2017

Drie knoppen uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel

'Een onderzoek naar het ontslag gebaseerd op de d-, g- en h-grond uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel van artikel 7:669 lid 3 BW'

I.P.M. van Ooijen

Tilburg

10-1-2017

Drie knoppen uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel

'Een onderzoek naar het ontslag gebaseerd op de d-, g- en h-grond uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel van artikel 7:669 lid 3 BW'

Opdrachtgever:	ABAB Accountants & Adviseurs
Auteur:	I.P.M. van Ooijen
Studentnummer:	2060739
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerperiode:	5 september 2016 t/m 10 januari 2017
Afstudeermentor:	dhr. mr. P.J.B. Kops
Eerste afstudeerdocent:	dhr. mr. M.L.G. Kooij
Tweede afstudeerdocent:	dhr. mr. F. Klaassen

Tilburg, januari 2017

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie ‘Drie knoppen uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel’. Hiervoor heb ik onderzoek verricht naar wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie aangaande het ontslag gebaseerd op de d-, g- en h-grond uit het nieuwe gesloten ontslagstelsel van artikel (hierna: art.) 7:669 lid 3 BW. Deze scriptie is het resultaat van een vier maanden durende afstudeerperiode bij ABAB Accountants & Adviseurs (hierna: ABAB). Deze scriptie is tevens geschreven ter afsluiting van de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Hetgeen ik de afgelopen jaren geleerd heb is door mij tot uitdrukking gebracht in deze scriptie. Ik ben zelf zeer tevreden met het eindresultaat en daarnaast ben ik ABAB dankbaar voor de afstudeeropdracht.

De afstudeerperiode heb ik ervaren als een leuke, leerzame en drukke periode. Door de vele tijd die is gestoken in deze scriptie, kent het onderzoek een bepaalde diepgang. Ik prijs mezelf gelukkig met het feit dat ik een onderzoek heb mogen verrichten in het arbeidsrecht, omdat daar mijn interesse ligt. De afstudeerperiode bij ABAB is voor mij tevens een bevestiging geweest voor mijn affiniteit met het arbeidsrecht.

Hierbij wil ik graag van de gelegenheid gebruik maken om mijn afstudeermentor mr. Ralph Kops te bedanken voor zijn feedback en hulp gedurende het gehele onderzoek. Daarnaast wil ik mr. Ingrid van Eijk bedanken voor haar behulpzaamheid en het meedenken tijdens de afstudeerperiode. Tevens wil ik haar bedanken voor het meedenken in de beginfase van het onderzoek, waardoor ik op een gegeven moment een zet in de goede richting heb gekregen. Daarnaast wil ik de andere collega’s bij ABAB bedanken voor de prettige tijd op kantoor.

Ook wil ik graag mijn eerste afstudeerdocent mr. Mark Kooij bedanken voor zijn toegankelijkheid, kritische blik en feedback gedurende het onderzoek. Mijn dank gaat tevens uit naar de tweede afstudeerdocent mr. Frank Klaassen. Tenslotte wil ik graag mijn familie, vrienden en studiegenoten bedanken voor de morele steun tijdens de afstudeerperiode.

Rest mij niets anders dan u veel leesplezier toe te wensen.

Ilse van Ooijen

Tilburg, januari 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

1. Inleiding 9

1.1 Organisatie 9
1.2 Probleemomschrijving 9
1.3 Centrale vraag 10
1.4 Deelvragen 10
1.5 Doelstelling 11
1.6 Verantwoording 11
1.6.1 Strategie 11
1.6.2 Bronnen en methode 11
1.7 Leeswijzer 12

2. Het Nederlandse ontslagstelsel 13

2.1 Opzegging door de werkgever 13
2.1.1 Eerste vereiste: redelijke grond 14
2.1.2 Tweede vereiste: herplaatsingsplicht 15
2.1.3 Eerste kenmerk: gesloten ontslagstelsel 15
2.1.4 Tweede kenmerk: ondernemingsvrijheid van de werkgever 16
2.2 Ontslagroutes 17
2.2.1 UWV-procedure 17
2.2.2 Kantonrechter 17
2.2.3 Beëindigingsovereenkomst 17
2.2.4 Ontslag op staande voet 18
2.2.5 Opzegging met instemming 18
2.3 Tussenconclusie

3. d-grond: ongeschiktheid bedongen arbeid 20

3.1 Juridisch kader wet- en regelgeving 20
3.1.1 Varianten van ongeschiktheid 20
3.2 Vereisten uit wet- en regelgeving 21
3.2.1 Ongeschiktheid bedongen arbeid 21
3.2.2 Verbetertraject 21
3.2.3 Onvoldoende aandacht voor scholing en andere arbeidsomstandigheden 22
3.2.4 Herplaatsing 23
3.3 Juridisch kader uit de jurisprudentie 23
3.3.1 Ongeschiktheid bedongen arbeid 23
3.3.2 Tijdig in kennis stellen 24
3.3.3 Verbetertraject 25
3.3.3.1 Concreet, schriftelijk & persoonlijk 25
3.3.3.2 Begeleiding en/of coaching 25
3.3.3.3 Tussentijdse evaluaties en eindgesprek 26
3.3.4 Onvoldoende zorg & herplaatsingsplicht 27
3.4 Tussenconclusie 27

4. g-grond: verstoorde arbeidsverhouding 29

4.1 Juridisch kader wet- en regelgeving 29
4.1.1 Varianten van een verstoorde arbeidsverhouding 29
4.2 Vereisten uit de wet- en regelgeving 30
4.2.1 Verstoring voldoende concreet maken 30
4.2.2 Ernstig en duurzaam 30
4.2.3 Herplaatsingsplicht 31
4.3 Overige aandachtspunten Beleidsregels 31
4.3.1 Redelijkheidstoets 31
4.3.2 Tweede ronde hoor & wederhoor 32
4.3.3 Ernstig verwijtbaar handelen 32
4.4 Juridisch kader uit de jurisprudentie 33
4.4.1 Uitgangspunt 33
4.4.2 Ernstig en duurzaam 34
4.4.3 Verwijtbaarheid werkgever 34
4.4.3.1 Herstel 34
4.4.3.2 Gedragingen werkgever 35
4.4.4 Verschillende verhoudingen 36
4.4.4.1 Zakelijke relaties 36
4.4.4.2 Werknemers onderling 36
4.4.5 Herplaatsingsplicht 37
4.5 Tussenconclusie 37

5. h-grond: restcategorie 38

5.1 Juridisch kader uit de wet- en regelgeving 38
5.2 Voorbeeldsituaties 38
5.2.1 Voorbeelden MvT 38
5.2.2 Voorbeelden literatuur 39
5.3 Voorbeeldsituaties nader bekeken 39
5.3.1 Verdenking, veroordeling en/of vrijheidsbeneming 39
5.3.1.1 Redelijkheidscriterium 39
5.3.1.2 Drie stadia 39
5.3.1.3 Procedureel aspect 40
5.3.2 Illegaliteit en/of ontbreken geldige tewerkstellingsvergunning 40
5.3.2.1 Juridisch kader 40
5.3.2.2 Drie meest voorkomende situaties 41
5.3.3 Achterblijvende resultaten en verschil van inzicht 42
5.3.4 Herplaatsingsplicht 42
5.4 Juridisch kader uit de jurisprudentie 42
5.4.1 Uitgangspunt 42
5.4.2 Achterblijvende resultaten en verschil van inzicht 43
5.4.3 Oorzaak buiten de macht van de werkgever gelegen 44
5.4.4 Herplaatsingsplicht 44
5.5 Ambtshalve aanvullen 45
5.6 Tussenconclusie 46

6. Asscher-escape **47**

6.1 Verdeeldheid 47
6.2 Jurisprudentie Asscher-escape 48
6.2.1 Ernstig verwijtbaar handelen 48
6.2.2 Hoogte billijke vergoeding 49
6.3 Gevolgen Asscher-escape 50
6.4 Tussenconclusie 50

7. Conclusies en aanbevelingen **52**

7.1 Conclusies 52
7.1.1 Het Nederlands ontslagstelsel 52
7.1.2 Toetsingskader ontslag op de d-, g- en h-grond 52
7.1.2.1 d-grond 53
7.1.2.2 g-grond 53
7.1.2.3 h-grond 54
7.1.3 Welke mogelijkheden biedt de Asscher-escape? 54
7.2 Aanbevelingen 55
7.2.1 Algemene aandachtspunten ontslag 55
7.2.2 Aandachtspunten omtrent ontslag op de d-, g- en h-grond 55
7.2.2.1 d-grond 55
7.2.2.2 g-grond 56
7.2.2.3 h-grond 57
7.2.3 Asscher-escape 57

Bronnenlijst **58**

Bijlagen
De bijlagen zijn opgenomen in een aparte bijlagenbundel. Deze bundel is voorzien van een eigen inhoudsopgave.

Samenvatting

Indien de werkgever wil overgaan tot ontslag moet hij ervoor zorgen dat hij één van de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 BW afzonderlijk voldoende kan onderbouwen. Daarnaast geldt voor elke ontslaggrond, behoudens de e-grond, dat de werkgever moet kunnen aantonen dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Volgens art. 7:671b lid 1 sub a BW moet de werkgever voor ontslag op de c- t/m h-grond toestemming vragen aan de kantonrechter. Volgens art. 7:671a lid 1 BW moet bij een ontslag op de a- of b-grond toestemming worden gevraagd aan het UWV. Indien de werknemer instemt met het ontslag, de werkgever een beëindigingsovereenkomst sluit of de werknemer op staande voet ontslaat, hoeft hij geen toestemming te vragen aan het UWV of de kantonrechter.

Bij de d-grond moet sprake zijn van ongeschiktheid voor bedongen arbeid. Het is voor de werkgever van belang dat hij verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken, mailverkeer en correspondentie kan overleggen waaruit blijkt dat sprake is van ongeschiktheid (inclusief concrete voorbeelden) en dat hij de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld. Tevens moet de werkgever de werknemer in voldoende mate de gelegenheid hebben geboden om het functioneren te verbeteren. De werkgever moet een concreet, schriftelijk en persoonlijk verbeterplan opstellen. In dit verbeterplan staan de concrete verbeterpunten, de aanpak en het tijdsbestek vermeld. Daarnaast vinden rechters het belangrijk dat de werkgever de werknemer coaching en/of begeleiding heeft aangeboden. Tussentijds dient de werkgever evaluaties te houden en het traject wordt afgesloten met een eindgesprek. Verder mag ongeschiktheid geen gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever ten aanzien van scholing of andere arbeidsomstandigheden.

Voor de g-grond geldt dat sprake moet zijn van een verstoorde arbeidsverhouding. De werkgever moet aannemelijk maken dat de verstoring ‘ernstig en duurzaam’ is. Wanneer het ontbindingsverzoek geheel onverwachts komt voor de werknemer, zal niet snel worden ontbonden. Daarnaast moet aannemelijk gemaakt worden dat herstel van de arbeidsverhouding, al dan niet via overplaatsing, niet meer mogelijk is. Uit jurisprudentie blijkt dat het van belang is dat de werkgever door middel van een dossier kan aantonen wat hij gedaan heeft om de arbeidsverhouding te verbeteren. Hierbij moet o.a. worden gedacht aan mediation. Er wordt veel inspanning en professionaliteit van de werkgever verwacht. De arbeidsovereenkomst wordt in ieder geval niet ontbonden indien gedragingen van de werkgever de verstoring hebben veroorzaakt.

De h-grond kan worden gezien als een restcategorie. Het is hierbij van belang dat de omstandigheden, die worden aangevoerd voor ontslag, anders zijn dan die van de c- t/m g-grond. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT), literatuur en jurisprudentie zijn een aantal voorbeelden gegeven van situaties waarbij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zal ontbinden op de h-grond. De werkgever moet aannemelijk maken dat sprake is van een situatie die vergelijkbaar is met één van de in de MVT genoemde voorbeelden.

Tot slot komt het in de praktijk voor dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever. Hierdoor kan de arbeidsverhouding uiteindelijk verstoord raken. De werkgever kan in dit geval ervoor kiezen om het ontbindingsverzoek primair te baseren op de d-grond en subsidiair op de g-grond. In dit geval kan de kantonrechter de Asscher-escape toepassen en wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Hierbij zal doorgaans een billijke vergoeding worden toegekend aan de werknemer.

Afkortingenlijst

ABAB	ABAB Accountants & Adviseurs
Art.	Artikel
Artt.	Artikelenkan ik
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
EU	Europese Unie
EER	Europese Economische Ruimte
ILO	International Labour Organization
MvT	Memorie van Toelichting
o.a.	onder andere
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
SMART	Specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch, tijdsgebonden
t/m	tot en met
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
VOG	Verklaring Omtrent Gedrag
WAS	Wet aanpak schijnconstructies
WIA	Wet werk en inkomen
Wwz	Wet werk en zekerheid

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het onderwerp van dit rapport beschreven ter inleiding van de scriptie. Deze inleiding vloeit voort uit de onderzoeksformulering en onderzoeksopzet. Allereerst zal in paragraaf 1.1 een korte beschrijving worden gegeven van de organisatie waar het onderzoek is verricht. Vervolgens komt de aanleiding van het onderzoek aan bod in paragraaf 1.2. In paragraaf 1.3 t/m 1.5 worden achtereenvolgens de centrale vraag, de deelvragen en de doelstelling weergegeven. Paragraaf 1.6 staat in het teken van de verantwoording van de bronnen en methode in dit onderzoek. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer in paragraaf 1.7.

§ 1.1 Organisatie

Bedrijven kunnen bij ABAB o.a. terecht voor accountancy, maar ook voor fiscaal en juridisch advies. ABAB kent voornamelijk een adviespraktijk en in mindere mate een procespraktijk. De juristen van ABAB beschikken over uitgebreide kennis en ervaring om hun klanten van juridisch advies te kunnen voorzien. Zij kijken naar zowel de zakelijke als de privé-situatie van hun klanten. Omdat ABAB alle disciplines in huis heeft, werken zij altijd intensief samen met accountants, belastingadviseurs, pensioenadviseurs en bedrijfsadviseurs. ABAB vindt het belangrijk dat hun klanten succesvol en zorgeloos kunnen ondernemen. ABAB zorgt ervoor dat alles goed wordt vastgelegd en houdt hierbij niet alleen rekening met de huidige situatie van klanten, maar ook met hun toekomstplannen. Vaak kunnen de juristen van ABAB geschillen eenvoudig voorkomen en indien nodig schikken. Ook wanneer niet kan worden voorkomen of geschikt is ABAB er voor hun klanten in een procedure.[1]

§ 1.2 Probleemomschrijving

In 2015 is het ontslagrecht op de schop gegaan en is de Wwz in werking getreden. Deze nieuwe wetgeving roept echter nog wel de nodige vragen op bij werkgevers. In het nieuwe ontslagrecht worden de redelijke gronden voor ontslag limitatief opgesomd in art. 7:669 lid 3 sub a t/m h Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). De feiten en omstandigheden in de praktijk die voor de werkgever aanleiding vormen voor ontslag vallen meestal (net) niet volwaardig onder één van de gronden. Een combinatie van meerdere niet voldragen ontslaggronden is niet meer mogelijk en dit zorgt voor problemen bij de beëindiging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[2] Werkgevers zitten voornamelijk met de vraag hoe een personeelsdossier (hierna: dossier) moet zijn opgebouwd om met succes iemand te kunnen ontslaan. Bij ABAB komt het regelmatig voor dat hun klanten advies vragen omtrent deze nieuwe ontslagprocedure. Omdat de klanten van ABAB met name bedrijven zijn, is dit onderzoek gericht op problemen die werkgevers ondervinden.

In dit onderzoek staan de gronden uit art. 7:669 lid 3 sub d, g en h BW centraal, omdat hierbij de meeste problemen bestaan bij werkgevers. Sub d van dit artikel betreft het ontbindingsverzoek op grond van de ongeschiktheid van de werknemer. Bij sub g moet het gaan over een duurzaam en ernstig verstoorde arbeidsverhouding. Bij een beroep op de h-grond moet het gaan over 'andere omstandigheden' dan die van de a-grond t/m g-grond.[3]

In de advies- en procespraktijk van ABAB komen verschillende scenario's van ontslag voor. Het komt voor dat klanten nog voordat zij enige stappen hebben ondernomen advies vragen aan de arbeidsrechtjuristen van ABAB.

---

[1] 'Diensten', *Abab Accountants & Adviseurs,* www.abab.nl (zoek op diensten).

[2] 'Wwz: een doorkijkje in de D, G en H ontbindingsgronden en het hoger beroep', *Milestone advocaten,* www.milestoneadvocaten.com (zoek op WWZ).

[3] 'Ontslaggronden', *Wwz proof,* www.wwzproof.nl (zoek op ontslaggronden).

Klanten vragen dan de arbeidsrechtjuristen van ABAB om de risico's van het ontslag in kaart te brengen en willen weten wat de kans van slagen ervan is. Klanten willen daarnaast advies omtrent de stappen die zij moeten zetten om met succes een arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen. In dit geval hoeft het niet tot een ontbinding door de kantonrechter te komen en kan een beëindigingsovereenkomst worden getekend door de werkgever en de werknemer. Alvorens een werkgever een beëindigingsovereenkomst gaat aanbieden dient hij sterk in zijn schoenen te staan. Het komt voor dat de werknemer niet wil meewerken aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werkgever zal dan alsnog een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter moeten indienen. Het is in beide van bovenstaande situaties van belang c.q. aan te bevelen dat het dossier de rechterlijke beoordeling van de toetsingsgrond voor een beoogd ontslag op de d-, g- en h-grond kan doorstaan. Het is voor de arbeidsrechtjuristen van ABAB van belang dat wordt onderzocht hoe het toetsingskader voor een sterk opgebouwd dossier eruit ziet qua literatuur en jurisprudentie. Daarnaast willen de arbeidsrechtjuristen van ABAB graag weten welke mogelijkheid de Asscher-escape biedt in het geval ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van sub d niet mogelijk is, maar wel sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Ingeval van de Asscher-escape verzoekt de werkgever de rechter naast een primaire d-grond om als alternatief de arbeidsovereenkomst te ontbinden op subsidiair de g-grond. Er is dan geen sprake van optelling van twee onvoldragen ontslaggronden, maar een tweede grond wordt als alternatief aangevoerd.

Omdat de Wwz pas sinds 1 juli 2015 in werking is getreden is het voor ABAB van belang dat één jaar en drie maanden na dato onderzoek wordt gedaan naar de stand van zaken omtrent ontslag op grond van art. 7:669 lid 3 sub d, g en h BW en dan met name naar literatuur en jurisprudentie. Naar aanleiding van praktijkgericht juridisch onderzoek kan ik aanbevelingen doen voor de proces –en adviespraktijk van ABAB.

§ 1.3 Centrale vraag

De centrale vraag die voortvloeit uit de probleemomschrijving luidt:

Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ten behoeve van de advies- en procespraktijk van ABAB, ten einde voor werkgevers de kans van slagen te vergroten op beëindiging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d, g en h BW?

§ 1.4 Deelvragen

De centrale vraag zal worden beantwoord met behulp van de volgende vier deelvragen:

1. Hoe ziet het huidige ontslagstelsel in Nederland eruit?

2. Welk juridisch toetsingskader is af te leiden uit de wet voor een geslaagd beroep op de d-, g- of h-grond?

3. Waar letten de rechters op bij de beoordeling van een beroep op de d-, g- of h-grond en tot welke beschikking leidt dat?

4. Welke mogelijkheden biedt de Asscher-escape voor werkgevers wanneer een ontbindingsverzoek gebaseerd op de d-grond niet volmaakt is, maar er wel sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding?

§ 1.5 Doelstelling

Op 10 januari 2017 wordt een onderzoeksrapport overhandigd aan ABAB met daarin de juridische en praktijkgerichte aanbevelingen die voortvloeien uit het onderzoek naar de ontslaggronden d-, g- en h uit art. 7:669 lid 3 BW. Dit onderzoeksrapport moet dienen als leidraad in ontslagzaken gebaseerd op de d-, g- en h-grond.

§ 1.6 Verantwoording

In deze paragraaf wordt allereerst de onderzoeksstrategie beschreven en verantwoord. Vervolgens wordt de methode voor de beantwoording van de deelvragen beschreven en worden de bronnen verantwoord.

§ 1.6.1 Strategie

Allereerst is onderzoek naar de praktijk gedaan door middel van een grondige analyse van het probleem dat aanleiding is voor dit onderzoek.[4] Om te begrijpen hoe de situatie in elkaar zit is gebruik gemaakt van kwalitatief onderzoek.[5] Hierbij is gebruik gemaakt van de strategie 'casestudy'. Door middel van het voeren van gesprekken en het doen van documentanalyse is inzicht verkregen in de wijze waarop processen zich in de advies- en procespraktijk van ABAB voltrekken.[6]

De onderzoeksstrategie waarvan gebruikt is gemaakt voor de beantwoording van de centrale vraag is rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Er is gekozen voor rechtsbronnen- en literatuuronderzoek om de deelvragen één tot en met vier te kunnen beantwoorden. Om deze deelvragen te kunnen beantwoorden is onderzoek naar het recht vereist. Het onderzoek moet namelijk een toetsingskader in kaart brengen omtrent ontslag gebaseerd op de d-, g- en h-grond. Voor het onderzoek naar het recht ligt de strategie van rechtsbronnen- en literatuuronderzoek het meest voor de hand.[7]

Het praktijkgerichte gedeelte van dit onderzoek komt ook terug in paragraaf 7.2. In deze paragraaf zijn aanbevelingen gegeven. De aanbevelingen richten zich tot de arbeidsrechtjuristen van ABAB en kunnen dienen als leidraad bij de advisering van hun klanten omtrent ontslag op de d-, g- en h-grond.

§ 1.6.2 Bronnen en methode

Bij de beantwoording van de vier deelvragen is gebruik gemaakt van de methode inhoudsanalyse, omdat gebruik is gemaakt van bestaand materiaal.[8] Bij de beantwoording van de deelvragen is gebruik gemaakt van rechtsbronnen, documenten, literatuur en elektronische bronnen.

Onder rechtsbronnen wordt o.a. wet- en regelgeving en jurisprudentie verstaan. De betrouwbaarheid en effectiviteit van deze bronnen mag worden aangenomen en hoeft dus niet verantwoord te worden. Dit geldt ook voor de stukken uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz. Van deze documenten is ook gebruik gemaakt bij de beantwoording van alle vier de deelvragen.

Daarnaast is gebruik gemaakt van literatuur. Onder literatuur worden in dit onderzoek boeken en vaktijdschriften verstaan. De betrouwbaarheid van deze literatuur mag worden aangenomen wanneer de literatuur is geschreven door vakspecialisten.

---

[4] Van Schaaijk 2011, p. 136.
[5] Van Schaaijk 2011, p. 141.
[6] Van Schaaijk 2011, p. 80-81.
[7] Van Schaaijk 2011, p. 78.
[8] Van Schaaijk 2011, p. 88.

Een teken van betrouwbaarheid bij boeken is het gegeven dat het boek is uitgegeven door een professionele uitgever. Voor de juridische vaktijdschriften geldt hetzelfde. De tijdschriftartikelen die zijn gebruikt zijn gepubliceerd in juridische vakbladen. Deze tijdschriftartikelen zijn geschreven door arbeidsrechtelijke specialisten.

Het internet is gebruikt als elektronische bron. De artikelen die zijn gebruikt zijn gecontroleerd op betrouwbaarheid, geldigheid en kwaliteit.[9] Er is allereerst gekeken of de website waarop het artikel is gepubliceerd betrouwbaar is. Vervolgens is gekeken wie het artikel heeft geschreven en wanneer.

Tot slot is bij de documentanalyse gebruik gemaakt van een vijftal dossiers uit de praktijk van ABAB. Gebleken is dat het onderzoeken van een vijftal dossiers een valide aantal is om te achterhalen wat de gang van zaken is in de advies- en procespraktijk van ABAB. Omdat veel advisering telefonisch wordt afgedaan, zijn er weinig dossiers waarin advisering omtrent ontslag op de d-, g- of h-grond naar voren komt. Het bestuderen van een vijftal dossiers is daarom relatief een hoog aantal.

§ 1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt allereerst een korte beschrijving gegeven van het huidige Nederlandse ontslagstelsel. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de d-grond. In hoofdstuk 4 en 5 komen de g- en h-grond uitgebreid aan de orde. In hoofdstuk 6 wordt vervolgens ingegaan op de Asscher-escape. Afsluitend worden in hoofdstuk 7 de conclusies en aanbevelingen weergegeven.

[9] Van Schaaijk 2011, p. 86.

Hoofdstuk 2 Het Nederlandse ontslagstelsel

Na veel vergeefse pogingen tot het moderniseren van het ontslagrecht werd in 2013 eindelijk een sociaal akkoord bereikt in de Stichting van de Arbeid.[10] Het gevolg hiervan is de Wwz van 2014,[11] welke werd gerepareerd door de Verzamelwet Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: SZW).[12] Op 1 juli 2015 werd het gedeelte van de Wwz dat betrekking heeft op het ontslagrecht ingevoerd.[13] De derde wet die als uitvoering van het sociaal akkoord kan worden gezien is de Wet Aanpak Schijnconstructies (hierna: WAS).[14]

Dat voor de Wwz drie wetten nodig waren, is opvallend en laat zien hoe ingewikkeld de materie is. De Verzamelwet en de WAS kunnen worden gezien als reparatiewetgeving. Doordat de Wwz tot stand is gekomen door het sociaal akkoord, is het sociaal akkoord belangrijk bij de uitleg van de Wwz. Ondanks dat behoudt de wetgever een eigen verantwoordelijkheid als het gaat om de vertaling van het akkoord in wet- en regelgeving. Door middel van de Wwz heeft de overheid haar greep op het ontslagrecht vergroot. De minister van SZW kan op ieder door hem gewenst moment nadere invulling geven aan art. 7:669 BW en het begrip 'redelijke grond'. Dat is bindend voor zowel het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) als de kantonrechter. Hoewel de grondtrekken van het ontslagrecht gelijk zijn gebleven, is de Wwz de meest fundamentele wijziging van het ontslagrecht sinds 70 jaar. De verandering is voornamelijk gelegen in de beperking van de mogelijkheid voor de werkgever om de ontslagroute (UWV of kantonrechter) te kiezen, het gesloten stelsel van de ontslaggronden en de forfaitering van de ontslagvergoeding.[15] Volgens de MvT hebben de sociale partners en de wetgever met deze wijzigingen beoogd het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers te maken. Daarnaast is de Wwz meer gericht op het vinden van een nieuwe baan.[16] Verder stelt de wetgever dat een eenduidig en eenvoudiger ontslagrecht bijdraagt tot rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.[17]

In dit hoofdstuk wordt allereerst in paragraaf 2.1 het juridisch kader geschetst omtrent art. 7:669 lid 1 en 3 BW en 7:671 lid 1 BW. De subparagrafen 2.1.1 t/m 2.1.4 bevatten de omschrijving van de twee vereisten en twee kenmerken van het ontslag op grond van art. 7:669 lid 1 en 3 BW. De opzegging door de werkgever wordt uitgebreid besproken, omdat dit de kern is van dit onderzoek. Vervolgens worden achtereenvolgens in paragraaf 2.2 de verschillende ontslagroutes kort besproken. Tot slot wordt een tussenconclusie gegeven in paragraaf 2.3.

§ 2.1 Opzegging door de werkgever

De kern van het nieuwe systeem is te vinden in de artt. 7:669 lid 1 en 3 BW jo 7:671 lid 1 BW. Als de werkgever geen instemming krijgt of geen instemming vraagt aan de werknemer, mag de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen opzeggen indien daarvoor een redelijke grond is en aan de herplaatsingsplicht is voldaan.

---

[10] *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, 15.
[11] *Stb.* 2014, 216.
[12] *Stb.* 2014, 504.
[13] Asser/Heerma van Voss *7-V* 2015, p. 212.
[14] *Kamerstukken* 2014/15, 34108.
[15] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 1-2.
[16] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5.
[17] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 24.

Dit staat beschreven in art. 7:669 lid 1 BW:

''De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3 onderdeel e.''

In art. 7:671 BW is in de hoofdregel bepaald dat de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen mag opzeggen met instemming van de werknemer. De individuele schriftelijke instemming van de werknemer dient een tweeledig doel. Ten eerste wordt hiermee bereikt dat de werkgever zonder instemming van de werknemer het voornemen tot ontslag moet voorleggen aan het UWV of de kantonrechter. De werkgever is dan verplicht tot het vragen van toestemming aan het UWV of de kantonrechter. Dit wordt de preventieve toetsing genoemd. Ten tweede wordt met een schriftelijke instemming van de werknemer voorkomen dat een onnodig beroep wordt gedaan op het UWV of de kantonrechter. De werkgever hoeft namelijk geen toestemming of ontbinding te vragen indien de werknemer instemt met het ontslag.[18] Indien de werkgever opzegt zonder schriftelijke instemming of preventieve toetsing, dan is er geen sprake van een rechtsgeldige opzegging en kan de werknemer de kantonrechter verzoeken tot vernietiging van de opzegging.[19] In art. 7:671 lid 1 BW zijn ook een aantal categorieën werknemers uitgezonderd van de preventieve toets voor ontslag.[20]

De verschillende vereisten en kenmerken van het ontslag op werkgeversverzoek volgens het nieuwe stelsel komen in de volgende paragrafen aan bod.

§ 2.1.1 Eerste vereiste: redelijke grond

De redelijke grond is de eerste en in de praktijk de belangrijkste eis die in art. 7:669 lid 1 en 3 BW staat beschreven. Deze eis vloeit voort uit International Labour Organization Verdrag 158 (hierna: ILO Verdrag 158) en is op zichzelf al eerder in de Nederlandse rechtsorde onderkend. Het was echter nog niet eerder expliciet opgenomen in de wet. Hiermee is de toetsing van de redelijkheid en de billijkheid van het ontslag komen te vervallen.[21]

Het criterium 'redelijke grond' als vereiste voor opzegging door de werkgever is uitgewerkt in art. 7:669 lid 3 en 4 BW.

In het derde lid worden acht redelijke gronden benoemd:

a) Vervallen van arbeidsplaatsen;
b) Langdurige ziekte;
c) Te regelmatige ziekte;
d) Ongeschiktheid voor de bedongen arbeid;
e) Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
f) Werkweigering wegens ernstige gewetensbezwaren;
g) Verstoorde arbeidsverhouding;
h) Andere omstandigheden.

In het vierde lid wordt daarnaast het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd als opzeggrond genoemd.[22]

---

[18] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 54-55; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 53.
[19] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 4.
[20] Van der Grinten/Bouwens & Duk 2015, p. 400; Zie ook Swelheim, *TAP* 2014/1, p. 42-46.
[21] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 5.
[22] Asser/Heerma van Voss *7-V* 2015, p. 248.

Wanneer de grond niet is genoemd in art. 7:669 lid 3 en 4 BW dan kan er geen sprake zijn van rechtsgeldige opzegging zonder instemming van de werknemer. Er is dan immers geen redelijke grond. Dat wil echter niet zeggen dat wanneer sprake is van één van de gronden uit lid 3 er automatisch ontslag volgt. De werkgever moet de redelijke grond namelijk wel voldoende onderbouwen.[23]

§ 2.1.2 Tweede vereiste: herplaatsingsplicht

De herplaatsingsplicht is het tweede vereiste van het nieuwe systeem. Voor dit element geldt volgens de minister dat het eigenlijk al geldend recht was, onder verwijzing naar een arrest van Hof Leeuwarden.[24] De herplaatsingsplicht is opgenomen in art. 7:669 lid 1 BW en bevat drie voorwaarden. Ten eerste moet de herplaatsing binnen een redelijke termijn mogelijk zijn. In art. 10 Ontslagregeling[25] is de redelijke termijn gelijkgesteld op die van de wettelijke opzegtermijn van art. 7:672 BW.[26] Volgens het vierde lid van art. 10 Ontslagregeling[27] gaat deze termijn lopen op de datum van de beslissing van het UWV of de kantonrechter.[28] De werkgever dient bij een verzoek aan het UWV of de kantonrechter aannemelijk te maken dat aan de herplaatsingsplicht is voldaan binnen een redelijke termijn.[29] Bij de tweede voorwaarde dient betrokken te worden of een andere baan met behulp van scholing binnen de redelijke termijn tot een voor de werknemer passende baan te maken is.[30] Dit is verder uitgewerkt in art. 7:611a BW. Tot slot moet de herplaatsing in de rede liggen. Herplaatsing ligt in ieder geval 'niet in de rede' wanneer opzegging plaatsvindt wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, of het feit betreft dat de werknemer in detentie verblijft.[31] De Minister van SWZ kan nadere regels stellen ten aanzien van de herplaatsing van de werknemer, op grond van art. 7:699 lid 5 onder a BW.[32] Dit is gebeurd in art. 9 van de Ontslagregeling.[33]

§ 2.1.3 Eerste kenmerk: gesloten ontslagstelsel

Een kenmerk van het ontslag op werkgeversverzoek is de limitatieve opsomming van de redelijke gronden in art. 7:669 lid 3 BW. Voorheen gold een open norm in art. 7:685 BW, maar de wetgever vond deze onwenselijk. Een belangrijk doel van de Wwz is om juridisering van het ontslag tegen te gaan en de rechtszekerheid te bevorderen. Dit wordt bewerkstelligt door het opnemen van zo concreet mogelijke normen.[34]

In deze paragraaf wordt duidelijk dat sprake moet zijn van één van de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 BW. Daarnaast draagt de werkgever zorg voor voldoende onderbouwing van de ontslaggrond. Het gesloten ontslagstelsel wordt door de kantonrechter in ontbindingsverzoeken vanaf 1 juli 2015 strikt gehandhaafd. Uit jurisprudentie blijkt dat in het huidige ontslagrecht verschillende redenen die ieder voor zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, niet mogen worden samengeteld tot één redelijke grond.[35]

---

[23] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 47.
[24] Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG3269.
[25] *Stcrt.* 2015, 12685.
[26] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 8.
[27] *Stcrt.* 2015, 12685.
[28] Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht* 2015, art. 7:669 BW, aant. 2b.
[29] Zie toelichting op artikel 1 Ontslagregeling (*Stcrt.* 2015, 12685).
[30] Van Slooten, Zaal & Zwemmer, p. 9.
[31] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 85-86.
[32] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46.
[33] *Stcrt.* 2015, 12685.
[34] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 44.
[35] Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010 & Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.

In verschillende ontbindingsverzoeken droegen werkgevers hetzelfde feitencomplex aan ter onderbouwing van verschillende ontslaggronden. Deze ontbindingsverzoeken werden afgewezen, omdat geen duidelijk onderscheid werd gemaakt. Er dient gekozen te worden voor één grond, die op zichzelf voldoende voldragen moet zijn om tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen komen.

Beoordeeld moet dus worden of de door de werkgever aangedragen gronden ieder voor zich voldoende zijn om over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[36] Daarnaast is het voorgekomen dat de werkgever een beroep deed op de d- en g-grond, maar daarbij alleen feiten en omstandigheden had aangevoerd die zagen op de d-grond. In dit geval verwierp de kantonrechter direct het beroep op de g-grond.[37] Had de werkgever in dit geval de g-grond voldoende aannemelijk gemaakt met dezelfde feiten en omstandigheden, dan kon de kantonrechter ook op grond daarvan ontbinden. De eisen voor de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 zijn ontleend aan het Ontslagbesluit[38] en de door het UWV uitgevaardigde Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: Beleidsregels).[39] Dit was geldend recht tot 1 juli 2015.[40] De Ontslagregeling van 23 april 2015 is momenteel geldend recht, maar laat de persoonsgebonden gronden liggen en verwijst de rechter terug naar de Beleidsregels van vóór 1 juli 2015.[41] Zowel het Ontslagbesluit als de Beleidsregels zijn dus materieel gezien nog van belang. Vandaar dat deze in ogenschouw moeten worden genomen.[42] Dit komt voor de d-grond en g-grond tevens naar voren in jurisprudentie.[43]

De ontslaggronden zijn dus geen verandering volgens de wetgever, *"met dien verstande dat omwille van de consistentie, op onderdelen, formuleringen zijn aangepast (…)."*[44] De minister bedoelt hiermee dat de herplaatsingsplicht ook geldt voor de in de persoon van de werknemer gelegen gronden uit art. 7:669 lid 3 sub d t/m h BW. Dit was voorheen voor art. 7:669 lid 3 sub a t/m c BW al geregeld, maar voor de andere gronden niet. Voor dergelijk onderscheid bestaan geen goede redenen volgens de minister.[45] De ontslaggronden werden door het UWV al toegepast, maar nog niet (volledig) door de kantonrechter. Daarom heeft de wetgever in de toelichting uitdrukkelijk gesteld dat die vrijblijvendheid komt te vervallen: *"(…) nu deze criteria in de wet worden opgenomen en aldus ook door de rechter moeten worden toegepast."*[46]

§ 2.1.4 Tweede kenmerk: ondernemingsvrijheid van de werkgever

Een ander kenmerk is de ondernemingsvrijheid van de werkgever. Ondanks dat de gronden limitatief zijn opgesomd en dat deze redelijk moeten zijn, laat art. 7:669 lid 1 BW de ruimte voor de werkgever om tot ontslag te besluiten.[47] Hierdoor zal de kantonrechter de ontslaggronden marginaal toetsen.

---

[36] Rb. Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521, Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010 & Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666; Dekker, *TAP* 2016/1, p. 23.
[37] Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.
[38] Zie bijlage 1.
[39] Zie bijlage 2 t/m 5.
[40] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43.
[41] Verburg 2016, p. 102; Knipschild, *TAP* 2014/1, p. 39.
[42] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 98.
[43] Hof Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 & Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.
[44] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 43; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 56.
[45] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 43-44.
[46] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 44 ; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 56-57.
[47] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 44.

Deze houding is ook terug te vinden in de Ontslagregeling:[48]

"Zoals in de memorie van toelichting bij de Wwz aangegeven, moet er wel ruimte zijn voor de werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. De werkgever moet zijn onderneming zo kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook in het belang van het behoud van werkgelegenheid in meer algemene zin is. Bij de toetsing van die beslissing past dan ook een zekere mate van terughoudendheid. De werkgever moet zich wel verantwoorden voor zijn beslissing."

§ 2.2 Ontslagroutes

In paragraaf 2.2 worden achtereenvolgens de verschillende ontslagroutes besproken.

§ 2.2.1 UWV-procedure

In art. 7:671a lid 1 BW is geregeld dat de werkgever zich tot het UWV moet wenden als het gaat over ontslag op grond van art. 7:669 lid 3 sub a en b BW. Deze gronden hebben betrekking op het vervallen van arbeidsplaatsen en langdurige arbeidsongeschiktheid.

De reden dat het UWV deze ontslagen beoordeeld is gelegen in het feit dat het UWV meer ervaring heeft met bedrijfseconomische ontslagen en de daarbij te hanteren regels. Als het gaat om langdurige arbeidsongeschiktheid geldt dat het UWV daar al zicht op heeft vanuit zijn rol van poortwachter voor de Wet werk en inkomen (hierna: Wet WIA) en in een substantieel aantal van de gevallen de inschakeling van verzekerings- of arbeidsdeskundigen (van UWV) nodig zal zijn om tot een juist oordeel over het ontslag te komen.[49]

Er staat wel beroep open bij de kantonrechter na de beslissing van het UWV volgens art. 7:682 lid 1 en 7:671b lid 1 sub b BW.[50]

§ 2.2.2 Kantonrechter

Voor de gronden uit art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW moet een verzoek worden gedaan bij de kantonrechter. Dit is geregeld in art. 7:671b lid 1 sub a BW. Het voordeel hiervan is dat de rechter bij zijn beoordeling tevens de vraag kan betrekken of de werkgever een billijke vergoeding verschuldigd is vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en deze eventueel direct kan toekennen.[51] Verder is in art. 7:683 BW geregeld dat tegen elke beslissing van de kantonrechter hoger beroep en cassatie openstaat. Daarbij geldt dat de appelgrens moet zijn bereikt: de waarde van de gezamenlijke vorderingen moet ten minste €1.750,- belopen.[52]

§ 2.2.3 Beëindigingsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst kan ook worden beëindigd door middel van een beëindigingsovereenkomst of vaststellingsovereenkomst.[53] Wanneer sprake is van een beëindiging met wederzijds goedvinden wordt overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt op een afgesproken datum. Art. 7:670b lid 1 BW bepaalt dat de overeenkomst slechts geldig is wanneer deze schriftelijk is. In het tweede lid van dit artikel wordt de werknemer het recht toegekend om de beëindigingsovereenkomst binnen twee weken, zonder opgaaf van redenen, door middel van een schriftelijke verklaring buitengerechtelijk te ontbinden.

---

[48] Zie toelichting op artikel 1 Ontslagregeling (*Stcrt.* 2015, 12685).
[49] Bennaars, *TAP* 2014/1, p. 34.
[50] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 25.
[51] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 25.
[52] Van Genderen e.a. 2015, p. 207.
[53] Zie ook Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2015/2.6.

Omdat er geen sprake is van opzegging in de zin van art. 7:669 lid 1 BW hoeft er geen redelijke grond uit art. 7:669 lid 3 BW te worden aangedragen. Daarnaast geldt er ook geen herplaatsingsplicht en transitievergoedingsplicht.[54]

§ 2.2.4 Ontslag op staande voet

Het ontslag op staande voet is een andere vorm van opzegging. Hierbij wordt het dienstverband met onmiddellijke ingang beëindigd. Bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet moet zijn voldaan aan de strenge eisen uit art. 7:677 lid 1 BW:

1. het ontslag moet 'onverwijld' zijn gegeven;
2. er moet sprake zijn van een dringende reden voor het ontslag;
3. die ook 'onverwijld' aan de wederpartij is meegedeeld.[55]

§ 2.2.5 Opzegging met instemming

Zoals eerder kort besproken in paragraaf 2.1 kan de werknemer instemmen met het ontslag. Volgens art. 7:671 lid 1 BW geeft de individuele schriftelijke instemming van de werknemer de werkgever de bevoegdheid om zonder preventief toezicht de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Deze instemming kan, evenals bij de beëindigingsovereenkomst, zonder opgaaf van redenen binnen twee weken worden ingetrokken volgens lid 2 van art. 7:671 BW. De wetgever beoogt met deze bedenktermijnen te voorkomen dat de werkgever een werknemer, die heeft ingestemd met het ontslag, terwijl deze onvoldoende heeft kunnen overzien welke gevolgen de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst voor hem heeft, aan zijn verklaring kan houden.[56] Een beding wordt nietig verklaard, indien het recht om zich te beroepen wordt uitgesloten of beperkt. Dit staat omschreven in art. 7:671 lid 6 BW.[57]

§ 2.3 Tussenconclusie

De volgende deelvraag wordt in deze tussenconclusie kort en bondig beantwoord: *'Hoe ziet het huidige ontslagstelsel in Nederland eruit?'*

De kern van het nieuwe ontslagstelsel is te vinden in de artt. 7:669 lid 1 en 3 BW jo 7:671 lid 1 BW. Hieruit vloeit voort dat indien de werkgever geen instemming van de werknemer krijgt of vraagt, de arbeidsovereenkomst alleen kan worden opgezegd als daarvoor een redelijke grond is. De redelijke gronden zijn limitatief opgesomd in art. 7:669 lid 3 BW.

Geconcludeerd kan worden dat het gesloten ontslagstelsel strikt wordt gehandhaafd door de kantonrechter vanaf 1 juli 2015. Verschillende redenen die op zichzelf onvoldoende zijn, mogen namelijk niet worden samengeteld tot één redelijke grond. Het komt regelmatig voor dat werkgevers verschillende ontslagredenen aanvoeren met hetzelfde feitencomplex. Als dit feitencomplex niet één van de ontslaggronden voldoende kan onderbouwen, zal de kantonrechter het ontbindingsverzoek afwijzen.

Door de ondernemingsvrijheid van de werkgever geldt bij de toetsing van het ontbindingsverzoek een zekere mate van terughoudendheid. De kantonrechter zal marginaal toetsen.

De criteria die gelden voor de onderbouwing van de ontslaggronden zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en de door het UWV uitgevaardigde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.

---

[54] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 68-69.
[55] Van Genderen e.a. 2015, p. 255.
[56] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 56.
[57] Van der Grinten/Bouwens & Duk 2015, p. 361.

Zowel het Ontslagbesluit als de Beleidsregels Ontslagtaak UWV zijn materieel gezien nog van belang, omdat de nieuwe Ontslagregeling hiernaar terug verwijst. De herplaatsingsplicht uit art. 7:669 lid 1 BW kan worden gezien als een vast onderdeel van de onderbouwing voor alle ontslaggronden. Herplaatsing ligt in ieder geval ‘niet in de rede’ wanneer de opzegging plaatsvindt wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer of indien de werknemer in detentie verblijft.

Verder kent de Wwz een verplichte preventieve toetsing. Het is bij de preventieve toetsing afhankelijk van de ontslaggrond welke ontslagroute moet worden gevolgd. De in de persoon gelegen ontslagredenen (c- t/m h-grond) worden door de kantonrechter beoordeeld. De bedrijfseconomische ontslagredenen (a- en b-grond) worden beoordeeld door het UWV. De categorieën werknemers die zijn genoemd in art. 7:671 lid 1 BW zijn van een verplichte preventieve toetsing uitgesloten. Ook door middel van een schriftelijke instemming van de werknemer, een beëindigingovereenkomst of een ontslag op staande voet kan een preventieve toetsing worden vermeden.

Hoofdstuk 3 d-grond: ongeschiktheid bedongen arbeid

In dit hoofdstuk wordt ingezoomd op de d-grond uit art. 7:669 lid 3 BW, zowel op het toetsingskader uit de wet- en regelgeving als uit de jurisprudentie. In paragraaf 3.1 zal het juridisch kader worden geschetst. In paragraaf 3.2 worden de vereisten nader bekeken en in paragraaf 3.3 zal de jurisprudentie worden besproken. Tot slot zal in paragraaf 3.4 een tussenconclusie worden gegeven.

§ 3.1 Juridisch kader wet- en regelgeving

In art. 7:669 lid 3 sub d BW is de d-grond als volgt geformuleerd:

''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.''

Uit deze bepaling vloeien de volgende cumulatieve criteria voort:

- de werknemer moet ongeschikt zijn tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer;
- de werkgever moet de werknemer tijdig in kennis hebben gesteld en in voldoende mate de gelegenheid hebben gegeven om zijn functioneren te verbeteren;
- de ongeschiktheid van de werknemer mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever ten aanzien van scholing of andere arbeidsomstandigheden.

De criteria van de d-grond zijn ontleend aan het Ontslagbesluit[58] en de daarop gebaseerde Beleidsregels.[59] Volgens art. 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit kan de arbeidsverhouding met een werknemer die in onvoldoende mate aan de gestelde functie-eisen voldoet en derhalve ongeschikt is voor zijn functie, worden beëindigd.[60] De rechter zal aan de hand van het dossier beoordelen of de ongeschiktheid tijdig is gesignaleerd en of de werknemer is begeleid bij het verbetertraject.[61]

§ 3.1.1 Varianten van ongeschiktheid

Er zijn verschillende oorzaken en omstandigheden waardoor de werknemer niet aan de gestelde functie-eisen kan voldoen. Enerzijds kan ontevredenheid bestaan bij de werkgever over de functie-uitoefening.[62] Het is daarbij allereerst van belang dat deze functie-eisen duidelijk worden gemaakt. Dit kan door middel van een eenduidige functiebeschrijving met de daarbij behorende functie-eisen. De functie-eisen zullen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst of functiewijziging aan de werknemer kenbaar moeten zijn gemaakt. Daarnaast moet er sprake zijn van causaliteit tussen de functie-eisen waar de werknemer niet aan voldoet en de ongeschiktheid voor de functie.[63]

Anderzijds kunnen eigenschappen/gedragskenmerken die liggen in de persoon van de werknemer zorgen voor zijn ongeschiktheid.[64]

---

[58] Zie bijlage 1.
[59] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43-44; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 43.
[60] Zie bijlage 2, onder 25.1.
[61] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 130.
[62] Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.
[63] Zie bijlage 2, onder 25.2.
[64] Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.

Het gaat hierbij niet over het feit dat de werknemer niet voldoet aan de functie-eisen, maar om het karakter, gedrag en/of houding van de werknemer.[65] Het kan voorkomen dat deze in de persoon gelegen eigenschappen of gedragskenmerken niet bij de bedrijfscultuur of klantenkring van de werkgever past. Het is hierbij van belang dat wordt gekeken of voor het gedrag van de werknemer een verklaring bestaat, bijvoorbeeld privéomstandigheden.[66]

§ 3.2 Vereisten uit de wet- en regelgeving

In paragraaf 3.2 worden de vereisten van ontslag op grond van art. 7:669 lid 1 en lid 3 sub d BW nader bekeken en toegelicht.

§ 3.2.1 Ongeschiktheid bedongen arbeid

Het is voldoende dat de werkgever aannemelijk maakt dat er sprake is van ongeschiktheid van de werknemer. De ongeschiktheid dient voldoende concreet gemaakt te worden, omdat de rechter beoordeeld of het ontslag is te rechtvaardigen aan de hand van stellingen van de werkgever en hetgeen de werknemer daar tegenin brengt. De werkgever kan daartoe verschillende gegevens overleggen: correspondentie uit het dossier, gespreksverslagen, getuigenissen, een functiebeschrijving, de arbeidsovereenkomst, overzichten over loopbaanbegeleiding- en ontwikkeling, opleidingen, trainingen en evaluatiegesprekken.[67]

Het is daarnaast van belang hoelang er al sprake is van ongeschiktheid voor bedongen arbeid en of de werkgever concrete voorbeelden hiervan kan geven. Als de werkgever periodieke beoordelingen kent, welke de redelijke grond onderbouwen, is het raadzaam de rapportage hiervan over te leggen. Ter aanvulling zijn verslagen van tussenliggende gesprekken en samenvattingen daarvan van belang. De mate waarin beoordelingsgesprekken en verslagen van tussentijdse gesprekken bijdragen aan het aannemelijk maken van de ontslaggrond, is overigens relatief.[68] Hiermee wordt bedoelt dat het overleggen van dergelijke verslaggeving meehelpt, maar dat het niet van doorslaggevend belang wordt geacht.

Bij de beoordeling of sprake is van ongeschiktheid is het tevens relevant in hoeverre de werkgever verantwoordelijk kan worden gehouden voor het feit dat de werknemer niet meegroeit met zijn functie. Ook de duur van de functie-uitoefening kan hierbij een rol spelen. De ongeschiktheid zal minder snel worden aangenomen als de werknemer een bepaalde functie al lange tijd naar tevredenheid heeft vervult.[69]

§ 3.2.2 Verbetertraject

Het is belangrijk dat de werkgever voorafgaand aan het ontbindingsverzoek heeft gesproken met de werknemer over zijn ongeschiktheid, omdat voor de werkgever een waarschuwingsplicht geldt.[70] Verder moet de werkgever de werknemer de mogelijkheid geven om zijn functioneren te verbeteren. De werkgever kan ook een alternatieve functie aanbieden aan de ongeschikte werknemer.[71] Voor de inhoud van het verbetertraject zijn geen richtlijnen of exacte regels opgesteld. De werknemer dient een reële kans te krijgen om zichzelf te verbeteren. Daarnaast is de werkgever verplicht tot voldoende contact met de werknemer. De hoofdregel is één functioneringsgesprek en één beoordelingsgesprek per jaar.

---

[65] Rb. Overijssel 8 februari 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP3609.
[66] Zie bijlage 2, onder 25.2.; Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 130.
[67] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 130.
[68] Zie bijlage 2, onder 25.3.
[69] Zie bijlage 2, onder 25.3.
[70] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 107.
[71] Zie bijlage 1, p. 8.

Als sprake is van ongeschiktheid voor bedongen arbeid zijn er meerdere gesprekken nodig, omdat het van belang is om de oorzaak daarvan te achterhalen.[72] Dit contact moet zijn gericht op de verbetering en mag zich niet beperken tot het enkele registreren of rapporteren van het tekortschietende functioneren.[73] Daarnaast kan het voor de werkgever van belang zijn om aan loopbaanbegeleiding (-en ontwikkeling) te doen. Hierbij moet worden gedacht aan training en opleiding van de werknemer, het laten doen van een beroepskeuzetest en het voeren van tussentijdse evaluatiegesprekken.[74]

Volgens de literatuur kan een gestructureerd verbetertraject er als volgt uit zien:[75]

- Opstellen schriftelijk verbeterplan;
- Adequate begeleiding van de werknemer;
- Voldoende tijd en gelegenheid bieden om te verbeteren (3-6 maanden);
- Regelmatige evaluaties (1x per week);
- Schriftelijke vastleggingen van de voortgang;
- Conclusie na looptijd verbeterplan;
- Einde traject met goede afloop of eventuele vervolgmaatregelen.

§ 3.2.3 Onvoldoende aandacht voor scholing en andere arbeidsomstandigheden

De werkgever moet voldoende zorg besteden aan de werknemer op het gebied van scholing en andere arbeidsomstandigheden. Onvoldoende zorg hieromtrent mag niet de oorzaak zijn van de ongeschiktheid van de werknemer.

Nadat de woorden 'al dan niet met behulp van scholing' al in art. 7:669 lid 1 BW waren voorgesteld, heeft de Tweede Kamer een amendement aangenomen. Dit heeft geleid tot art. 7:611a BW en dat luidt als volgt:[76]

"De werkgever stelt de werknemer in staat scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen."

Volgens de indieners van dit amendement sloot bovenstaande aan op de d-grond.[77] Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is door de regering medegedeeld dat wanneer het onvoldoende functioneren van de werknemer een duidelijk gevolg is van te weinig scholing, dit de werkgever kan worden aangerekend en er geen sprake is van een redelijke grond voor ontslag.[78] De ongeschiktheid van een werknemer komt dus voor verantwoordelijkheid van de werkgever indien dit duidelijk het gevolg is van onvoldoende aandacht voor scholing.[79] Daarnaast moet door de werkgever voldoende zorg worden gedragen voor andere arbeidsomstandigheden, zoals een consistent arbobeleid.[80]

---

[72] 'Checklist disfunctioneren voor werkgevers: van preventie tot effectieve maatregelen', *Tavasszy advocatenkantoor,* www.tavasszy.nl (zoek op verbetertraject).
[73] Zie bijlage 2, onder 25.5.
[74] Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2015, p.161.
[75] 'Checklist disfunctioneren voor werkgevers: van preventie tot effectieve maatregelen', *Tavasszy advocatenkantoor,* www.tavasszy.nl (zoek op verbetertraject).
[76] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 10.
[77] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 29, p. 2.
[78] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 50; Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 56.
[79] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 45; Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p.131.
[80] Zie bijlage 2, onder 25.6.

§ 3.2.4 Herplaatsing

De herplaatsingsplicht is besproken in paragraaf 2.1.2 en geldt ook bij de d-grond.[81] Bij het onderzoek naar de mogelijkheid tot herplaatsing van de werknemer speelt de scholingsverplichting ook een rol.[82] Hierbij wordt gekeken of een andere baan met behulp van scholing tot een voor de werknemer passende baan kan worden gemaakt.[83]

§ 3.3 Juridisch kader uit de jurisprudentie

In paragraaf 3.1 en 3.2 is het toetsingskader uit de wet- en regelgeving uiteengezet omtrent de d-grond uit art. 7:669 lid 3 BW. Het juridisch kader dat is af te leiden uit de jurisprudentie zal in deze paragraaf uiteen worden gezet. Hierbij wordt gebruik gemaakt van recente jurisprudentie die vanaf 1 juli 2015 over de d-grond is gepubliceerd.

De rechter dient te beoordelen of de werkgever heeft voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en 3 sub d BW. De rode draad uit de jurisprudentie met betrekking tot deze vereisten ziet er als volgt uit:

- er dient sprake te zijn van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer;
- de werkgever dient de werknemer hiervan tijdig in kennis te hebben gesteld;
- de werkgever moet de werknemer op een zorgvuldige wijze invoeren in een verbetertraject, waarbij inzichtelijk gemaakt wordt waaruit de kritiek op het functioneren precies bestaat en hem aan de hand van concrete doelstellingen een behoorlijke gelegenheid bieden tot verbetering[84];
- de ongeschiktheid mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing of andere arbeidsomstandigheden;
- herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie is niet mogelijk, of ligt niet in de rede.[85]

In deze paragraaf komen de aandachtspunten uit de jurisprudentie aan bod met betrekking tot deze vereisten.

§ 3.3.1 Ongeschiktheid bedongen arbeid

Uit jurisprudentie blijkt dat het bij ongeschiktheid voor bedongen arbeid moet gaan om het op een onjuiste wijze vervullen van taken en/of het in onvoldoende mate voldoen aan de functie-eisen.[86] Allereerst is het van belang dat uit het dossier en het verhandelde ter zitting naar voren komt, dat de werknemer niet voldoende functioneert.[87] De ongeschiktheid van de werknemer kan worden aangetoond aan de hand van verslaglegging van hetgeen tussen partijen besproken is (waar de ongeschiktheid uit blijkt).[88]

---

[81] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 85.
[82] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 131.
[83] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 9.
[84] Rb. Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3412 & Rb. Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135.
[85] Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296 & Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.
[86] Rb. Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.
[87] Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.
[88] Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

De rechters hechten, in tegenstelling tot de Beleidsregels,[89] veel waarde aan verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken en mailverkeer/correspondentie waarin aanknopingspunten van ongeschiktheid naar voren komen.[90] De verslaglegging moet zijn voorzien van concrete voorbeelden aan de hand waarvan op een inzichtelijke wijze is toegelicht waar het precies aan schort en wat de werkgever precies van zijn werknemer in zijn functie verwachtte.[91]

Voor wat betreft tussen partijen bestaande mogelijke verschillen van mening over de wijze waarop de functie moet worden uitgeoefend geldt, dat het in beginsel tot de vrijheid van de werkgever behoort om de in zijn organisatie te verrichten werkzaamheden naar eigen inzicht vorm te geven en te organiseren. De werkgever heeft dus een zekere mate van vrijheid bij het beoordelen van de werknemers voor wat betreft de wijze waarop zij de werkzaamheden uitvoeren en bij het al of niet bekwaam achten van een werknemer voor zijn functie. De kantonrechter toetst daarbij slechts marginaal of de gestelde eisen redelijk zijn.[92]

§ 3.3.2 Tijdig in kennis stellen

De werkgever moet de werknemer tijdig in kennis stellen van het feit dat de werknemer ongeschikt wordt geacht. De kantonrechter kan aan de hand van verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken beoordelen of de werkgever tijdig de werknemer in kennis heeft gesteld van zijn ongeschiktheid.[93] Wanneer de werkgever (herhaaldelijk) de werknemer heeft aangesproken op zijn functioneren, is aan dit vereiste voldaan.[94] De opmerking van de werknemer dat hij voor een bepaalde tijd de werkzaamheden wél naar volle tevredenheid heeft verricht, treft geen doel.[95] Wanneer de werknemer een lange periode niet is aangesproken op zijn ongeschiktheid, doet dat niet af aan de ongeschiktheid in de periode ervoor of erna. Dat een werknemer een periode niet is aangesproken op zijn ongeschiktheid, kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door extreme werkdrukte of een verhuizing.[96] De werknemer dient wel te alle tijde de gelegenheid te worden gesteld zijn eigen visie omtrent het functioneren te geven.[97]

Het is voorgekomen dat de werkgever verklaarde dat hij nooit officiële functioneringsgesprekken houdt en dat hij niet aan ‘dossiervorming’ doet omdat zijn bedrijf daarvoor te klein is en hij het daarvoor te druk heeft. Dit komt voor rekening en risico van de werkgever. Ook kleine bedrijven moeten volgens de kantonrechter zorgen voor een voldoende onderbouwing van de ontslaggrond.[98]

---

[89] Zie bijlage 2, onder 25.3.

[90] Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:GHAMS:2016:657, Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663, Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404 & Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.

[91] Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119 & Rb. Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044.

[92] Rb. Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135.

[93] Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

[94] Rb. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

[95] Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297 & Rb. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

[96] Rb. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

[97] Rb. Zeeland- West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152 & Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404.

[98] Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

§ 3.3.3 Verbetertraject

Voor een geslaagd beroep op de d-grond moet een werkgever hebben getracht het functioneren van de werknemer te verbeteren door middel van een verbetertraject. In deze paragraaf worden achtereenvolgens de belangrijkste vereisten omtrent het verbetertraject uiteengezet.

§ 3.3.3.1 Concreet, schriftelijk & persoonlijk

De kantonrechter acht bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek gebaseerd op de d-grond van groot belang dat de werkgever de werknemer in kwestie schriftelijk duidelijk heeft gemaakt wat concreet de verbeterpunten zijn.[99] Deze verbeterpunten mogen specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdsgebonden (hierna: SMART) worden geformuleerd.[100] Dit wordt doorgaans gedaan door het opstellen van een verbeterplan. Wanneer een verbeterplan door partijen niet als zodanig is benoemd, neemt dat niet weg dat een verbetertraject heeft plaatsgevonden. Een verbetertraject kan immers ook op een informele wijze plaatsvinden.[101] Ook de term 'verbeterpunten' is vervangbaar voor 'ontwikkelpunten' of 'tekortkomingen'.[102] Daarnaast dient het verbeterplan persoonlijk te zijn. Dit houdt in dat een verbeterplan geen 'allesomvattend voorschrift' mag zijn over de wijze waarop de werkzaamheden uitgeoefend dienen te worden. Dat is volgens de kantonrechter niet voldoende om de arbeidsovereenkomst te kunnen ontbinden.[103] Naast concrete verbeterpunten staan in het verbeterplan ook de aanpak en het tijdsbestek omschreven.[104]

Het opstellen van een verbeterplan is een evenwichtige gezamenlijke verantwoordelijkheid van de werkgever en de werknemer. Het is geen probleem als de werknemer zelf het verbeterplan opstelt, maar de werkgever is uiteindelijk in overwegende mate verantwoordelijk voor de totstandkoming van een goed plan. Wanneer de werknemer het nalaat om een verbeterplan op te stellen of het opstellen duurt te lang, dan moet de werkgever zijn verantwoordelijkheid nemen en meer ondersteuning en begeleiding bieden. Desnoods stelt de werkgever alsnog zelf het verbeterplan op. De werkgever blijft dus eindverantwoordelijk voor het verbeterplan.[105]

Het kan voorkomen dat een werkgever al langere tijd coaching- en verbetertrajecten heeft ingezet die zorgvuldig zijn gedocumenteerd, maar waaraan de consequentie van beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet is verbonden. Dit komt niet voor rekening van de werkgever, omdat de werknemer door alle voorafgaande trajecten heeft moeten begrijpen dat de werkgever ontevreden was over zijn functioneren.[106]

§ 3.3.3.2 Begeleiding en/of coaching

De werknemer dient, ondersteund door zijn werkgever, gedurende een zekere periode een reële mogelijkheid te worden geboden om zijn functioneren te verbeteren.

---

[99] Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152.
[100] Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010 & Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.
[101] Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.
[102] Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.
[103] Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.
[104] Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.
[105] Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.
[106] Rb. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

Wanneer de werknemer dan nog steeds geen blijk geeft aan de functie-eisen te kunnen voldoen, kan het functioneren van de werknemer als grondslag voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst dienen.[107] Uit de jurisprudentie volgt dat de kantonrechter voornamelijk veel waarde hecht aan het aanbieden van coaching en/of begeleiding.[108]

Aangenomen werd eerst dat een ondergrens van 3 tot 6 maanden geldt voor een verbetertraject.[109] Wanneer sprake is van een lang dienstverband en het gegeven dat niet is gebleken van eerdere ongeschiktheid voor de functie, mogen zware eisen worden gesteld om het tekortschietende functioneren te verbeteren en om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te voorkomen.[110] Een verbetertraject met een lengte van 6 tot 12 maanden is dan ook geen uitzondering.[111] Hiertegenover staat een uitspraak waarbij het hof bij de beoordeling van de d-grond de lengte van het verbetertraject niet afhankelijk stelt van de duur van het dienstverband. In dit geval was de werknemer 35 jaar in dienst, maar pas de laatste 12 jaar in een leidinggevende functie.[112] Het hof acht voor de beoordeling van de kwaliteit van het verbetertraject de totale duur van het dienstverband niet van doorslaggevend belang. In dit geval laat het hof ook de verantwoordelijkheid van de werkgever voor andere medewerkers zwaar meewegen. Die verantwoordelijkheid beperkt zich volgens het hof niet alleen tot het functioneren van betrokken werknemer maar strekt zich ook uit tot het ‘‘functioneren en de arbeidsomstandigheden van de andere personeelsleden’’. Deze verantwoordelijkheid kan volgens het hof een rechtvaardiging opleveren voor de ‘korte’ duur van een verbetertraject, juist wanneer het gaat om een leidinggevende.[113] Daarnaast moet de werkgever een groot vertrouwen kunnen stellen in het op alle essentiële onderdelen adequaat functioneren van een werknemer met een leidinggevende functie. Met name de verantwoordelijkheid voor het in alle opzichten goed draaien van de afdeling wordt van groot belang geacht door de kantonrechter. Het niet voldoen aan de eisen van een dergelijke spil in de organisatie heeft niet alleen directe gevolgen voor het team, maar bijvoorbeeld ook voor cliënten.[114]

Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter geen rekening houdt met het feit dat de werknemer tijdens een verbetertraject maar voor 70% werkte, vakantie heeft gehad en één week ziek is geweest.[115] De kantonrechter hecht daarentegen veel waarde aan het feit dat de werknemer recent een promotie of bonus heeft gekregen.[116]

§ 3.3.3.3 Tussentijdse evaluaties en eindgesprek

Uit jurisprudentie blijkt dat dat de werkgever er goed aan doet om tussentijdse evaluaties te houden.[117] Daarnaast is het van belang dat het verbetertraject wordt afgesloten met een eindgesprek.[118] Door middel van een eindmeting kan worden bepaald of het verbetertraject goed door de werknemer is afgesloten.

---

[107] Rb. Zeeland- West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152.
[108] Rb. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.
[109] ‘Hoe lang moet het verbetertraject duren?’, *JPR* 23 september 2016, www.jpr.nl (zoek op *verbetertraject).*
[110] Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.
[111] ‘Hoe lang moet het verbetertraject duren?’, *JPR* 23 september 2016, www.jpr.nl (zoek op *verbetertraject).*
[112] Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.
[113] Helstone, *JAR* 2016/74, p. 1.
[114] Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.
[115] Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:GHAMS:2016:657.
[116] Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.
[117] Rb. Noord-Nederland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:215:5493 & Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:GHAMS:2016:657.
[118] Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:GHAMS:2016:657.

Als het verbetertraject met goed gevolg is afgesloten, maar de werknemer valt terug in zijn oude gedrag dan moet de werkgever ervoor zorg dragen dat de werknemer hierop wordt aangesproken. Het is aan te raden om hier gespreksverslagen van op te stellen en opnieuw een coaching of verbetertraject te starten.[119]

§ 3.3.4 Onvoldoende zorg & herplaatsingsplicht

Deze laatste twee vereisten worden door de kantonrechter vaak gezamenlijk besproken in één rechtsoverweging. Uit de uitspraken waarin de kantonrechter toekomt aan de beoordeling van deze twee vereisten blijkt dat problemen hieromtrent gering zijn. Hierin staat telkens een korte passage met daarin dat niet gebleken is dat de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing of andere omstandigheden. Met betrekking tot de herplaatsingsplicht wordt door de kantonrechter uiteengezet of deze wel of niet in de rede ligt en eventueel of deze wel of niet mogelijk is.[120] In sommige gevallen wordt alleen de herplaatsingsplicht kort besproken.[121] Ook daarvan blijkt het praktische belang gering.

§ 3.4 Tussenconclusie

Deze tussenconclusie geeft een antwoord op de vraag welk juridisch toetsingskader is af te leiden uit de wet- en regelgeving en jurisprudentie omtrent de d-grond. De d-grond is beschreven in art. 7:669 lid 3 sub d BW en heeft betrekking op een werknemer die ongeschikt is voor bedongen arbeid.

Een werkgever dient door middel van een dossier aannemelijk te maken dat de werknemer niet geschikt is voor bedongen arbeid. Het kan daarbij gaan om een werknemer die zijn taken op een onjuiste manier vervult en/of een werknemer die in onvoldoende mate voldoet aan de functie-eisen. Uit jurisprudentie blijkt dat veel waarde wordt gehecht aan verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken. Ook mailverkeer/correspondentie kunnen aanknopingspunten zijn waaruit de ongeschiktheid blijkt. Daarnaast is het van groot belang dat de werkgever in het dossier concrete voorbeelden opneemt, waaruit de ongeschiktheid van de werknemer blijkt.

Door middel van de verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken beoordeelt de rechter ook of de werkgever de werknemer tijdig in kennis heeft gesteld. De werkgever dient de werknemer namelijk (herhaaldelijk) aan te spreken op het functioneren. De richtlijn is één functioneringsgesprek en één beoordelingsgesprek per jaar.

Verder zal de werkgever de werknemer een reële kans moeten bieden om het functioneren te verbeteren. Wanneer de werkgever een persoonlijk, concreet en schriftelijk verbeterplan heeft opgesteld en hij de werknemer coaching en/of begeleiding heeft aangeboden, is doorgaans voldaan aan dit vereiste. Bij een kort dienstverband geldt voor de lengte van een verbetertraject een ondergrens van 3 tot 6 maanden en voor een lang dienstverband 6 tot 12 maanden. Het hof Arnhem-Leeuwarden acht overigens de lengte van het dienstverband niet van doorslaggevend belang.

---

[119] Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

[120] Rb. Noord-Nederland 7 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1659, Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297, Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296, Rb. Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135, Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909, Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152 & Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

[121] Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, Rb. Limburg 6 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9608, Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404 & Rb. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.

Wanneer de ongeschikte werknemer een leidinggevende functie bekleedt, kan dit volgens het hof een rechtvaardiging zijn voor een ‘kort’ verbetertraject.

Tot slot kan geconcludeerd worden dat de rechter geen rekening houdt met het feit dat een werknemer tijdens het verbetertraject niet volledig aan het werk is geweest. De rechter hecht daarentegen veel waarde aan het feit of een ‘ongeschikte’ werknemer recent een promotie of bonus heeft gekregen.

Hoofdstuk 4 g-grond: verstoorde arbeidsverhouding

In dit hoofdstuk staat de g-grond centraal. Het toetsingskader uit de wet- en regelgeving en de jurisprudentie met betrekking tot deze grond zal worden besproken. Allereerst komt het juridisch kader aan bod in paragraaf 4.1. Gevolgd door paragraaf 4.2 waarin de vereisten nader bekeken zullen worden. In paragraaf 4.3 zal worden aangestipt waar de rechter rekening mee houdt bij zijn beoordeling. Vervolgens zal over worden gegaan tot de bespreking van de jurisprudentie in paragraaf 4.4. In paragraaf 4.5 zal een tussenconclusie worden gegeven.

§ 4.1 Juridisch kader wet- en regelgeving

In art. 7:669 lid 3 sub g BW is de g-grond als volgt geformuleerd:

"Een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."

Uit de Beleidsregels vloeien de volgende cumulatieve criteria voort:[122]

- aannemelijk dient te worden gemaakt dat sprake is van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding en
- dat herstel van de relatie, al dan niet via overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk is.

Onder het oude recht gold als voorwaarde voor toestemming voor ontslag dat de verstoring 'ernstig en duurzaam' moest zijn. Het tweede criterium was dat herstel van de relatie, al dan niet via overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk was. Deze criteria zijn afkomstig uit art. 5:1 lid 4 van het Ontslagbesluit.[123] Volgens de MvT gelden deze criteria nog steeds en komen tot uitdrukking in de formulering: 'zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Echter dient de arbeidsovereenkomst ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding te kunnen worden beëindigd, mits de ernst daarvan zodanig is dat voortzetting in redelijkheid niet kan worden gevergd van de werkgever.[124]

§ 4.1.1 Varianten van een verstoorde arbeidsverhouding

Het ontbindingsverzoek gebaseerd op de g-grond dient aan te geven waaruit de verstoring blijkt. Hieraan kunnen tal van oorzaken ten grondslag liggen.[125] Allereerst kan sprake zijn van een verstoorde arbeidsverhouding door onverenigbaarheid van karakters of een door diverse oorzaken geschonden vertrouwensband. Het kan ook het gevolg zijn van een concreet voorval of een concrete oorzaak, zoals een schorsing of non-actiefstelling.[126] Ook in een ontslagprocedure (voor zover vereist) na een ontslag op staande voet wordt de verstoorde arbeidsverhouding regelmatig aangevoerd als motief. Partijen kunnen dan niet meer met elkaar samenwerken door alles wat voorafging. Daarnaast komt het ook voor dat een ontslagaanvraag op grond van bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid (a- en b-grond) wordt afgewezen. Dit leidt soms tot een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat de werkgever de arbeidsovereenkomst op de g-grond wilt laten ontbinden. Verder kan de werkgever een situatie schetsen waarin een bepaald voorval de bekende druppel is die de emmer deed overlopen.[127]

---

[122] Zie bijlage 3, onder 27.2.
[123] Zie bijlage 3, onder 27.2.
[124] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46.
[125] Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2015, p. 68.
[126] Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMDNE:2014:7391.
[127] Zie bijlage 3, onder 27.4.

Eerdere gebeurtenissen zijn afzonderlijk niet voldoende voor een voldragen g-grond, maar gezamenlijk maken zij aannemelijk dat er sprake is van een duurzaam en ernstig verstoorde arbeidsverhouding.[128] De verstoorde arbeidsverhouding is ook op verschillende niveaus mogelijk. De arbeidsverhouding tussen de werknemer en de werkgever (of leidinggevende van de werknemer) kan verstoord zijn, maar er kan ook sprake zijn van een verstoring in de verhoudingen tussen de werknemer en één of meer collega's. Hoewel bij een verstoorde arbeidsverhouding tussen twee collega's geen sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding in de zin van art. 7:669 lid 3 sub g BW, kan een verstoorde relatie tussen beide werknemers tot gevolg hebben dat de arbeidsverhouding tussen de werkgever en één of beide betrokken werknemers eveneens 'ernstig en duurzaam' verstoord raakt. Deze doorwerking kan leiden tot een zodanig duurzame en ernstig verstoorde arbeidsverhouding tussen de werkgever enerzijds en één of beide werknemers anderzijds dat werkgever één of beide werknemers voordraagt voor ontslag.[129]

§ 4.2 Vereisten uit de wet- en regelgeving

Het Ontslagbesluit dat tot 1 juli 2015 geldend was, bepaalde dat de werkgever aannemelijk diende te maken dat sprake was van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding. De regering deelde tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz mede dat deze voorwaarde zou blijven gelden.[130] Ook blijven na 1 juli 2015 de Beleidsregels bruikbaar bij de beoordeling of sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding.[131]

§ 4.2.1 Verstoring voldoende concreet maken

Harde bewijzen zijn niet nodig om aan te tonen dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Wanneer de werkgever de verstoorde arbeidsverhouding aannemelijk maakt, is dat voldoende. De kantonrechter kan aan de hand van de aangevoerde ontslagmotieven en het daartegen gevoerde verweer tot het oordeel komen dat bepaalde stellingen voldoende aannemelijk zijn geworden. De werkgever zal de verstoorde arbeidsverhouding goed moeten onderbouwen, zodat de verstoring voldoende concreet is gemaakt.[132] Indien het ontbindingsverzoek geheel onverwachts komt voor de werknemer, zal een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding niet snel worden aangenomen.[133] De waarde van bepaalde feiten en omstandigheden uit een dossier kan soms onduidelijk zijn. Het is in ieder geval van belang dat ingebrachte getuigenverklaringen met de nodige terughoudendheid worden bekeken.[134]

§ 4.2.2 Ernstig en duurzaam

Essentieel in de beoordeling is of de arbeidsverhouding 'ernstig en duurzaam' verstoord is, zodanig dat herstel niet meer mogelijk is.[135] Waarom de arbeidsverhouding 'ernstig en duurzaam' verstoord is, moet blijken uit het aanwezige feitencomplex. Om aannemelijk te maken dat sprake is van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding, moet de werkgever ook kunnen aantonen dat pogingen zijn ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren.[136] Dit kan bijvoorbeeld door middel van het voeren van gesprekken met de betrokkenen of door mediation.

---

[128] Rb. Amsterdam 12 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3773.
[129] Zie bijlage 3, onder 27.4b.
[130] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 137.
[131] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.
[132] Zie bijlage 3, onder 27.3.
[133] Zie bijlage 3, onder 27.4c.
[134] Zie bijlage 3, onder 27.8.
[135] Zie bijlage 3, onder 27.2.
[136] Zie bijlage 3, onder 27.6.

Wanneer de werknemer alleen erkent dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding betekent dit niet automatisch dat er een voldragen redelijke grond aanwezig is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De aannemelijkheid van de verstoorde arbeidsverhouding wordt uiteraard wel vergroot door dergelijke erkenning. De kantonrechter wordt hierdoor niet ontslagen van de verplichting om zelf ambtshalve te toetsen of deze grond voldoende aannemelijk is geworden. Hetzelfde geldt wanneer beide partijen stellen dat herstel van de relatie of herplaatsing niet mogelijk is. In dit geval dient de kantonrechter zelfstandig te onderzoeken waarom dat niet mogelijk is.[137]

Ingeval het een verstoorde arbeidsverhouding tussen twee werknemers betreft, geldt voor de werkgever een extra onderbouwingsverplichting. Dit komt doordat een verstoorde arbeidsverhouding tussen twee collega's niet per definitie een verstoorde arbeidsverhouding met de werkgever met zich meebrengt. De werkgever kan in overleg met de werknemers samenwerkingsafspraken maken en/of mediation laten plaatsvinden. Als dit niet voldoende tot resultaat leidt, moet de werkgever in ieder geval kunnen aantonen dat hij er alles aan heeft gedaan om de samenwerkingsproblemen op te lossen. Daarnaast geldt de herplaatsingsverplichting en dus moet de werkgever aannemelijk maken dat een overplaatsing van de werknemer (naar een andere afdeling of filiaal) niet in de rede ligt of niet behoort tot de mogelijkheden.[138] Hieruit volgt dat de omvang van de onderneming en het personeelsbestand van de werkgever een rol speelt bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek gebaseerd op de g-grond. In de Beleidsregels worden voorbeelden genoemd van speciale situaties waarin een conflict tussen twee collega's aanleiding kon zijn voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van de g-grond. Hiervan kan sprake zijn indien de ene werknemer zich jegens de andere werknemer schuldig had gemaakt aan seksuele intimidatie, wanneer sprake was van een affectieve relatie (of beëindiging daarvan) tussen twee werknemers of wanneer tussen de werkgever en de werknemer of twee werknemers een verstoorde familierelatie bestond.[139]

§ 4.2.3 Herplaatsingplicht

De verwijtbaarheid van de verstoring van de arbeidsverhouding aan de zijde van werknemer, vormt bij deze ontslaggrond geen toetsingscriterium. Daardoor geldt in beginsel ook bij een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding dat de werkgever aannemelijk moet maken dat is voldaan aan de herplaatsingsplicht, zoals beschreven in paragraaf 2.1.2.[140] De kans is groot dat herplaatsing niet in de rede ligt bij een verstoorde arbeidsverhouding, maar dit kan anders zijn als de verstoring zich voordoet tussen werknemers onderling.[141]

§ 4.3 Overige aandachtspunten Beleidsregels

In deze paragraaf wordt kort aangestipt waarmee de kantonrechter volgens de Beleidsregels rekening dient te houden bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst op de g-grond.

§ 4.3.1 Redelijkheidstoets

Wanneer een ontbindingsverzoek wegens een verstoorde arbeidsverhouding wordt beoordeeld, dan komt de redelijkheid in volle omvang naar voren. Alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen.

---

[137] Zie bijlage 3, onder 27.5.
[138] *Handelingen II,* 2013/14, 54, item 9, p. 20.
[139] Zie bijlage 3, onder 27.4.
[140] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 45-46.
[141] *Handelingen II,* 2013/14, 54, item 9, p. 20.

Factoren die hierbij een rol kunnen spelen zijn:

- het arbeidsverleden van werknemer, zoals de duur van het dienstverband en zijn staat van dienst;
- de leeftijd van de werknemer;
- de arbeidsmarktpositie van de werknemer;
- de omvang van de onderneming (zijn er meerdere vestigingen/filialen);
- de omvang van het personeelsbestand;
- of, al dan niet op advies van de arbodienst, mediation is beproefd;
- of de werkgever een alternatieve functie heeft aangeboden.[142]

§ 4.3.2 Tweede ronde hoor & wederhoor

Het kan noodzakelijk zijn om met partijen een tweede ronde van hoor en wederhoor te doen. Dit is het geval wanneer de werknemer aangeeft de arbeidsverhouding graag te willen voortzetten, omdat hij nog mogelijkheden ziet ter verbetering van de verhouding. In dat geval kan de kantonrechter tijdens een hoorzitting beoordelen of herstel van de arbeidsverhouding mogelijk is. Wanneer tijdens de hoorzitting blijkt dat herstel nog mogelijk is, kan de kantonrechter het ontbindingsverzoek weigeren of de werkgever trekt zijn verzoek in. Tijdens de hoorzitting kan ook blijken dat herstel niet meer mogelijk is. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ligt dan in de rede, mits is voldaan aan de andere criteria.[143]

§ 4.3.3 Ernstig verwijtbaar handelen

De verstoorde arbeidsverhouding is een zelfstandige ontslaggrond en staat los van de schuldvraag. Art. 7:669 lid 3 sub g BW is geen vrijbrief voor de werkgever om bij afwezigheid van een andere grond, een verstoring te veroorzaken in de arbeidsverhouding.[144] Wanneer dit wel het geval is, zal veelal geconcludeerd moeten worden dat niet aan de redelijkheidsnorm van de g-grond is voldaan. Als de rechter overgaat tot ontbinding, mag in die situatie al snel worden aangenomen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Er kan dan naast de inwilliging van het ontbindingsverzoek een billijke vergoeding worden toegekend aan de werknemer.[145] Onder het nieuwe recht moet namelijk sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever voordat de rechter de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen bovenop de transitievergoeding volgens art. 7:671b lid 8 BW.[146]

De MvT zegt hierover:[147]

"Als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In dat geval kan de kantonrechter aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen."

---

[142] Zie bijlage 3, onder 27.7.
[143] Zie bijlage 3, onder 27.7.
[144] Sagel 2014, p. 11; Houweling 2015, p. 806; Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 138-139.
[145] *Handelingen I,* 2013/14, 32, item 14, p. 10-11.
[146] Van der Grinten/Bouwens & Duk 2015, p. 435; Knipschild, *TAP* 2014/1, p. 40.
[147] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32 en 34.

Voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen:

- Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
- Als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbare situatie ontstaat en niet anders rest dan ontslag;
- Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
- De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;
- De situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor arbeidsomstandigheden.

De regering acht het van belang dat alleen een billijke vergoeding wordt toegekend waar het ontslag is toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever.[148]

§ 4.4 Juridisch kader uit de jurisprudentie

In paragraaf 4.1 t/m 4.3 is het juridisch kader uit de wet- en regelgeving uiteengezet omtrent de g-grond uit art. 7:669 lid 1 en 3 sub g BW. Het juridisch kader dat is af te leiden uit de jurisprudentie wordt in deze paragraaf besproken. Hierbij zal gebruik gemaakt worden van jurisprudentie die vanaf 1 juli 2015 over de g-grond is gepubliceerd.

§ 4.4.1 Uitgangspunt

De kantonrechter neemt als uitgangspunt dat uit art. 7:669 lid 3 sub g BW volgt dat van de hierin genoemde ‘redelijke grond’ voor ontbinding slechts sprake kan zijn indien een verstoorde arbeidsverhouding zodanig is dat van een werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[149] Als eerste moet de kantonrechter aan de hand van gesubstantieerde feiten en omstandigheden kunnen vaststellen dat sprake is van een zodanig zware en duurzame verstoring, dat de arbeidsverhouding niet kan worden voortgezet.[150] Vervolgens moet de werkgever aannemelijk maken dat hij zich reëel, redelijk en concreet heeft ingespannen om de vermeende verstoring te herstellen, maar dat deze inspanning geen resultaat heeft opgeleverd.[151] Gelet op de ingrijpende gevolgen van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor een werknemer, mag niet snel worden aangenomen dat niet meer van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.[152]

---

[148] Hof ‘s-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.

[149] Rb. Noord-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:440, Rb. Noord- Nederland 24 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4508 & Rb. Midden-Nederland 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.

[150] Rb. Noord-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:440 & Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2770.

[151] Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666, Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2770 & Rb. Noord- Nederland 24 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4508.

[152] Rb. Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044.

§ 4.4.2 Ernstig & duurzaam

Het staat voor de kantonrechter meestal vast dat sprake is van enige verstoring, ongeacht de betwisting daarvan.[153] Zoals besproken in paragraaf 4.2.2 moet echter sprake zijn van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding.

Wanneer uit overgelegde stukken en tijdens de mondelinge behandeling blijkt dat er tussen partijen diverse geschilpunten, frustraties en fricties bestaan, betekent dat niet direct dat de arbeidsverhouding duurzaam verstoord is.[154] Volgens de MvT behoeft minder waarde te worden gehecht aan de duurzaamheid van de verstoring, indien de ernst van de verstoring daarvoor aanleiding geeft.[155]

Daartegenover staan gevallen waarin beide partijen al lange tijd (in casu één jaar) aan het onderhandelen zijn over de beëindiging van het dienstverband, maar er niet uitkomen. Bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek kan worden vastgesteld dat als gevolg van dit langdurige, vruchteloos verlopen traject de verhoudingen inmiddels dermate zijn verzuurd. Voortzetting van het dienstverband behoort dan niet langer tot de mogelijkheden. De verstoring van de arbeidsverhouding kan zelfs tijdens de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek wordt verergerd. Dit kan het geval zijn als tijdens de mondelinge behandeling op ondoorzichtige wijze een klacht wordt behandeld die heeft bijgedragen aan de vertroebeling tussen partijen.[156]

Daarnaast komt het voor dat de werknemer erkent dat inmiddels sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van de werkgever in redelijkheid niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Wanneer partijen het er ook over eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is en herplaatsing van de werknemer niet meer mogelijk wordt geacht, zal de kantonrechter doorgaans de arbeidsovereenkomst ontbinden.[157]

§ 4.4.3 Verwijtbaarheid werkgever

Indien het verwijt in overwegende mate bij de werkgever ligt, kan niet worden geoordeeld dat van deze werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.[158] Hiervan is sprake wanneer de werkgever zich niet voldoende heeft ingespannen om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen. Dit geldt ook wanneer de arbeidsverhouding is verstoord door gedragingen van de werkgever.

§ 4.4.3.1 Herstel

Gevolg van het duurzaamheidscriterium is dat partijen ten minste op enigerlei wijze een poging moeten hebben gedaan te onderzoeken of de verstoorde verhouding nog herstelbaar is.[159] Het mag van de werkgever verwacht worden dat hij daartoe initiatief neemt.[160]

---

[153] Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.
[154] Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.
[155] Rb. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729 & Rb. Noord-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:440.
[156] Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.
[157] Rb. Overijssel 28 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2971, Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Noord-Holland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401 & Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
[158] Rb. Noord- Nederland 24 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4508.
[159] Rb. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729 & Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.
[160] Rb. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729.

De kantonrechter oordeelt dat bij een gestelde vertrouwensbreuk van een werkgever kan worden verwacht dat hij concrete pogingen onderneemt om deze breuk te herstellen.[161] Daarbij mag van de werkgever de nodige professionaliteit worden verwacht. De werkgever kan dit bewerkstelligen door het voeren van gesprekken met de werknemer. Het is raadzaam om deze gesprekken te voeren met behulp van een onafhankelijke gespreksleider.[162] Gesprekken onder begeleiding van een onafhankelijke derde worden ook wel mediation genoemd.

In de praktijk is gebleken dat het tweemaal doorlopen van een mediationtraject onvoldoende kan zijn om de arbeidsverhouding te herstellen.[163] In deze zaak was sprake van een onwerkbare situatie tussen de werknemer en de leidinggevende. De mediationtrajecten hadden de situatie niet verbetert, waardoor de werknemer uitviel door spanningsklachten. De werkgever heeft getracht dit probleem op te lossen door middel van gesprekken, maar dit hielp niet. Volgens de kantonrechter betekent dit niet dat de werkgever verder geen inspanningsverplichtingen heeft. Indien de werknemer geen inzicht heeft in de ernst van zijn houding en gedrag, dan is het aan de werkgever om dit tijdens gesprekken inzichtelijk te maken. Wanneer dit niet werkt, dan ligt het op de weg van de werkgever om daarvoor andere instrumenten te zoeken, zoals het inschakelen van professionele hulp voor de werknemer.[164]

§ 4.4.3.2 Gedragingen werkgever

In paragraaf 4.3.3 is besproken dat de schuldvraag geen toetsingscriterium is bij de beoordeling of is voldaan aan de g-grond. Uit de rechtspraak blijkt echter dat veel kantonrechters de verwijtbaarheid van de werkgever als toetsingscriterium gebruiken. De kantonrechter gaat namelijk niet over tot ontbinding wanneer het verwijt van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate bij de werkgever ligt.[165] Hiervan is sprake indien de werkgever evident en uitsluitend heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding, die evenwel door aanpassing van de houding van de werkgever nog herstelbaar is.[166] In de praktijk is het voorgekomen dat een werkgever zijn werknemer een plotselinge telefonische ontslagaanzegging deed, gevolgd door een toelichting per e-mail waarin een ontslagreden werd aangedragen waar geen sprake van was. Dit handelen en de gevolgen daarvan komen geheel op het conto van de werkgever.[167]

Een vergelijkbaar voorbeeld uit de praktijk is de werkgever die de werknemer de opdracht gaf om te komen met een oplossing voor de vertrouwensbreuk. De werkgever heeft hiermee de verhoudingen op scherp gezet en geen enkele inspanning geleverd voor herstel van de arbeidsverhouding. Ook is de werkgever niet ingegaan op het voorstel van de werknemer om in mediation te gaan, terwijl het initiatief tot het herstel van de arbeidsverhouding bij de werkgever ligt.[168]

Daarnaast moet de werkgever zijn verantwoordelijkheid nemen voor de problemen die zich voordoen en deze niet laten escaleren.

---

[161] Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698 & Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.
[162] Rb. Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044.
[163] Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485; Dekker, *TAP* 2016/1, p. 23.
[164] Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.
[165] Rb. Noord- Nederland 24 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4508.
[166] Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
[167] Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.
[168] Rb. Midden-Nederland 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.

Het kan de werkgever aangerekend worden wanneer hij het probleem laat escaleren en vervolgens een ontbindingsverzoek indient.[169] Het komt ook voor rekening van de werkgever als hij tijdens de mondelinge behandeling een opsomming maken van verwijtbare gedragingen van de werknemer, maar niet kan aantonen dat hij de werknemer hier op heeft aangesproken.[170]

§ 4.4.4 Verschillende verhoudingen

Het uitgangspunt van de g-grond is de arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer in het kader van de gezagsverhouding. Bij kleine bedrijven is de werkgever vaak zelf de leidinggevende. In de meeste gevallen is sprake van een rechtspersoon met leidinggevenden die niet zelf werkgever zijn. Deze leidinggevenden zijn zelf ook hiërarchisch ondergeschikt aan de werkgever, maar zijn functioneel bekleed met werkgeversgezag over één of meer medewerkers. Deze leidinggevenden kunnen gelijkgesteld worden aan 'werkgever' uit art. 7:669 lid 3 sub g BW.[171]

§ 4.4.4.1 Zakelijke relaties

Art. 7:669 lid 3 sub g BW ziet op de verhouding tussen de werkgever en de werknemer, zoals in de vorige paragraaf besproken. Dat betekent dat wanneer de werknemer een verstoorde arbeidsverhouding heeft met een van de zakelijke relaties van de werkgever dit niet vanzelfsprekend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond kan leiden.[172]

§ 4.4.4.2 Werknemers onderling

De arbeidsverhouding van een werknemer met de werkgever kan ook verstoord raken doordat de relatie van die werknemer met een andere werknemer verstoord is geraakt. Er moet dan sprake zijn van zodanige gedragingen van de werknemer jegens zijn collega dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.[173] De kantonrechter is van oordeel dat enkel een echtscheiding tussen directeur en de werknemer onvoldoende is ook in de arbeidsverhouding een duurzaam verstoorde relatie aan te nemen. In dit geval is niet gesteld of gebleken dat de echtscheidingsproblematiek ertoe leidt dat de werknemer het gezag van de directeur niet meer erkent, dan wel dat zij op andere wijze haar werk niet naar behoren uitvoert. De enkele wens van een directeur grootaandeelhouder om niet langer in het bedrijf met zijn ex-echtgenote geconfronteerd te worden levert arbeidsrechtelijk niet zonder meer een grond op voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[174] Daarbij geldt dat van een werkgever mag worden verwacht dat hij een werknemer aanspreekt indien de op de werkvloer ontstane spanningen worden veroorzaakt door gedragingen van die werknemer.[175]

---

[169] Rb. Midden-Nederland 5 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:519, Rb. Noord-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:440 & Rb. Noord-Holland 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9756.

[170] Rb. Noord-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101 & Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.

[171] Zie bijlage 3, onder 27.4b.

[172] Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365.

[173] Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6373.

[174] Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.

[175] Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971 & Rb. Noord-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101.

§ 4.4.5 Herplaatsingsplicht

Dat herplaatsing niet snel in de rede ligt wanneer sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, wil niet zeggen dat de werkgever geen onderzoek hoeft te doen naar mogelijkheden tot herplaatsing.[176] Tevens dient de werkgever voldoende gemotiveerd te onderbouwen dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.[177] De situatie waarin sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding op werknemer niveau en andere collega's willen niet meer met de desbetreffende werknemer samenwerken, wordt door de kantonrechters verschillend beoordeeld. Indien de werknemers gezamenlijk in één ruimte werkzaam zijn, wordt geoordeeld dat herplaatsing niet tot de mogelijkheden behoort.[178] Als de werkgever de mogelijkheid heeft om de werknemer over te plaatsen naar een andere locatie, kan worden geoordeeld dat herplaatsing mogelijk is.[179]

§ 4.5 Tussenconclusie

Deze tussenconclusie geeft een antwoord op de vraag welk juridisch toetsingskader is af te leiden uit de wet- en regelgeving en jurisprudentie omtrent de g-grond. In art. 7:669 lid 3 sub g BW is deze redelijke grond beschreven. De g-grond heeft betrekking op een verstoorde arbeidsverhouding tussen de werkgever (-en leidinggevende) en de werknemer.

Uit de MvT blijkt dat de criteria die voor dit ontslag gelden uit het oude recht afkomstig zijn, namelijk dat de verstoring 'ernstig en duurzaam' moet zijn. Daarnaast dient herstel van de relatie, al dan niet via overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk te zijn. Gelet op de ingrijpende gevolgen van de ontbinding voor de werknemer, zal niet snel worden aangenomen dat niet meer van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten.

Geconcludeerd kan worden dat niet snel zal worden aangenomen dat sprake is van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding, indien het ontbindingsverzoek voor de werknemer geheel onverwachts komt. Daartegenover staan de gevallen waarbij de werknemer erkent dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding welke niet meer te herstellen is en waarbij beide partijen geen herplaatsingsmogelijkheden zien. In deze gevallen zal doorgaans tot ontbinding worden overgegaan door de kantonrechter.

Verder kan geconcludeerd worden dat van de werkgever veel inspanning verwacht wordt ter verbetering van de arbeidsverhouding. Rechters gaan in ieder geval niet snel over tot ontbinding wanneer het verwijt van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate bij de werkgever ligt.

Tot slot is de kans groot dat herplaatsing niet in de rede ligt. Dit is anders wanneer de verstoring niet met de werkgever is, maar tussen werknemers onderling. Bij de beoordeling van de herplaatsingsverplichting speelt de omvang van de onderneming en het personeelsbestand ook een rol.

---

[176] Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698.

[177] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655, Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485 & Rb. Midden-Nederland 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715.

[178] Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423 & Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.

[179] Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.

Hoofdstuk 5 h-grond: restcategorie

Dit hoofdstuk staat in het teken van de h-grond. Het juridisch kader uit de wet- en regelgeving zal allereerst worden geschetst. Vervolgens zal het toetsingskader uit de jurisprudentie met betrekking tot deze grond worden besproken. In paragraaf 5.1 komt het juridisch kader omtrent de h-grond aan bod. Gevolgd door de voorbeelden van een voldragen h-grond in paragraaf 5.2. In paragraaf 5.3 worden de voorbeelden vervolgens nader bekeken. Paragraaf 5.4 staat in het teken van de jurisprudentie omtrent de h-grond. In paragraaf 5.5 zal een tussenconclusie worden gegeven.

§ 5.1 Juridisch kader uit wet- en regelgeving

In art. 7:669 lid 3 sub h BW is de h-grond als volgt geformuleerd:

"Andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."

Indien de situatie niet onder valt te brengen bij de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 sub c t/m g BW, kan het ontbindingsverzoek worden gebaseerd op de h-grond uit art. 7:669 lid 3 BW. De h-grond geldt dus als een vangnetbepaling voor omstandigheden die niet vallen onder de andere redelijke gronden, maar wel van dien aard zijn dat 'van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'.[180] De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling meerdere malen benadrukt dat de h-grond niet kan worden gezien als een restgrond. Het ontbindingsverzoek kan niet op de h-grond worden gebaseerd, indien de situatie onder één of meer van de overige gronden uit art. 7:669 lid 3 BW valt.[181]

§ 5.2 Voorbeeldsituaties

In de MvT en de literatuur worden verschillende voorbeelden genoemd van situaties waarin andere dan de in art. 7:669 lid 3 sub c t/m sub g BW genoemde omstandigheden zich voordoen.[182]

§ 5.2.1 Voorbeelden MvT

In de MvT zijn in totaal vier voorbeelden genoemd waarbij sprake kan zijn van een voldragen h-grond. Twee van deze voorbeelden vloeien voort uit hoofdstuk 30 en 31 van de Beleidsregels:[183]

- Ontslag wegens de verdenking, veroordeling of vrijheidsbeneming van de werknemer;
- Illegale werknemer of het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning door de werkgever.

Bij de inwerkingtreding van de Wwz zijn twee andere voorbeelden toegevoegd aan de MvT en die hebben betrekking op de volgende situaties:[184]

- Voetbaltrainer die wordt ontslagen wegens achterblijvende resultaten;
- Manager met wie verschillen van inzicht bestaan over het te voeren beleid.

[180] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 139.
[181] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 131; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 91.
[182] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46.
[183] Zie bijlage 4 en 5.
[184] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 130.

§ 5.2.2 Voorbeelden literatuur

Uit literatuur blijkt dat er nog een vijftal situaties zijn die mogelijk onder de h-grond vallen.[185] Deze vijf situaties zijn als volgt:

- Botsende karakters waarbij geen sprake hoeft te zijn van een verstoorde arbeidsverhouding;[186]
- Situatie waarin het de werknemer niet is toegestaan om zijn functie uit te oefenen, bijvoorbeeld in geval van een civielrechtelijk bestuursverbod;[187]
- Bankmedewerker met een (tijdelijk) beroepsverbod;[188]
- Situatie waarin een voor het uitoefenen van de functie vereiste 'verklaring omtrent gedrag' (VOG) wordt ingetrokken en herplaatsing niet mogelijk is;[189]
- Situatie waarin er niet wordt voldaan aan het 'up-or-out'-systeem.[190]

§ 5.3 Voorbeelden MvT nader bekeken

In paragraaf 5.2 zijn verschillende voorbeelden genoemd waarbij sprake is van een voldragen h-grond. In deze paragraaf zal verder worden ingezoomd op de situaties die als voorbeeld zijn genoemd in de MvT. Dit zijn voorbeelden van situaties die door de wetgever als h-grond worden beschouwd.

§ 5.3.1 Verdenking, veroordeling en/of vrijheidsbeneming

Het komt voor dat werkgevers een ontbindingsverzoek indienen bij de kantonrechter, omdat een werknemer (beweerdelijk) een strafbaar feit heeft begaan.[191]

§ 5.3.1.1 Redelijkheidscriterium

Indien de werkgever niet één van de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW aanvoert of een feitencomplex dat hiertoe te herleiden is, kan het algemene redelijkheidscriterium worden gehanteerd. Dit zal ook het geval zijn indien de werkgever slechts aanvoert dat zijn werknemer in detentie verkeert en de werkgever om die reden ontslag aanvraagt. De algemene redelijkheid als toetsingsmaatstaaf is omschreven in het oude art. 3:1 van het Ontslagbesluit.[192] Deze houdt in dat moet worden beoordeeld of het voorgenomen ontslag redelijk is. Daarbij dienen alle mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer in aanmerking te worden genomen.[193]

§ 5.3.1.2 Drie stadia

Er zijn drie verschillende stadia te onderscheiden, namelijk verdenking, veroordeling en vrijheidsbeneming.[194] Bij alle drie de stadia hangt het van de feiten en omstandigheden af of kan worden geoordeeld dat sprake is van een gerechtvaardigd ontslag van de werknemer.

In het eerste stadium is sprake van verdenking van een strafbaar feit, gepleegd door de werknemer. Veroordeling en vrijheidsbeneming zijn dan (nog) niet aan de orde. Zolang de werknemer niet strafrechtelijk is veroordeeld, is hij onschuldig (onschuldpresumptie). Dit beginsel geldt ook in arbeidsrechtelijke kwesties.[195]

---

[185] Dop, *JAR* 2016/45, p. 435-436.
[186] Swelheim, *AR* 2014/51, p. 23.
[187] Ten Broeke & Zaal, *AR* 2015/41, p. 5.
[188] Van Tuyll van Serooskerken, *AR* 2015/55, p. 9.
[189] Dop, *JAR* 2016/45, p. 435.
[190] Hakvoort, *AR* 2015/16, p. 1.
[191] Zie bijlage 4, onder 31.
[192] Zie bijlage 4, onder 31.2.
[193] Zie bijlage 4, onder 31.2.
[194] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 140; Zie bijlage 4, onder 31.3.
[195] Zie bijlage 4, onder 31.3a.

Ontslag zal dan ook niet snel voor de hand liggen, maar er zijn omstandigheden die wellicht toch tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. In dat geval dient de werkgever aannemelijk te maken waarom de werknemer, door de verdenking van het strafbaar feit, niet meer in dienst kan blijven. Het kan zijn dat de werknemer daardoor niet meer met zijn collega's kan samenwerken of dat het strafbaar feit bijvoorbeeld samenhang vertoont dan wel geassocieerd wordt met de werkgever of zijn klanten/relaties. Op grond van het redelijkheidscriterium kan dan worden geoordeeld dat van de werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort laten duren. In deze situatie zal de rechter beoordelen of door middel van een minder ingrijpend middel dan ontslag, zoals schorsing of non-actiefstelling, voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de werkgever.[196]

In het tweede stadium is er sprake van vrijheidsbeneming (verhoor, voorarrest, inverzekeringstelling Et cetera), maar is de werknemer nog niet veroordeeld. In deze situatie kan de werknemer niet op het werk verschijnen. De werkgever is in beginsel niet gehouden het loon door te betalen, indien de oorzaak van de vrijheidsbeneming in de risicosfeer van de werknemer is gelegen. Om te beoordelen of dit tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet komen, dienen alle omstandigheden van het geval meegenomen te worden. Er is doorgaans meer vereist dan een verdenking van het plegen van het strafbaar feit en de daarmee samenhangende vrijheidsbeneming.[197] Zoals we bij het vorige stadium hebben gezien, kunnen er altijd omstandigheden zijn waardoor de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden.[198]

In het derde stadium is sprake van een veroordeling en vrijheidsbeneming van de werknemer. Ook ingeval van veroordeling en detentie zal beoordeeld moeten worden of het redelijk is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Bij deze beoordeling worden alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen.[199]

§ 5.3.1.3 Procedureel aspect

Van de werkgever mag redelijkerwijs verwacht worden dat hij zich maximaal zal inspannen om het detentieadres van de werknemer te achterhalen. Het is essentieel dat het adres van de werknemer bekend is, teneinde de werknemer in de gelegenheid te stellen om verweer tegen het ontbindingsverzoek te voeren. Indien de werkgever kan aantonen dat hij zich voldoende heeft ingespannen, maar zonder resultaat, dan zal de kantonrechter zelf op zoek gaan.[200]

§ 5.3.2 Illegaliteit en/of ontbreken geldige tewerkstellingsvergunning

In de dagelijkse praktijk komt het voor dat een werknemer geen geldige verblijfstitel heeft voor het verrichten van arbeid in Nederland en/of de werkgever beschikt niet over een geldige tewerkstellingsvergunning. Deze paragraaf staat in het teken van de werkgever die een ontbindingsverzoek indient met als reden de illegaliteit van de werknemer en/of het ontbreken van een geldige tewerkstellingsvergunning.[201]

§ 5.3.2.1 Juridisch kader

Het is een werkgever verboden om een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Dit is geregeld in art. 2 van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

---

[196] Rb. Bergen op Zoom 10 november 2003, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6781.
[197] Zie bijlage 4, onder 31.3b.
[198] Zie bijlage 4, onder 31.3a.
[199] Zie bijlage 4, onder 31.3c.
[200] Zie bijlage 4, onder 31.5.
[201] Zie bijlage 5, onder 30.

Dergelijke vergunning moet door de werkgever worden aangevraagd indien de werknemer afkomstig is uit een land wat niet bij de Europese Unie (hierna: EU) of de Europese Economische Ruimte (hierna: EER) is aangesloten. Overigens is voor Zwitserse onderdanen ook geen tewerkstellingsvergunning vereist. Op de naleving hiervan wordt toegezien door de Inspectie SZW.[202]

§ 5.3.2.2 Drie meest voorkomende situaties

In de praktijk doen zich verschillende situaties voor met betrekking tot illegale tewerkstelling. De drie meest voorkomende situaties worden in deze subparagraaf besproken.

Allereerst de werkgever die bij de indiensttreding van de werknemer niet bekend is met de illegale status van de werknemer. Wanneer de werkgever constateert dat de werknemer illegaal is en de tewerkstelling is om deze reden verboden, dan dient de werkgever onmiddellijk de illegale werknemer op non-actief te stellen. Als er geen uitzicht is op een legalisering van de arbeid door deze werknemer, zal de werkgever een ontbindingsverzoek moeten indienen met als ontslagreden de illegale status van de werknemer en het formeel beëindigen van een verboden situatie. Omdat het Ontslagbesluit deze ontslaggrond niet kent, geldt doorgaans art. 3:1 Ontslagbesluit ('redelijkheidscriterium')[203] als aanknopingspunt. Daarnaast wordt art. 5:1 lid 3 ('verwijtbaar handelen of nalaten') gehanteerd. Verder kan een ontslag op staande voet worden gegeven, indien de werknemer valse documenten/bescheiden heeft overgelegd. Als de werkgever kan aantonen dat hij te goeder trouw heeft gehandeld, dan is er geen aanleiding om het ontbindingsverzoek af te wijzen. Dit dient namelijk het algemeen belang, omdat verboden, illegale en strafbare situaties tegen moeten worden gegaan.[204]

Het tweede voorbeeld is de situatie waarin de werknemer bij indiensttreding over een legale verblijfstitel beschikt, maar dat er tussentijds een verandering optreedt waardoor de werknemer de verblijfstitel verliest. In de meeste gevallen komt de werkgever hier zelf niet achter, maar blijkt dit na een controle door de Inspectie SZW. De werkgever dient in dat geval de werknemer onverwijld op non-actief te stellen en een ontbindingsverzoek in te dienen. Ook in deze situatie geldt dat het ontbindingsverzoek moet worden gehonoreerd, omdat dergelijke illegale, verboden en strafbare situaties moeten worden gestopt.[205]

Tot slot kan het voorkomen dat de werkgever op de hoogte is van de illegaliteit van de werknemer, maar toch zonder tewerkstellingsvergunning de werknemer te werk stelt. De werkgever handelt in dit geval niet te goeder trouw en kiest vanuit opportuniteitsoverwegingen voor illegale tewerkstelling. De werkgever heeft profijt getrokken uit de illegale tewerkstelling en daarom lijkt het niet passend om het ontbindingsverzoek toe te wijzen. Toch zal het ontbindingsverzoek in de regel moeten worden toegestaan, zodat illegale situaties niet blijven voortbestaan. In deze situatie is ruimte voor een 'redelijkheidsoordeel' waarin de rechter alle omstandigheden van het geval kan meewegen. Naar aanleiding daarvan zal de rechter een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer. De jurisprudentie laat zien dat het door de werkgever verkregen voordeel van illegale arbeid als vorm van compensatie bij de werknemer terecht kan komen. Dit staat overigens los van de sancties die autonoom door de bevoegde instanties kunnen worden opgelegd.[206]

---

[202] Zie bijlage 5, onder 30.
[203] Zie bijlage 5, onder 30.2a.
[204] Zie bijlage 5, onder 30.2a.
[205] Zie bijlage 5, onder 30.2b.
[206] Zie bijlage 5, onder 30.2c.

§ 5.3.3 Achterblijvende resultaten en verschil van inzicht

In de MvT worden nog twee voorbeelden genoemd waarbij een ontbindingsverzoek gebaseerd op de h-grond kan worden toegewezen. Dit betreft de voetbaltrainer met achterblijvende resultaten en de situatie waarin met een manager een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid. In bovenstaande gevallen kan niet worden gesproken van een voldragen d-grond, omdat hierbij geen sprake hoeft te zijn van ongeschiktheid voor de bedongen arbeid. Ook zal een verbetertraject in deze gevallen geen soelaas bieden.[207] Toch is er in deze situaties aanleiding om het dienstverband te beëindigen. Voor zover de arbeidsovereenkomst niet met wederzijds goedvinden kan worden beëindigd, kan de werkgever een ontbindingsverzoek doen gebaseerd op de h-grond. De kantonrechter zal in deze situaties telkens verifiëren of de omstandigheden die door de werkgever worden aangevoerd onder geen van de andere redelijke gronden valt te brengen.[208] Daarnaast zal de kantonrechter beoordelen of sprake is van omstandigheden die maken dat van de werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband voort te zetten.[209]

§ 5.3.4 Herplaatsingsplicht

Bij de h-grond geldt in beginsel een herplaatsingsplicht uit het eerste lid van art. 7:669 BW, zoals besproken in paragraaf 2.1.2.[210] De werkgever dient aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie niet in de rede ligt.[211]

De herplaatsingsplicht speelt vanzelfsprekend geen rol indien een werknemer illegaal of gedetineerd is.[212] Indien sprake is van een situatie waarbij sprake is van achterblijvende resultaten of een verschil van inzicht, moet de werkgever wel voldoen aan de herplaatsingsplicht.

§ 5.4 Juridisch kader uit de jurisprudentie

In paragraaf 5.1 t/m 5.3 is het toetsingskader uit de wet- en regelgeving omtrent art. 7:669 lid 3 sub h BW uiteengezet. Het toetsingskader dat voortvloeit uit de jurisprudentie zal in deze paragraaf worden besproken. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van jurisprudentie vanaf 1 juli 2015.

§ 5.4.1 Uitgangspunt

Het uitgangspunt wat voortvloeit uit jurisprudentie over de h-grond is dat de aanwezigheid van de h-grond afzonderlijk onderbouwd moet worden.[213] Dat betekent dat het ontbindingsverzoek niet mag zijn onderbouwd met omstandigheden die onder de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 sub c t/m g BW vallen.

Tegen het aanvaarden van een te ruime uitleg van de h-grond pleit dat zich dan snel een situatie voordoet waarin slechts een begin van de d- of g-grond of een combinatie daarvan aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten grondslag wordt gelegd. Een combinatie van onvoldragen ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 sub a t/m g BW kan niet leiden tot een ontbinding op de h-grond.[214] De h-grond is uitdrukkelijk niet bedoeld om onvoldoende onderbouwde ontslaggrond te repareren.[215]

---

[207] Swelheim, *AR* 2014/51, p. 23.
[208] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 139.
[209] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 130.
[210] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 139; Van der Grinten/Bouwens & Duk 2015, p. 435.
[211] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 140.
[212] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46.
[213] Rb. Midden Nederland 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7309.
[214] Rb. Gelderland 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86 & Rb. Midden-Nederland 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.
[215] Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7786.

De h-grond geldt als een vangnetbepaling voor ‘omstandigheden die niet vallen onder de andere ontslaggronden, maar wel van dien aard zijn dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten’.[216]

§ 5.4.2 Achterblijvende resultaten en verschil van inzicht

Wanneer sprake is van verschil van inzicht op het niveau van bestuur en directeur, kan dit worden aangemerkt als ‘andere omstandigheden’ dan in art. 7:669 lid 3 sub a t/m g BW. In dit geval kan worden gesproken van een voldragen h-grond, omdat hiervoor volgens de kantonrechter een voldoende aanknopingspunt in de MvT te vinden is.[217]

De voetbaltrainer en de manager met verschil van inzicht over het te voeren beleid zijn voorbeelden hiervan. In deze gevallen kan niet worden gesproken van ongeschiktheid voor bedongen arbeid of een verstoorde arbeidsverhouding, maar het bestaande verschil van inzicht kan dusdanig groot zijn dat het niet reëel is te verwachten dat een verbetertraject hier verandering of verbetering in zal brengen.[218] Een ander voorbeeld is een onoverbrugbaar verschil van inzicht over de managementstructuur en de invulling van de functie van bestuurder. In een casus uit de rechtspraak hebben de raad van commissarissen, de aandeelhouder en de medebestuurder het vertrouwen in de verdere samenwerking met een bestuurder verloren. In deze zaak zag de kantonrechter geen reden om aan te nemen dat deze vertrouwensbreuk kon worden hersteld. Gelet hierop is sprake van omstandigheden als bedoeld in de h-grond.[219] In een ander geval waarbij de h-grond werd aangenomen was sprake van verschil van inzicht met betrekking tot de uitkomsten van een onderzoeksrapport, terwijl dat rapport de noodzaak tot krachtig en daadwerkelijk optreden duidelijk maakte.[220]

Verschil van inzicht leidt niet altijd tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond. De bedoelde omstandigheden uit de h-grond liggen niet noodzakelijkerwijs in de risicosfeer van de werknemer. Ook omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever kunnen een voldragen h-grond opleveren.[221] Dat betekent echter niet dat de werkgever, na komst van nieuwe aandeelhouders, de werknemer bij nader inzien liever niet meer in dienst heeft en kan ontslaan. De enkele opvatting van de nieuwe aandeelhouders dat de werknemer niet geschikt is voor zijn functie, is onvoldoende voor een voldragen h-grond.[222]

Indien sprake is van verschil van inzicht over het te voeren beleid zal de kantonrechter het belang van de werkgever bij een goed en ongestoord verlopend werk- en productieproces afwegen tegen het belang van behoud van de arbeidsovereenkomst voor de manager. Onduidelijk is hoe de kantonrechter omgaat met de beoordeling van deze grond. Onder het oude recht compenseerde de kantonrechter het belang van de manager met een hoge(re) billijke vergoeding.[223] Momenteel heeft de manager bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst doorgaans uitsluitend recht op een transitievergoeding.[224]

---

[216] Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564 & Rb. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.
[217] Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.
[218] Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.
[219] Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666.
[220] Rb. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.
[221] Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702 & Rb. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260.
[222] Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702.
[223] Rb. Zwolle 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:BO9945.
[224] Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 141.

§ 5.4.3 Oorzaak buiten de macht van de werkgever gelegen

Er zijn situaties waarin de werkgever een ontbindingsverzoek indient met een ontslagreden die buiten zijn macht is gelegen. Deze oorzaak kan allereerst zijn gelegen in de sfeer van wet- en regelgeving die is veranderd. Een voorbeeld hiervan is een zieke werknemer die op grond van de Wet inschakeling werkzoekenden (WIW) een arbeidsovereenkomst had. Deze regeling is komen te vervallen, waardoor de werkgever deze zieke werknemer niet langer in dienst hoefde te houden.[225] In een andere zaak werd door middel van een besluit een passende MBO-opleiding voor ondersteunende werknemers verplicht gesteld. Vaststond dat twee werknemers niet over dergelijk diploma beschikte. Omdat de werknemers niet binnen afzienbare tijd deze MBO-opleiding konden voltooien, oordeelde de kantonrechter dat sprake was van een voldragen h-grond.[226]

Verder zijn er situaties waarin sprake is van een soort 'ontbindende voorwaarde'. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin het bedrijfsonderdeel waarin de werknemer werkzaam is ophoudt te bestaan, omdat de overheidsfinanciering definitief stopt.[227] Wanneer een werknemer een vereist Verklaring Omtrent Gedrag (hierna: VOG) niet kan overleggen kan dat ook leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[228] Dit geldt ook voor een beveiliger die niet in bezit is van toestemming van de overheid om de functie van beveiliger te mogen uitoefenen.[229]

Het kan ook voorkomen dat het bestaan van de onderneming van de werkgever afhankelijk is van een andere organisatie. Een voorbeeld hiervan is een werkgever die voor een groot deel afhankelijk is van de subsidie van de gemeente. Als de gemeente in dit geval aandringt op een nieuwe directeur, kan dat een voldragen h-grond opleveren.[230] Daarnaast komt het voor dat een werkgever slechts één opdrachtgever heeft. Wanneer deze opdrachtgever een werknemer niet meer toelaat op haar locaties, is er sprake van een 'andere omstandigheid' dan in art. 7:669 lid 3 sub a t/m g BW genoemd.[231] De kantonrechter zal het ontbindingsverzoek gebaseerd op de h-grond afwijzen, indien het standpunt van de werkgever enkel inhoudt dat de werknemer niet de benodigde capaciteiten bezit voor de door hem vervulde functie en dit niet anders kan worden gezien dan een verwijt dat onder de d-grond valt.[232]

Een ander bijzonder geval wat heeft geleid tot een ontbinding op de h-grond was een werknemer die al een jaar vermist was.[233] Ook de houding en respectloze uitingen van een docent via Facebook, op internet en de (digitale) schoolkrant waren voor de kantonrechter reden om het ontbindingsverzoek toe te wijzen.[234]

§ 5.4.5 Herplaatsingsplicht

In de uitspraken waarin het ontbindingsverzoek gebaseerd op de h-grond wordt toegewezen, vormt de herplaatsingsplicht geen probleem.

---

[225] Rb. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260.
[226] Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443 & Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5444.
[227] Rb. Noord- Nederland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2777.
[228] Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.
[229] Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.
[230] Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.
[231] Rb. Noord-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300.
[232] Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.
[233] Rb. Midden-Nederland 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.
[234] Rb. Overijssel 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337.

In sommige gevallen oordeelt de kantonrechter dat herplaatsing van de werknemer geen rol speelt, gelet op de grond van ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[235] Daarnaast zijn er gevallen waarbij herplaatsing van de werknemer simpelweg niet mogelijk is.[236] In een andere uitspraak wordt door de kantonrechter geen enkele aandacht besteed aan de herplaatsingsplicht.[237]

In de gevallen waar verschil van inzicht bestaat wordt doorgaans aangenomen dat herplaatsing niet mogelijk is.[238] De werkgever heeft ook aan de herplaatsingsplicht voldaan, indien de werknemer een eerder aanbod tot herplaatsing heeft afgewezen.[239] Tot slot wordt de grootte van de organisatie in ogenschouw genomen.[240]

§ 5.5 Ambtshalve aanvullen

Er zijn twee beschikkingen gewezen die afwijken van het uitgangspunt dat de h-grond afzonderlijk onderbouwd moet worden. In deze zaken was geen sprake van 'andere omstandigheden' die niet onder art. 7:669 lid 3 sub a t/m g BW vallen. De kantonrechters kozen ervoor om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. In art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) is geregeld dat de rechter rechtsgronden ambtshalve mag aanvullen.

In de eerste zaak had de werkgever een ontbindingsverzoek ingediend gebaseerd op de g-grond. De kantonrechter concludeerde dat de arbeidsovereenkomst niet kon worden ontbonden op de g-grond, omdat de verstoring van de arbeidsverhouding niet wederzijds was. De kantonrechter heeft ervoor gekozen om ambtshalve op de h-grond de arbeidsovereenkomst te ontbinden en heeft daarbij als reden gehanteerd dat een vruchtbare samenwerking ontbrak. Door middel van deze beschikking is de h-grond opgerekt.[241]

In de tweede zaak concludeerde de kantonrechter dat geen sprake was van een voldragen d-, e- en g-grond. Deze kantonrechter heeft op zijn beurt partijen voorgehouden dat hij verplicht is de rechtsgronden aan te vullen. Dat betekende in onderhavige zaak dat de kantonrechter diende te beoordelen of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kon worden uitgesproken op de h-grond. De kantonrechter oordeelde dat niet van de werkgever kon worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het ontbreken van een VOG werd hierbij vergeleken met het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning.[242]

Het Hof Arnhem-Leeuwarden ziet het kiezen van een andere redelijke grond dan in het ontbindingsverzoek is aangevoerd niet als het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden.

---

[235] Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771, Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143 & Rb. Overijssel 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337.

[236] Rb. Noord-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300, Rb. Noord- Nederland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2777, Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443 & Rb. Noord-Holland 6 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2015:12178.

[237] Rb. Midden-Nederland 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.

[238] Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600 & Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666.

[239] Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365 & Rb. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.

[240] Rb. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882 & Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

[241] Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400; Dop, *JAR* 2016/45, p. 436-437.

[242] Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

Het hof overweegt dat in bovenstaande gevallen sprake is van het aanvullen van de feitelijke grondslag van het verzoek, wat is verboden in art. 24 Rv.[243] Partijen behoren namelijk de aard en omvang van de rechtsstrijd, door middel van het aanvoeren van feiten en omstandigheden, te bepalen.[244]

§ 5.6 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie zal een antwoord worden gegeven op de vraag welk juridisch toetsingskader is af te leiden uit de wet- en regelgeving en jurisprudentie omtrent de h-grond. In art. 7:669 lid 3 sub h BW is de h-grond opgenomen en dit betreft een restcategorie. Het is bij de h-grond van belang dat sprake is van 'andere omstandigheden dan in art. 7:669 lid 3 sub c t/m g BW. De h-grond wordt een restcategorie genoemd, maar het kan niet worden gezien als een 'veegbepaling'.

In de MvT en literatuur zijn verschillende voorbeelden genoemd van situaties die onder de h-grond kunnen vallen. Geconcludeerd kan worden dat de rechter over zal gaan tot ontbinding, indien de werkgever voldoende onderbouwt dat zijn situatie vergelijkbaar is met een van deze voorbeelden. De rechtspraak omtrent de h-grond is net als bij de andere ontslaggronden zeer casuïstisch, omdat de omstandigheden van het geval bepalend zijn.

De voorbeelden uit de MvT zijn:
- Ontslag wegens verdenking, veroordeling of detentie;
- Illegale werknemer of het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning;
- Voetbaltrainer met tegenvallende resultaten;
- Manager met wie verschil van inzicht bestaat over het beleid.

Voorbeelden uit de literatuur:
- Botsende karakters waarbij geen sprake hoeft te zijn van een verstoorde arbeidsverhouding;
- Situatie waarin het de werknemer niet is toegestaan om zijn functie uit te oefenen, bijvoorbeeld in geval van een civielrechtelijk bestuursverbod;
- Bankmedewerker met een (tijdelijk) beroepsverbod;
- Situatie waarin een voor het uitoefenen van de functie vereiste 'verklaring omtrent gedrag' (VOG) wordt ingetrokken en herplaatsing niet mogelijk is;
- Situatie waarin er niet wordt voldaan aan het 'up-or-out'-systeem.

Voorbeelden uit de jurisprudentie:
- Veranderingen in wet- en regelgeving die moeten leiden tot ontslag van een werknemer;
- 'Ontbindende voorwaarde' leidt tot ontslag van een werknemer;
- Subsidieverstrekker of enige opdrachtgever wil een werknemer niet meer;
- Vermiste werknemer;
- Ongepaste houding en uitlatingen van docent op internet en de schoolkrant.

Tot slot hebben kantonrechters uit Amsterdam en Tilburg een arbeidsovereenkomst ontbonden op de h-grond, terwijl het ontbindingsverzoek hier niet op was gebaseerd en er geen sprake was van 'andere omstandigheden'. De kantonrechters hebben dit gedaan op grond van art. 25 Rv (ambtshalve aanvullen van rechtsgronden). Het hof ziet dit als het ambtshalve aanvullen van feiten en acht het in strijd met art. 24 Rv.
Partijen moeten namelijk zelf de aard en de omvang van de rechtsstrijd bepalen, door middel van het aanvoeren van feiten en omstandigheden.

[243] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1687.
[244] Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1715.

Hoofdstuk 6 Asscher-escape

Het nieuwe Nederlandse ontslagrecht kent een gesloten ontslagstelsel, op basis van een limitatief aantal ontslaggronden. In de praktijk is echter vaak sprake van een combinatie van omstandigheden. Het komt bijvoorbeeld vaak voor dat de werkgever zijn werknemer aanspreekt op tekortkomingen, terwijl de werknemer dit betwist. In dit geval is de inzet van een verbetertraject zinloos. Enkel de kritiek op het functioneren van de werknemer kan er voor zorgen dat van een vruchtbare samenwerking geen sprake meer kan zijn.[245] Een ander voorbeeld is het geval waarin het dossier dat aannemelijk moet maken dat sprake is van ongeschiktheid (d-grond) niet toereikend is, maar de arbeidsverhouding dermate verstoord is geraakt dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden voortgezet. Hieromtrent werd concreet de vraag gesteld of een ontbindingsverzoek gebaseerd op de d-grond (zonder toereikend dossier) kan leiden tot een ontbinding door de kantonrechter, onder toewijzing van een aanvullende billijke vergoeding ex art. 7:671b lid 8 BW?[246]

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de eerste kamer heeft minister Asscher hier het volgende over gezegd:

"Indien in de praktijk de werkgever niet een reële kans heeft geboden aan de werknemer, en die ook niet meer kan worden geboden omdat bijvoorbeeld de arbeidsverhouding al dusdanig is beschadigd, kan sprake zijn van een verstoorde verhouding. Als om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren."

Wanneer de werkgever een ontoereikend dossier heeft om de d-grond aannemelijk te maken, dient de werkgever een ontbindingsverzoek in dat primair is gebaseerd op de d-grond en subsidiair op de g-grond. Omdat in dit geval vaak sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever,[247] kan de kantonrechter ervoor kiezen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De werkgever loopt het risico om een billijke vergoeding te moeten betalen, maar is vervolgens wel van zijn werknemer af.[248] Er is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake van een dergelijk 'muizengaatje'.[249] Dit wordt ook wel de Asscher-escape genoemd.

In paragraaf 6.1 zal allereerst de verdeeldheid onder verschillende vakdeskundigen worden besproken. Gevolgd door de Asscher-escape jurisprudentie in paragraaf 6.2. In paragraaf 6.3 worden de gevolgen van de Asscher-escape kort besproken. Afsluitend zal ik paragraaf 6.4 een tussenconclusie worden gegeven.

§ 6.1 Verdeeldheid

Mr. P.F. van den Brink (hierna: Van den Brink), lid van Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (hierna: VAAN) is van mening dat een onvoldragen d-grond gemakkelijk in een g-grond kan worden vertaald. Deze Asscher-escape voorkomt dat partijen met elkaar verder moeten, terwijl beide partijen dat niet willen.

---

[245] Van den Brink e.a., *ArA* 2015, afl. 1, p. 19.

[246] 'De Asscher-escape: easy way out of valse belofte?', *Dirk Zwager,* www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

[247] Zie paragraaf 4.3.3.

[248] 'De Asscher-escape: easy way out of valse belofte?', *Dirk Zwager,* www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

[249] 'De billijke vergoeding, slecht werkgeverschap bij ontslag loont', *Dirk Zwager,* www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

Van den Brink is voorstander van het toekennen van een billijke vergoeding aan de werknemer, indien de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld heeft. De minister heeft immers op verschillende momenten genoemd dat de werkgever risico loopt een billijke vergoeding te moeten betalen, indien een onvoldragen d-grond tot een verstoorde arbeidsverhouding heeft geleid.[250]

Raadsheer van het Gerechtshof Den Haag mr. C.J.K. Frikkee (hierna: Frikkee) daarentegen is het niet eens met deze stelling en meent dat de Asscher-escape niet bestaat. Frikkee heeft de parlementaire geschiedenis zo geïnterpreteerd dat een ontbindingsverzoek gebaseerd op de g-grond enkel kan worden toegewezen indien de arbeidsverhouding werkelijk ernstig verstoord is. Dat betekent dat niet kan worden ontbonden als de werkgever alleen hard roept dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord, terwijl de werknemer nog wel kans ziet op een vruchtbare samenwerking en dit ook reëel is naar het oordeel van de kantonrechter.[251]

Prof. Mr. Dr. S.F. Sagel (hierna: Sagel), Hoogleraar aan de Universiteit van Leiden, geeft in zijn oratie aan dat van een voldragen g-grond pas sprake is indien sprake is van een 'ernstig en duurzaam' verstoorde arbeidsverhouding die van dien aard is, dat van de werkgever in redelijkheid niet lager gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten.[252] Als de werkgever zelf de verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt, kan niet gezegd worden dat van hem in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Daarnaast stelt Sagel dat door deze Asscher-escape niets overblijft van de strenge en separate toetsing van de verschillende wettelijke ontslaggronden. Als belangrijkste tegenargument noemt Sagel het feit dat de Asscher-escape slecht werkgeverschap uitlokt. Bovenstaande is voor de rechterlijke macht des te meer reden tot uiterste terughoudendheid bij toepassing van de Asscher-escape. Deze vluchtroute mag niet meer zijn dan een 'muizengaatje'.[253]

§ 6.2 Jurisprudentie Asscher-escape

In deze paragraaf zal Asscher-escape jurisprudentie worden besproken waarin het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever werd vastgesteld en een billijke vergoeding is toegekend. Daarnaast zal de hoogte van de billijke vergoeding kort worden besproken. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van jurisprudentie vanaf 1 juli 2015.

§ 6.2.1 Ernstig verwijtbaar handelen

In beginsel dient verwijtbaar gedrag aan de zijde van de werkgever, waardoor de arbeidsverhouding verstoord is geraakt, niet te worden beloond met inwilliging van het ontbindingsverzoek van de werkgever. Echter dient afwijzing van het ontbindingsverzoek van de werkgever geen redelijk doel indien redelijkerwijs geen vruchtbare samenwerking meer te verwachten is. Onder deze omstandigheden moet de arbeidsovereenkomst worden ontbonden en is deze ontbinding het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Uit wetsgeschiedenis volgt dat slechts in uitzonderlijke gevallen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.[254] Wanneer een werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld heeft, maakt de werknemer aanspraak op een billijke vergoeding.[255]

---

[250] Van den Brink e.a., *ArA* 2015, p. 19.
[251] Van den Brink e.a., *ArA* 2015, p. 19-20.
[252] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46.
[253] Sagel 2014, p. 11-12.
[254] Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752 & Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
[255] Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

Volgens de kantonrechter vormt deze vergoeding een alternatief voor de voortzetting van de arbeidsovereenkomst.[256] Ondertussen is in meerdere uitspraken een billijke vergoeding toegekend.

De kantonrechters vinden allereerst dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen indien de werkgever geen reële kans heeft geboden aan zijn werknemer om zijn functioneren te verbeteren.[257] Van een goed werkgever mag tevens verwacht worden dat hij zijn werknemer behoudt voor irrationele en gevoelsmatige acties en zich inspant om de arbeidsverhouding te normaliseren.[258] Er is in ieder geval sprake van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever wanneer deze de zaak nodeloos heeft opgeklopt, laten escaleren en op geen enkele wijze heeft getoond daarbij ook mede de afweging te hebben gemaakt wat de (praktische en emotionele) gevolgen van haar handelen zouden zijn op de werknemer. De werkgever dient zich af te vragen of er misschien ook een minder vergaande wijze dan ontslag is om de ergernissen over de werknemer ter sprake te brengen.[259] De werkgever mag in ieder geval niet aansturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst.[260] Verder is het een keer voorgekomen dat een werkgever zijn werknemer in een lege vennootschap had geplaatst en maandenlang het salaris niet had betaald. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever haar verplichtingen als werkgever grovelijk had verwaarloosd en de werknemer in een onhoudbare situatie had geplaatst.[261]

Verder kan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichting bij ziekte ernstig veronachtzaamd, tevens leiden tot toekenning van een billijke vergoeding door de kantonrechter.[262] Ook de situatie waarin een werkgever de arbeidsovereenkomst heeft willen beëindigen vanwege de ziekmelding van de werknemer en geen bedrijfsarts heeft ingeschakeld, kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen.[263]

Wanneer de werkgever een niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet geeft, kan dit worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen.[264] Dit geldt ook voor situaties waarin sprake is van een onregelmatige opzegging. Dat zijn situaties waarin de werkgever eerst toestemming had moeten vragen voordat hij zijn werknemer kan ontslaan.[265]

§ 6.2.2 Hoogte billijke vergoeding

Voor wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding overwegen kantonrechters steeds hetzelfde en volgen de kamerstukken:

"Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstige verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever, en niet tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

---

[256] Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6373.
[257] Rb. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698, Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404 & Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.
[258] Rb. Noord-Holland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
[259] Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
[260] Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
[261] Rb. Oost-Brabant 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186
[262] Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677.
[263] Rb. Oost-Brabant 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.
[264] Rb. Noord-Holland 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470 & Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.
[265] Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.

Als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor volgens die wetsgeschiedenis te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In de billijke vergoeding kan niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, omdat dit al is verdisconteerd in de transitievergoeding. De hoogte van de billijke vergoeding moet daarom worden bepaald op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij criteria als loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen. Er kan wel rekening gehouden worden met de financiële status van de werkgever."[266]

Uit jurisprudentie is geen consistente (richt)lijn af te leiden waaruit blijkt hoe de rechters uiteindelijk de hoogte van de billijke vergoeding precies bepalen. De billijke vergoedingen die tot nu toe zijn toegekend bevinden zich tussen de €2.000,- bruto en €50.000,- bruto. Hierbij liggen de meeste vastgestelde billijke vergoedingen onder de €10.000,- bruto. Er lijkt geen verband te bestaan tussen de hoogte van de billijke vergoeding en de transitievergoeding. De kantonrechter sluit soms voor wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding aan bij de transitievergoeding. In andere gevallen is de billijke vergoeding slechts een fractie van de transitievergoeding en soms bedraagt de billijke vergoeding juist het veelvoudige van de transitievergoeding. Omdat de aanwijzingen van de wetgever tegenstrijdig en onbruikbaar zijn, zetten de meeste kantonrechters deze aanwijzingen aan de kant. Hetgeen waar de kantonrechters zich door laten leiden zijn verwijtbaarheidsfactoren aan werkgeverszijde en de (financiële) gevolgen voor de werknemer.[267] Omdat de vergoedingen over het algemeen niet erg hoog zijn, lijkt de drempel om met slecht werkgeverschap een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te forceren lager te zijn geworden per 1 juli 2015.[268]

§ 6.3 Gevolgen Asscher-escape

De achterliggende gedachte van het gesloten ontslagstelsel is het creëren van meer duidelijkheid en voorspelbaarheid. Alleen de limitatief opgesomde ontslaggronden, met voldoende dossier, zouden volgens de wetgever tot ontbinding moeten leiden. De Asscher-escape ligt niet op een lijn met deze bedoeling van de wetgever. Door middel van de Asscher-escape kan een gebrekkig dossier toch tot ontbinding leiden wanneer de werkgever aanstuurt op een verstoorde arbeidsverhouding. Een ruime toepassing door de kantonrechter van de Asscher-escape lokt slecht werkgeverschap uit. Wanneer de werkgever zich hard genoeg inzet voor een ontslag op grond van een gebrekkig dossier, heeft hij kans dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde arbeidsverhouding zal ontbinden.[269]

§ 6.4 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie wordt een antwoord gegeven op de vraag of de Asscher-escape een mogelijkheid kan bieden wanneer de d-grond niet voldragen is, maar er wel sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. De meest voorkomende situatie is het geval waarin de werkgever de werknemer aanspreekt op het functioneren, maar vervolgens geen verbetertraject start. In dit geval is sprake van ernstig verwijtbaar handelen. De werkgever heeft op deze manier, zonder toereikend dossier voor de d-grond, alsnog kans dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbind op de g-grond. Dit gebeurt doorgaans onder toekenning van een billijke vergoeding.

---

[266] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 91.
[267] Peters, *AR* 2015/0865, p. 7.
[268] 'De billijke vergoeding, slecht werkgeverschap bij ontslag loont', *Dirk Zwager,* www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).
[269] 'De Asscher-escape: easy way out of valse belofte?', *Dirk Zwager,* www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

Wanneer de Asscher-escape wordt toegepast is dat doorgaans onder toekenning van een billijke vergoeding voor de werknemer. Uit jurisprudentie is geen consistente (richt)lijn af te leiden waaruit blijkt hoe rechters de hoogte hiervan bepalen. Rechters laten zich leiden door verwijtbaarheidfactoren aan werkgeverszijde en de (financiële) gevolgen voor de werknemer. Er kan geconcludeerd worden dat de hoogte van de meeste billijke vergoedingen doorgaans onder de €10.000,- bruto ligt. Een en ander is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval.

Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk zal een antwoord worden gegeven op de centrale vraag. De centrale vraag luidt:

Welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ten behoeve van de advies- en procespraktijk van ABAB, teneinde voor werkgevers de kans van slagen te vergroten op beëindiging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub d, g en h BW?

Allereerst worden in paragraaf 7.1 conclusies gegeven naar aanleiding van het onderzoek uit voorgaande hoofdstukken. Vervolgens worden in paragraaf 7.2 aanbevelingen gedaan die voortvloeien uit het onderzoek en de conclusies.

§ 7.1 Conclusies

In paragraaf 7.1.1 wordt een conclusie getrokken omtrent het nieuwe Nederlandse ontslagstelsel in het algemeen. Vervolgens worden in paragraaf 7.1.2 conclusies getrokken en weergegeven ten aanzien van het toetsingskader uit de wet- en regelgeving en jurisprudentie met betrekking tot de ontslaggronden d-, g- en h. Tot slot wordt ingegaan op de mogelijkheid die de Asscher-escape kan bieden in het geval een werkgever zijn ontbindingsverzoek gebaseerd op de d-, g- of h-grond niet uitputtend kan onderbouwen.

§ 7.1.1 Het Nederlands Ontslagstelsel

Het gesloten ontslagstelsel van de redelijke gronden uit art. 7:669 lid 3 BW wordt strikt gehandhaafd door de rechters vanaf 1 juli 2015. Het komt regelmatig voor dat werkgevers verschillende ontslagredenen aanvoeren met hetzelfde feitencomplex. Als dit feitencomplex niet één van de ontslaggronden voldoende kan onderbouwen, zal de rechter het ontbindingsverzoek afwijzen. Bij de toetsing van het ontbindingsverzoek geldt, vanwege de ondernemingsvrijheid van de werkgever, een zekere mate van terughoudendheid (marginale toetsing). Sinds 1 juli 2015 is ook de herplaatsingsplicht opgenomen in art. 7:669 lid 1 BW en kan worden gezien als vast onderdeel van de onderbouwing voor alle ontslaggronden. Het meest voordelige scenario voor een werkgever is dat de werknemer instemt met de opzegging. Indien de werknemer niet instemt met het ontslag dient de werkgever zijn ontbindingsverzoek preventief te laten toetsen door het UWV of de kantonrechter. Voor de categorieën werknemers die genoemd zijn in art. 7:671 lid 1 BW geldt geen verplichte preventieve toetsing. Ook bij een beëindigingsovereenkomst of een ontslag op staande voet is een preventieve toets niet verplicht.

§ 7.1.2 Toetsingskader ontslag op de d-, g- en h-grond

Allereerst verdient opmerking dat de rechters zich sinds 1 juli 2015 (net als het UWV) ook aan de criteria van de Beleidsregels moeten houden. De rechters toetsen iedere ontslaggrond afzonderlijk, waarbij geen sprake meer is van toetsing van de omstandigheden aan de redelijkheid en billijkheid.

In dit onderzoek staan de d-, g- en h-grond centraal, omdat deze ontslaggronden de meeste problemen opleveren voor werkgevers en daar vanuit ABAB de meeste behoefte aan is. In deze paragraaf wordt per ontslaggrond ingegaan op de conclusies die zijn af te leiden uit het toetsingskader uit de wet- en regelgeving en de jurisprudentie. Daarbij dient in aanmerking genomen te worden dat jurisprudentie casuïstisch is, omdat de feiten en omstandigheden per geval verschillen. Het merendeel van de uitspraken die worden besproken is afkomstig van kantonrechters. Daarnaast worden een aantal arresten van het hof besproken, welke doorgaans zwaarder wegen.

§ 7.1.2.1 d-grond

Bij de ongeschiktheid voor bedongen arbeid moet het gaan om een werknemer die zijn taken op een onjuiste manier vervult en/of in onvoldoende mate voldoet aan de functie-eisen. Om dit aannemelijk te kunnen maken moet de werkgever zijn ontbindingsverzoek schriftelijk onderbouwen met een dossier. In jurisprudentie is nog eens expliciet benadrukt dat dit ook voor de kleine werkgever geldt. In de Beleidsregels wordt gesteld dat de verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken niet van doorslaggevend belang zijn bij het aannemelijk maken van de ontslaggrond. Uit jurisprudentie blijkt daarentegen dat de rechters juist veel waarde hechten aan de verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken en mailverkeer/correspondentie waarin aanknopingspunten van ongeschiktheid naar voren komen. De rechters achten daarbij concrete voorbeelden uit de praktijk, waaruit de ongeschiktheid blijkt, van groot belang.

Door middel van de verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken beoordeelt de rechter ook of de werkgever de werknemer (herhaaldelijk) heeft aangesproken op het functioneren. De richtlijn die hierbij geldt is één functioneringsgesprek en één beoordelingsgesprek per jaar. Naast het tijdig in kennis stellen van de werknemer, dient ook uit het dossier te blijken dat de werkgever een reële kans moet hebben geboden aan de werknemer om het functioneren te verbeteren. Wanneer de werkgever een persoonlijk, concreet en schriftelijk verbeterplan heeft opgesteld en hij de werknemer coaching en/of begeleiding heeft aangeboden, is doorgaans voldaan aan dit vereiste. Voor de lengte van dit verbetertraject geldt een ondergrens van 3 tot 6 maanden. De kantonrechter oordeelde dat zwaardere eisen mogen worden gesteld aan het verbetertraject, indien sprake is van een lang dienstverband en het gegeven dat niet is gebleken van eerdere ongeschiktheid voor de functie. Een verbetertraject met een lengte van 6 tot 12 maanden is in dat geval geen uitzondering. Het hof Arnhem-Leeuwarden acht bij de beoordeling van het verbetertraject de totale duur van het dienstverband niet van doorslaggevend belang. Wanneer de ongeschikte werknemer verantwoordelijk is voor het functioneren en de arbeidsomstandigheden van andere personeelsleden, kan dit de ‘korte duur’ van een verbetertraject rechtvaardigen.

Verder kan geconcludeerd worden dat de rechter geen rekening houdt met het feit dat een werknemer tijdens het verbetertraject niet volledig aan het werk is geweest. De rechter hecht daarentegen veel waarde aan het feit of een ‘ongeschikte’ werknemer recent een promotie of bonus heeft gekregen.

§ 7.1.2.2 g-grond

Uit de MvT blijkt dat de onder het oude recht geldende criteria voor toestemming van ontslag nog steeds gelden. De verstoring van de arbeidsverhouding dient ‘ernstig en duurzaam’ te zijn en herstel van de relatie is, al dan niet via overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk. Wanneer het ontbindingsverzoek voor de werknemer geheel onverwachts komt, zal de rechter niet snel aannemen dat sprake is van een ‘ernstig en duurzaam’ verstoorde arbeidsverhouding. Gelet op de ingrijpende gevolgen van de ontbinding voor de werknemer, zal niet snel worden aangenomen dat niet meer van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Het ontbindingsverzoek zal worden toegewezen indien partijen het er over eens zijn dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, maar ook dat deze niet meer te herstellen is. Daarnaast moeten beide partijen geen herplaatsingsmogelijkheden meer zien. Uit jurisprudentie blijkt dat de mate waarin de werkgever zich dient in te spannen voor herstel van de arbeidsverhouding zeer hoog is. Daarnaast gaan rechters in beginsel niet over tot ontbinding wanneer het verwijt van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate bij de werkgever ligt.

Bij een verstoorde arbeidsverhouding is de kans groot dat herplaatsing niet in de rede ligt. Dit is anders wanneer de verstoorde arbeidsverhouding tussen werknemers op de werkvloer is en niet met de werkgever. De omvang van de onderneming en het personeelsbestand speelt een rol bij de beoordeling of herplaatsing tot de mogelijkheden behoort.

§ 7.1.2.3 h-grond

De h-grond kan niet worden gezien als 'veegbepaling'. In de MvT en literatuur zijn verschillende voorbeelden genoemd waarin sprake is van de h-grond. Wanneer de situatie vergelijkbaar is met één van deze voorbeelden, zal de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. De omstandigheden van het geval zijn daarbij dus erg bepalend. Dit maakt ook de rechtspraak omtrent de h-grond zeer casuïstisch.

De voorbeelden uit de MvT zijn:

- Ontslag wegens verdenking, veroordeling of detentie;
- Illegale werknemer of het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning;
- Voetbaltrainer met tegenvallende resultaten;
- Manager met wie verschil van inzicht bestaat over het beleid.

Voorbeelden uit de literatuur:

- Botsende karakters waarbij geen sprake hoeft te zijn van een verstoorde arbeidsverhouding;
- Situatie waarin het de werknemer niet is toegestaan om zijn functie uit te oefenen, bijvoorbeeld in geval van een civielrechtelijk bestuursverbod;
- Bankmedewerker met een (tijdelijk) beroepsverbod;
- Situatie waarin een voor het uitoefenen van de functie vereiste 'verklaring omtrent gedrag' (VOG) wordt ingetrokken en herplaatsing niet mogelijk is;
- Situatie waarin er niet wordt voldaan aan het 'up-or-out'-systeem.

Voorbeelden uit de jurisprudentie:

- Veranderingen in wet- en regelgeving die moeten leiden tot ontslag van een werknemer;
- 'Ontbindende voorwaarde' leidt tot ontslag van een werknemer;
- Subsidieverstrekker of enige opdrachtgever wil een werknemer niet meer;
- Vermiste werknemer;
- Ongepaste houding en uitlatingen van docent op internet en de schoolkrant.

Kantonrechters uit Amsterdam en Tilburg hebben op grond van art. 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden aangevuld en de arbeidsovereenkomst ontbonden op de h-grond, terwijl er geen sprake was van 'andere omstandigheden'. Het hof Arnhem-Leeuwarden ziet dit niet als het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, maar als het aanvullen van de feitelijke grondslag. Dit is in strijd met art. 24 Rv. Partijen behoren namelijk de aard en de omvang van de rechtsstrijd te bepalen, door middel van het aanvoeren van feiten en omstandigheden.

§ 7.1.3 Welke mogelijkheden biedt de Asscher-escape?

In de praktijk komt het regelmatig voor dat sprake is van een combinatie van omstandigheden. Het meest voorkomende geval is de situatie waarin de werkgever de werknemer aanspreekt op zijn functioneren, maar geen reële kans heeft geboden ter verbetering van het functioneren. Door dit ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is een verstoorde arbeidsverhouding ontstaan. Van ernstig verwijtbaar handelen is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake. Minister Asscher heeft hierover gezegd dat in zo'n situatie de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen zal incalculeren.

De werkgever kan op deze manier ook zonder zorgvuldig opgebouwd dossier overgaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid wordt de Asscher-escape genoemd.

De rechters zijn terughoudend bij het toepassen van de Asscher-escape, maar als de rechter het toepast is dat doorgaans onder toekenning van een billijke vergoeding. Er is geen consistente (richt)lijn in de jurisprudentie te ontdekken over hoe de rechters de hoogte van de billijke vergoeding bepalen. Er bestaat in ieder geval geen verband tussen de hoogte van de billijke vergoeding en de transitievergoeding. De aanwijzingen van de wetgever over hoe de rechter de omvang van een billijke vergoeding moet bepalen zijn tegenstrijdig en onbruikbaar. Rechters zetten deze aanwijzingen dan ook opzij en laten zich leiden door verwijtbaarheidsfactoren aan werkgeverszijde en de (financiële) gevolgen voor de werknemer. Op basis van jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat de hoogte van de meeste vastgestelde billijke vergoedingen doorgaans onder de €10.000,- bruto ligt, maar dit is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Voor een grote werkgever is dit een lage prijs om van een werknemer af te komen. Een ruime toepassing van de Asscher-escape door de werkgever zal daarom slecht werkgeverschap uitlokken.

§ 7.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden aanbevelingen gedaan ten behoeve van de advies- en procespraktijk van ABAB, omtrent ontslag op de d-, g- en h-grond. In paragraaf 7.2.1 worden aanbevelingen gedaan die voortvloeien uit het nieuwe Nederlandse ontslagstelsel. Vervolgens worden in paragraaf 7.2.2 aanbevelingen gedaan voor de d-, g- en h-grond die voortvloeien uit de wet- en regelgeving en jurisprudentie. Tot slot zal in paragraaf 7.2.3 worden ingegaan op de Asscher-escape. Wanneer de adviseurs van ABAB deze aanbevelingen meenemen in de advisering van hun klanten, vergroot dit de kans op een succesvolle ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een succesvol onderhandelingstraject bij een schikking.

§ 7.2.1 Algemene aandachtspunten ontslag

ABAB zal in eerste instantie hun klanten doorgaans moeten adviseren om een beëindigingsovereenkomst te sluiten met de werknemer, omdat hierbij geen transitievergoedingsplicht geldt. De werkgever dient bij de dossieropbouw rekening te houden met de criteria die voortvloeien uit de Beleidsregels. De werkgever moet een ontslagaanvraag gebaseerd op de a- of b-grond indienen bij het UWV en ontbindingsverzoeken gebaseerd op de c t/m h-grond moeten worden ingediend bij de kantonrechter.

§ 7.2.2 Aandachtspunten omtrent ontslag op de d-, g- en h-grond

In deze paragraaf worden achtereenvolgens aanbevelingen gedaan voor de d-, g- en h-grond. Voor alle ontslaggronden geldt dat de werkgever deze uitputtend moet onderbouwen. Een kantonrechter toetst iedere ontslaggrond afzonderlijk. Een voldragen ontslaggrond is dus essentieel, want anders zal de kantonrechter de overeenkomst niet ontbinden.

§ 7.2.2.1 d-grond

ABAB moet hun klanten adviseren om een dossier bij te houden, met daarin verslaglegging van functionerings- en beoordelingsgesprekken. Op deze manier dient de werkgever de ongeschiktheid van de werknemer aannemelijk te maken. De werkgever moet zorgen dat uit deze verslaglegging blijkt dat de werkgever tijdig en herhaaldelijk de werknemer heeft aangesproken op zijn functioneren. De werkgever kan daartoe ook verslaglegging van mailverkeer/correspondentie overleggen. Het is daarbij van belang dat de werkgever de werknemer in de gelegenheid stelt om zijn eigen visie te geven omtrent het functioneren.

ABAB dient hun klanten te adviseren om concrete voorbeelden op te nemen in het dossier, waaruit blijkt dat sprake is van ongeschiktheid.

Daarnaast dient de werkgever te kunnen aantonen dat hij een goed en lang genoeg verbetertraject in gang heeft gezet en/of de werknemer een alternatieve functie heeft aangeboden. ABAB zal hun klanten een schriftelijk verbeterplan moeten laten opstellen. De werkgever mag dit ook aan de werknemer overlaten, maar de werkgever blijft in overwegende mate verantwoordelijk voor het in gang zetten van het verbetertraject. Dit verbeterplan dient persoonlijk te zijn, wat inhoudt dat het niet in algemene termen gesteld mag zijn. Ook dient de aanpak en het tijdsbestek te worden beschreven in het verbeterplan. ABAB moet hun klanten adviseren dat zij werknemers een coaching en/of begeleidingstraject aanbieden.

De werkgever is verder verplicht om contact te onderhouden met de werknemer over het functioneren. Dit kan in de vorm van tussentijdse evaluaties. De werkgever mag zich tijdens dit contact niet beperken tot het enkele registreren of rapporteren van het tekortschietende functioneren. Het is ook aan te raden om het verbetertraject af te sluiten met een eindgesprek. Tijdens dit gesprek kunnen beide partijen hun zienswijze geven over het resultaat van het verbetertraject.

§ 7.2.2.2 g-grond

ABAB moet hun klanten adviseren dat zij aan kunnen tonen waaruit de verstoring van de arbeidsverhouding blijkt. Daarbij dient de werkgever aannemelijk te maken dat sprake is van een ‘ernstig een duurzaam’ verstoorde arbeidsverhouding. De werkgever zal de verstoorde arbeidsverhouding goed moeten onderbouwen, zodat de verstoring voldoende concreet is. De werkgever kan ervoor kiezen om getuigenverklaringen in te brengen.

De werkgever moet ook aannemelijk maken dat hij zich reëel, redelijk en concreet heeft ingespannen om de vermeende verstoring te herstellen, maar deze inspanning geen resultaat heeft opgeleverd. Daarbij dient ABAB hun klanten te weerhouden van het direct aansturen op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder daarbij de andere opties te onderzoeken. Van de werkgever wordt door de kantonrechter het initiatief en de nodige professionaliteit verwacht dat de werkgever zich voldoende inspant om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen. De werkgever zal in gesprek moeten gaan met de werknemer. ABAB dient hun klanten aan te raden om deze gesprekken te voeren met behulp van een onafhankelijke gespreksleider, in de vorm van mediation. Wanneer één of meerdere mediationtrajecten niet tot resultaat leiden, betekent dat niet dat de werkgever verder geen inspanningsverplichtingen heeft. Indien de werknemer geen inzicht heeft in de ernst van zijn houding en gedrag, dan is het aan de werkgever om dit tijdens gesprekken inzichtelijk te maken. Wanneer dit niet werkt, dan ligt het op de weg van de werkgever om daarvoor andere instrumenten te zoeken, zoals het inschakelen van professionele hulp voor werknemer.

Wanneer sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding tussen twee of meer collega’s, dient ABAB hun klant op de hoogte te stellen van de extra onderbouwingsplicht voor de werkgever. De werkgever dient in overleg met de werknemers samenwerkingsafspraken te maken of mediation te laten plaatsvinden. Mocht dit niet tot voldoende resultaat leiden, moet de werkgever in ieder geval kunnen aantonen dat hij er alles aan heeft gedaan om de samenwerkingsproblemen op te lossen. Daarnaast moet de werkgever aannemelijk maken dat overplaatsing van de werknemer (naar een andere afdeling of filiaal) niet in de rede ligt of niet behoort tot de mogelijkheden. Hierbij geldt ook dat van een werkgever verwacht wordt dat hij een werknemer aanspreekt indien de op de werkvloer ontstane spanningen worden veroorzaakt door de gedragingen van de werknemer.

§ 7.2.2.3 h-grond

ABAB dient hun klanten op de hoogte te stellen van het feit dat de werkgever ervoor moet zorgen dat de aangevoerde feiten en omstandigheden geen verband houden met een andere ontslaggrond uit art. 7:669 lid 3 BW. De werkgever mag de h-grond namelijk niet gebruiken om een andere grond te 'repareren'. Het is raadzaam voor de werkgever om aannemelijk te maken dat de situatie vergelijkbaar is met de voorbeelden die worden genoemd in wet- en regelgeving en literatuur. Verder geldt bij deze grond in beginsel ook de herplaatsingsplicht. De werkgever dient aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie niet in de rede ligt. Deze herplaatsingsplicht geldt niet indien sprake is van een werknemer in detentie of een illegale werknemer.

§ 7.2.3 Asscher-escape

Het komt regelmatig voor dat een werkgever niet beschikt over een toereikend dossier om één bepaalde ontslaggrond uitputtend te onderbouwen. Ondanks dit ontoereikende dossier kan de arbeidsverhouding dermate verstoord zijn dat de arbeidsovereenkomst niet meer kan worden voortgezet. ABAB dient hun klanten in dit geval te adviseren om het ontbindingsverzoek primair bijvoorbeeld te baseren op de d-grond en subsidiair op de g-grond. De werkgever heeft dan ondanks het ontbreken van een toereikend dossier toch kans dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de g-grond zal ontbinden. Dit gebeurt doorgaans onder toekenning van een billijke vergoeding.

Bronnenlijst

Wet- en regelgeving

Formele wet

- Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.
- Wet van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504.

Ministeriële regelingen

- Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685.

Beleidsregels

- Beleidsregels Ontslagtaak UWV van 31 juli 2012, *Stcrt.* 2012, 16614.

Besluiten

- Ontslagbesluit van 11 november 1998, *Stcrt* 1998, 238.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, 15.
- *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 29.
- *Kamerstukken* 2014/15, 34108.

Handelingen

- *Handelingen I* 2013/14, 32, item 14.
- *Handelingen II* 2013/14, 54, item 9.

Jurisprudentie

Nederlands ontslagstelsel

1. Hof ’s-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.
2. Hof Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761
3. Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG3269.
4.
5. Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.
6. Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.
7. Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.
8. Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.
9. Rb. Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1052.

D-grond

10. Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:GHAMS:2016:657.
11. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.
12. Rb. Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135.
13. Rb. Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3412.
14. Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152.

15. Rb. Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044.
16. Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.
17. Rb. Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577.
18. Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404.
19. Rb. Noord-Nederland 7 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1659.
20. Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.
21. Rb. Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.
22. Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
23. Rb. Noord-Nederland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493.
24. Rb. Limburg 6 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9608.
25. Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.
26. Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.
27. Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.
28. Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.
29. Rb. Limburg 19 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8010.
30. Rb. Gelderland 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.
31. Rb. Rotterdam 3 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7176.
32. Rb. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.
33. Rb. Overijssel 8 februari 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP3609.

G-grond

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.
35. Hof ‘s-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.
36.
37. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6373.
38. Rb. Overijssel 28 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2971.
39. Rb. Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044.
40. Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.
41. Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698.
42. Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2770.
43. Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.
44. Rb. Noord-Holland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
45. Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365.
46. Rb. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1729.
47. Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
48. Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.
49. Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.
50. Rb. Noord-Nederland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:440.
51. Rb. Midden-Nederland 5 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:519.
52. Rb. Midden-Nederland 1 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:715.
53. Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
54. Rb. Noord-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:101.
55. Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
56. Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.
57. Rb. Noord-Holland 27oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9756.
58. Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.
59. Rb. Noord- Nederland 24 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4508.
60. Rb. Amsterdam 12 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3773.
61. Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMDNE:2014:7391.

H-Grond

62. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1715.
63. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1687.

64. Rb. Overijssel 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337.
65. Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666.
66. Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443.
67. Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5444.
68. Rb. Noord- Nederland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2777.
69. Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.
70. Rb. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.
71. Rb. Noord-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300.
72. Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.
73. Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365.
74. Rb. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.
75. Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400 (Property NL).
76. Rb. Midden-Nederland 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357.
77. Rb. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260.
78. Rb. Gelderland 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86.
79. Rb. Midden-Nederland 22 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.
80. Rb. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.
81. Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702.
82. Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.
83. Rb. Noord-Holland 6 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12178.
84. Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7786.
85. Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.
86. Rb. Midden Nederland 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7309 (Stichting ASF).
87. Rb. Zwolle 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBZLY:BO9945.
88. Rb. Bergen op Zoom 10 november 2003, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6781.

Asscher-escape

89. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6373.
90. Rb. Noord-Holland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698.
91. Rb. Noord-Holland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
92. Rb. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404.
93. Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
94. Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
95. Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.
96. Rb. Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.
97. Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.
98. Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
99. Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.
100. Rb. Noord-Holland 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470
101. Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677.
102. Rb. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.
103. Rb. Oost-Brabant 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.
104. Rb. Oost-Brabant 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186.

Annotaties

Dop 2016
J. Dop, annotatie bij Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400, *JAR* 2016/45.

Helstone 2016
A.M. Helstone, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, *JAR* 2016/74.

Peters 2016
S.S.M. Peters, annotatie bij Rb. Oost-Brabant 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, *AR* 2015-0865

Literatuur

Handboeken

Asser/Heerma van Voss 2015
G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Arbeidsrecht. Deel V. Bijzondere overeenkomsten: arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015.

Drongelen, Fase & Jellinghaus 2015
J. van Drongelen, W.J.P.M Fase, S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht deel 3 ontslagrecht,* Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

Houweling & Van der Voet 2015
A.R. Houweling & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.

Van der Grinten, Bouwens & Duk 2015
W.C.L van der Grinten, W.H.A.C.M Bouwens & R.A.A Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2015.

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

Van Schaaijk 2011
G.A.F.M van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek,* Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2011.

Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015
J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht,* Deventer: Kluwer 2015.

Verburg 2016
L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid,* Den Haag: Boom juridisch 2016.

Tijdschriftartikelen

Bennaars 2014
J.H. Bennaars, 'De opzegging: preventief en duaal, maar dan anders', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014, afl. 1, p. 31-37.

Brink 2015
P.F. van den Brink e.a., 'Wwz in de praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2015, afl. 1, p. 3-46.

Dekker 2016
H.B. Dekker, 'Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2016, afl. 1, p. 22-37.

Hakvoort 2015
K.Hakvoort, 'Up or out' onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015/16, afl. 3, p. 11-14.

Knipschild 2014
E. Knipschild, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014, afl. 1, p. 38-41.

Swelheim 2014
A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51, afl. 11, p. 21-23.

A.J. Swelheim, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid: van BBA naar BW; voor wie maakt dit verschil?', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014, afl. 1, p. 42-46.

Ten Broeke & Zaal 2015.
M. ten Broeke & I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/41, afl. 10, p. 8-12.

Van Tuyll van Serooskerken 2015
C.F.J. van Tuyll van Serooskerken, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *ArbeidsRecht* 2015/55, afl. 12, p. 14-23.

Oratie

Sagel 2014
S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), 2014.

Elektronische bronnen

E.Verhulp, 'Commentaar op art. art. 7:669 BW', in: J.M. van Slooten e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 2015 (boek en online).

'De Asscher-escape: easy way out of valse belofte?', *Dirk Zwager* 4 februari 2016, www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

'De billijke vergoeding, slecht werkgeverschap bij ontslag loont', *Dirk Zwager* 4 februari 2016, www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op Asscher-escape).

‘Diensten’, *Abab Accountants & Adviseurs,* www.abab.nl (zoek op diensten).

‘Ontslaggronden’, *Wwz proof,* www.wwzproof.nl (zoek op ontslaggronden).

‘Wwz: een doorkijkje in de D, G en H ontbindingsgronden en het hoger beroep’, *Milestone advocaten* 7 juni 2016*,* www.milestoneadvocaten.com (zoek op WWZ).

‘Checklist disfunctioneren voor werkgevers: van preventie tot effectieve maatregelen’, *Tavasszy advocatenkantoor* 1 juni 2015*,* www.tavasszy.nl (zoek op verbetertraject).

‘Hoe lang moet het verbetertraject duren?’, *JPR* 23 september 2016, www.jpr.nl (zoek op verbetertraject).