

Aan een beperking van de toepasselijkheid van de CAO voor Uitzendkrachten zoals door ons gesuggereerd, kleeft overigens ook een bezwaar. Waarom zou een personeels-BV zich wel aan de cao-voorschriften ten gunste van uitzendkrachten moeten houden, maar niet mogen profiteren van alle bijzondere voordelen die het uitzendwerkgeverschap biedt?

Op grond van de uitspraak van de Kantonrechter Arnhem kan Logiflex in ieder geval wel profiteren van art. 13 lid 2 ('Fase B') van de CAO voor Uitzendkrachten. Dit artikel is gebaseerd op art. 7:668a lid 5 sub a BW, waarin afwijking van de ketenregeling ex art. 7:668a lid 1 BW wordt toegestaan. Met de uitsluiting van uitzending in intra-concern-verband heeft de wetgever bedoeld juridische constructies te voorkomen waarmee werknemersrechten zouden worden aangetast. Als personeels-BV's van Fase B gebruik gaan maken, zal echter precies het tegenoverstelde worden gerealiseerd.

E.M. Bevers  
Clingendael Advocaten  
J.A.C. Brouwer  
Marxman Advocaten

<b>28</b>
Rechtbank Noord-Nederland (Kantonrechter) 25 november 2015, nr. 4423814 AR VERZ 15-16 ECLI:NL:RBNNE:2015:5423 (mr. Zwart-Sneek) Noot A. Briejer
<b>Ontbinding. Disfunctioneren. Verbetertraject. Verstoorde arbeidsrelatie. Ernstig verwijtbaar handelen. Billijke vergoeding.</b>
<b>Werkneemster is niet-tijdig in kennis gesteld van tekortkomingen in functioneren en is geen verbetertraject geboden, zodat d-grond niet voldragen is. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Billijke vergoeding € 2500,= bruto.</b>
[BW art. 7:669 lid 3 onderdeel d en g, 7:671b]

Werkneemster is op 1 maart 1998 in dienst getreden. De laatste functie die zij vervulde, is die van administratief medewerkster voor twintig uur per week, met een salaris van € 1041,51 bruto per maand, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van art. 7:671b lid 1 onderdeel a BW, primair in verbinding met art. 7:669 lid 3 onderdeel d BW, en subsidiair in verbinding met art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Aan het primaire verzoek legt werkgeefster ten grondslag dat sprake is van disfunctioneren. Ter onderbouwing daarvan heeft werkgeefster het volgende naar voren gebracht. Bij (te) veel werkzaamheden worden (veel) fouten gemaakt. Hierdoor willen andere medewerkers geen werk meer bij werkneemster neerleggen, aangezien het controleren en verbeteren meer werk oplevert dan het direct zelf te doen. Werkneemster is voldoende gelegenheid geboden haar functioneren te verbeteren. Subsidiair stelt werkgeefster zich op het standpunt dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Het verweer van werkneemster strekt primair tot afwijzing van het verzoek. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt werkneemster bij wege van zelfstandig verzoek om toekenning van de wettelijke transitievergoeding, als-

mede om toekenning van een billijke vergoeding ter grootte van viermaal de transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende is komen vast te staan dat het functioneren van werkneemster te wensen heeft overgelaten. In dit verband wordt betekenis toegekend aan het feit dat de werkzaamheden van werkneemster, in ieder geval zo op het oog, zijn aan te merken als relatief eenvoudige administratieve werkzaamheden, die in beginsel foutloos moeten kunnen worden uitgevoerd door een ervaren kracht en aan de in dit geding overgelegde verklaringen van drie directe collega's van werkneemster, die – met verwijzing naar concrete voorvallen – hebben verklaard dat zij geen werkzaamheden meer bij werkneemster neer willen leggen, omdat zij te veel fouten maakt en dit voor haar collega's leidt tot (te) veel controle- en correctiewerk. Dit levert evenwel nog geen redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel d BW. Dat werkneemster voldoende en tijdig in kennis is gesteld omtrent de tekortkomingen in haar functioneren en dat haar daadwerkelijk een verbeterkans is gegeven, kan niet worden geoordeeld. In het dossier bevinden zich geen verslagen van (functionerings)gesprekken, waaruit dit blijkt.

Nu werkneemster ter zitting heeft erkend dat de arbeidsverhouding door alles wat er door werkgeefster en haar collega's over haar is gezegd, verstoord is, partijen het erover eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is en herplaatsing van werkneemster niet meer mogelijk moet worden geacht nu alle collega's waar werkneemster werkzaamheden voor verrichtte hebben verklaard dat zij niet met haar willen werken, terwijl iedereen bij werkgeefster in dezelfde ruimte werkt, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de subsidiaire grond ontbinden. Werkgeefster heeft de verplichtingen zoals die in acht genomen moeten worden ten aanzien van een onvoldoende functionerende werknemer in belangrijke mate geschonden. Hiervan kan werkgeefster een ernstig verwijt gemaakt worden. Door een verbetertraject na te laten en vervolgens aan te sturen op een ontslag wegens disfunctioneren, heeft werkgeefster het risico op een verstoorde arbeidsverhouding zelf in het leven geroepen. Aan werkneemster wordt een billijke vergoeding toegekend van € 2500,= bruto. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking dat weliswaar sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkgeefster, maar dat er geen sprake is van het door werkgeefster opzettelijk veronachtzamen van haar verplichtingen. Gelet op het dossier en het verhandelde ter zitting is in het onderhavige geval veeleer aan de orde dat werkgeefster het onvoldoende functioneren door werkneemster – mede gelet op onbekendheid dan wel onervarenheid met de (strenge) eisen die worden gesteld aan een werkgever die wordt geconfronteerd met een werknemer die naar zijn oordeel niet goed functioneert – kennelijk te lang heeft laten doorlopen zonder op adequate wijze de benodigde maatregelen te treffen om tot verbetering te komen.

[verzoeker],  
gevestigd te Heerenveen,  
verzoekende partij,  
procederende in persoon door middel van haar directeur/eigenaar de heer [A],  
tegen  
[verweerster],  
wonende te Heerenveen,  
verwerende partij,  
gemachtigde: mr. A.J. Roos.

Partijen zullen hierna [verzoeker] en [verweerster] worden genoemd.

## Kantonrechter:

### 1 Het procesverloop

1.1. [verzoeker] heeft een verzoek gedaan om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden, ingekomen ter griffie op 2 september 2015. [verweerster] heeft op 19 oktober 2015 een verweerschrift ingediend.

1.2. Op 27 oktober 2015 heeft een zitting plaatsgevonden. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Daarnaast heeft [verzoeker] haar aantekeningen ten behoeve van de mondelinge behandeling ter zitting overhandigd. Voorafgaand aan de zitting heeft [verzoeker] bij e-mailbericht van 26 oktober 2015 nog nadere stukken toegezonden.

### 2 De feiten

2.1. [verweerster], geboren [geboortedatum] 1954, is op 1 maart 1998 in dienst getreden bij [verzoeker].

[verzoeker] houdt zich hoofdzakelijk bezig met het (online) verkopen van kantoorbenodigdheden. Voor de ingangsdatum van het dienstverband heeft [verweerster] op uitzendbasis vanaf 1 december 1997 drie maanden voor [verzoeker] gewerkt. De laatste functie die [verweerster] vervulde, is die van administratief medewerkster voor 20 uur per week, met een salaris van € 1041,51 bruto per maand, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag. In deze functie verrichtte zij diverse administratieve werkzaamheden, waaronder ook boekhoudwerkzaamheden.

2.2. In oktober 2012 is [verweerster] in verband met (niet werkgerelateerde) ziekte uitgevallen voor haar werkzaamheden. Tijdens haar ziekte heeft [verzoeker] een andere medewerkster belast met de boekhouding. Na een periode van re-integratie, waarbij zij bij [verzoeker] hand- en spandiensten verrichtte, is [verweerster] met ingang van 1 januari 2014 volledig hersteld verklaard en heeft zij haar werkzaamheden hervat. Behalve voor de meer algemene administratieve werkzaamheden is [verweerster] vanaf dat moment ook ingezet voor werkzaamheden ten behoeve van het PostNL Businesspoint dat door [verzoeker] wordt beheerd. De boekhoudkundige werkzaamheden bleven de verantwoordelijkheid van de werkneemster die dat werk tijdens de ziekte van [verweerster] is gaan verrichten.

2.3. Op 24 augustus 2014 heeft de heer [A], directeur/eigenaar van [verzoeker] (verder: [A]) mondeling aan [verweerster] medegedeeld dat hij voornemens was de arbeidsovereenkomst met [verweerster] te beëindigen wegens disfunctioneren. Vanaf dat moment is [verweerster] met onmiddellijke ingang vrijgesteld van haar werkzaamheden. [verweerster] heeft bij brief van diezelfde datum tegen de ontslagaanzegging geprotesteerd. Zij heeft ook niet medegewerkt aan een beëindiging van het dienstverband in onderling overleg die [A] aan haar voorstelde.

### 3 Het verzoek

3.1. [verzoeker] verzoekt de arbeidsovereenkomst met [verweerster] te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, van het Burgerlijk Wetboek (BW), primair in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel d BW, en subsidiair in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel g BW.

3.2. Aan het primaire verzoek legt [verzoeker] ten grondslag dat sprake is van disfunctioneren. Ter onderbouwing daarvan heeft [verzoeker] het volgende naar voren gebracht. Na een ziekteperiode van circa 1 jaar is [verweerster] sinds 1 februari 2014 weer aan de slag gegaan. [verzoeker] heeft geprobeerd passend werk voor [verweerster] te vinden maar bij (te) veel werkzaamheden worden (veel) fouten gemaakt. Hierdoor willen andere medewerkers geen werk meer bij [verweerster] neerleggen, aangezien het controleren en verbeteren meer werk oplevert dan het

direct zelf te doen. [verzoeker] heeft een overzicht gemaakt met voorbeelden van de fouten die door [verweerster] gemaakt zijn en schriftelijke stukken overgelegd die dit volgens haar staven. Volgens [verzoeker] kwam dit soort fouten dagelijks voor. [verzoeker] stelt dat er diverse gesprekken gevoerd zijn met [verweerster] met betrekking tot haar functioneren en dat aan haar voldoende tijd gegund is om zich te verbeteren. Collega's hebben nu aangegeven dat het zo absoluut niet verder kan, aldus [verzoeker]. Ter onderbouwing heeft [verzoeker] verklaringen van deze collega's overgelegd waarin die verklaren dat zij geen werkzaamheden meer aan [verweerster] willen opdragen.

3.3. Subsidiair stelt [verzoeker] zich op het standpunt dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding die zodanig is dat van [verzoeker] redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. [verzoeker] heeft toegelicht dat er binnen het bedrijf gewerkt wordt met een klein aantal mensen in één kantoorruimte – omgerekend ongeveer 7 fte's – en dat het door de ontstane situatie niet meer werkzaam is als [verweerster] nog werkzaamheden doet. Herplaatsen kan niet, daarvoor is het bedrijf te klein en [verzoeker] heeft al tal van verschillende werkzaamheden aan [verweerster] opgedragen. Ander werk is er niet.

### 4 Het verweer

4.1. [verweerster] verweert zich tegen het verzoek en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Zij voert daartoe – samengevat – het volgende aan. Na haar ziekte heeft [verweerster] een andere functie moeten vervullen. Haar eigen functie was inmiddels bezet door haar vervangster. Om de arbeidsverhoudingen niet op scherp te zetten heeft zij zich daar bij neergelegd en zich desondanks steeds voor 100% ingezet. De mededeling van [A] dat hij haar zou gaan ontslaan wegens disfunctioneren is voor [verweerster] als een donderslag bij heldere hemel gekomen. [verweerster] herkent zich totaal niet in de kritiek. De door [verzoeker] genoemde voorbeelden komen haar deels onbekend voor en de aantijgingen zijn daarnaast veelal onterecht en gezocht. Verder heeft [verweerster] aangevoerd dat zij na het gesprek met [A] in augustus 2015 per direct op non-actief gesteld is, terwijl zij daarvoor nimmer op de hoogte gebracht is van het beweerde disfunctioneren. Functioneringsgesprekken zijn niet gevoerd. [verweerster] is ook niet in de gelegenheid gesteld haar functioneren te verbeteren. Er is haar geen verbetertraject of begeleiding aangeboden.

4.2. Voor wat betreft de subsidiaire grond, verstoring van de arbeidsrelatie, voert [verweerster] aan dat de verhoudingen wat haar betreft helemaal niet verstoord waren, maar dat zij nu ter zitting verklaringen leest van collega's dat zij niet meer met haar willen werken, hetgeen terugkeer uiteraard wel heel belastend voor haar zou maken. Daarmee is de arbeidsverhouding inmiddels wel verstoord, zo moet zij erkennen.

4.3. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt [verweerster] (subsidiair) bij wege van zelfstandig verzoek om toekenning van de wettelijke transitievergoeding alsmede om toekenning van een billijke vergoeding ter grootte van vier maal de transitievergoeding. Door het niet teruggeven aan [verweerster] van haar oude functie, het op brute wijze opzeggen van het vertrouwen in haar, het op grovelijke wijze schenden van de wettelijke verplichtingen van artikel 7:669 lid 3 sub d BW en het daarbij zonder enige vooraankondiging op non-actief stellen van [verweerster] wegens disfunctioneren heeft [verzoeker] partijen in een onhoudbare situatie gemanoeuvreerd. Daarmee is sprake van ernstig verwijtbaar handelen, aldus [verweerster], waardoor [verzoeker] een billijke vergoeding verschuldigd is. [verweerster] heeft aangevoerd dat bij de toeken-

ning van de billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met haar leeftijd en ziektegeschiedenis.

### 5 De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan [verweerster] de transitievergoeding alsmede een billijke vergoeding dient te worden toegekend.

5.2. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden 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 artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (*Stcrt.* 2015/12685) zijn daarvoor nadere regels gesteld (Ontslagregeling).

5.3. De kantonrechter stelt allereerst vast dat geen sprake is van een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 BW of een vergelijkbaar opzegverbod.

5.4. Ten aanzien van de primaire door [verzoeker] aangevoerde grond – kort gezegd: ongeschiktheid van de werknemer voor zijn functie – overweegt de kantonrechter het volgende. [verzoeker] heeft aan de hand van de door haar overgelegde stukken, waaronder e-mails, facturen, Excel-bestanden en klantenlijsten, meer dan 15 voorbeelden genoemd van door [verweerster] gemaakte fouten. Het gaat hierbij om zaken als het niet juist invoeren van (boekhoudkundige) gegevens, het niet juist afhandelen van PostNL pakketten en fouten in de communicatie met klanten. Ter zitting heeft [verweerster] erkend dat zij een deel van de door [verzoeker] genoemde fouten heeft gemaakt. [verweerster] heeft daarnaast evenwel aangevoerd dat zij zich in een ander deel van de genoemde fouten niet herkent en dat het overigens veelal gaat om kleine dan wel niet onoverkomelijke fouten. Dit neemt naar het oordeel van de kantonrechter niet weg dat voldoende is komen vast te staan dat het functioneren van [verweerster] te wensen heeft overgelaten. De kantonrechter heeft in dit verband betekenis toegekend aan het feit dat de werkzaamheden van [verweerster], in ieder geval zo op het oog, zijn aan te merken als relatief eenvoudige administratieve werkzaamheden, die in beginsel foutloos moeten kunnen worden uitgevoerd door een ervaren kracht en aan de in dit geding overgelegde verklaringen van drie directe collega's van [verweerster], die – met verwijzing naar concrete voorvallen – hebben verklaard dat zij geen werkzaamheden meer bij [verweerster] neer willen leggen, omdat zij te veel fouten maakt en dit voor haar collega's leidt tot (te) veel controle- en correctiewerk.

5.5. Naar het oordeel van de kantonrechter levert het vorenstaande evenwel nog geen redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel d BW. Voormeld artikel bepaalt immers dat de redelijke grond moet zijn gelegen in de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid waarbij de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis moet hebben gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid moet hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren. Dat [verweerster] – zoals door [verzoeker] is gesteld – voldoende en tijdig in kennis is gesteld omtrent de tekortkomingen in haar functioneren en dat haar daadwerkelijk een verbeterkans is gegeven, kan echter niet worden geoordeeld. De kantonrechter merkt in dit verband op dat zich in het

dossier geen verslagen van (functionerings)gesprekken bevinden, waaruit dit blijkt. Daarbij komt dat [A] ter zitting heeft erkend dat hij [verweerster] vóór haar ziekte in het geheel niet heeft aangesproken op haar functioneren en dat hij in de gesprekken die hij na de hersteldverklaring met [verweerster] heeft gevoerd in ieder geval nooit het woord 'disfunctioneren' in de mond heeft genomen. Bovendien heeft [A] verklaard dat hij nooit officiële functioneringsgesprekken houdt en dat hij niet aan 'dossiervorming' doet omdat zijn bedrijf daarvoor te klein is en hij het daarvoor ook veel te druk heeft. Het project waarbij [verweerster] bepaalde klantgegevens in het computersysteem moest verwerken en waarbij zij, zo bleek bij nacontrole, de nodige fouten had gemaakt was voor [A] de druppel die de emmer deed overlopen, waarna hij per direct het vertrouwen in haar opzegde. De geconstateerde fouten zijn toen of nadien niet met [verweerster] doorgenomen. De verklaringen van [A] onderstrepen naar het oordeel van de kantonrechter dat [verweerster] zich overvallen moet hebben gevoeld door de ontslag-aanzegging. Dat [A] volgens eigen zeggen niet heeft gedaan aan 'dossiervorming' moet voor zijn eigen rekening en risico blijven. De kantonrechter komt gelet op het vorenstaande tot de slotsom dat ontbinding op de primaire grondslag niet kan worden toegewezen.

5.6. De kantonrechter komt vervolgens toe aan de subsidiaire grond voor het verzoek, namelijk dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat van [verzoeker] in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsverhouding voort te laten duren. Nu [verweerster] ter zitting heeft erkend dat de arbeidsverhouding, inmiddels, door alles wat er door [verzoeker] en haar collega's over haar is gezegd, verstoord is, partijen het erover eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is en herplaatsing van [verweerster] niet meer mogelijk moet worden geacht nu alle collega's waar [verweerster] werkzaamheden voor verrichte hebben verklaard dat zij niet met haar willen werken, terwijl iedereen bij [verzoeker] in dezelfde ruimte werkt, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de subsidiaire grond ontbinden. Na alles wat ter zitting de revue is gepasseerd is naar het oordeel van de kantonrechter namelijk inmiddels sprake van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel g, BW, en is er, gezien het feit dat alle werknemers in (overwegend) dezelfde ruimte werken, geen mogelijkheid tot herplaatsing van [verweerster] binnen een redelijke termijn.

5.7. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van [verzoeker] zal toewijzen op grond van verstoorde verhoudingen en dat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8, onderdeel a, BW zal worden ontbonden met ingang van 1 februari 2016. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure.

5.8. Voor het geval de ontbinding wordt uitgesproken heeft [verweerster] aanspraak gemaakt op de transitievergoeding. [verzoeker] heeft deze aanspraak als zodanig niet betwist, maar wel is ter zitting gedebatteerd over de hoogte. [verweerster] heeft naar de berekening van de kantonrechter aanspraak op een transitievergoeding van € 14.998,= bruto, waarbij – onder verwijzing naar het in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b (laatste zin) BW bepaalde – rekening wordt gehouden met de periode waarin zij als uitzendkracht heeft gewerkt. Anders dan [verzoeker] mogelijk meent is er geen aanleiding om bij de berekening van de transitievergoeding de diensttijd vóór 1 mei 2013 buiten beschouwing te laten vanwege het feit dat [verzoeker] minder dan 25 werknemers heeft (zoals in artikel 7:673d BW wordt bepaald) nu de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet is

ingegeven door bedrijfseconomische omstandigheden. [verzoeker] zal daarom worden veroordeeld tot betaling van voormeld bedrag.

5.9. De kantonrechter dient vervolgens te oordelen over de vraag of er aanleiding is om aan [verweerster], naast de transitievergoeding, een billijke vergoeding toe te kennen, zoals door [verweerster] is verzocht. Gelet op het bepaalde in artikel 7:671b lid 8, onderdeel c, BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoeker]. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat (zie: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 34). Hieromtrent overweegt de kantonrechter het volgende.

5.10. Zoals hiervoor reeds is vastgesteld heeft [verzoeker] nimmer formele functioneringsgesprekken met [verweerster] gevoerd, waarin [verweerster] is geconfronteerd met de kritiek op haar functioneren. [verzoeker] heeft [verweerster] slechts gaandeweg op onderdelen van het werk aangesproken op haar fouten en aan haar dan ter plekke aanwijzingen gegeven. [verzoeker] heeft voorts niets ondernomen waar het gaat om het maken van een concreet verbeterplan, laat staan dat zij dit met [verweerster] heeft besproken. Daarnaast heeft [verzoeker] nagelaten om op duidelijke wijze aan [verweerster] kenbaar te maken dat er in de ogen van [verzoeker] sprake was van dusdanige tekortkomingen in haar functioneren dat hiermee de voortzetting van haar dienstverband in gevaar zou komen indien zij geen structurele verbetering in haar functioneren zou laten zien. De spreekwoordelijke druppel die de emmer voor [verzoeker] heeft doen overlopen – het verwerken van klantgegevens, waarbij veel fouten zijn gemaakt – is ook niet inhoudelijk met [verweerster] besproken, maar heeft geleid tot een onmiddellijke op non-actiefstelling. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [verzoeker] door aldus te handelen haar verplichtingen zoals die in acht genomen moeten worden ten aanzien van een onvoldoende functionerende werknemer in belangrijke mate geschonden. Hiervan kan [verzoeker] een ernstig verwijt gemaakt worden. Het ligt immers op de weg van de werkgever om zich ervan te vergewissen dat de werknemer, indien deze wordt aangesproken op – in de ogen van de werkgever – serieus en herhaald disfunctioneren, doordrongen is van de ernst van de situatie en het ligt voorts op de weg van de werkgever om daarbij tevens heldere afspraken te maken om te komen tot verbeteringen. Drukke werkzaamheden kunnen daarvoor nimmer een excuus zijn. Door dit na te laten en vervolgens aan te sturen op een ontslag wegens disfunctioneren, heeft [verzoeker] het risico op een verstoorde arbeidsverhouding zelf in het leven geroepen. Dat de verstoring (thans) door beide partijen als onherstelbaar is aangemerkt heeft [verzoeker] eveneens over zichzelf afgeroepen, mede door de abrupte wijze waarop het vertrouwen in [verweerster] is opgezegd en zij per direct naar huis is gestuurd. Daarnaast is het geschonden vertrouwen versterkt doordat in het kader van de onderhavige procedure niet alleen [A], maar ook de meeste van de directe collega's van [verweerster] hun vertrouwen in haar hebben opgezegd. Dit maakt dat er voor [verweerster] geen reële mogelijkheid meer bestaat om terug te keren naar het werk en zich te verbeteren, mede gezien de geringe omvang van de onderneming van [verzoeker]. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het feit dat de arbeidsrelatie beëindigd moet worden geheel of grotendeels te wijten is aan ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten aan de zijde

van [verzoeker], met als gevolg dat [verzoeker] een billijke vergoeding aan [verweerster] dient te betalen.

5.11. Over de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding overweegt de kantonrechter het volgende. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoeker], en niet tot de gevolgen van het ontslag voor [verweerster] (zie: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 32-34 en *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 7, pag. 91). Als ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoeker], dan dient [verweerster] hiervoor volgens die wetsgeschiedenis te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van [verzoeker] 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 [verweerster], 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 spelen. Er kan wel rekening worden gehouden met de financiële situatie van [verzoeker]. Uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 2500,= bruto, welke bedrag ten laste van [verzoeker] aan [verweerster] zal worden toegekend. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking dat weliswaar sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van [verzoeker], maar dat er naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake is van het door [verzoeker] opzettelijk veronachtzamen van haar verplichtingen. Gelet op het dossier en het verhandelde ter zitting is in het onderhavige geval veeleer aan de orde dat [verzoeker] het onvoldoende functioneren door [verweerster] – mede gelet op onbekendheid dan wel onervarenheid met de (strengere) eisen die worden gesteld aan een werkgever die wordt geconfronteerd met een werknemer die naar zijn oordeel niet goed functioneert – kennelijk te lang heeft laten doorlopen zonder op adequate wijze de benodigde maatregelen te treffen om tot verbetering te komen. De gang van zaken is voortgezet totdat er uiteindelijk een onhoudbare situatie is ontstaan waarin collega's niet langer werkzaamheden door [verweerster] wilden laten uitvoeren. Het ontbreken van opzet aan de zijde van [verzoeker], alsmede het feit dat hier sprake is van een 'kleine' ondernemer, dient zich naar het oordeel van de kantonrechter te vertalen in een verhoudingsgewijs geringe vergoeding die evenwel toch recht doet aan de situatie waarin [verweerster] door het ernstig verwijtbaar gedrag van [verzoeker] terecht is gekomen en die voor [verzoeker] niet zonder gevolgen mag blijven.

5.12. Nu aan de ontbinding een vergoeding wordt verbonden, zal [verzoeker] gelet op artikel 7:686a lid 6 BW in de gelegenheid worden gesteld om het verzoek in te trekken binnen de hierna genoemde termijn.

5.13. De kantonrechter ziet gelet op de uitkomst van de onderhavige procedure aanleiding om de proceskosten voor rekening van [verzoeker] te laten komen. De proceskosten aan de zijde van [verweerster] worden tot op heden vastgesteld op € 600,= voor salaris gemachtigde.

## 6 De beslissing

De kantonrechter:

6.1. ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 februari 2016, tenzij het ontbindingsverzoek voor de hierna te noemen datum wordt ingetrokken;

6.2. bepaalt dat de termijn, waarbinnen [verzoeker] het verzoek kan intrekken (door middel van een schriftelijke mededeling

aan de griffier, met toezending van een kopie daarvan aan de (gemachtigde van de) wederpartij), zal lopen tot en met december 2015;

6.3. veroordeelt [verzoeker], indien het verzoek niet wordt ingetrokken, om aan [verweerster] een transitievergoeding te betalen van € 14.998,= (zegge: veertienduizend negenhonderdenachtennegentig euro) bruto;

6.4. veroordeelt [verzoeker], indien het verzoek niet wordt ingetrokken, om aan [verweerster] een billijke vergoeding te betalen van € 2500,= (zegge: tweeduizend vijfhonderd euro) bruto;

6.5. veroordeelt [verzoeker] tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant [verweerster] tot en met vandaag vaststelt op € 600,= wegens salaris gemachtigde, zowel in geval [verzoeker] het verzoek handhaaft als indien dit wordt ingetrokken.

## NOOT

### Inleiding

De Wet werk en zekerheid (Wwz) is alweer enige tijd van kracht. De eerste Wwz-beschikkingen zijn inmiddels in de databank van de Rechtspraak opgenomen en minister Asscher heeft de wet een eerste maal tussentijds geëvalueerd.<sup>1</sup> De minister gaat hier onder andere in op een aantal ontbindingszaken waarin een werkgever ernstig verwijtbaar handelt, waardoor de werknemer (naast de transitievergoeding) een billijke vergoeding krijgt toegekend.<sup>2</sup> In ditzelfde rijtje past de hierna te bespreken uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden van de Rechtbank Noord-Nederland.<sup>3</sup> Deze beschikking kan de minister dan ook bij de volgende evaluatie van de Wwz meenemen.<sup>4</sup>

### Van een niet voldragen d-grond naar een voldragen g-grond

In onderhavige casus blijkt dat de werkgever niet tot nauwelijks dossier heeft opgebouwd inzake het gestelde disfunctioneren van een sinds 1998 in dienst zijnde werknemer. De werkgever bevestigt dit nota bene zelf door te verklaren dat hij “niet aan dossiervorming doet”. Officiële functioneringsgesprekken hebben plaatsgevonden noch een (concreet) verbetertraject. Ondanks een onvolledig disfunctioneringsdossier spreekt de kantonrechter (op een andere grond) de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit. De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een verstoring van de arbeidsverhouding.<sup>5</sup> Door aan te sturen op ontslag heeft de werkgever volgens de kantonrechter voor deze verstoring gezorgd. Aanvankelijk stelt de werknemer zich op het standpunt dat geen sprake is van een verstoring. Na het lezen van verklaringen waarin collega's hun beklag doen over haar functioneren, erkent de werknemer uiteindelijk dat de arbeidsverhouding is verstoord.<sup>6</sup> De kantonrechter spreekt daarop de ontbinding uit. Het valt echter te betwijfelen of de kantonrechter zich vergelijkbaar had uitgesproken indien de werknemer had volgehouden dat géén sprake is van een verstoring van de arbeidsverhouding. Los van de vraag hoe geloofwaardig dat zou zijn geweest, heeft de werknemer het voor de kantonrechter makkelijk(er) gemaakt om tot ontbinding

over te gaan. Dezelfde kantonrechter van de Rechtbank Noord-Nederland gaat in een andere zaak, waarin eveneens sprake is van een onvolledig disfunctioneringsdossier, namelijk niet over tot ontbinding.<sup>7</sup> De kantonrechter hecht in die zaak veel waarde aan het voorstel van de werknemer om in mediation te gaan. Wanneer sprake zou zijn van een verstoring, ligt het volgens de kantonrechter op de weg van de werkgever om hierover met de werknemer (al dan niet in de vorm van mediation) in gesprek te gaan. In de onderhavige zaak stelt de kantonrechter mijns inziens vrij gemakkelijk een verstoring van de arbeidsverhouding vast (waardoor van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan<sup>8</sup>). Wanneer de werknemer de verstoring niet had erkend, maar zou hebben aangestuurd op mediation (waar de werkgever vervolgens mogelijk niets van zou hebben willen weten) was dit wellicht anders geweest. Bij de beoordeling of sprake is van een voldragen g-grond acht (ook) de Kantonrechter Den Haag van belang of de werkgever zich in voldoende mate heeft ingespannen om de arbeidsverhouding te herstellen.<sup>9</sup> Ook hier is het verzoek tot ontbinding afgewezen. Deze twee uitspraken onderbouwen het standpunt dat een werkgever niet zonder meer kan profiteren van de (in meerdere mate) door hem veroorzaakte verstoring van de arbeidsverhouding. Wanneer dat het geval is, dan is het aan de werkgever om zich in te spannen teneinde de verstoorte arbeidsverhouding (via een mediator) te herstellen.

### Hoe voldragen is een voldragen ontslaggrond?

Een voldragen ontslaggrond is vereist om tot ontbinding over te kunnen gaan.<sup>10</sup> De wetgever spreekt tijdens de behandeling van de wet in dit kader duidelijke taal. Er is wel of geen ontslaggrond die tot ontbinding kan leiden. Een mix van ontslaggronden zou met de inwerkingtreding van de Wwz tot het verleden moeten behoren. Wanneer een werkgever een disfunctionerende werknemer niet heeft aangesproken en hem in niet in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren, kan niet wegens een d-grond worden overgegaan tot ontbinding.<sup>11</sup> Dit zorgt ervoor dat het ontslagrecht redelijk is dichtgetimmerd. Daar waar de kantonrechter voorheen speelruimte had een ontbinding (wegens een verandering in de omstandigheden) uit te spreken ondanks een onvolledig disfunctioneringsdossier, dient de kantonrechter onder de Wwz slechts bij een voldragen ontslaggrond tot ontbinding over te kunnen gaan. Of toch niet helemaal? Tijdens een debat in de Eerste Kamer over de Wwz heeft minister Asscher een opening geboden voor de werkgever die ten onrechte ontbinding op grond van disfunctioneren nastreeft, waardoor vervolgens door toedoen van de werkgever een verstoorte arbeidsverhouding ontstaat. Als “om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens een ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren”.<sup>12</sup> Deze

1 Kamerstuk 34351, 1, brief van minister Asscher 27 november 2015, *Opzet evaluatie Wwz en eerste beeld invoering Wwz*.

2 Art. 7:671b lid 8 sub c en lid 9 sub b BW.

3 Kantonrechter Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

4 De minister heeft de Kamer toegezegd haar halfjaarlijks te informeren over de werking van de Wwz.

5 Zoals bedoeld in art. 7:669 lid 1 sub g BW.

6 Daags voor de zitting heeft de werkgever nog stukken toegezonden. Het is niet onaannemelijk dat dit de verklaringen van de collega's zijn die de werknemer leest tijdens de mondelinge behandeling.

7 Kantonrechter Leeuwarden 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491. De werkgever kan tevens onvoldoende een verstoring van de arbeidsverhouding aantonen.

8 Alleen een verstoring tussen partijen is in beginsel onvoldoende voor een ontbinding.

9 Kantonrechter Den Haag 4 september 2015, «JAR» 2015/245. De kantonrechter oordeelt “als er al sprake zou zijn van een duurzame ernstige verstoring van de arbeidsverhouding is niet gebleken dat FNV inspanningen heeft verricht om de relatie te herstellen”.

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43; A.J. Swelheim, ‘Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?’.

11 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 87.

12 *Handelingen I* 2013/14, 33818, 32 item 14, p. 10.

vluchtroute, de zogenoemde 'Asscher-escape', kan door een werkgever worden gekozen om een tekort aan een ontslaggrond te dichten.<sup>13</sup> Niet alleen werkgevers, maar ook (de minder kritisch toetsende) kantonrechters maken gebruik van deze escape.<sup>14</sup> Een route die het handelen als (bijzonder) slecht werkgever belooft met een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. En dat voelt niet goed. Sagel wijst in zijn oratie op het risico van het uitlokken van slecht werkgeverschap bij het op ruime schaal toepassen van de g-grond in zaken met een gebrekkig disfunctioneringsdossier.<sup>15</sup> Het hierboven genoemde onrechtmatige gevoel kan worden weggenomen indien een werknemer in voldoende mate wordt gecompenseerd wanneer een werkgever op oneigenlijke gronden om een ontbinding verzoekt.

#### *De mate van compensatie tegen onrechtvaardig ontslag*

De kantonrechter oordeelt in deze kwestie dat de werkgever een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De werkgever is vrij abrupt overgegaan tot een non-actiefstelling om vervolgens een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te dienen. Het feit dat de arbeidsrelatie moet worden beëindigd is geheel of grotendeels te wijten aan ernstig handelen dan wel nalaten van de werkgever. Ook al is de schuldvraag bij de ontslaggrond verstoorte arbeidsverhouding geen toetsingscriterium, voor de kantonrechter had dit mijns inziens eerder aanleiding moeten geven om niet tot ontbinding over te gaan.<sup>16</sup> Aan de andere kant kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is de verstoorte arbeidsverhouding in stand te houden, ongeacht de oorzaak van deze verstoring. Nu de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, heeft de werknemer recht op een billijke vergoeding. Wat precies wordt verstaan onder "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten" (waardoor dit recht ontstaat) is niet geheel duidelijk. De wetgever is vrij beperkt in haar uitleg over dit criterium. De billijke vergoeding zou slechts in uitzonderlijke gevallen mogen worden toegekend.<sup>17</sup> Het criterium dient dan ook niet (te) ruim te worden uitgelegd, maar dient wel als compensatie te kunnen worden aangemerkt voor het onrecht dat de werknemer is aangedaan.<sup>18</sup> Het is nog te vroeg om te concluderen dat in de rechtspraak dit 'muizengaatje' niet zo beperkt wordt uitgelegd. Ook al zijn hiervoor wel aanwijzingen te vinden.<sup>19</sup> De Raad van State had haar zorg bij de behandeling van de wet al uitgesproken over de mogelijkheid dat de norm van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de praktijk een ruimer bereik zal krijgen dan beoogd.<sup>20</sup> Bovendien, een kantonrechter kan het handelen van een werkgever in een bepaalde situatie als

'ernstig' verwijtbaar handelen beschouwen, terwijl een ambtgenoot in exact dezelfde casus tot het oordeel 'gewoon' verwijtbaar handelen komt.<sup>21</sup> Dit komt vanzelfsprekend niet ten goede aan de rechtsgelijkheid. Welke vergoeding kan dan worden gezien als een redelijke compensatie voor de wijze waarop de werknemer in onderhavige casus, na een dienstverband van zeventien jaar, aan de kant is gezet? Bij de beoordeling van de omvang van de billijke vergoeding heeft de wetgever de kantonrechter vrij spel gegeven. De lengte van het dienstverband en de gevolgen van het ontslag voor de werknemer worden in beginsel bij de berekening van de transitievergoeding meegenomen. Deze factoren spelen dus geen rol van betekenis bij de berekening van de billijke vergoeding.<sup>22</sup> De jurisprudentie tot nu toe laat ons zien dat de door de wetgever gegeven vrijheid aan de kantonrechter leidt tot (grote) verschillen in de berekeningswijze – mocht daar überhaupt sprake van zijn – en de omvang van deze additionele vergoeding.<sup>23</sup> De kantonrechter in onderhavige casus komt tot het schamele bedrag van € 2500,=. Dit bedrag, dat neerkomt op nog geen twintig procent van de transitievergoeding, doet naar mijn mening geen recht aan de situatie en kan niet worden gezien als een serieuze sanctie op slecht werkgeverschap. Het doel van de additionele vergoeding – het voorkomen dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelt of nalaaat – wordt door het toekennen van bedragen van dergelijke omvang naar mijn mening niet bereikt.<sup>24</sup> Mijns inziens handelt de Kantonrechter Amsterdam recentelijk – in tegenstelling tot (onder andere) de Kantonrechter Leeuwarden – in lijn met de bedoeling van de wetgever door een billijke vergoeding van € 40.000,= toe te kennen en, wellicht nog belangrijker, te overwegen dat "de billijke vergoeding een zekere omvang moet hebben, omdat anders het risico bestaat dat een relatief lage vergoeding voor lief wordt genomen, en in feite een vrijbrief vormt voor ernstig verwijtbaar handelen (...) door een verstoorte arbeidsverhouding te construeren en zo op oneigenlijke wijze het einde van het dienstverband met een werknemer te realiseren".<sup>25</sup> Om het overheersende doel van de ontslagbescherming, namelijk het beschermen van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag,<sup>26</sup> niet uit het oog te verliezen, acht ik het een goede zaak als deze lijn in de rechtspraak wordt voortgezet.

A. Briejer

*Kneppelhout & Korthals Advocaten*

168

13 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie uitgesproken op 5 september 2014, Universiteit Leiden: 2014.

14 Kantonrechter Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278. De kantonrechter verwijst in de ontbindingsbeschikking expliciet naar de uitlatingen van de minister tijdens het debat in de Eerste Kamer. Noemenswaardig is dat minister Asscher in zijn tussentijdse evaluatie naar deze uitspraak verwijst zonder de naar hem vernoemde escape te benoemen.

15 Zie voetnoot 13.

16 C.J. Frikkee, 'De verstoorte arbeidsverhouding en de Wwz', *TRA* 2014/89. Zie in dit kader: Kantonrechter Utrecht 6 oktober 2015, «JAR» 2015/265. De kantonrechter gaat niet tot ontbinding over nu de verstoring van de arbeidsverhouding hoofdzakelijk aan de werkgever is te wijten.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

18 Zie voor een bespreking van de mogelijkheden voor de werknemer een aanvullende (ontslag)vergoeding te krijgen: K. Hakvoort & P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?', *TAP* 2015/5.

19 Bijvoorbeeld: Kantonrechter Alkmaar 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 15-16.

21 Zie voor een uitvoerige analyse van het betreffende criterium: B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', *TAP* 2014/1.

22 De hoogte kan worden bepaald op een wijze en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

23 Kruit voorzagt deze ontwikkeling in: P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair of toch weer billijkheid?' *TAP* 2014/1. Voor zover bekend varieert de omvang van de billijke vergoeding in de rechtspraak tot nu toe tussen de € 2000,= (Kantonrechter Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552 en € 50.000,= (Kantonrechter Dordrecht 16 oktober 2015, *AR Updates* 2015-1009).

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

25 Kantonrechter Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752. De kantonrechter oordeelt dat de vergoeding mede te beschouwen is als een civielrechtelijke sanctie op ernstig verwijtbaar gedrag. Dit is overigens niet dezelfde kantonrechter die de ontbinding heeft uitgesproken waarnaar wordt verwezen onder voetnoot 14 (daar werd een billijke vergoeding van 'slechts' € 8000,= toegekend).

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 24.