Detailresult Groep

Disfunctioneren onder de Wet werk en zekerheid

'Een praktijkgericht onderzoek naar de invulling van de wettelijke vereisten voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren.'

Naam:	*Odile van der Tak*
Studentnummer:	*s1083866*
Onderwijsinstelling:	*Hogeschool Leiden*
Opleiding:	*HBO-Rechten*
Klas:	*RE4G*

Opdrachtgever:	*Detailresult Groep, afdeling HR Arbeidszaken*
Contactpersoon:	*mw. C. Teske*
Afstudeerbegeleider:	*dhr. F. Van Steenbergen*
Onderzoeksdocent:	*mw. M. Mesman*

Inleverdatum:	*1 september 2017*
Kans:	*2*

SAMENVATTING

In 2016 zijn er 42 ontslagverzoeken op grond van disfunctioneren ingediend bij de kantonrechter. Van deze 42 verzoeken werd in 20 gevallen de ontbinding toegewezen en in 22 gevallen afgewezen[1]. Dit geeft aan dat disfunctioneren als een moeilijke ontslaggrond wordt ervaren door werkgevers. DRG wordt daardoor ook afgehouden om de stap te nemen tot het verzoeken van ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemer wegens disfunctioneren. De vereisten uit art. 7:669 lid 1 jo. 3 BW zijn vaag geformuleerd met terminologie als 'redelijk termijn', 'tijdig', 'voldoende gelegenheid'. Doordat de nieuwe vereisten voor ontslaggronden nog vrij nieuw zijn, is het nog zoeken naar hoe de wetgever en kantonrechter invulling geven aan deze vereisten. Met dit onderzoeksrapport wordt verheldering gegeven hoe de kantonrechter invulling geeft aan deze vereisten en wat dat betekent voor DRG.

Het doel van dit afstudeeronderzoek is om afdeling HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. een onderzoeksrapport te overhandigen met daarin een advies met betrekking tot hoe een ontslagdossier opgebouwd moet worden om te voldoen aan de vereisten voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren, rekening houdend met hoe de kantonrechter de wettelijke vereisten interpreteert en daarbij een handvat uit te reiken in de vorm van een checklist welke gebruikt kan worden bij de opbouw van een ontslagdossier. Met dit onderzoeksrapport wordt er antwoord gegeven op de centrale vraag:
Welk advies kan gegeven worden aan HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. over de invulling van de wettelijke vereisten voor het opstellen van een ontslagdossier voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren, blijkens literatuur en jurisprudentie?
Om deze centrale vraag te beantwoorden is er gebruik gemaakt van literatuuronderzoek, wetsanalyse en jurisprudentieonderzoek.

Bij het aannemelijk maken van ontbinding wegens disfunctioneren zal DRG aannemelijk moeten maken dat er sprake is van disfunctioneren van de werknemer, de werknemer tijdig in kennis is gesteld hiervan, de werknemer de gelegenheid heeft gekregen om zich te verbeteren, er geen sprake is van te weinig zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden en dat er geen mogelijkheid is tot herplaatsing in een andere functie. Om dit aannemelijk te maken zal DRG een verbetertraject moeten aangaan met de werknemer. Alles moet goed schriftelijk bijgehouden worden zodat dit aan de kantonrechter kan worden overhandigd. Ook moet in het verzoekschrift gemotiveerd worden dat scholing aangeboden is of waarom dit niet mogelijk is en toelichten waarom er geen sprake is van herplaatsingsmogelijkheden. Hiermee kan DRG de kantonrechter laten zien dat zij alles eraan gedaan heeft om het functioneren van de werknemer te verbeteren.

[1] 'Webinar WWZ Rechtspraakoverzicht', W. Van Gelderen, 20 december 2016

INHOUDSOPGAVE

INHOUDSOPGAVE **2**

AFKORTINGEN **4**

HOOFDSTUK 1: INLEIDING **5**
1.1 AANLEIDING ONDERZOEK EN PROBLEEMANALYSE 5
1.2 DOELSTELLING, CENTRALE VRAAG EN DEELVRAGEN 7
1.3 ONDERZOEKSMETHODE/VERANTWOORDING PER DEELVRAAG 8
1.4 LEESWIJZER 10

HOOFDSTUK 2: JURIDISCH KADER **11**
2.1 INLEIDING 11
2.2 ONTSLAGROUTES SINDS INVOERING WWZ 11
2.2.1 Inleiding *11*
2.2.2 Preventieve ontslagtoets *12*
2.2.3 Redelijk gronden voor ontslag *13*
2.2.4 Ontslagroute 1: opzegging *14*
2.2.5 Ontslagroute 2: ontbinding *16*
2.2.6 Procedure *20*
2.2.7 Transitievergoeding *20*
2.2.8 Tussenconclusie *22*
2.3 ONTBINDING WEGENS DISFUNCTIONEREN 23
2.3.1 Inleiding *23*
2.3.2 Disfunctioneren *23*
2.3.3 Tussenconclusie *30*
2.4 DOSSIEROPBOUW 31
2.4.1 Inleiding *31*
2.4.2 Aannemelijk maken of hard bewijs? *31*
2.4.3 Personeelsdossier *33*
2.4.4 Dossieropbouw bij disfunctioneren *34*
2.4.5 Tussenconclusie *36*

HOOFDSTUK 3: RESULTATEN **37**
3.1 INLEIDING 37
3.2 DISFUNCTIONEREN 37
3.3 TIJDIG IN KENNIS GESTELD 39
3.4 GELEGENHEID TOT VERBETERING 40
3.5 ONVOLDOENDE ZORG SCHOLING/ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN 43
3.6 HERPLAATSINGSMOGELIJKHEID 45

HOOFDSTUK 4: CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN **47**

LITERATUURLIJST **52**

BIJLAGE 1 - VOORBEELD FUNCTIEPROFIEL SUPERMARKTMANAGER ..... FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 2 - JURISPRUDENTIEONDERZOEK ..... FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 3 - TABEL OORDEEL RECHTER INZAKE LENGTE VERBETERTRAJECT FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 4 - CHECKLIST.....FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 5 - BEGELEIDEND SCHRIJVEN VOORBESPREKING VERBETERTRAJECT .....FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 6 - BEGELEIDEND SCHRIJVEN OPSTART VERBETERTRAJECT.....FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 7 - BEGELEIDEND SCHRIJVEN TUSSENTIJDSE EVALUATIE FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

BIJLAGE 8 - BEGELEIDEND SCHRIJVEN EINDEVALUATIE..... FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

AFKORTINGEN

BW	Burgerlijk Wetboek
DRG	DetailResult Groep
HR	Human Resources
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
Wwz	Wet werk en zekerheid

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

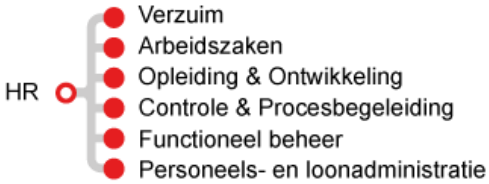
1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse

Dit document omvat het onderzoeksrapport voor een juridisch, praktijkgericht onderzoek naar een probleem dat zich afspeelt binnen de afdeling HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. Detailresult Groep (DRG) is een familiebedrijf en runt twee supermarktformules, namelijk DekaMarkt en Dirk. Naast de twee supermarktformules omvat DRG ook de bedrijfsonderdelen Detailresult Productie B.V., Detailresult Logistiek B.V. en Detailresult Services B.V. De centrale afdeling Human Resources (HR) valt onder Detailresult Services, samen met nog een aantal afdelingen. Hieronder staat een organogram weergeven van de afdelingen binnen Detailresult Services:

Figuur 1

HR is de afdeling die zich richt op het personeelsbeleid binnen Detailresult Groep. Werving en selectie, personeelsplanning, het opstellen van functieprofielen met de bijbehorende competenties zijn voorbeelden van waar de werknemers van de afdeling HR zich mee bezig houden. De afdeling HR Arbeidszaken is weer een van de afdelingen binnen de centrale afdeling HR, zoals te zien is in onderstaand organogram:

Figuur 2



Bij de afdeling HR Arbeidszaken zijn er twee Adviseurs Arbeidszaken werkzaam. De werkzaamheden die zij zoal uitvoeren zijn variërend. Zo adviseren zij DRG onder andere over de wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht, maar ook adviseren zij HR-functionarissen bij complexe vraagstukken en zijn ze het aanspreekpunt voor alle bedrijfsonderdelen binnen DRG, wat betekent dat zij kennis moeten hebben van onder andere verschillende cao's en deze kennis moeten kunnen toepassen op situaties.

Als Adviseurs Arbeidszaken moeten zij veel verstand hebben van het recht, specifieker het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht. Ze moeten zich blijven bijscholen aangezien de wet-

en regelgeving vaak verandert. Zo is het arbeidsrecht twee jaar geleden flink op de schop gegaan.
In 2015 is de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) van start gegaan. De Wwz is in drie tranches ingevoerd, het eerste deel op 1 januari 2015, het tweede deel op 1 juli 2015 en het derde en tevens laatste deel op 1 januari 2016. De Wwz heeft veranderingen met zich meegebracht binnen het ontslagerecht, het arbeidsrecht rond tijdelijke contracten en de Werkloosheidswet (WW).

Het ontslagrecht kende voor de invoering van de Wwz twee routes, via de kantonrechter of via het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). De keuze voor welke ontslagroute lag bij de werkgevers. Gelijke gevallen werden daarom vaak niet gelijk behandeld. De werkgever koos vaak de route die wat financieel gezien het beste uitkwam. Vaak kregen de werknemers met hoge inkomens via de kantonrechter een flink bedrag mee naar huis, terwijl de werknemers met lage inkomens via het UWV geen ontslagvergoeding kregen.[2] Minister Asscher van wilde een einde maken aan de ongelijkheid en dus aan de keuzevrijheid van de werkgevers. Hij wilde een overzichtelijk ontslagrecht, waarbij vaststaat via welke procedure een werknemer ontslagen wordt.[3] Besloten in het sociaal akkoord van 2013 was daarom onder andere dat het ontslagrecht gemoderniseerd moest worden.

Sinds de invoering van de Wwz is de keuze voor welke ontslagroute gekoppeld aan de ontslaggrond, welke opgenomen staan in art. 7:669 BW. Disfunctioneren van de werknemer is een van deze ontslaggronden. Het is belangrijk dat de werknemers hun functie naar behoren uitvoeren. Mocht het de werknemer niet lukken om aan zijn functie-eisen te voldoen, kan DRG overgaan tot ontslag op basis van disfunctioneren. Sinds de invoering van de Wwz is het vastgelegd dat er een verzoekschrift tot ontbinding wegens disfunctioneren bij de kantonrechter moet worden ingediend. De kantonrechter gaat het verzoekschrift dan beoordelen naar de vereisten vanuit de wet. Art. 7:669 lid 1 jo. lid 3 BW stelt dat de vereisten voor disfunctioneren waaraan de kantonrechter beoordeeld of er sprake is van disfunctioneren zijn dat: de werknemer tijdig in kennis is gesteld, de werkgever voldoende gelegenheid heeft gegeven tot verbetering, er geen sprake is van te weinig zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden en moet de werknemer niet herplaatst kunnen worden in een andere functie binnen de organisatie. De werkgever zal met zijn verzoekschrift moeten aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan.

In 2016 zijn er 42 ontslagverzoeken op grond van disfunctioneren ingediend bij de kantonrechters. Van deze 42 verzoeken werd in 20 gevallen de ontbinding toegewezen en in 22

[2] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 5 (MvT)
[3] 'Kabinet en sociale partners eens over sociale agenda voor arbeidsmarkt van de 21e eeuw' Rijksoverheid, 11 april 2013

gevallen afgewezen[4]. Dit geeft aan dat disfunctioneren als een moeilijke ontslaggrond wordt ervaren voor werkgevers. DRG wordt daardoor ook afgehouden om de stap te nemen tot het verzoeken van ontbinding wegens disfunctioneren. De vereisten uit art. 7:669 lid 1 jo. 3 BW zijn vaag geformuleerd met terminologie als 'redelijk termijn', 'tijdig', 'voldoende gelegenheid'. Doordat de nieuwe vereisten voor ontslaggronden nog vrij nieuw zijn, is het nog zoeken naar hoe de wetgever en kantonrechter invulling geven aan deze vereisten. Uit de rechtspraak zal blijken hoe de kantonrechter deze vage terminologie invult en hoe de werkgever het aannemelijk kan maken dat er ook daadwerkelijk sprake van disfunctioneren. De werkgever zal bij het verzoekschrift een dossier moeten kunnen tonen waaruit blijkt dat de werknemer disfunctioneert en de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. Dit onderzoeksrapport heeft betrekking tot de invulling van de wettelijke vereisten voor disfunctioneren en het aannemelijk maken van deze vereisten. Dit zal DRG in de toekomst helpen met een sterk dossier naar de rechter te stappen.

1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit afstudeeronderzoek is om afdeling HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. een onderzoeksrapport te overhandigen met daarin een advies met betrekking tot hoe een ontslagdossier opgebouwd moet worden om te voldoen aan de vereisten voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren, rekening houdend met hoe de kantonrechter de wettelijke vereisten interpreteert en daarbij een handvat uit te reiken in de vorm van een checklist welke gebruikt kan worden bij de opbouw van een ontslagdossier.

Met dit afstudeeronderzoek wordt er antwoord gegeven op de centrale vraag:
Welk advies kan gegeven worden aan HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. over de invulling van de wettelijke vereisten voor het opstellen van een ontslagdossier voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren, blijkens literatuur en jurisprudentie?

Om de centrale vraag te beantwoorden, dienen de volgende deelvragen beantwoord te worden:

Deelvraag 1: Welke ontslagroutes zijn er sinds de invoering van de Wwz, blijkens literatuur en wetsanalyse?

Deelvraag 2: Wat is, blijkens literatuur en wetsanalyse, het wettelijk kader van de ontbindingsprocedure?

Deelvraag 3: Wat houdt, blijkens literatuur en wetsanalyse, ontbinding wegens disfunctioneren in?

[4] 'Webinar WWZ Rechtspraakoverzicht', W. Van Gelderen, 20 december 2016

Deelvraag 4: Hoe moet, blijkens literatuur, een ontslagdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd?

Deelvraag 5: Hoe oordeelt de rechterlijke macht over de invulling van de wettelijke vereisten voor disfunctioneren?

1.3 Onderzoeksmethode/verantwoording per deelvraag

Om de deelvragen en uiteindelijk ook de centrale vraag te beantwoorden is gebruik gemaakt van verschillende onderzoeksmethodes. De onderzoeksmethodes zijn in twee soorten te verdelen, namelijk de theoretisch-juridische onderzoeksmethode en de praktijkonderzoeksmethode. Ook deze twee soorten zijn onder te verdelen in verschillende methodes. Een theoretisch-onderzoek kan worden uitgevoerd door middel van een wetsanalyse of literatuuronderzoek. Een praktijkonderzoek is te verdelen onder dossieronderzoek, jurisprudentieonderzoek en interviews. Hieronder staat per deelvraag toegelicht van welke onderzoeksmethode gebruik gemaakt is.

Deelvraag 1: Welke ontslagroutes zijn er sinds de invoering van de Wwz, blijkens literatuur en wetsanalyse?

Ten opzichte van het onderzoeksvoorstel is deelvraag 1 erbij gekomen zodat de indeling van het ontslagrecht sinds de invoering van de Wwz uiteen gezet kan worden. DRG heeft gevraagd om een theoretisch overzicht van de ontslagprocedures sinds de invoering van de Wwz. Deze wordt uitgelegd onder deelvraag 1. Voor de beantwoording van deze deelvraag is gebruik gemaakt van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Als rechtsbron is voornamelijk gebruik gemaakt van de memorie van toelichting bij de Wwz. Door deze te bestuderen is het duidelijk geworden waarom de wetgever het nodig vond dat er verandering kwam en op welke punten deze veranderingen moesten komen. Voor de theoretische uitleg is vooral gebruik gemaakt van literatuur. De literatuur die hiervoor gebruikt is, is terug te vinden in de bronnenlijst. Alle literatuur die gebruikt is voor het beschrijven van de ontslagroutes komen van na de inwerkingtreding van de Wwz in 2015. Hierdoor is er een helder, theoretisch beeld ontstaan van de ontslagroutes.

Deelvraag 2: Wat is, blijkens literatuur en wetsanalyse, het wettelijk kader van de ontbindingsprocedure?

Voor het onderzoek naar het wettelijk kader van de ontbindingsprocedure is vooral gebruik gemaakt van literatuur, maar ook is er af en toe gerefereerd naar de memorie van toelichting van de Wwz. Door de memorie van toelichting kon er gekeken worden naar de verschillen van voor en na de invoering van de Wwz. Met het literatuuronderzoek is vooral gefocust op de theoretische benadering van de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. Door deze deelvraag te beantwoorden is duidelijk geworden waarom verandering in de procedure voor beëindiging van

de arbeidsovereenkomst noodzakelijk was en waar dit toe heeft geleid voor de huidige praktijk en hoe DRG daarop kan inspelen.

Deelvraag 3: Wat houdt, blijkens literatuur en wetsanalyse, ontbinding wegens disfunctioneren in?

Voor de uitleg over ontbinding wegens disfunctioneren is vooral gebruik gemaakt van online artikelen, de memorie van toelichting en tijdschriftartikelen. Deze deelvraag geeft het theoretische aspect van de disfunctionerende werknemer weer. Er wordt besproken welke wettelijke vereisten verbonden zijn aan disfunctioneren. Deze zijn vanuit de wet en de memorie van toelichting besproken. De artikelen hebben gezorgd voor een blik vanuit de praktijk op de disfunctionerende werknemer en hoe daar mee om moet worden gegaan.

Deelvraag 4: Hoe moet, blijkens literatuur, een ontslagdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd?

Om deelvraag 4 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. Vanuit artikelen en literatuur is er een beeld gevormd waaruit een ontslagdossier bestaat. Ook de gesprekken met werknemers van DRG hebben input geleverd tot de beantwoording van deze deelvraag. Vanuit de memorie van toelichting is te lezen hoe de wetgever denkt over het bijhouden van een ontslagdossier. Zo zijn er verschillende invalshoeken gebruikt voor de beantwoording van deze deelvraag.

Deelvraag 5: Hoe oordeelt de rechterlijke macht over de invulling van de wettelijke vereisten voor disfunctioneren?

Voor de beantwoording van de vijfde deelvraag is onderzoek gedaan door middel van jurisprudentieonderzoek. Er zijn dertig jurisprudentiezaken onderzocht. In vijftien van deze zaken werd de ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen en in de andere vijftien van deze zaken werd de ontbinding van de arbeidsovereenkomst toegewezen. Hier zijn ze van tevoren op geselecteerd. Door deze scheiding te maken, kon er goed worden onderzocht aan welke vereisten de kantonrechter veel waarde hecht en aan welke iets minder. Tevens is er per vereiste een duidelijk overzicht ontstaan tussen wanneer de kantonrechter vond dat er onvoldoende voldaan was een vereiste en wanneer er wel voldaan was een datzelfde vereiste. Door dit in een schema op te nemen en te vergelijken, ontstond er een rode lijn per vereiste wanneer de werkgever voldaan had aan de vereisten.

1.4 Leeswijzer

De opbouw van dit onderzoeksrapport is onder te verdelen in een juridisch gedeelte en een praktijk gedeelte. Voor de ontbinding wegens disfunctioneren is voor de lezer van belang welke ontslagroutes er sinds de invoering van de Wwz zijn. Deze worden daarom onder paragraaf 2.2 besproken. Vervolgens in paragraaf 2.3 wordt de ontslaggrond disfunctioneren uitvoerig besproken. Wat stelt de wet en wat betekent dit? Als hier antwoord op gekomen is, wordt in paragraaf 2.4 besproken hoe DRG bij de kantonrechter aannemelijk kan maken dat er sprake is van disfunctioneren. Vervolgens in hoofdstuk 3 zijn de bevindingen uit de rechtspraak te lezen en in hoofdstuk 4 worden de conclusies en aanbevelingen naar aanleiding van dit onderzoeksrapport uiteengezet.

HOOFDSTUK 2: JURIDISCH KADER

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridische kader beschreven omtrent het ontbinden van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Eerst zal in paragraaf 2.2 besproken worden welke ontslagroutes de Wwz kent en hoe het wettelijke kader eruitziet van de ontbindingsprocedure. In paragraaf 2.3 wordt de ontslaggrond disfunctioneren toegelicht. Vervolgens wordt er onder paragraaf 2.4 omschreven hoe de werkgever aannemelijk kan maken dat er sprake is van disfunctioneren.

2.2 Ontslagroutes sinds invoering Wwz

2.2.1 Inleiding

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden is het belangrijk om eerst in beeld te hebben welke ontslagroutes er zijn binnen het ontslagrecht en hoe de ontbindingsprocedure in zijn gang gaat. Onder paragraaf 2.4 wordt zowel deelvraag 1:

> *Welke ontslagroutes zijn er sinds de invoering van de Wwz, blijkens literatuur en wetsanalyse?*

als deelvraag 2 beantwoordt:

> *Wat is, blijkens literatuur en wetsanalyse, het wettelijk kader van de ontbindingsprocedure?*

In de praktijk komt het vaak voor dat werknemers niet voldoen aan de verwachtingen van de werkgever. Ze halen deadlines niet, zetten zich niet voor de volle 100% in of ze zijn gedemotiveerd. In deze gevallen wil de werkgever dat de werknemer zich verbetert op de tekortkomingen of, indien dat niet mogelijk blijkt, dat de werknemer niet langer in dienst blijft. In dit laatste geval zal de werkgever ervoor moeten zorgen dat de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt. Voor de invoering van de Wwz had de werkgever zelf de beslissing in handen om een arbeidsovereenkomst te beëindigen via het UWV of via de kantonrechter. De werkgever kon kiezen welke procedure hij wilde volgen en kon dus inschatten welke procedure (financieel) het gunstigst was in desbetreffende situatie. Hij kon voor de trage procedure via het UWV kiezen met de kans dat de werknemer een schadevergoeding zou vorderen, welke bij toekenning vaak niet erg hoog was. De andere procedure via de kantonrechter ging sneller, maar had wel het gevolg dat er een redelijk hoge ontslagvergoeding moest worden betaald aan de werknemer.[5] Omdat het arbeidsovereenkomstenrecht de werknemer moet beschermen tegen deze willekeur, moest het een en ander veranderd worden volgens de regering. De aanpassingen moesten het ontslagstelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar maken voor de werkgevers en

[5] Loonstra 2015, p. 110

meer gericht zijn op het vinden van een nieuwe baan.[6] Indien de werkgever een arbeidscontract voor onbepaalde tijd wil beëindigen zal de werkgever een vaste ontslagroute moeten volgen. Overigens is goed om op te merken dat de ontslagroutes alleen gevolgd moeten worden als de werknemer niet instemt met het ontslag. Een ontslag met wederzijds goedvinden behoeft geen toestemming van het UWV of de kantonrechter.[7] Onder paragraaf 2.2.2 is eerst het behoud van de preventieve ontslagtoets beschreven. Vervolgens wordt in 2.2.3 benoemd welke gronden er zijn voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst, welke vervolgens onder paragraaf 2.2.4 en 2.2.5 worden behandeld met bijbehorende ontslagroute. De procedure zal kort worden toegelicht onder paragraaf 2.2.6. Tot slot zal nog de transitievergoeding uitgelegd worden in paragraaf 2.2.7.

2.2.2 Preventieve ontslagtoets

De preventieve ontslagtoets is een van de weinige dingen die in stand is gebleven tijdens de invoering van de Wwz binnen het ontslagrecht.[8] De preventieve ontslagtoets is in het leven geroepen via het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Dit werd in 1945 ingesteld als tijdelijke noodwetgeving. Niemand zou destijds hebben gedacht dat deze 70 jaar later pas aangepast zou worden. En zelfs nu is de preventieve ontslagtoets nog overgenomen in de nieuwe wetgeving. De preventieve ontslagtoets houdt in dat de werkgever toestemming moet krijgen van het UWV of een beschikking van de kantonrechter om een arbeidsovereenkomst te mogen beëindigen. Sinds 1 juli 2015 staat het de werkgever niet meer vrij om te kiezen tussen het UWV of de kantonrechter. De ontslaggrond waarmee de werkgever de arbeidsovereenkomst wil laten beëindigen geeft de doorslag welke ontslagroute gevolgd moet worden. Nu de keuze niet meer bij de werkgever ligt maar wettelijk is geregeld, is de kans van ongelijke behandeling tussen werknemers verminderd.

De regering heeft de keuze gemaakt om bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid de ontslagroute via het UWV te laten gaan. Deze keuze hebben zij gemaakt vanuit de praktijkervaringen van voor de invoering van de Wwz. Bedrijfseconomische ontslagen werden al veelal gerealiseerd door het UWV en daardoor hebben zij daar meer ervaring mee met de daarbij te hanteren regels. Tevens heeft het UWV al een rol als poortwachter bij langdurige arbeidsongeschiktheid via de Wet werk en inkomen (Wet WIA). Zij hebben hier dus veel meer ervaring mee dan de kantonrechter en beslissen daarom in deze gevallen de verzoeken om toestemming voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst.[9] Voor

[6] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 5 (MvT)
[7] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 26 (MvT)
[8] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 25 (MvT)
[9] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 25 (MvT)

de overige gevallen, welke worden toegelicht onder de volgende paragraaf, zal de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst moeten verzoeken bij de kantonrechter.

Er zijn echter wel zeven uitzonderingen op het vereiste van de preventieve ontslagtoets, welke opgenomen staan in art. 7:671 lid 1 BW. Er is sprake van een uitzondering indien de opzegging:

1. geschiedt gedurende de proeftijd;
2. geschiedt wegens een dringende reden;
3. een werknemer betreft welke werkzaam is in de particuliere huishouding voor minder dan vier dagen per week (reden hiervoor is de bevordering van dienstverlening rond het huis);
4. een directeur van NV of BV betreft (reden hiervoor is dat de aandeelhouders greep op de onderneming moeten houden);
5. een werknemer betreft die een geestelijk ambt bekleedt (met reden om de vrijheid van godsdienst te respecteren);
6. geschiedt wegens het bereiken of bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd;
7. een werknemer betreft in het bijzonder onderwijs wiens gedrag onverenigbaar is met de richting van de onderwijsinstelling (de reden is om vrijheid van onderwijs te garanderen).

2.2.3 Redelijk gronden voor ontslag

Art. 7:669 lid 2 BW schrijft voor dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is. Tevens moet herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn niet mogelijk zijn of niet in de rede liggen. Indien de werkgever een werknemer met een arbeidscontract voor bepaalde tijd wil ontslaan, zal er dus sprake moeten zijn van een redelijke grond. Deze redelijke gronden staan limitatief opgesomd in lid 3 van voornoemd artikel, namelijk:

a. Bedrijfseconomisch ontslag
b. Langdurige ziekte
c. Regelmatige ziekte van de werknemer
d. Disfunctioneren van de werknemer
e. Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer
f. Weigeren verrichten van de bedongen arbeid wegens ernstig gewetensbezwaar
g. Een verstoorde arbeidsrelatie
h. Andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren

Deze acht gronden voor beëindiging worden in de praktijk genoemd naar de letter waarachter zij vermeld staan (a-grond tot en met h-grond).

Welke ontslagroute de werkgever moet volgen wordt dus bepaald op bovenstaande gronden. Bij de a-grond en de b-grond zal de werkgever toestemming moeten vragen bij het UWV. Bij de c-grond tot en met de h-grond zal de werkgever de kantonrechter moeten verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De ontslagroute via het UWV zal onder paragraaf 2.2.4 worden toegelicht en de ontslagroute via de kantonrechter zal nader besproken worden in paragraaf 2.2.5.

2.2.4 Ontslagroute 1: opzegging

Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wil opzeggen vanwege de a-grond of b-grond zal hij zich moeten wenden tot het UWV. De opzegging van een arbeidsovereenkomst moet in elk geval gebeuren bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd blijkt uit art. 7:667 lid 6 BW. Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is opzegging alleen nodig indien dat schriftelijk overeengekomen is, de wet of gebruik opzegging voorschrijven of indien het gaat om een tussentijdse opzegging welke alleen mogelijk is indien dit van tevoren door beide partijen schriftelijk is overeengekomen.[10]

a-grond: bedrijfseconomisch ontslag

Om aan ontslag op grond van de a-grond te voldoen zal er blijkens art. 7:669 lid 3 sub a BW sprake moeten zijn van:

- noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen;
- over een toekomstige periode van minimaal 26 weken;
- als gevolg van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering;
- die weer het gevolg zijn van bedrijfseconomische omstandigheden.

Indien er sprake is van een ontslag wegens de a-grond, zal in het verzoekschrift een overzicht moeten komen met de volgorde van de ontslagen. De Ontslagregeling geeft in artikel 11 aan dat tijdens het beoordelen van de volgorde van het ontslag, het UWV zich moeten houden aan het afspiegelingsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat de personen die in aanmerking komen voor ontslag, gelijkmatig over verschillende leeftijdscategorieën verdeeld moeten zijn. Het personeelsbestand moet eerst in vijf leeftijdscategorieën worden verdeeld van ieder tien jaar, waarbij de jongste categorie begint bij vijftien jaar. Vervolgens worden er in deze aparte categorieën de ontslagen volgens het anciënniteitsbeginsel aangewezen. Dit beginsel houdt in dat de werknemers met het kortste dienstverband als eerste in aanmerking komen voor ontslag, het zogeheten last in-first out. Aan dit beginsel zitten drie uitzonderingen, namelijk:

1. indien een werknemer onmisbaar is voor de onderneming;
2. arbeidsbeperkten worden buiten beschouwing gelaten;

[10] Barentsen & Heerma van Voss 2015, p. 140

3. tot 10% van het aantal werknemers kan buiten deze volgorde worden gehouden indien de cao daarin voorziet en zij aantoonbaar over bovengemiddelde kwaliteiten beschikken.

Tegenwoordig is het ook mogelijk dat er een onafhankelijke en onpartijdige commissie wordt ingesteld die een bedrijfseconomisch ontslag toetst in plaats van het UWV, een zogenoemde cao-commissie. Indien een cao zo'n dergelijke commissie ingesteld heeft, dient de cao procedureregels op te stellen op het gebied van hoor en wederhoor, vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslissingstermijn.[11] Een cao kan, in het geval er een cao-commissie ingesteld is, ook voorzien in een eigen regeling voor de volgorde van ontslag, waardoor er afgeweken wordt van het afspiegelings- en anciënniteitsbeginsel. Hierdoor kan er bijvoorbeeld worden gekozen om de volgorde van ontslag te baseren op de prestaties van de werknemers.

b-grond: langdurige ziekte

Bij ziekte, langer dan twee jaar, kan de werkgever overgaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien de werknemer niet in staat is zijn werk te verrichten en de werkgever ook geen andere passende functie voor de werknemer heeft. De werkgever kan in dat geval een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV met onderbouwing waarom het niet mogelijk is dat de werknemer binnen 26 weken te herplaatsen in een andere functie. De werknemer ontvangt vervolgens een brief van het UWV met de vraag of de werknemer denkt dat hij binnen 26 weken zijn eigen werk te kunnen hervatten of ander werk kan gaan verrichten. Als de werknemer denkt dat dit mogelijk is, moet hij dit onderbouwen en beoordeelt het UWV of de re-integratie haalbaar is. Als de werknemer laat weten dat dit niet meer mogelijk is, zal het UWV een ontslagvergunning afgeven.

Procedure

Indien er volgens de werkgever sprake is van de ontslaggrond a of b zal de werkgever een UWV-procedure moeten starten. Dit gebeurt door het verzenden van een volledig verzoekschrift aan het UWV. Art. 4 lid 1 van de Regeling UWV Ontslagprocedure stelt vast dat de werkgever mededeling hiervan doet aan de werknemer en dat de werknemer binnen veertien dagen verweer mag voeren. Het UWV zal dan gaan toetsen of er voldaan wordt aan de inhoud van de ontslaggrond en of de werkgever zich aan de regels heeft gehouden omtrent het ontslag. Tevens wordt er bij een bedrijfseconomisch ontslag de Ontslagadviescommissie (OAC) om advies gevraagd. Na de toetsing of advies van het OAC zal het UWV bij toekenning van toestemming een beschikking afgeven aan de werkgever. Dan dient de werkgever binnen vier weken vanaf de

[11] Barentsen & Heerma van Voss 2015, p. 144

dagtekening de desbetreffende arbeidsovereenkomst op te zeggen[12]. Als de werkgever niet binnen vier weken opzegt, zal hij opnieuw toestemming moeten vragen.

Indien de werknemer of werkgever het niet eens is met de beschikking van het UWV, kan er sinds de invoering van de Wwz in beroep worden gegaan bij de kantonrechter.

2.2.5 Ontslagroute 2: ontbinding

Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen wegens de c-grond tot en met de h-grond, zal de werkgever een verzoekschrift tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter in moeten dienen. De redelijke gronden voor ontslag via de kantonrechter worden hieronder toegelicht.

c-grond: regelmatige ziekte van de werknemer

Het regelmatige ziekteverzuim ligt, anders dan de langdurige ziekteverzuim, in de handen van de kantonrechter. Omdat het aantonen en beoordelen van frequent ziekteverzuim een complexe zaak is, is ervoor gekozen om dit door de kantonrechters uit te laten voeren. Het regelmatig ziekteverzuim kan worden uitgelegd als een frequent en onevenredig hoog ziekteverzuim gedurende een langere tijd. Een werknemer die regelmatig ziek is kan voor de werkgever behoorlijk vervelend zijn, maar is op zichzelf geen reden voor ontslag. Wil een regelmatig ziekteverzuim wel een reden tot ontslag zijn zal er een aantal extra voorwaarden aan het verzuim moeten zitten[13]:

- de bedrijfsvoering moet in grote mate verstoord worden;
- het ziekteverzuim moet een onevenredige druk op andere collega's leggen;
- in vergelijking met het gemiddelde ziekteverzuim binnen de organisatie zal dit ziekteverzuim hoog moeten uitvallen;
- het ziekteverzuim mag geen verband houden met arbeidsomstandigheden.

Naast bovenstaande vereisten zal de kantonrechter tevens moeten beoordelen of er binnen 26 weken geen verwachting is dat er aanmerkelijke verbetering van de situatie zal optreden of binnen die periode, eventueel door middel van scholing, de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.[14] Hiervoor zal de kantonrechter advies inwinnen bij het UWV. In de praktijk komt ontbinding op grond van de c-grond niet vaak voor. De werkgever moet veel omstandigheden aannemelijk maken en aan vele verplichtingen houden op grond van de Wet gelijke behandeling chronisch zieken en gehandicapten. Om deze reden zijn werkgevers vaak terughoudend in het aanvoeren van de c-grond.[15]

[12] Loonstra 2015, p. 116
[13] Treep 2015, p. 180
[14] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 45 (MvT)
[15] Geugjes & Wits 2015, p. 316

d-grond: disfunctioneren van de werknemer

Indien de werkgever een arbeidsovereenkomst wil laten beëindigen wegens disfunctioneren van de werknemer, zal hij meerdere elementen moeten kunnen aantonen:

- er is sprake van disfunctioneren;
- de werknemer moet tijdig op de hoogte zijn gebracht van het feit dat hij onvoldoende functioneert in zijn werkzaamheden;
- de werknemer moet de gelegenheid hebben gekregen om zijn functioneren te verbeteren;
- er mag geen sprake zijn van ziekte of gebreken van de werknemer;
- de ongeschiktheid is niet het gevolg van te weinig of geen zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden;
- herplaatsing in een andere functie is niet mogelijk.

Voorbeelden van disfunctioneren zijn als de werknemer onacceptabel veel fouten (blijft) maken, de werknemer kan de functie niet aan (onmacht) of kan niet meegroeien in de functie (onkunde). Onmacht en onkunde zijn gronden voor disfunctioneren, ten overstaande van moedwil en onwil. Deze begrippen horen bij de e-grond, het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.[16] Bij disfunctioneren ligt het dus vaak aan de capaciteiten van de werknemer en niet aan de wil van de werknemer.

Indien de werkgever een verzoek tot ontbinding wegens disfunctioneren ingediend heeft, zal de kantonrechter in eerste instantie moeten beoordelen of er sprake is van disfunctioneren. Dit wordt gedaan door onder andere te kijken naar de functievereisten en de functioneringsgesprekken, de arbeidsovereenkomst, personeelsdossier en scholingstrajecten. Voor de werkgever is het dus belangrijk om alles goed bij te houden in (verschillende) dossier(s), om zo te voorkomen dat bij eventuele ontbinding wegens disfunctioneren aan te tonen is dat er sprake is van disfunctioneren en de werkgever alles heeft gedaan wat nodig was/moest. Dossiervorming is dus erg belangrijk. Onder paragraaf 2.5 zal verder ingegaan worden op het onderwerp ontbinding wegens disfunctioneren van de werknemer.

e-grond: verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

Tijdens het dienstverband van de werknemer kan het voorkomen dat de werknemer wangedrag vertoont. De werkgever zal bij verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer aan moeten tonen dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet meer verwacht kan worden van de werkgever. Voorbeelden van verwijtbaar handelen of nalaten zijn frequent te laat komen, het weigeren om werkzaamheden uit te voeren maar ook geld meenemen uit de kassa of seksuele intimidatie. De werkgever zal aannemelijk moeten maken dat er sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten. Dit kan hij doen door bijvoorbeeld gespreksverslagen en

[16] Treep 2015, p. 181

waarschuwingsbrieven te overleggen. Uiteindelijk zal ook de ernst van het feit en de relatie tot de functie van de werknemer in overweging worden genomen. Daarnaast zal er ook gekeken moeten worden of er verzachtende omstandigheden zijn voor de werknemer.[17] Een licht incident zal niet zo snel leiden tot ontslag, maar indien er meerdere zwaardere incidenten plaatsvinden, zal dit kunnen leiden tot ontbinding. Wel zal de werkgever alles goed gedocumenteerd in het dossier moeten hebben. Ook hierbij is de dossiervorming dus weer erg belangrijk bij een verzoek om ontbinding.

f-grond: weigeren verrichten van de bedongen arbeid wegens ernstig gewetensbezwaar

Indien een werknemer weigert om de bedongen arbeid te verrichten wegens ernstig gewetensbezwaar en indien er vaststaat dat de arbeid niet in aangepaste vorm wel uitgevoerd kan worden, kan de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken. De kantonrechter zal in zijn overwegingen moeten betrekken in hoeverre de werkgever naar oplossingen en alternatieve werkzaamheden heeft gezocht. Tevens zal er gekeken worden of de werkgever bij aanvang van het dienstverband al wist van de gewetensbezwaren en hoe groot gedeelte van de werkzaamheden de werknemer niet wil uitvoeren.[18] Een voorbeeld zou kunnen zijn indien een werknemer geen polissen voor bont wil afsluiten, of indien een werknemer niet op de zondag wil werken wegens zijn christelijke overtuigingen. Vaak kan om zo'n gewetensbezwaar worden heen gewerkt door aanpassingen van werkzaamheden of rooster. Daarom wordt de f-grond in de praktijk niet vaak aangevoerd voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[19]

g-grond: een verstoorde arbeidsrelatie

Opzegging van de arbeidsovereenkomst is mogelijk indien de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer zo ernstig en blijvend is verstoord, dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren.[20] De arbeidsrelatie tussen werknemer en werkgever kan beschadigen. Zo kunnen er irritaties aanwezig zijn of de vertrouwensband kan beschadigd zijn. De kantonrechte zal moeten kijken naar de reden van de verstoring, maar ook of de werkgever en werknemer zich voldoende hebben ingezet voor verbetering. Waar het uiteindelijk om draait is of de relatie zodanig ernstig en duurzaam is verstoord dat het niet reëel is om de arbeidsovereenkomst verder te laten voortduren.[21]

[17] Treep 2015, p. 182
[18] Treep 2015, p. 183
[19] Geugjes & Wits 2015, p. 318
[20] Van Genderen e.a. 2015, p. 219
[21] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 46 (MvT)

h-grond: andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren

De h-grond wordt gezien als een vangnetbepaling. Echter, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze grond zeer beperkt moet worden uitgelegd. Deze categorie is alleen toe te passen in situaties als detentie, illegaliteit van de werknemer en het niet kunnen beschikken over een tewerkstellingsvergunning.[22] De h-grond mag zeker niet een escape zijn van een onvoldoende opgebouwd dossier voor ontslag. Het herplaatsen van de werknemer in een andere functie ligt bij de h-grond niet meer in de rede en zal dus niet worden beoordeeld door de kantonrechter.

Overige mogelijkheden ontbinding

Niet alleen het verzoek tot ontbinding op grond van de c-grond tot en met de h-grond is een mogelijkheid om de kantonrechter om ontbinding te vragen. Ook kan de werkgever zich wenden tot de kantonrechter indien het UWV (of de cao-commissie) geen toestemming heeft gegeven voor opzegging wegens een a-grond of b-grond, blijkt uit art. 7:671b lid 1 sub b BW. De kantonrechter toetst in dat geval 'vol' aan dezelfde normen als het UWV. Daaronder vallen op grond van art. 7:671b BW ook alle ministeriële richtlijnen in de Ontslagregeling met betrekking tot de inhoudelijke toetsing, het afspiegelingsbeginsel en anciënniteitsbeginsel.[23]

Vervolgens als derde en tevens laatste mogelijkheid stelt art. 7:671b lid 1 sub c BW dat de werkgever zich naar de kantonrechter kan wenden met verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst indien het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft zonder een schriftelijk tussentijdsopzegbeding. Bij bedrijfseconomisch ontslag of langdurige ziekte kan de werkgever dan bij de kantonrechter om ontbinding vragen.

Beoordelingsvrijheid kantonrechter

Tot 1 juli 2015 had de kantonrechter een grote toetsingsvrijheid. De kantonrechter moest toen volgens het oude art. 7:685 BW oordelen of er sprake was van een 'gewichtige reden', bestaande uit 'verandering van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'. Dit bracht een grote beoordelingsvrijheid met zich mee. Ook al was het dossier van de werkgever gebrekkig, als de kantonrechter vond dat de arbeidsovereenkomst moest worden beëindigd ontbond hij de arbeidsovereenkomst. Om het gebrekkige dossier op te vangen kende hij een wat hogere ontslagvergoeding toe aan de werknemer.[24] De kantonrechters oordeelde naar het motto: 'als een van de partijen niet meer verder wil met de overeenkomst, dan heeft het geen zin om hen hiertoe te dwingen'. Met het huidige ontslagrecht kan dit niet meer. Omdat het dossier moet

[22] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 46 (MvT)
[23] Van Genderen e.a. 2015, p. 238
[24] Geugjes & Wits 2015, p. 323

aantonen dat aan de vereisten van desbetreffende ontslaggrond voldaan is, kan er bij een gebrekkig dossier niet meer door de vingers gekeken worden. Wil een verzoek tot ontbinding op grond van een van voornoemde gronden slagen, zal de werkgever moeten onderbouwen waarom er sprake is van desbetreffende ontslaggrond. Pas als aan alle vereisten van de ontslaggrond is voldaan, kan de ontbinding toegewezen worden. Een verzoek wordt dus niet toegewezen indien het bestaat uit een combinatie van meerdere niet voldoende onderbouwde gronden. Het is wel mogelijk om verschillende gronden aan te voeren in het verzoekschrift. Deze dienen dan wel alsnog ieder afzonderlijk voldoende te zijn onderbouwd. Zo zie je in een uitspraak van de kantonrechter te Den Haag[25] dat de werkgever om ontbinding heeft gevraagd op basis van een verstoorde arbeidsrelatie en disfunctioneren. Los van elkaar waren deze ontslaggronden niet voldoende voor ontbinding, maar ook samen konden zij niet tot ontbinding leiden aangezien dat sinds de Wwz meer mogelijk is.

2.2.6 Procedure

Indien de werkgever van mening is dat er sprake is van een redelijke grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW en hij wil de arbeidsovereenkomst ontbinden, dan zal hij een verzoekschrift moeten versturen naar de rechtbank, sector kanton. De griffie zal een zittingsdatum vaststellen waarop de werkgever en de werknemer moeten verschijnen. Tot een aantal dagen voor deze zitting kan de werknemer een verweerschrift of tegenverzoek indienen. Op de zittingsdag wordt de zaak mondeling behandeld waarbij de werkgever en werknemer beiden nog eens hun standpunten kunnen beargumenteren. Vervolgens zal de kantonrechter een beslissing nemen, welke wordt vastgelegd in een beschikking. In deze beschikking ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op een bepaalde datum, met inachtneming van de opzegtermijn als in art. 7:671b lid 8 sub a BW: op het tijdstip dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd. Net als bij de UWV-procedure wordt de opzegtermijn verminderd met de proceduretijd bij de kantonrechter.

2.2.7 Transitievergoeding

Met de komst van de Wwz is ook de transitievergoeding in het leven geroepen. De transitievergoeding is een vergoeding die een werknemer mee naar huis kan krijgen bij ontslag, mits er aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het doel van de transitievergoeding is enerzijds als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.[26]

[25] Rechtbank Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521
[26] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 38 (MvT)

Als uitgangspunt stelt art. 7:673 lid 1 BW dat de arbeidsovereenkomst minimaal 24 maanden moet hebben geduurd. Daarnaast moet de arbeidsovereenkomst door de werkgever opgezegd zijn, op verzoek van werkgever ontbonden zijn of van rechtswege geëindigd zijn zonder dat de werkgever een nieuw tijdelijke overeenkomst heeft aangeboden.[27] De beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet dus uit initiatief van de werkgever komen. De enige uitzondering hierop is indien de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt of ontbindt vanwege ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

In het tweede lid van voornoemd artikel is de berekening van de transitievergoeding opgenomen:

> *"De transitievergoeding is over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk aan een zesde van het loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. De transitievergoeding bedraagt maximaal € 76.000,- of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan dat bedrag."*

De uitleg hiervan is simpeler dan dat het artikel doet vermoeden. Voor de eerst tien jaar van het dienstverband geldt de berekening van 1/3^{e} van het maandsalaris als transitievergoeding per gewerkt jaar. Voor de jaren na de eerste tien jaar wordt de transitievergoeding berekend als 1/2^{e} van het maandsalaris per gewerkt jaar. Als maandsalaris wordt uitgegaan van het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten (bijvoorbeeld vakantietoeslag en dertiende maand).[28]

Voorbeeldberekening transitievergoeding:
Maandsalaris bedraagt € 6.000. Aantal dienstjaren bij ontslag is 15.
Over de eerste 10 jaar krijg je 10 x 2.000 (1/3^{e} van 6.000) = € 20.000. Voor de 5 jaren daarna wordt berekend als: 5 x 3.000 (1/2^{e} van 6.000) = € 15.000. In totaal bedraagt de transitievergoeding € 35.000.

In beginsel is transitievergoeding altijd verschuldigd (indien de voorwaarden van toepassing zijn). Art. 7:673 lid 7 BW geeft situaties wanneer hier een uitzondering op gemaakt kan worden en er dus geen transitievergoeding is verschuldigd, namelijk bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst:

[27] Loonstra 2015, p. 150
[28] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 38 (MvT)

- van werknemers onder de achttien jaar die gemiddeld ten hoogste twaalf uur per week hebben gewerkt;
- in verband met of na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd;
- ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

In de cao kunnen cao-partijen afspraken maken met betrekking tot het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Zo kunnen zij bepalen dat er een gelijkwaardige voorziening geldt in plaats van de transitievergoeding. Vereist hierbij is wel dat het moet gaan om op geld waardeerbare voorzieningen die qua hoogte gelijkwaardig zijn aan de transitievergoeding.[29]

2.2.8 Tussenconclusie

Uit voorgaande paragrafen valt te concluderen dat er met de invoering van de Wwz het ontslagrecht eenduidiger en eerlijker is geworden. De preventieve ontslagtoets welke met de BBA in het leven is geroepen, is overgenomen in het BW met een paar aanpassingen. Belangrijkste is dat de werkgever nog steeds toestemming moet krijgen van het UWV of de kantonrechter, voordat hij over gaat tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De keuze voor welke ontslagroute ligt niet meer bij de werkgever, maar is gekoppeld aan de ontslaggronden. Voor de a-grond en b-grond zal de werkgever zich moeten wenden naar het UWV om toestemming te krijgen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Voor de c-grond tot en met de h-grond zal de werkgever zich moeten wenden naar de kantonrechter met verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Doordat er nu acht ontslaggronden in de wet zijn opgenomen met ieder zijn eigen vereisten, is de beoordelingsvrijheid van de kantonrechter erg teruggedrongen. Voorheen hoefde er enkel sprake te zijn van verandering van omstandigheden die de wens om beëindiging van het arbeidscontract met zich meebracht. Nu zal er volledig aan een ontslaggrond moeten worden voldaan, voordat de kantonrechter toestemming kan geven om de arbeidsovereenkomst ontbinden. Ook het optellen van ontslaggronden mag niet meer. Een beetje disfunctioneren plus een beetje geschonden relatie tussen werkgever en werknemer zal niet meer leiden tot ontbinding. De werkgever zal moeten aantonen dat aan alle vereisten van een ontslaggrond is voldaan. Daarom is het belangrijk dat de werkgever goed een dossier bijhoudt. De transitievergoeding is met de Wwz in het leven geroepen en zorgt ervoor dat de werkgever aan de werknemer die 24 maanden of langer in dienst is geweest, een vergoeding moet betalen.

[29] Treep 2015, p. 229

2.3 Ontbinding wegens disfunctioneren

2.3.1 Inleiding

Om de centrale vraag van dit onderzoeksrapport te beantwoorden dient er eerst antwoord gegeven te worden op deelvraag 3:

Wat houdt, blijkens literatuur en wetsanalyse, ontbinding wegens disfunctioneren in?

Om antwoord te geven op deze vraag zal er gekeken worden naar art. 7:669 BW. In dit artikel zijn de ontslaggronden opgenomen, waaronder disfunctioneren. Uiteengezet gaat worden welke wettelijke vereisten aan disfunctioneren verbonden zitten met theoretische toelichting. Later in dit onderzoeksrapport wordt bekeken hoe de kantonrechters in de praktijk invulling geven aan de vereisten voor disfunctioneren.

Sinds de Wwz moet de werkgever één ontslaggrond aanvoeren en aan deze moet volledig zijn voldaan. De kantonrechter kan niet meer een arbeidsovereenkomst ontbinden op het moment dat er een beetje disfunctioneren is en een beetje sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding om vervolgens het gebrekkige ontslagdossier van de werkgever te compenseren door een hogere vergoeding aan de werknemer toe te kennen. Deze verandering heeft tot nu toe gezorgd dat de ontbindingsverzoeken vaker afgewezen worden dan voor de invoering van de Wwz. De VAAN-VvA heeft over het eerste jaar na de invoering van de Wwz een evaluatieonderzoek gedaan. Hieruit is gebleken dat er tussen 1 juli 2015 en 1 juni 2016 340 Wwz-ontbindingszaken zijn gepubliceerd. Dit is al een flink hoger getal dan de gemiddelde 238 gepubliceerde ontbindingszaken voor de invoering van de Wwz. Ze hebben gekeken naar het aantal afwijzingen van ontbinding op grond van disfunctioneren. De aanvragen tot ontbinding wegens de d-grond resulteerde in 79% afwijzing bij gepubliceerde rechtspraak.[30] Hiermee is disfunctioneren de minst kansrijke ontslaggrond.

2.3.2 Disfunctioneren

Disfunctioneren is de d-grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:669 lid 1 BW geeft 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. (…)"*

Hieruit kan geconcludeerd worden dat de werkgever in ieder geval moet aantonen dat er sprake is van een redelijke grond (disfunctioneren in dit geval), de werknemer niet herplaatst kan worden

[30] Evaluatierapport VAAN-VvA 2016

binnen de organisatie naar een andere passende functie, eventueel met behulp van scholing. Deze twee voorwaarden zullen dus bij elke ontslaggrond moeten worden aangetoond.

Vervolgens, onder art. 7:669 lid 3 sub d BW staat de ontslaggrond disfunctioneren omschreven als volgt:

> *"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;"*

Op basis van lid 1 en lid 3 sub d kan dus worden geconcludeerd dat de werkgever moet kunnen aantonen dat aan de volgende vereisten voor disfunctioneren zijn voldaan:

1. Er moet sprake zijn van disfunctioneren van de werknemer (welke niet door ziekte of gebreken wordt veroorzaakt);
2. De mogelijkheid tot herplaatsing in een andere functie is niet mogelijk of ligt niet in de rede;
3. De werkgever moet de werknemer tijdig in kennis hebben gesteld van het disfunctioneren;
4. De werkgever moet de werknemer voldoende de gelegenheid gegeven hebben zich te verbeteren;
5. Er is geen sprake van te weinig zorg voor scholing en/of arbeidsomstandigheden.

Om een beter beeld te krijgen van de inhoud van deze vereisten worden ze hieronder stuk voor stuk behandeld.

1. Disfunctioneren van de werknemer

In eerste plaats zal de werkgever moeten constateren dat er sprake is van disfunctioneren van de werknemer. Disfunctioneren wordt ook wel gezien als de ongeschiktheid voor het verrichten van de werkzaamheden. Maar wanneer functioneert een werknemer onvoldoende?

Binnen een bedrijf zijn er verschillende functies te bekleden. Zo heb je binnen een bedrijf vaak receptionistes, secretaresses, administratieve medewerkers, leidinggevenden etc. Deze functies worden niet zomaar lukraak aan iemand gegeven, daarvoor moet de werknemer laten zien dat hij deze functie aankan. Om dat te kunnen beoordelen zal er een functieprofiel opgesteld moeten worden. Ook bij het zoeken van nieuwe werknemers helpt een functieprofiel bij het vinden van de

juiste kandidaat. Het opstellen van zo'n functieprofiel dwingt de werkgever om na te denken over de kennis, vaardigheden en eigenschappen waarover de ideale werknemer of kandidaat moet beschikken. In een functieprofiel kan worden beschreven:[31]

- de taken die bij de functie horen;
- bevoegdheden en verantwoordelijkheden;
- benodigde resultaten;
- de plaats van de functie binnen de organisatie;
- het dienstverband (aantal uren, vast of tijdelijk contract);
- arbeidsvoorwaarden;
- vereiste opleiding;
- minimale werkervaring;
- benodigde competenties;
- persoonskenmerken en gewenste motivatie;
- salarisschaal.

Voor de werkgever is het belangrijk dat er een functieprofiel aanwezig is bij de beoordeling van de ontbinding door de kantonrechter. Indien er geen functieprofiel is kan de werknemer mogelijk aanvoeren dat hij niet wist wat de werkgever precies van hem verwachtte. DRG heeft voor de functies functieprofielen opgesteld. Als voorbeeld is het functieprofiel van een supermarktmanager als bijlage 1 bijgevoegd.

Indien een kandidaat wordt geselecteerd voor de functie en hij deze gaat uitvoeren zal hij aan het functieprofiel moeten voldoen. In het begin zal dit misschien wennen zijn voor de werknemer, maar uiteindelijk zal hij op het niveau moeten gaan presteren als verwacht was bij het toekennen van de functie. Indien dit niet het geval is, is mogelijk sprake van disfunctioneren. De memorie van toelichting geeft twee verschillende soorten disfunctioneren aan:

1. De werknemer verricht zijn taken niet meer naar behoren, heeft onvoldoende vaardigheden en doelstellingen worden niet meer behaald. Kortgezegd voldoet de werknemer niet meer aan de het functieprofiel met de functie-eisen. Andere voorbeelden van disfunctioneren zijn als de werknemer niet vaak het werk op tijd af heeft, veel fouten maakt, werknemer weet het altijd beter of werkt niet nauwkeurig genoeg.
2. Het gedrag/de houding van de werknemer vormt de aanleiding van het ontslag. In dit geval zal het voor de werknemer van tevoren duidelijk moeten zijn geweest wat wel of niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien.[32]

[31] Carriëretijger.nl 'Functieprofiel opstellen', M. van Oosterhout, www.carrieretijger.nl (zoek op functieprofiel opstellen)
[32] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 45 (MvT)

Opgemerkt moet worden dat onkunde en/of onmacht de reden is van het disfunctioneren. De werknemer heeft bijvoorbeeld de kwaliteiten niet om naar het functieprofiel zijn werkzaamheden te verrichten. Indien het disfunctioneren voortkomt uit onwil of moedwil, is er sprake van ontslag op basis van de e-grond, verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Het disfunctioneren mag geen gevolg zijn van ziekte of gebrek van de werknemer. Indien een werknemer minder presteert wegens ziekte of gebrek, bijvoorbeeld bij een werknemer die zijn werkzaamheden minder goed uitvoert omdat hij in die periode een chemokuur ondergaat, kan deze werknemer niet ontslagen worden op grond van disfunctioneren.[33]

Bij DRG wordt er onderscheid gemaakt tussen uitvoerende functies (functies in de supermarkt als vakkenvuller of kassamedewerker, en kaderfuncties (leidinggevende functies als supermarktmanager of afdelingsmanager). Het opmerken van disfunctioneren in uitvoerende functies wordt gedaan door de leidinggevende van diegene. Deze zal gesprekken voeren om te kijken hoe het functioneren van de werknemer verbeterd kan worden. Dit is soms ook in bijzijn met de verkoopleider en/of HR-functionaris. Vaak bieden deze gesprekken voldoende input om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Voor de kaderfuncties ligt dit anders. Hiervoor wordt de zogeheten vlootschouw ingezet. In november wordt door middel van de vlootschouw een overzicht gemaakt over de ontwikkeling van een werknemer. Werknemers worden in de vlootschouw beoordeeld op prestatie, potentie en inzetbaarheid. Na het invullen van een vlootschouw wordt duidelijk welke kaderleden begeleiding nodig hebben. De uitkomst van de vlootschouw geeft een beeld over het functioneren van het kaderlid, welke de basis vormt voor de beoordelingsgesprekken. Indien een werknemer of een kaderlid niet functioneert naar behoren in zijn functie, wordt dit tijdens het beoordelingsgesprek duidelijk gemaakt en wordt er gekeken naar hoe het functioneren van de werknemer of het kaderlid verbeterd kan worden.

2. *Herplaatsen andere functie*

Indien de werkgever vindt dat de werknemer disfunctioneert, zal hij na moeten gaan of er eventueel een andere mogelijke functie in de organisatie beschikbaar is voor de werknemer. Art. 9 van de Ontslagregeling geeft uitleg aan het begrip herplaatsing. Lid 1 van dit artikel geeft aan welke arbeidsplaatsen betrokken moeten worden bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie is. Hierbij moet gekeken worden naar de vacatures die uitstaan of binnen een redelijke termijn zullen worden geplaatst. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een concern, wordt bij de beoordeling van herplaatsing ook gekeken naar de functies buiten desbetreffende onderneming maar binnen het concern.

[33] 'De WWZ en disfunctioneren', Z. Even, 15 september 2016, www.avdr.nl (zoek op WWZ en disfunctioneren)

Tevens wordt er gekeken of er 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 op deze arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht gedurende ten hoogste 26 weken, komen deze arbeidsplaatsen ook in aanmerking voor herplaatsing van de disfunctionerende werknemer. Dit kan dus als gevolg hebben dat de genoemde werknemers of uitzendkrachten plaats moeten maken voor de disfunctionerende werknemer.

Wanneer een functie als passend wordt beschouwd voor de disfunctionerende werknemer, wordt uitgelegd in lid 3 van voornoemd artikel. Lid 3 stelt dat er sprake is van een passende functie indien deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Uit de toelichting op lid 3 blijkt dat er ook sprake kan zijn van een passende functie indien de werknemer via scholing binnen een redelijke termijn geschikt kan worden voor de functie. Overigens is de werkgever niet verplicht de werknemer scholing te bieden in het geval er geen uitzicht is op herplaatsing. Een disfunctionerende werknemer kan zijn huidige functieniveau niet aan. Het ligt in zo'n situatie in de rede om voor de disfunctionerende werknemer een passende functie te vinden die onder het functieniveau ligt van zijn huidige functie.[34]

DRG is een grote organisatie. Dat wekt de indruk dat er veel functies zijn waar een disfunctionerende werknemer in herplaatst zou kunnen worden. Toch is dit niet zo. Binnen de supermarktformule zijn er maar een paar functies te vervullen, namelijk (assistent-)supermarktmanager, leidinggevende, slager, bakker, winkel en kassa. Indien een leidinggevende in filiaal A het niet in zich heeft om een team aan te sturen, zal dat bij filiaal B niet anders zijn. Wel wordt er in zo'n situatie gekeken of er een mogelijkheid is voor de leidinggevende om in een functie te worden herplaatst waarbij hij een kleinere span of control heeft. Dit kan een functie op een kleiner filiaal of op een kleinere afdeling zijn. DRG kent twee supermarktformules, Dirk van den Broek en DekaMarkt, hierna Dirk en Deka genoemd. Eén van de HR-functionarissen binnen Deka, mevrouw Bouwens heeft aangegeven dat er op dit moment ook steeds meer geprobeerd wordt om tussen Deka en Dirk te kijken voor herplaatsingsmogelijkheden. Dit is op dit moment nog in een beginstadium. Naast de twee supermarktformules, kent DRG ook andere bedrijfsonderdelen, waaronder Detailresult Productie Personeel B.V. (bakkerijen en slagerij) en Detailresult Logistiek Personeel B.V. (distributiecentra en transport). Overkoepeld kan worden gekeken of er herplaatsingsmogelijkheden zijn. Een voorbeeld uit de praktijk dat door mevrouw Bouwens werd aangehaald betrof een kaderlid die

[34] *Staatscourant* 2015, 12685

onvoldoende functioneerde in zijn huidige functie binnen Deka en die succesvol is herplaatst in de functie van vrachtwagenchauffeur bij Detailresult Logistiek B.V.

3. Tijdig in kennis stellen

Indien de werkgever van mening is dat de werknemer onvoldoende functioneert, zal hij de werknemer hierop moeten aanspreken. Vaak wordt dit besproken in functioneringsgesprekken. Het is belangrijk dat er verslagen opgesteld worden naar aanleiding van deze gesprekken en ondertekend wordt door beide partijen. Zo kan de werkgever aantonen bij de kantonrechter dat hij de werknemer gewezen heeft op het feit dat hij onvoldoende functioneert. Tijdens deze gesprekken moet duidelijk naar voren komen wat het functieprofiel is en op welke punten binnen dat functieprofiel de werknemer niet voldoende presteert. Ook is het belangrijk dat deze functioneringsgesprekken met regelmaat gebeuren en eventueel direct bij een incident. De memorie van toelichting geeft aan dat het voor de werknemer geen verrassing mag zijn dat hij ontslagen wordt op grond van disfunctioneren:

> *"Ook hier geldt echter dat de kantonrechter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan als het duidelijk is dat een werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, of zelf ook blaam treft. Dat is bijvoorbeeld het geval als een werknemer van de ene op de andere dag te horen krijgt dat hij zal worden ontslagen wegens onvoldoende functioneren terwijl hij daar nooit eerder op is aangesproken of de werkgever zich niet in voldoende mate heeft ingespannen om hierin verbetering aan te brengen."*[35]

Tevens zal alleen interne notities over het ondermaats presteren van de werknemer ook niet voldoende zijn. De werknemer zal meerdere keren op zijn tekortkomingen gewezen moeten worden. De werkgever is uiteindelijk degene die beoordeelt of een werknemer nog voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld.[36] Hoe het woord 'tijdig' door de kantonrechter wordt geïnterpreteerd zal blijken uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek, welke later in dit onderzoeksrapport zal worden weergegeven.

Zoals hiervoor omschreven geeft DRG tijdens de beoordelingsgesprekken aan dat er sprake is van disfunctioneren en wordt vervolgens het verbetertraject gestart. Hiermee voldoet DRG aan de vereiste om de werknemer tijdig in kennis te stellen.

[35] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 45 (MvT)
[36] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 44-45 (MvT)

4. Verbetertraject

De volgende vereiste is dat de werkgever de werknemer de gelegenheid geeft om zijn functioneren te verbeteren. Deze eis staat in verband met de vorige. Pas vanaf het moment dat de werknemer op de hoogte is dat hij ondermaats presteert, kan er een verbetertraject gestart worden.

De werkgever zal inspanning moeten verrichten tot het opstellen van een verbeterplan met de werknemer. Aan de hand van concrete voorbeelden kan in het verbeterplan op een inzichtelijke wijze toegelicht worden waar het bij het functioneren van de werknemer precies 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. In zo'n plan van aanpak zullen de tekortkomingen van de werknemer worden beschreven.[37] Er kunnen concrete doelstellingen worden gemaakt welke kunnen worden opgesteld met toepassing van de SMART-methode. Zo moeten doelstellingen specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdgevoelig zijn. Vervolgens zullen er termijnen worden afgesproken waarin de werknemer zich op bepaalde punten moet gaan verbeteren en zullen er evaluatiegesprekken plaatsvinden. Tevens zal de begeleiding die de werkgever aanbiedt door middel van bijvoorbeeld coaching, training of scholing moeten worden besproken en vastgelegd worden. Het is belangrijk dat de werkgever vermeldt dat indien het verbetertraject niet het gewenste resultaat levert, de arbeidsovereenkomst beëindigd zal worden. Indien alles schriftelijk in een plan van aanpak is vastgelegd, zal deze ondertekend moeten worden door werknemer en werkgever en zal het verbetertraject gaan starten. De wet geeft verder geen eisen aan het verbetertraject, het zal dus uit de jurisprudentie moeten blijken hoe de kantonrechters oordelen over bijvoorbeeld de inspanningen van de werkgever of hoelang een verbetertraject dient te duren wil er voldoende mogelijkheid tot verbetering van functioneren zijn aangeboden.

Tijdens het beoordelingsgesprek waarbij de werknemer te horen krijgt dat hij disfunctioneert, wordt er door DRG gelijk een verbetertraject aangegaan. De verwachtingen vanuit DRG worden genoemd en de punten waarop de werknemer disfunctioneert worden met elkaar besproken. Er worden vervolgens drie competenties uitgekozen waarin de werknemer zich moet verbeteren. Tevens wordt de lengte van dit traject genoemd, waarbij gedacht kan worden aan bijvoorbeeld 6, 12 of 18 maanden. Na dit eerste gesprek is het aan de werknemer om een persoonlijk ontwikkelplan op te stellen met antwoorden op de vragen als welke doelstellingen hij heeft en wat hij van DRG nodig heeft om zijn functioneren op het behorende niveau te krijgen. Vervolgens wordt dit ontwikkelingsplan besproken en eventueel aangepast. Daarna wordt er, zoals afgesproken, om de 3 á 4 weken om de tafel gezeten voor een evaluatiegesprek. Alle stappen binnen het proces van ontwikkeling/verbetering worden schriftelijk bevestigd aan de werknemer. Middels brieven worden de gesprekken samengevat aan de werknemer ter beschikking gesteld.

[37] TAP 2017/68

Op dit moment laat DRG deze brieven niet ondertekenen door de werknemer maar zet aan het einde van de brief dat indien de werknemer het ergens niet mee eens is in de brief, hij dit kenbaar kan maken.

5. Scholing/arbeidsomstandigheden

De toets op gebrekkige arbeidsomstandigheden was al voor de invoering van de Wwz aan het UWV toevertrouwd. Van een werknemer die moet werken met onveilige arbeidsomstandigheden kan het voorkomen dat hij bepaalde doelstellingen niet kan halen, welke wel gehaald zouden kunnen worden indien er sprake zou zijn van veilige arbeidsomstandigheden. In dat geval kan de werknemer niet ontslagen worden op grond van disfunctioneren. Disfunctioneren ligt in dat geval niet ten grondslag van het niet behalen van de doelstellingen.

De toets op scholing kan in samenhang gelezen worden met art. 7:611a BW, waarin de werknemer het recht heeft op scholing zover dit noodzakelijk is voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst. In de memorie van toelichting van de Wwz heeft de wetgever gezegd:

> *"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."*[38]

Hieruit is dus op te maken dat de werkgever scholing moet bieden aan de werknemer indien dit nodig is voor zijn functie. Dit kan in de vorm van trainingen, cursussen en/of coaching.

DRG biedt twee keer per kalenderjaar de mogelijkheid aan tot scholing. In het voorjaar en najaar worden er door een extern bureau trainingen gegeven in bepaalde competenties. Tijdens het verbetertraject wordt er gekeken of de disfunctionerende werknemer ingeschreven kan worden voor één of meerdere trainingen. Hiermee biedt DRG de mogelijkheid tot scholing aan.

2.3.3 Tussenconclusie

Er zijn vijf voorwaarden waaraan voldaan moet worden, wil de ontbinding wegens disfunctioneren toegewezen kunnen worden. Er moet aangetoond worden dat er sprake is van disfunctioneren, dat de werknemer tijdig in kennis is gesteld, dat de werkgever aan de werknemer voldoende gelegenheid gegeven heeft tot verbetering van zijn functioneren, dat de werkgever voldoende zorg aan scholing en/of arbeidsomstandigheden heeft besteed en er geen mogelijkheid is tot herplaatsing binnen de organisatie. Om vast te stellen dat er sprake is van disfunctioneren is het belangrijk dat er een functieprofiel aanwezig is. Aan de hand daarvan kan de werkgever aangeven wat de verwachtingen zijn en op welke gronden de werknemer onvoldoende functioneert. Deze gronden moeten wel in een lijn staan met de doelstellingen en verwachtingen

[38] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 45 (MvT)

vanuit het functieprofiel. Vervolgens zal de werkgever aan de werknemer moeten mededelen dat er sprake is van disfunctioneren. Aangezien de werkgever inspanningen moet verrichten tot het verbeteren van het functioneren, kan bij de mededeling over disfunctioneren ook gelijk afspraken gemaakt worden over een verbetertraject. De werkgever moet in zo'n verbetertraject aangeven welke verwachtingen hij heeft, welke doelen er behaald moeten worden, in welk opzicht er gedisfunctioneerd wordt en termijnen afspreken. Tevens het bieden van begeleiding door middel van coaching/evaluatiegesprekken komt de werkgever ten goede in het aantonen dat de werkgever genoeg gelegenheid heeft gegeven tot verbetering. Indien het mogelijk is zal de werkgever scholing kunnen aanbieden waardoor de werknemer zich kan verbeteren. Ook het helpen zoeken naar herplaatsingsmogelijkheid of het niet in de rede liggen van deze herplaatsingsmogelijkheid zal de werkgever aan moeten tonen, bijvoorbeeld omdat er geen vacatures zijn.

2.4 Dossieropbouw

2.4.1 Inleiding

Onder paragraaf 2.3 zijn de vijf vereisten voor het aantonen van disfunctioneren besproken. Indien de werkgever besluit om een verzoek tot ontbinding wegens disfunctioneren bij de kantonrechter in te dienen, zal hij de kantonrechter ervan moeten overtuigen dat er sprake is van alle vijf de vereisten. Onder paragraaf 2.6 wordt deelvraag 4 beantwoord:

> *Hoe moet, blijkens literatuur, een ontslagdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd?*

Om dit te kunnen beantwoorden zal er eerst onderzocht worden wat het bewijsrecht inhoudt en of deze van toepassing is op ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Tevens zal er gekeken worden hoe de werkgever een ontslagdossier kan opbouwen zodat hij aannemelijk kan maken bij de kantonrechter dat aan de voorwaarden voor disfunctioneren is voldaan.

2.4.2 Aannemelijk maken of hard bewijs?

Volgens art. 284 lid Rv zijn de bewijsregels van de dagvaardingsprocedure tevens van toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard zich hiertegen verzet. Al voor de invoering van de Wwz werd er, vanwege de snelheid van een ontbindingsprocedure, uitgegaan van een 'nee, tenzij'-principe. Hierdoor was in principe het bewijsrecht niet van toepassing op de ontbindingsverzoeken. Dat het bewijsrecht niet van toepassing was, betekende ook dat partijen hun stellingen niet meer hoefde te bewijzen, maar hun argumenten aannemelijk moesten maken. Voor de Wwz werd disfunctioneren beoordeeld aan de hand van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Deze Beleidsregels stelde ook dat de werkgever het disfunctioneren aannemelijk moest maken voor een geldig ontslag op de d-grond. Hoewel de

Beleidsregels alleen golden voor het UWV, werd daaraan door kantonrechters vaak reflexwerking toegekend.[39] Uit de memorie van toelichting van de Wwz blijkt dat de wetgever met het nieuwe ontslagrecht geen wijzigingen had beoogd ten opzichte van de bewijsvoering.[40] Het 'nee, tenzij'-principe kon blijven zoals het was.

Echter, de jurisprudentie laat sinds de invoering van de Wwz niet meer dezelfde uitkomsten zien met betrekking tot de vraag of disfunctioneren aannemelijk gemaakt moet worden, of dat er (harde) bewijzen nodig zijn bij ontbindingsverzoeken. Het Gerechtshof Leeuwarden[41] oordeelde in 2016:

> *"Het ligt op de weg van de werkgever om aannemelijk te maken dat sprake is van disfunctioneren. Uit de onder 5.4 bedoelde Beleidsregels met betrekking tot disfunctioneren blijkt, dat bij deze grond geen harde bewijzen vereist zijn. Uit de parlementaire geschiedenis op de Wwz volgt niet dat de wetgever op dit punt heeft willen afwijken."*

Deze lijn wordt door veel rechters gevolgd. Echter, later in het jaar oordeelde de kantonrechter te Alkmaar[42] met betrekking tot het aannemelijk maken of bewijzen voeren het volgende:

> *"Daar waar bij 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 kantonrechter beredeneerde zijn stelling door te zeggen dat de Beleidsregels een bestuurlijke grondslag en een bestuurlijk karakter hebben, daar zij golden voor het UWV (een bestuurlijke instantie).

> *"De kantonrechter ziet niet in waarom hij in deze civielrechtelijke procedure bij de toepassing van het bewijsrecht en bij de feitenvaststelling aansluiting zou moeten zoeken bij beleidsregels met een bestuursrechtelijk karakter."*

Hoe deze beoordeling in verdere jurisprudentie zal uitpakken moet worden bezien. In ieder geval is hieruit te concluderen dat het verstandig is voor de werkgever is om ervoor te zorgen dat bij een ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren een sterk dossier opgebouwd is met harde bewijzen. Zo wordt de kans op afwijzing kleiner.

---

[39] 'Disfunctioneren: wie stelt moet bewijzen?' M. van Winden-Spaans, 5 december 2016, www.akd.nl (zoek op disfunctioneren: wie stel moet bewijzen)
[40] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 38 (MvT)
[41] Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761
[42] Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420

2.4.3 Personeelsdossier

De werkgever is verplicht om een personeelsdossiers aan te leggen van zijn werknemers. Hierin verwerken werkgevers veel persoonsgegevens van werknemers. Vanwege de privacy-gevoeligheid geeft de Wet bescherming personeelsgegevens (Wbp) voorwaarden voor het aanleggen van een personeelsdossier: [43]

- werkgevers hebben de verantwoordelijkheid voor de juistheid en nauwkeurigheid van de gegevens in het personeelsdossier;
- werkgevers mogen niet meer gegevens vastleggen dan nodig is, en de gegevens moeten ter zake doen;
- werkgevers moeten de werknemers informeren over waarom zij gegevens verzamelen;
- werkgevers moeten de persoonsgegevens beveiligen, zodat ze niet verloren raken of in verkeerde handen terechtkomen;
- werkgevers mogen de persoonsgegevens niet langer bewaren dan noodzakelijker is. Een richtlijn hiervoor is, indien er geen sprake is van wettelijke bewaarplicht, een bewaartermijn van 2 jaar nadat de werknemer uit dienst is[44];
- werkgevers moeten werknemers de mogelijkheid bieden hun personeelsdossier in te zien en eventueel corrigeren.

Bij het aannemen van een nieuwe werknemer zal er direct een personeelsdossier moeten worden aangemaakt. Er zijn geen wettelijke vereisten voor welke inhoud in het personeelsdossier moet worden opgenomen, maar er zijn wel een aantal dingen verboden. Zo mogen gegevens over geloofsovertuiging, ras, seksuele geaardheid, politieke gezindheid, lidmaatschap van een vakvereniging, medische informatie, strafrechtelijke gegevens en gegevens over onrechtmatig of hinderlijk gedrag waarvoor een verbod is opgelegd, niet worden opgenomen in het dossier.[45] De gegevens die wel opgenomen mogen worden is verder vrij, mits het noodzakelijk is voor het doel waarvoor het personeelsdossier is ingesteld. In art. 7 van het Vrijstellingsbesluit Wbp staan een aantal mogelijke doelen en subdoelen van een personeelsdossier opgesomd. Voorbeelden van wat wel in een personeelsdossier hoort is een personeelskaart, bijna alles wat met de sollicitatie te maken heeft, de arbeidsovereenkomst, de vergoedingen, roosters bij ploegendiensten, pensioengegevens, promotie, auto van de zaak, verlofgegevens, , opleidingen.[46] Met betrekking tot disfunctioneren ook gespreksverslagen van bijvoorbeeld functioneringsgesprekken of een plan van aanpak voor een verbetertraject.

---

[43] 'Personeelsdossiers', Autoriteit Persoonsgegevens, 20 juni 2017, www.autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op personeelsdossier)
[44] 'Bewaren van persoonsgegevens', Autoriteit Persoonsgegevens, 20 juni 2017, www.autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op bewaren van persoonsgegevens)
[45] Linnemann & Sauerwein 2002, p. 47
[46] 'Personeelsdossier', HR-kiosk, 6 juni 2017, www.hr-kiosk.nl (zoek op personeelsdossier)

2.4.4 Dossieropbouw bij disfunctioneren

Zoals hierboven genoemd is, wordt er in de jurisprudentie strenger gekeken naar de bewijsstukken die geleverd worden bij een aanvraag tot ontbinding. Er zal aannemelijk moeten worden gemaakt/bewezen moeten worden dat er aan de vereisten voor disfunctioneren is voldaan. Hierbij gaat het erom dat:

1. er sprake is van disfunctioneren;
2. herplaatsingsmogelijkheden onderzocht zijn;
3. de werknemer tijdig op de hoogte is gesteld van zijn disfunctioneren;
4. de werknemer gelegenheid heeft gekregen zijn functioneren te verbeteren;
5. er voldoende zorg is gegeven aan scholing en arbeidsomstandigheden.

Indien de werkgever wil aantonen dat er sprake is van disfunctioneren zal hij een goed opgebouwd dossier moeten kunnen overleggen aan de kantonrechter. Indien de kantonrechter bepaalt dat het dossier onvoldoende is, zal hij de ontbinding afwijzen. Het is dus belangrijk dat de werkgever alles goed schriftelijk bijhoudt en vroeg begint met het opbouwen van een ontslagdossier. Hieronder wordt toegelicht hoe de werkgever in een dossier kan aantonen dat er sprake is van disfunctioneren.

2.4.4.1 Functioneringsgesprekken

Om aan de eerste en derde vereiste voor disfunctioneren te voldoen zal de werkgever functioneringsgesprekken en beoordelingsgesprekken met de werknemer moeten voeren. Ook als er geen sprake is van disfunctioneren zal de werkgever deze gesprekken moeten voeren. Door deze gesprekken te voeren en te documenteren, kan er tijdens eventueel disfunctioneren ook worden aangetoond hoe het ging voordat de werknemer het niet meer lukte om aan de verwachtingen te voldoen. Tijdens deze gesprekken kunnen de werkgever en de werknemer met elkaar over onder andere het functioneren van de werknemer praten. De werkgever geeft aan wat de werknemer vanuit zijn visie goed en misschien minder goed doet. Ook is er plaats voor de werknemer om te vertellen hoe hij het vindt gaan en of er bijvoorbeeld knelpunten zijn waar hij tegenaan loopt.

In het geval van disfunctioneren is het belangrijk dat de werkgever dit ook meldt aan de werknemer tijdens een functioneringsgesprek. Het af en toe wijzen op handelingen die niet goed gaan of wanneer targets niet behaald worden, kan niet bewezen worden tegenover de kantonrechter indien dat niet schriftelijk vastgelegd wordt. Het is dus belangrijk dat dit in een functioneringsgesprek verteld wordt met eventueel een brief erbij met uitleg. De werkgever zal moeten uitleggen wat de verwachtingen zijn en hoe ze daar samen aan kunnen werken. Wat vervolgens het allerbelangrijkst is, is dat de werkgever een gespreksverslag maakt van het functioneringsgesprek en deze zelf, maar ook door de werknemer laat ondertekenen. Met deze

gespreksverslagen wordt de rode draad van het functioneren van de werknemer gevolgd. Naar aanleiding van deze verslagen kan ook worden gekeken waar het misschien mis ging en kan er worden besproken hoe een oplossing eruit kan zien. Een werknemer is echter niet verplicht om een gespreksverslag te ondertekenen. Het is verstandig om altijd na een functioneringsgesprek een gespreksverslag op te stellen en aan de werknemer te vragen om hem te bevestigen dat dit verslag een correcte weergave is van het gesprek. Werknemers kunnen weleens huiverig zijn met het ondertekenen van dit soort gespreksverslagen of het gewoonweg niet eens zijn met het onvoldoende functioneren. Indien de werknemer besluit om het gespreksverslag niet te ondertekenen, is het in ieder geval belangrijk dat de werkgever aan kan tonen dat de werknemer wel inzage in het gespreksverslag heeft gehad. Het is dus verstandig om deze per post of per mail naar de werknemer toe te sturen en dit op te nemen in het ontslagdossier.
Door het benoemen van de verwachtingen en doelen vanuit het functieprofiel en daarop geregeld te reflecteren over hoe de werknemer functioneert, kan aangetoond worden dat er op een gegeven moment sprake is van disfunctioneren (vereiste 1). Door alle functioneringsgesprekken te documenteren en te laten ondertekenen van kan worden aangetoond dat de werknemer tijdig op de hoogte is gebracht van zijn disfunctioneren (vereiste 3).

2.4.4.2 Verbetertraject

Op het moment dat de werknemer duidelijk in kennis is gesteld van zijn disfunctioneren, zal de werkgever hem de gelegenheid moeten geven om zich te verbeteren (vereiste 4). Dit is een vaag vereiste. Het lijkt alsof de werkgever de werknemer in ieder geval tijd moet geven na het bekend maken van het disfunctioneren, om zich te verbeteren. Maar is tijd geven voldoende?

De wetgever heeft gesteld bij de totstandkoming van de Wwz met betrekking tot de gelegenheid tot verbetering het volgende:

> *"(…) of de werkgever zich niet in voldoende mate heeft ingespannen om hierin verbetering aan te brengen."*

De werkgever zal dus inspanningen moeten leveren om ervoor te zorgen dat de werknemer alle ruimte heeft gekregen om zijn functioneren te verbeteren.

Om aannemelijk te maken bij de kantonrechter dat er voldoende inspanningen zijn geleverd door de werkgever, is het documenteren van alle stappen ontzettend belangrijk. Tijdens het eerste gesprek waarbij het disfunctioneren wordt benoemd, kan gelijk het onderwerp verbetertraject aangekaart worden. Het is belangrijk dat er een duidelijk inzicht ontstaat over het functieprofiel van de werknemer, wat de verwachtingen daarbij zijn en welke aandachtspunten er zijn bij de werknemer. Ook dit moet allemaal in een gespreksverslag opgenomen worden. Vervolgens is het belangrijk dat er een plan van aanpak wordt gemaakt. Ook deze zal weer schriftelijk vastgelegd worden met handtekeningen van beide partijen. Alle evaluatiegesprekken zullen vastgelegd moeten worden in gespreksverslagen. Indien er sprake is van coaching of andere begeleiding zal

de begeleider ook gespreksverslagen moeten opmaken en beoordelingsformulieren moeten invullen. Alles wat kan, zal schriftelijk moeten worden aangetoond. Met vele schriftelijke verslagen en beoordelingen zal de werkgever meer kans hebben op het aannemelijk maken dat hij zich ingespannen heeft in de verbetering van de werknemer (vereiste 4).

2.4.4.3 Scholing/herplaatsing

Om aan te tonen dat de werknemer niet disfunctioneert vanwege dat er geen scholing is aangeboden door de werkgever, kan tijdens het verbetertraject cursussen en/of trainingen worden aangeboden. Zo laat de werkgever zien dat hij inspanningen verricht tot de verbetering van het functioneren van de werknemer en dat er mogelijkheid tot scholing gegeven is (vereiste 5). Wel moet het aantoonbaar zijn dat de werkgever dit heeft voorgesteld. De aanbieding voor cursussen en/of trainingen kunnen het beste opgenomen worden in de gespreksverslagen of per brief worden voorgesteld.

Het herplaatsen in een andere functie is wat ingewikkelder. Er moet aannemelijk worden gemaakt dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt (vereiste 2). Indien er vacatures open staan bij de werkgever, is het noodzakelijk dat in het verzoekschrift wordt beschreven waarom de werknemer niet zou passen in deze functie. Het niet in de rede liggen van herplaatsing zal bijvoorbeeld zo kunnen zijn op het moment de vertrouwensband is geschaad en van de werkgever niet kan worden verwacht dat de arbeidsovereenkomst langer in stand blijft. Dit zal de werkgever wel moeten onderbouwen. Een andere uitleg zou kunnen zijn dat in het ontwikkeltraject is gebleken dat de werknemer niet in voldoende mate beschikt over de competenties die van belang zijn in diverse vacatures, of dat de benodigde opleiding niet in afzienbare tijd kan worden gevolgd waardoor de vacaturen niet als passend te beoordelen zijn.

2.4.5 Tussenconclusie

De werkgever moet aannemelijk maken bij de kantonrechter dat er voldaan is aan de voorwaarden voor disfunctioneren. Hiervoor is het belangrijk dat de werkgever alle stappen welke worden gezet binnen het verbetertraject schriftelijk bijhoudt. Zeker omdat het functioneren over een langere tijd beoordeeld moet worden is het belangrijk dat alles goed wordt gedocumenteerd en, daar waar kan, ondertekend wordt met de handtekeningen van zowel de werkgever als werknemer.

HOOFDSTUK 3: RESULTATEN

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 wordt deelvraag 5 beantwoord:

> *Hoe oordeelt de kantonrechter over de invulling van de wettelijke vereisten voor disfunctioneren?*

Om deze deelvraag te beantwoorden zijn dertig jurisprudentiezaken geanalyseerd. Zoals hiervoor geschreven is, is de ontbinding wegens disfunctioneren een moeilijke grond geworden om aan te tonen. In de dertig jurisprudentiezaken is onderscheid gemaakt tussen vijftien afgewezen en vijftien toegewezen ontbindingen. Door dit onderscheid te maken is zowel geanalyseerd wanneer de kantonrechter bepaalt dat er voldoende is voldaan aan een vereiste voor disfunctioneren, alsook in welke situaties de kantonrechter beslist dat er niet aan een of meerdere voorwaarde(n) is voldaan. In Bijlage 2 is een schema opgenomen waaruit blijkt welke dertig jurisprudentiezaken geanalyseerd zijn en wat de kantonrechter oordeelde op vereisten voor disfunctioneren. Door deze zaken tegen elkaar af te zetten is er een beeld gevormd over hoe de kantonrechter invulling geeft aan de vereisten uit art. 7:699 lid 1 en lid 3 BW. Hieronder wordt per vereiste aangegeven hoe de kantonrechter hierover geoordeeld heeft in verschillende zaken.

3.2 Disfunctioneren

Zoals beschreven in paragraaf 2.3.2 moet de werknemer zijn werkzaamheden behorend bij zijn functie onvoldoende uitvoeren. Dit wordt ook door de kantonrechter te Almere[47] bekrachtigd:

> *"De kantonrechter overweegt dat bij het hier bedoelde disfunctioneren moet gaan om het op een onjuiste wijze vervullen van taken en/of onvoldoende mate voldoen aan de functie-eisen."*

Bij een uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam[48] lag de nadruk op de vraag of de werknemer disfunctioneerde. In de hiervoor genoemde zaak was het naar aanleiding van het verlengen van meerdere tijdelijke contracten duidelijk dat werknemer functioneerde naar behoren. Hoewel er niks veranderde aan de functieomschrijving en ook niks veranderde aan de uitvoering van de werkzaamheden van de werknemer, veranderde wel de invulling die de werkgever zag bij deze functie-eisen. Hierdoor bleek de werknemer opeens niet meer te voldoen aan de competenties. Niet was duidelijk of deze verandering van invulling gebaseerd was op het gehele personeelsbeleid. Om deze reden werd ervan uitgegaan dat de werkgever subjectieve veranderingen wilde zien. De tijd en moeite die in het ongebruikelijk lange verbetertraject gestopt

[47] Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577
[48] Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602

waren door werkgever en werknemer waren vooral gezien op het veranderen van de persoon van de werknemer. Hieruit volgde dat de werknemer niet disfunctioneerde in zijn functie, maar dat de werkgever de persoon van werknemer wilde veranderen. De ontbinding is hierbij afgewezen.

De kantonrechter te Alkmaar[49] ging mee in deze uitsprak. Er werd gesteld:

> *"Ook in de onderhavige zaak is sprake van een ongebruikelijk lange duur waarin het functioneren van [verweerster] (lees: werknemer) ter discussie stond, waarbij onvoldoende duidelijk is geworden of de gestelde doelen samenvallen met functie-eisen. Het functioneringstraject lijkt vooral gericht op verandering van karaktereigenschappen van [verweerster] (lees: werknemer). Geen van de door Odion gestelde klachten is zodanig ernstig dat deze op zichzelf het oordeel van ongeschiktheid van [verweerster] (lees: werknemer) voor de functie van basismedewerker rechtvaardigen, (…)"*

Tevens heeft de kantonrechter te Roermond[50] en de kantonrechter te Leeuwaren[51] zich uitgesproken over het feit dat het disfunctioneren op het overgrote deel van het takenpakket moet beslaan. De kantonrechter te Roermond oordeelde:

> *"Daarnaast hebben de in het verbeterplan genoemde punten, (…), slechts betrekking op een deel van de werkzaamheden van [werknemer] en wordt onvoldoende aannemelijk gemaakt door [werkgever] dat er een substantieel deel van de uitvoering door [werknemer] van zijn functie onder de maat was."*

De kantonrechter te Leeuwarden constateerde:

> *"De administratieve werkzaamheden die [verweerder] (lees: werknemer) 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."*

Beiden uitspraken werden, mede gelet op het feit dat het disfunctioneren maar op een klein gedeelte van de werkzaamheden besloeg, afgewezen.

Tussenconclusie

Disfunctioneren betekent dat de werknemer niet kan voldoen aan zijn functievereisten, volgend uit zijn functieprofiel. Het is belangrijk dat dit voortkomt uit bijvoorbeeld onkunde. De werknemer

[49] Rechtbank Noord-Holland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967
[50] Rechtbank Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044
[51] Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566

moet het niet kunnen of de capaciteiten niet hebben om het uit te kunnen voeren. Het disfunctioneren mag niet betrekking hebben op de persoonlijke eigenschappen van de persoon. Daarnaast moeten de werkzaamheden waarop het disfunctioneren betrekking heeft een (over)groot deel van het gehele takenpakket beslaan.

3.3 Tijdig in kennis gesteld

Het tijdig in kennis stellen van de werknemer staat bijna een op een in verband met het geven van gelegenheid tot verbetering. Indien een verbetertraject is aangegaan welke voldoet aan de vereisten, is ook automatisch voldaan aan het tijdig in kennis stellen van de werknemer. Het belangrijkste is dat werknemer op de hoogte moet worden gebracht van zijn disfunctioneren. Als er dus een verbetertraject wordt aangegaan, wordt verwacht dat de werknemer weet dat hij disfunctioneert.

Wel laat de kantonrechter te Almere[52] zien dat het belangrijk is dat bij het mededelen van het disfunctioneren duidelijk en concreet moet worden vermeld op welke punten werknemer tekortschiet. Het enkel vertellen dat de werkgever 'graag inzicht wil in wat de werknemer op een dag doet en of er nog mogelijkheden zijn om het werk zo aan te passen dat de productiviteit omhoog gaat' wordt niet voldoende gezien als aan de werknemer laten weten dat hij disfunctioneert. In de beoordeling stelt de kantonrechter:

> *"Bovendien blijkt ook uit die aantekeningen niet dat door [werkgever] duidelijk en concreet aan [werknemer] is aangegeven in welk opzicht volgens hen het functioneren van [werknemer] tekortschoot."*

Tevens zal er tijdens het bespreken van het disfunctioneren van de werknemer (en het starten van een verbetertraject) duidelijk moeten blijken dat indien het disfunctioneren niet verbetert, beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft. De kantonrechter te Rotterdam[53] stelt:

> *"Niet gebleken is echter dat Rogam [verweerder] (lees: werknemer) op niet mis te verstane wijze kenbaar heeft gemaakt dat bij het uitblijven van concreet omschreven verbetering of bij het herhaald niet nakomen van afspraken, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou worden nagestreefd, hetgeen naar het oordeel van de kantonrechter wel van Rogam mocht worden verwacht. De enkele opmerking in het verslag dat Rogam genoodzaakt zal zijn "minder plezierige maatregelen te nemen" is onvoldoende."*

Ook de kantonrechter te Almere[54] volgt deze voorwaarde:

[52] Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275
[53] Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411

> *"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."*

Tussenconclusie

Het begrip 'tijdig' wordt niet expliciet uitgelegd in de jurisprudentie. Wel hangt het samen met vereiste 3: 'gelegenheid tot verbetering geven.' Indien aan vereiste 3 is voldaan, is er ook aan vereiste 2: 'tijdig in kennis stellen' voldaan. Wat belangrijk is, is dat het de werknemer duidelijk en concreet wordt gemeld dat er sprake is van disfunctioneren.

3.4 Gelegenheid tot verbetering

Bij de afwijzingen van verzoeken tot ontbinding wordt in de jurisprudentie vaak niet voldaan aan het vereiste dat de werkgever de werknemer gelegenheid tot verbetering moet bieden. Enkel de tijd geven om zich te verbeteren is niet genoeg. De werkgever zal inspanningen moeten verrichten tot het verbeteren van het functioneren van de werknemer.

De kantonrechter te Limburg[55] en de kantonrechter te Overijssel[56] verwijzen in hun rechtsoverwegingen naar de beleidsregels van het UWV met betrekking tot de uitleg van het verbetertraject. De werkgever is verplicht voldoende contact te hebben met de werknemer om verbetering teweeg te brengen in zijn functioneren. De kantonrechter te Overijssel oordeelde:

> *"Dat contact moet gericht zijn op verbetering en mag zich niet beperken tot het enkel registreren of rapporteren van het gesteld tekortschietend functioneren. Concreet betekent dit dat van de werkgever mag worden verwacht dat hij een persoonlijk verbeterplan opstelt, waarin de tekortkomingen en doelstellingen worden beschreven maar ook de termijn die aan de werknemer wordt geboden om zich te verbeteren alsook de wijze van begeleiding."*

Maar wat een verbeterplan inhoudt is nog niet duidelijk. De kantonrechter te Almere[57] heeft uitleg gegeven aan het begrip verbeterplan:

> *"De kantonrechter overweegt in dat kader dat een verbeterplan betrekking dient te hebben op voor de werknemer kenbare tekortkomingen in de uitoefening van zijn functie. Het dient heldere afspraken te bevatten over wat precies van de werknemer*

---

[54] Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275
[55] Rechtbank Limburg 4 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086
[56] Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980
[57] Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275

wordt verwacht. Het opgestelde verbeterplan moet vooral opgevat worden als een allesomvattend voorschrift van de werkgever over de wijze waarop de werknemer zijn werkzaamheden dient uit te voeren. Daar waar die gewenste werkwijze een afwijking is van de eerdere wijze waarop de werknemer gewoonlijk gewend was zijn werkzaamheden te doen, is het aan de werkgever om daarover eerst met de werknemer in gesprek te gaan en daarover duidelijke en wederzijds kenbare afspraken te maken."

Op grond van de verplichting voor de werkgever om inspanningen te verrichten voor het verbeteren van het functioneren zal de werkgever begeleiding moeten bieden. Zo kan er een traject van coaching worden gestart. In de zaak bij de kantonrechter te Leeuwarden[58] heeft de frequente inzet van coaching, plus verslaglegging daarvan, aannemelijk gemaakt dat er geen verbetering kwam in het functioneren van de werkgever. Belangrijk is dat er tussentijds (schriftelijk) geëvalueerd wordt.

Het tussentijds beoordelen komt ook terug uit een zaak van de kantonrechter te Rotterdam[59] :

"Tevens staat vast dat vanaf een zeker moment door de vestigingsdirecteur met [verweerder] wekelijkse gesprekken zijn gehouden. (…) Op basis hiervan kan in ieder geval worden vastgesteld dat er, ten einde [verweerder] zijn functie te kunnen laten uitoefenen, vanuit zowel CVOR als [verweerder] een noodzaak werd gezien om wekelijks gesprekken te houden, alsmede dat in deze gesprekken het functioneren van [verweerder] en de wijze waarop hij zijn functie diende uit te oefenen, werd besproken."

Door het wekelijks bespreken van het disfunctioneren, eventuele verbeteringen, nieuwe doelen op te stellen etc. biedt de werkgever input en inzet om het functioneren van de werknemer te verbeteren.

In een zaak van een kantonrechter te Utrecht[60] heeft de werkgever een goed voorbeeld gegeven over verslaglegging van een verbetertraject. In de brief die de werkgever aan de werknemer heeft toegestuurd stond beschreven welke verwachtingen de werkgever van de werknemer had met betrekking tot het functieprofiel. Er wordt genoemd dat de werknemer op dit moment niet zijn functie uitvoert naar behoren. Er is een Performance Verbeter Plan (PVP) opgesteld door de werkgever. Daarin is te lezen op welke aandachtspunten de werknemer niet voldoende functioneert en hoe dit betrekking heeft tot het functieprofiel. Tevens zijn er concrete doelstellingen opgenomen in de PVP. Benoemd is dat de zes maanden die volgden gezien werden als verbeterperiode. Iedere twee weken zou er overleg plaatsvinden zodat de voortgang

[58] Rechtbank Noord-Nederland 23 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611
[59] Rechtbank Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135
[60] Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610

besproken werd. Halverwege zal er een tussenevaluatie plaatsvinden. Toen er na een half jaar geen verbeteringen te zien waren, heeft de werkgever een nieuwe brief naar aanleiding van de eindevaluatie naar werknemer gestuurd. Hierin werd op een rij gezet wat er tijdens dit gesprek naar voren is gekomen en op welke punten geen/onvoldoende verbetering plaatsgevonden had. Bij deze brief heeft de werkgever de werknemer een PVP 2 gegeven. Hierin stonden de verbeterpunten welke de werknemer nog eenmaal drie maanden lang diende te verbeteren. Na deze drie maanden is er naar aanleiding van het verslag van het beoordelingsgesprek naar voren gekomen dat er geen verbetering is geweest op de verbeterpunten en dus dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de volgende stap was. De werknemer heeft in zijn verweer de argumenten van de werkgever niet voldoende kunnen betwisten. De werkgever had aan alle vereisten voldaan.

In 2016 is er een interessante uitspraak geweest van de kantonrechter te Midden-Nederland[61] met betrekking tot de aanwezigheid van een verbeterplan. In deze zaak had de werkgever enkele gesprekken schriftelijk vastgelegd, waaruit bleek dat de werknemer wist dat hij onvoldoende functioneerde. Echter, er is nooit en concreet en schriftelijk verbeterplan opgesteld. Een jaar na het eerste functioneringsgesprek en functioneringsbrief kwamen werkgever en werknemer overeen om werknemer te herplaatsen in een andere functie, maar ook hier bleek de werknemer onvoldoende te presteren. De werkgever besloot om bij de kantonrechter toestemming tot ontbinding te vragen. Deze kantonrechter heeft in rechtsoverweging 4.7 geoordeeld:

> *"Er is met het voorgaande voldoende vormgegeven aan een verbetertraject. Dat dit verbetertraject door partijen niet als zodanig is benoemd, neemt niet weg dat het wel plaats heeft gevonden. Een dergelijk verbetertraject kan immers ook op een informele wijze plaatsvinden. Het mocht de werknemer in ieder geval duidelijk zijn – door begeleiding bij zijn werkzaamheden als projectcoördinator en door herplaatsing in een andere (eenvoudiger) functie – dat hij in een verbetertraject was geraakt."*

De rechter was dus van mening dat het niet strikt noodzakelijk is dat de werkgever beschikt over een, door beide partijen ondertekend, verbeterplan. Conclusie van deze uitspraak is dus dat een schriftelijk en concreet verbeterplan niet een absolute voorwaarde is tot ontslag wegens disfunctioneren. Wel staat de werkgever steviger in zijn schoenen indien hij kan aantonen dat het disfunctioneren besproken is met werknemer en een plan van aanpak is opgesteld.

De lengte voor een voldoende verbetertraject varieert. In Bijlage 3 is een tabel opgenomen die overzicht geeft met betrekking tot de lengte van beoordeelde verbetertrajecten. Hierin zijn de jurisprudentiezaken opgenomen waarin er gesproken werd over de lengte van het verbetertraject.

[61] Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297

Hieruit kan geconcludeerd worden dat bij toegewezen zaken gevarieerd wordt tussen zes maanden en achttien maanden. Zes maanden kunnen in principe voldoende zijn, indien er frequent begeleiding wordt geboden door de werkgever. Door telkens het traject te verlengen met een X aantal maanden laat de werkgever wel zien dat zij vertrouwen hebben in de verbetering van het functioneren.

Tussenconclusie

Belangrijk bij het geven van gelegenheid tot verbetering door de werkgever aan de werknemer is dat enkel tijd geven niet voldoende is. De werkgever moet echt inspanningen verrichten bij het verbeteren van het functioneren. Er zal een intensief verbetertraject plaats moeten vinden waarin de werkgever ook echt een steentje bijdraagt. Een verbeterplan dient heldere afspraken te bevatten over wat er van de werknemer verwacht wordt. Ook zullen er doelstellingen moeten worden afgesproken en regelmatig worden geëvalueerd. Er zijn verschillende mogelijkheden voor de uitvoering van een plan van aanpak, maar vaak wordt er een coach ingeschakeld. Deze coach houdt tussentijdse gesprekken en noteert dit gespreksverslagen. Door vaak te evalueren met de werknemer en doelstellingen te vernieuwen laat de werkgever zien dat hij input levert in de verbetering van het functioneren van de werknemer.

3.5 Onvoldoende zorg scholing/arbeidsomstandigheden

In geen enkel van de geanalyseerde uitspraken is de onvoldoende zorg voor arbeidsomstandigheden naar voren gebracht. Op deze grond kan op dit moment niet gezegd worden hoe daarover geoordeeld wordt.

Ook scholing wordt niet vaak inhoudelijk besproken. In de meeste gevallen blijkt uit de naar voren gebrachte feiten dat er scholing is aangeboden en of deze scholing wel of niet gevolgd is. De kantonrechter te Utrecht[62] [63] stelt:

> *"Dat het disfunctioneren van [verweerster] het gevolg is van onvoldoende scholing of het gevolg is van ziekte of gebreken, is gesteld noch gebleken."*

en de kantonrechter te Rotterdam[64] voldoet met het oordeel:

> *"Niet gebleken is overigens dat de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg van Era voor de scholing van [verweerder] of voor zijn arbeidsomstandigheden."*

[62] Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296
[63] Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297
[64] Rechtbank Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521

In de zaak van kantonrechter te Overijssel[65] was de werknemer een lange tijd arbeidsongeschikt geweest en heeft tevens voor lange tijd andere werkzaamheden verricht dan voor waar zij voor was aangenomen en betaald kreeg. Het werd tijd dat de werknemer weer in haar eigen functie ging werken. Echter, door de lange afwezigheid op de werkvloer moest haar kennis een update krijgen. De werkgever heeft de werknemer hierbij aangeboden om de verkorte Pabo-opleiding met een duur van 2 jaar te laten volgen. De werknemer heeft dit echter geweigerd. In de zaak bij de kantonrechter te Groningen[66] was een van de verbeterpunten zelfs dat de werknemer scholing moest volgen. De verplichte scholing heeft de werknemer echter nooit gevolgd. In de gevallen dat werknemers de mogelijkheden tot scholing weigeren is het duidelijk dat de werkgever geprobeerd heeft om door middel van scholing het functioneren te verbeteren.

Bij de kantonrechter te Leeuwarden[67] heeft de werkgever voldaan aan het scholingsvereisten door middel van het inzetten van een coach, ook wel een coachingstraject genoemd. In een zaak bij de kantonrechter te Utrecht[68] heeft de werkgever opleidingsbudget beschikbaar gesteld aan de werknemer waarbij de werknemer deze besteed heeft aan coachingstraject. Bij de kantonrechter te Utrecht[69] heeft de werknemer in twee jaar ongeveer 375 uur besteed aan opleidingsuren. Dat de werknemer deze uren zelf in moest vullen neemt niet weg dat de werkgever geen ruimte heeft gegeven om opleidingen te volgen. En bij de kantonrechter te Rotterdam[70] heeft de werkgever een driedelig-scholingsplan uiteengezet bestaande uit training tijdens het werk, een externe opleiding en zelfstudie. In deze vier zaken heeft de kantonrechter bepaald dat de werkgever voldaan heeft aan zijn scholingsplicht.

Tussenconclusie

Slechte arbeidsomstandigheden zijn nog niet ter sprake gekomen sinds de invoering van de Wwz. Scholing komt soms aan bod en kan een oplossing zijn voor het disfunctioneren van een werknemer. Er kunnen cursussen en/of trainingen worden aangeboden voor de werkzaamheden waarop een werknemer onvoldoende functioneert. Toch komt scholing ook vaak niet aan de orde tijdens de beoordeling van het disfunctioneren. De inzet van een coach wordt vaak ook opgevat als scholing. Ook de ruimte geven om een opleiding te volgen is mogelijk om aan deze voorwaarde te voldoen.

[65] Rechtbank Overijssel 18 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4686
[66] Rechtbank Noord-Nederland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493
[67] Rechtbank Noord-Nederland 23 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611
[68] Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296
[69] Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610
[70] Rechtbank Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253

3.6 Herplaatsingsmogelijkheid

Als laatste wordt er beoordeeld of de werkgever voldoende gekeken heeft naar de mogelijkheid om de werknemer te herplaatsen in een andere functie binnen de organisatie.

In de zaak bij de kantonrechter te Groningen[71] heeft de werkgever zoveel als mogelijk gedaan om de werknemer te herplaatsen in een andere functie. Naast het intern proberen te vinden van een functie voor de werknemer, is er ook loopbaancoaching en een outplacementtraject aangeboden. Deze hebben echter niks opgeleverd vanwege verschil van inzicht disfunctioneren. Er waren geen vacatures voor de werknemer beschikbaar, maar de werkgever heeft ook geprobeerd om de werknemer bij een gelieerd bedrijf aan de slag te krijgen, zelfs door aan te bieden om twee jaar garant te staan voor het inkomen van de werknemer. De werknemer heeft dit alles geweigerd en heeft niet betwist dat er geen vacature voor hem is binnen de organisatie. De werkgever heeft hierbij meer dan voldaan aan zijn plicht om herplaatsingsmogelijkheden te onderzoeken. Werkgever is een grote organisatie, waarbij verwacht mag worden dat er een grote kans is dat werknemer ergens anders binnen de organisatie zijn talenten wel kan gebruiken in een andere functie. Dit wordt bevestigd door de kantonrechter te Amsterdam[72]:

> *"Dat neemt niet weg dat zij als belangrijke speler op het gebied van VvE-beheer, met ruim 60 fte aan personeel, geacht moet worden in staat te zijn de kwaliteiten van [verweerder] daar in te zetten waar deze ook voor haar meer rendement geven."*

Dit laatste verzoek werd dan ook afgewezen.

In art. 7:669 lid 1 BW wordt gesproken over de mogelijkheid dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De kantonrechter te Groningen[73] heeft bepaald dat indien er gekeken is naar de mogelijke andere functies en daaruit blijkt dat er op een vergelijkbare functie als de huidige functie van de werknemer een vacatures is, het niet in de rede ligt om deze functie toe te wijzen aan de disfunctionerende werknemer. Aangezien het een vergelijkbare functie is, is het te verwachten dat de werknemer op de nieuwe functie ook niet zal functioneren naar behoren. De kantonrechter te Zwolle[74] stelt ook dat er bij beschadiging van de vertrouwensband tussen werknemer en werkgever, het niet in de rede ligt om de werknemer te herplaatsen in een andere functie.

[71] Rechtbank Noord-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4558
[72] Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602
[73] Rechtbank Noord-Nederland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493
[74] Rechtbank Overijssel 4 mei 2017 ECLI:NL:RBOVE:2017:2006

Tussenconclusie

Er zal moeten worden gekeken of er vacatures zijn waarvoor de disfunctionerende werknemer in aanmerking zou kunnen komen. Meestal zal dit gaan om een lagere functie. In een gelijkwaardige functie zal de werknemer blijven disfunctioneren en een hogere functie is uiteraard niet haalbaar. Een lagere functie wordt niet door veel werknemers geaccepteerd. Toch zal er gekeken moeten worden naar de mogelijkheden. Ook kan er gekeken worden bij andere bedrijfsonderdelen of er plek is voor de werknemer.

HOOFDSTUK 4: CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In de hoofdstukken 2 en 3 zijn antwoorden gegeven op de deelvragen van dit onderzoek. In dit hoofdstuk wordt er antwoord gegeven op de centrale vraag, welke luidt:
Welk advies kan gegeven worden aan HR Arbeidszaken van Detailresult Groep N.V. over de invulling van de wettelijke vereisten voor het opstellen van een ontslagdossier voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren, blijkens literatuur en jurisprudentie?

Door middel van voorgaande hoofdstukken kan er antwoord gegeven worden op bovenstaande centrale vraag. Er zijn vijf voorwaarden waaraan voldaan moet worden, wil een ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren toegewezen kunnen worden. Er moet aangetoond worden dat er sprake is van disfunctioneren, dat de werknemer tijdig in kennis is gesteld, dat de werkgever aan de werknemer voldoende gelegenheid gegeven heeft tot verbetering van zijn functioneren, dat de werkgever voldoende zorg aan scholing en/of arbeidsomstandigheden heeft besteed en er geen mogelijkheid is tot herplaatsing binnen de organisatie. Per voorwaarde staat kort omschreven hoe de kantonrechter invulling geeft aan desbetreffende vereiste en wat DRG kan doen om hieraan te voldoen.

Disfunctioneren

Van belang is dat de werkgever kan aantonen dat er sprake is van disfunctioneren. Daarom zal de werkgever duidelijk moeten maken aan de werknemer aan welke functie-eisen moet worden voldaan. De kantonrechter vindt het belangrijk dat er een functieprofiel aanwezig is van de functie van de werknemer. Aan de hand van een functieprofiel kan gesteld worden dat de werknemer niet functioneert in lijn met de verwachtingen en doelstellingen.

Per functie zal er een duidelijk functieprofiel beschikbaar moeten zijn. Dit functieprofiel zal beschikbaar moeten zijn voor de werknemer zodat hij op de hoogte is van de taken en bevoegdheden van de functie, welke verwachtingen en doelstellingen horen bij de functie en welke competenties nodig zijn. Het functioneren van de werknemer kan dan worden afgewogen tegen het functieprofiel. Indien DRG van mening is dat de werknemer niet (meer) functioneert in lijn met het functieprofiel, zal altijd moeten worden nagegaan of het disfunctioneren niet voortkomt uit ziekte en of het disfunctioneren gelegen ligt in onvoldoende voldoen aan de functie-eisen. Ik raad aan om alle functieprofielen binnen de supermarktketen onder de loep te nemen en aan te passen waar nodig. Zo zijn alle functieprofielen weer up-to-date. De werknemers moeten vervolgens hiervan op de hoogte worden gebracht. Indien er sprake is van disfunctioneren zal DRG voorbeelden moeten verzamelen zodat DRG tijdens het eerste functioneringsgesprek concreet kan aantonen op welke competenties de werknemer tekortschiet.

Tijdig in kennis stellen

Wat 'tijdig' precies inhoudt wordt eigenlijk niet over gesproken in de jurisprudentie. Deze voorwaarde staat in samenhang met het derde vereiste: het geven van tijd en ruimte om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Er zal in ieder geval concreet en duidelijk medegedeeld moeten worden dat de werknemer disfunctioneert en als het functioneren niet verbetert, er een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter zal worden ingediend. Als de werknemer uitgenodigd is voor het eerste gesprek zal concreet en duidelijk benoemd worden dat de werknemer in de ogen van DRG disfunctioneert. Het moet duidelijk worden, onder andere aan de hand van de verzamelde voorbeelden, dat er een verbetering moet komen in het functioneren van de werknemer. Het functieprofiel zal doorgenomen moeten worden zodat het de werknemer duidelijk wordt welke verwachtingen DRG van de werknemer heeft. Belangrijk is dat de werknemer betrokken wordt bij dit gesprek. Daarom zal aan de werknemer ook naar zijn visie op de situatie moeten worden gevraagd. Tevens zal tijdens dit gesprek duidelijk gemeld moeten worden dat er bij geen verbetering, een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter wordt ingediend. Na dit gesprek zal er een gespreksverslag gemaakt moeten worden van het gesprek. Deze dient opgestuurd te worden naar de werknemer met de vraag of de werknemer deze ondertekend voor akkoord (of eventueel voor gezien) weer inlevert bij DRG.

Om aan dit vereiste te voldoen raad ik DRG aan om in het eerste gesprek die wordt gehouden met de disfunctionerende werknemer, duidelijk en concreet te zeggen: "je functioneren in je huidige functie voldoet niet aan de verwachtingen. Op verschillende competenties scoor je lager dan het gewenste niveau.". Het wordt hiermee direct duidelijk voor de werknemer dat hij disfunctioneert. Vervolgens moet in de eerste brief, die naar aanleiding van het eerste gesprek wordt verstuurd, ook duidelijk gesteld worden dat de werknemer disfunctioneert. Hiervoor is in Bijlage 5 het volgende stukje opgenomen:

"Op <eerdere datums aanspreken disfunctioneren> is jouw functioneren besproken. Wij hebben jou toen duidelijk verteld dat je op dit moment ondermaats functioneert. Je bent toen door {ondergetekende / <naam, <functie>} gewezen op diverse ontwikkelpunten ten aanzien van jouw functioneren."

Door deze mededeling mondeling en schriftelijk te doen, is er voldaan aan het vereiste om de werknemer tijdig in kennis te stellen van zijn/haar disfunctioneren.

Gelegenheid tot verbetering geven

Deze voorwaarde is erg belangrijk. Het geven van gelegenheid tot verbetering lijkt alsof er genoeg tijd moet zitten tussen enerzijds het in kennis stellen van het disfunctioneren van de werknemer en anderzijds het indienen van het verzoekschrift tot ontbinding. Dit is echter niet juist. De werkgever zal inspanning moeten leveren tot het verbeteren van het functioneren van de werknemer. Een schriftelijk opstellen van een verbeterplan is de veiligste manier om aan te

kunnen tonen dat de werkgever heeft geprobeerd het functioneren te verbeteren. Dit verbeterplan kan zowel door de werkgever, als de werknemer opgesteld worden. Door het verbeterplan door de werknemer te laten opstellen, wordt de werknemer betrokken bij het proces. Door het verbeterplan op te laten stellen door de werkgever wordt aangetoond dat de werkgever er moeite in gestopt heeft om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Op dit moment wordt dit bij DRG gedaan door de werknemer. Dit wil DRG veranderen zodat DRG zelf een plan van aanpak opstelt. Uiteraard in overleg met de werknemer.

Op deze voorwaarde gaat het in de praktijk bij werkgevers vaak mis. Belangrijk is hierbij dat, om aan deze voorwaarde te voldoen, de werkgever inspanning moet leveren met betrekking tot het verbeteren van het functioneren van de werknemer. Tijdens het functioneringsgesprek waarbij DRG bespreekt dat de werknemer disfunctioneert, zal DRG direct het verbetertraject aan moeten bieden. Deze aanbieding wordt vervolgens ook schriftelijk aangeboden in de eerste brief welke verstuurd zal worden naar de werknemer. Als eerste afspraak zou ik aanraden om na twee weken weer een gesprek plaats te laten vinden waarbij de werknemer van tevoren nadenkt over wat hij nodig heeft om zijn functioneren te verbeteren. DRG zal van tevoren een plan van aanpak opstellen welke zal dienen als een leidraad voor het samen op te stellen plan van aanpak tijdens het gesprek. In het plan van aanpak moeten de verwachtingen van de werkgever en de drie competenties welke de werknemer moet verbeteren, op een rij gezet worden, welke voor de volledigheid teruggekoppeld kunnen worden naar het functieprofiel. Er zullen concrete doelen moeten worden gesteld met een uiterste deadline. In beginsel zou ik kiezen voor doelstellingen voor op korte termijn. Ook wordt er gekeken, besproken en opgenomen of voor de competenties waar de werknemer zich moet ontwikkelen, trainingen worden aangeboden waarvoor de werknemer ingeschreven moet worden. Tevens is het belangrijk dat er tussentijds evaluatiegesprekken plaatsvinden, bijvoorbeeld in het begin elke drie weken. Na vier gesprekken (12 weken verder) zal er een tussentijdse beoordeling plaatsvinden. Dit zal een ruimer gesprek zijn waarin wordt gekeken of de goede koers nog gevolgd wordt of dat er misschien extra middelen ingeschakeld kunnen worden als scholing, trainingen of coaching. Er zal in samenspraak een nieuw plan van aanpak worden opgesteld. Sommige werknemers zullen aan de driewekelijkse evaluatiegesprekken genoeg hebben om zich te verbeteren, sommige werknemers zullen meer dan alleen gesprekken nodig hebben. Mocht de werknemer wel verbeteringen laten zien dan kan er worden afgesproken elke vier weken een evaluatiegesprek met na drie gesprekken een beoordelingsgesprek (12 weken). Mocht de werknemer uiteindelijk de verwachtingen nog niet behalen zou ik nog eenmaal een traject van 12 weken aanbieden met elke drie of vier weken een evaluatiegesprek. In totaal heeft het verbetertraject dan 36 weken geduurd, waarbij DRG veel input heeft gegeven tot verbetering van het functioneren.

Alles wat er gebeurt tijdens dit verbetertraject moet schriftelijk worden vastgelegd en ondertekend worden door zowel DRG als de werknemer. Hiermee kan later worden bewezen dat de werknemer overal van af wist en dat DRG inderdaad input heeft gegeven in het verbetertraject van de werknemer. Dit geldt voor alle evaluatiegesprekken, beoordelingsgesprekken, aanbiedingen tot scholing/coaching etc.

Zorg voor scholing en/of arbeidsomstandigheden

Om te voldoen aan de scholingsverplichting zal DRG aan moeten kunnen tonen dat scholingsmogelijkheden aangeboden zijn of niet in de rede liggen. Indien de werknemer cursussen, trainingen en/of opleiding gevolgd heeft en DRG dit schriftelijk aan kan tonen, zal vrij snel aangenomen worden dat aan de scholingsverplichting is voldaan.

DRG biedt tweemaal in het kalenderjaar trainingen aan in het verbeteren van competenties. In het eerste gesprek worden maximaal drie competenties gekozen waar de werknemer zich in zal gaan verbeteren. Ik raad DRG aan om voor het tweede gesprek te onderzoeken welke trainingen aansluiten bij de competenties en deze vervolgens in het gesprek aan de werknemer voor te leggen. Bij het uitzoeken van deze trainingen moet wel duidelijk zijn wat de inhoud is van deze trainingen zodat DRG goed kan afwegen of deze trainingen geschikt zijn voor de werknemer.

Door tweemaal in het kalenderjaar trainingen aan te bieden en de werknemer het voorstel te doen om een of meerdere bijpassende training(en) te volgen, voldoet DRG aan het vereiste om te zorgen voor voldoende scholing. DRG laat hiermee zien dat zij inspanningen verricht heeft in het aanbieden van scholing. Aangezien verbetertrajecten vaak lang duren is het tweemaal per kalenderjaar verzorgen van trainingen voldoende om te voldoen aan dit vereiste. Echter, het blijft erg belangrijk om alles ook schriftelijk bij te houden. Het is belangrijk dat er in de brief na het tweede gesprek expliciet wordt opgenomen dat aanbieding van training(en) is gedaan en of de werknemer deze wilt volgen of niet. Daarom is er in Bijlage 6 opgenomen:
“Tevens hebben wij gesproken over de mogelijkheid om de training <naam training(en)> te volgen, welke zal beginnen in <begin training>. Je hebt aangegeven deze training <wel/niet> te willen volgen.”
Door dit op te nemen in de brief, kan DRG bij de kantonrechter aantonen dat er aanbod tot het volgen van trainingen is gedaan.

Indien de werknemer een training volgt is het belangrijk dat dit wordt meegenomen in de tussentijdse evaluatiegesprekken. De werknemer zou bijvoorbeeld een verslag kunnen maken van wat hij heeft opgestoken uit de training. Dit moet ook benoemd worden in de brieven die naar aanleiding van de tussentijdse evaluatiegesprekken worden verstuurd.

Herplaatsingsmogelijkheid

Zodra DRG kan aantonen dat er geen vacatures beschikbaar zijn of deze vacatures niet binnen het functioneren van de werknemer vallen en dat zij hebben geprobeerd bij andere bedrijfsonderdelen een passende functie te vinden, is voldoende aannemelijk gemaakt dat zij herplaatsingsmogelijkheden hebben onderzocht.

DRG is een relatief grote onderneming. Het is daarom belangrijk dat goed gemotiveerd wordt of er sprake is van een herplaatsingsmogelijkheid of niet. De kantonrechter zal vrij snel aannemen dat bij een grote onderneming veel functies beschikbaar zijn. Dit is echter niet het geval. Binnen de supermarktformule zijn er zes á zeven functies te vervullen. Deze functies komen terug in elk filiaal. De huidige functie van de werknemer en het disfunctioneren daarin, zal moeten worden afgewogen tegen de uitstaande vacatures. Tevens kan er gekeken worden bij andere bedrijfsonderdelen, echter moet de werknemer wel de competenties voor die functies beheren.

Ik raad DRG aan om bij de evaluatie van 24 weken te gaan kijken welke vacatures open staan. Er zal nog eenmaal een traject van 12 weken aangeboden worden, maar het is handig om daarvoor al overzicht te hebben van eventuele herplaatsingsmogelijkheden. Mocht er een vacature zijn, moet gekeken worden of de werknemer met zijn competenties past bij de vacature. Mocht dit het geval zijn, zal DRG de mogelijkheid om herplaatst te worden in deze nieuwe functie aan de werknemer moeten aanbieden. Dit kan worden gedaan tijdens een tussentijds evaluatiegesprek of tijdens de eindevaluatie na drie keer twaalf weken. Het is dan aan de werknemer of hij de nieuwe functie wil uitvoeren of niet. Ook kan het zo zijn dat er een vacature is, maar DRG meent dat de werknemer deze functie niet kan uitvoeren. In dat geval zal DRG in het verzoekschrift aan de kantonrechter duidelijk uiteen moeten zetten waarom de werknemer de vacature niet kan vervullen. De competenties, behorende bij de vacature, zullen te hoog gegrepen zijn voor de werknemer en DRG zal moeten aantonen, onder andere naar aanleiding van het verbetertraject, dat de werknemer niet voldoet aan de functievereisten. Indien er geen vacatures zijn, zal DRG daar een melding van moeten maken in het verzoekschrift. Er moet uitgelegd worden bij welke plekken binnen de organisatie gekeken is en waarom daar geen plek is voor de werknemer.

Checklist

Aan het voldoen aan de wettelijke vereisten voor disfunctioneren zit een flink proces verbonden. Om de aanbevelingen overzichtelijk weer te geven is in Bijlage 4 een checklist opgenomen welke DRG kan helpen tijdens het verbeterproces van een werknemer. Als aan de checklist is voldaan, kan DRG met het ontslagdossier naar de kantonrechter stappen voor een ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. In Bijlage 5 tot en met 8 zijn er begeleidende brieven opgenomen welke bij de checklist horen.

LITERATUURLIJST

Literatuur

Barentsen & Heerma van Voss 2015
B. Barentsen & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

Van Genderen e.a. 2015
D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU 205

Geugjes & Wits 2015
H.C. Geugjes & Wits, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag; Boom Juridische uitgevers 2015

Linnemann & Sauerwein 2002
J.J. Linnemann & L.B. Sauerwein, *Handleiding Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag 2002

Loonstra 2015
C.J. Loonstra, *Hoofdstukken Sociaal recht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2015

Treep 2015
M. Treep, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015

Juridische vakbladen

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

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3 (MvT)

Staatscourant 2015, 12685

Jurisprudentie

Gerechtshoven
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761

Rechtbanken:
Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602
Rechtbank Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521
Rechtbank Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044
Rechtbank Limburg 4 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086
Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296
Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297
Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577

Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275
Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610
Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420
Rechtbank Noord-Holland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967
Rechtbank Noord-Nederland 23 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611
Rechtbank Noord-Nederland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493
Rechtbank Noord-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4558
Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566
Rechtbank Overijssel 18 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4686
Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980
Rechtbank Overijssel 4 mei 2017 ECLI:NL:RBOVE:2017:2006
Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142
Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411
Rechtbank Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135
Rechtbank Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253

Rapporten

Evaluatierapport VAAN-VvA 2016
Evaluatie-onderzoek WWZ, VAAN-VvA, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016

Elektronische bronnen

‘Personeelsdossiers’, Autoriteit Persoonsgegevens, 20 juni 2017, www.autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op personeelsdossier)

‘Bewaren van persoonsgegevens’, Autoriteit Persoonsgegevens, 20 juni 2017, www.autoriteitpersoonsgegevens.nl (zoek op bewaren van persoonsgegevens)

‘De WWZ en disfunctioneren’, Z. Even, 15 september 2016, www.avdr.nl (zoek op WWZ en disfunctioneren)

‘Webinar WWZ Rechtspraakoverzicht’, W. Van Gelderen, 20 december 2016

‘Personeelsdossier’, HR-kiosk, 6 juni 2017, www.hr-kiosk.nl (zoek op personeelsdossier)

‘Functieprofiel opstellen’, M. van Oosterhout, www.carrieretijger.nl (zoek op functieprofiel opstellen)

‘Kabinet en sociale partners eens over sociale agenda voor arbeidsmarkt van de 21e eeuw’ Rijksoverheid, 11 april 2013

‘Disfunctioneren: wie stelt moet bewijzen?’ M. van Winden-Spaans, 5 december 2016, www.akd.nl (zoek op disfunctioneren: wie stel moet bewijzen)