
48. Rechtbank Rotterdam 08 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135 [↑](#footnote-ref-48)
49. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 16 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1800 [↑](#footnote-ref-49)
50. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 25 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6310 [↑](#footnote-ref-50)
51. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 05 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8079 [↑](#footnote-ref-51)
52. Gerechtshof Den Haag 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2932 [↑](#footnote-ref-52)
53. Rechtbank Limburg 08 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044 [↑](#footnote-ref-53)
54. Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142 [↑](#footnote-ref-54)
55. Rechtbank Noord-Holland 09 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8263 [↑](#footnote-ref-55)
56. Zie schema bijlage 1 en bijlage 2 p. 43-36. [↑](#footnote-ref-56)
57. Rechtbank Limburg 04 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086 [↑](#footnote-ref-57)
58. Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602 [↑](#footnote-ref-58)
59. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2284 [↑](#footnote-ref-59)
60. Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121 [↑](#footnote-ref-60)
61. Rechtbank Midden-Nederland 11 oktober 2017, ECLI:NL:2017:5063 [↑](#footnote-ref-61)
62. Rechtbank Gelderland 19 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7119 [↑](#footnote-ref-62)
63. Rechtbank Noord-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4558 [↑](#footnote-ref-63)
64. Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142 [↑](#footnote-ref-64)
65. Rechtbank Rotterdam 08 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135 [↑](#footnote-ref-65)
66. Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142 [↑](#footnote-ref-66)
67. Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121 [↑](#footnote-ref-67)
68. Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121 [↑](#footnote-ref-68)
69. Rechtbank Noord-Holland 02 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967 [↑](#footnote-ref-69)
70. Zie checklist bijlage 3, p. 47. [↑](#footnote-ref-70)